**MEDIOS DE PRUEBA – Principios – Validez**

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en aplicación de los principios de buena fe, lealtad procesal y prevalencia del derecho sustantivo sobre el formal, cambió su posición en cuanto a la valoración de copias simples, para entender procedente su estimación siempre y cuando no se hubieran tachado de falsos a lo largo del proceso en el que se pretenden hacer valer. Al respecto, consideró: En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la entidad demandante y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos.//Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas. (…) Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (retroactividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (ultractividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su aquiescencia, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Legalidad de los actos administrativos**

Sobre la necesidad de descartar la legalidad de los actos administrativos que liquidan el contrato en forma unilateral antes de abordar el análisis de las otras pretensiones propias del medio de control de controversias contractuales, esta Corporación ha señalado: 3.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado la necesidad de que una vez liquidado unilateralmente el contrato sólo se pueda alegar el incumplimiento de las obligaciones a través de la censura de la legalidad del acto administrativo que contiene esa manifestación de voluntad de la administración pública. En efecto, una vez que la entidad pública contratante liquida unilateralmente el negocio jurídico, en los términos establecidos en el contrato o en la ley (artículo 60 de la ley 80 de 1993), al contratista no le es viable invocar como pretensión autónoma el incumplimiento, toda vez que es necesario que se solicite y acredite la nulidad del acto administrativo correspondiente, so pena de que la acción devenga improcedente por ineptitud formal de la misma. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido: “El hecho de que la disconformidad con el acto administrativo que contiene la liquidación sea solo parcial no releva al interesado en obtener un reajuste de la liquidación, de la obligación de demandar la anulación del acto en cuanto no lo encuentre ajustada a la ley. La revisión de la liquidación unilateral del contrato solo puede derivar de la anulación total o parcial, según el caso, del acto administrativo que la contiene. “Reiteradamente se ha pronunciado esta Sala en relación con la necesidad de demandar el acto administrativo a través del cual la administración liquida unilateralmente un contrato, cuando el contratista se queja de la lesión que le produce ese acto y pretende su resarcimiento. Viene para el caso la sentencia de 15 de marzo de 1991, citada precisamente por el apelante pero solo parcialmente, proferida en el proceso radicado al No. 6053, Actor: Eduardo Ojeda Ávila, donde con ponencia del señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo, dijo la Sala: “Se hace el recuento precedente para entender el sentido de los siguientes hitos jurisprudenciales ya reiterados: a) Ordinariamente los contratos de obra pública y de suministro deberán liquidarse a su terminación normal o anormal, para definir quién debe a quién y cuánto. b) Si las partes liquidan de común acuerdo y el acta se suscribe sin salvedades, en principio, no podrá impugnarse jurisdiccionalmente, salvo que haya habido un vicio en el consentimiento de una de las partes que intervino en el convenio. c) Si el acta se suscribe con salvedades, el debate jurisdiccional será posible, pero sólo en lo que fue materia de desacuerdo. “En este evento, no habrá que pedir la nulidad del acta respectiva. “Se entiende sí que en lo que no hubo desacuerdo el acta permanecerá intangible. d) Pero puede suceder que el contratista no comparezca a la liquidación o se niegue a suscribir el acta por tener objeciones en cuanto a su contenido. Aquí, la administración tendrá que liquidar el contrato mediante resolución motivada, o sea por acto administrativo. En esta hipótesis, como la lesión al contratista la produce dicho acto, para efectos del resarcimiento deberá pedirse expresamente su nulidad; petición que no convierte esta acción en una de restablecimiento, porque su índole estrictamente contractual no se pierde con la existencia de la aludida resolución.” “(…)” En efecto, una vez media el acto de liquidación unilateral la única forma de controvertir aspectos relacionados con la celebración o ejecución del contrato estatal es mediante el levantamiento del velo de legalidad de que goza el acto administrativo que contiene la misma, circunstancia que torna exigente, como lo ha señalado esta Corporación, la formulación de la causa petendi y el fundamento jurídico de la responsabilidad, pues será requisito sine qua non deprecar la declaratoria de ilegalidad total o parcial del acto que contiene la liquidación así como la indicación y el desarrollo del concepto de la violación en el que se apoya la censura respectiva.

**ACTO ADMINISTRATIVO – Falsa motivación**

Se principia por señalar que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, la falsa motivación en la expedición de un acto administrativo, surge cuando en la motivación del mismo se presenta un error de hecho o de derecho derivados de la invocación de circunstancias fácticas o motivos jurídicos inexistentes, o de que éstos hubiesen sido indebidamente interpretados para arribar a la aplicación de una consecuencia jurídica que resultaba improcedente . En este sentido, esta Corporación ha señalado: La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha ocupado de definir y establecer el contenido y alcance de la falsa motivación del acto administrativo como constitutivo de vicio de nulidad. Así, en sentencia de 8 de septiembre de 2005 precisó lo siguiente: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se entiende que la existencia real de los motivos de un acto administrativo constituye uno de sus fundamentos de legalidad, al punto de que cuando se demuestra que los motivos que se expresan en el acto como fuente del mismo no son reales, o no existen, o están maquillados, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación. En síntesis, el vicio de falsa motivación es aquel que afecta el elemento causal del acto administrativo, referido a los antecedentes de hecho y de derecho que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, facultan su expedición y, para efectos de su configuración, corresponderá al impugnante demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad.” También ha dicho que la falsa motivación, “es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad. En otra oportunidad, la jurisprudencia de esta Corporación, determinó que se presentaba falsa motivación en el acto administrativo, cuando los motivos esgrimidos en el acto no tenían el carácter jurídico que se les otorgó o no justificaban la medida tomada, así se pronunció: “… para que una motivación pueda ser calificada de “falsa”, para que esa clase de ilegalidad se de en un caso determinado, es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada. En sentencia de 19 de mayo de 1998, puntualizó sobre la falsa motivación de los actos administrativos, lo siguiente: “La falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable.” Los lineamientos jurisprudenciales precedentes esbozan de manera clara que la falsa motivación del acto tiene ocurrencia cuando i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá, D. C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1997-15349-01(24165)**

**Actor: JAIME MORA MOLANO**

**Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 6 de agosto de 2002, por medio de la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, denegó la totalidad de las pretensiones elevadas en la demanda. La sentencia recurrida será revocada con fundamento en los siguientes antecedentes y consideraciones.

**SÍNTESIS DEL CASO**

El 27 de septiembre de 1994, el Instituto de Seguros Sociales -ISS- y el señor Jaime Mora Molano suscribieron el contrato de prestación de servicios n.° 49, cuyo objeto consistió en la promoción de la preventa, venta y postventa de las afiliaciones a pensiones, salud y riesgos profesionales ofrecidas por la entidad contratante a cambio de una remuneración por comisiones, cuya forma de liquidación sólo se pactó respecto de los aportes que el ISS recibiera por concepto de pensiones, mientras que por las afiliaciones a salud y riesgos profesionales se acordó que dicha entidad fijaría posteriormente la fecha y el monto de las comisiones a pagar, lo que ulteriormente nunca sucedió. Igualmente, se pactó que el señalado negocio jurídico tendría un terminó de duración de un año contado a partir de la aprobación de la garantía de cumplimiento que se constituyera para el mismo, el cual podía ser renovado de manera automática hasta completar tres años, para lo que se debía entender cada renovación como la celebración de un nuevo contrato en relación con los cuales el contratista debía adquirir a favor del ISS, la póliza de cumplimiento que resultara pertinente. Durante el período de ejecución del acuerdo primigenio, el ISS le manifestó al contratista Mora Molano que no tenía la voluntad de renovarlo, por lo que éste debía aprestarse a retornar los elementos propios de la entidad. Finalmente, con ocasión de que el ente estatal referenciado reconoció que no podía determinar de manera exacta la suma de dinero que le adeudaba al señor Mora Molano por la ejecución del referido acuerdo y de que éste manifestara su disconformidad con el valor de las comisiones que se le aducían deber, aquél procedió a adoptar mediante acto administrativo la liquidación unilateral del contrato en mención, decisión que si bien fue impugnada terminó por ser confirmada.

# ANTECEDENTES

1. **Lo que se demanda**
2. El 29 de octubre de 1997, el señor Jaime Mora Molano presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, contra el Instituto de Seguros Sociales -ISS-, entidad ahora extinta -su proceso de liquidación ya finalizó de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 553 de 2015[[1]](#footnote-1)-, con el fin de que se declarara la nulidad de los actos administrativos en virtud de los cuales se liquidó unilateralmente el contrato n.° 49 del 29 de septiembre de 1994 y se confirmó esa determinación, se declarara la resolución del mencionado negocio jurídico por incumplimiento contractual de la entidad aludida y en consecuencia, se le indemnizaran los perjuicios ocasionados por las comisiones dejadas de percibir y los intereses que las mismas le habrían generado. En este sentido, formuló las siguientes pretensiones:

*1) Que son nulas las siguientes resoluciones proferidas por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES: Res. 5404 del 30 de septiembre de 1996, que liquidó directa y unilateralmente “el contrato de prestación de servicios número 49 del 29 de septiembre de 1994”, celebrado con el señor Jaime Mora Molano, cuyo objeto era promover y realizar la preventa, venta y post-venta de las afiliaciones a pensiones, salud y riesgos profesionales del ISS; y Res. 6930 del 29 de noviembre de 1996, que confirmó la anterior en todas sus partes y declaró agotada la vía gubernativa; que, igualmente, es nula el acta de liquidación unilateral “del contrato N. 49 del 29 de septiembre de 1994”, fechada el 9 de septiembre de 1996, suscrita por el representante legal de dicho Instituto de Seguros Sociales*.

*2) Que se declare RESUELTO por incumplimiento del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, el contrato de prestación de servicios número 49, de septiembre 29 de 1994, celebrado con el señor Jaime Mora Molano.*

*3) Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, SE CONDENE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a título de indemnización de perjuicios, las siguientes sumas de dinero, o cuanto más se pruebe en el juicio, equivalentes a la* (sic) *comisiones dejadas de recibir por:*

*a) Negocios de “Pensión”... $48´968.613=*

*b) Negocios de “Salud”… $51´408.000=*

*c) Negocios de “Riesgos Profes.” $9´088.575=*

*Suma… $109´465.188=*

*4) Las anteriores sumas se actualizarán entre la fecha de terminación del contrato y la fecha del pago, atendiendo el incremento de índices de costo de vida certificado por el DANE, y se ordenará el pago de los intereses comerciales moratorios por el mismo lapso.*

*5) Se condenará al pago de los intereses corrientes a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta por seis meses, y los comerciales moratorios desde el vencimiento de los seis meses hasta la fecha del pago real.*

*6) A la sentencia que le ponga fin al presente proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.* (3-5, c. 1).

* 1. Como fundamento de la demanda, el accionante señaló que el 27 de septiembre de 1994 suscribió un contrato con el Instituto de Seguros Sociales, cuyo objeto consistió en promover y realizar la preventa, venta y post-venta de los productos ofrecidos por esa entidad referentes a pensiones, salud y riesgos profesionales, cuyo plazo era de un año, el cual se pactó que se renovaría automáticamente. Teniendo en cuenta lo indicado, advirtió que si bien a finales del mes de agosto de 1995, infundadamente el ISS le informó que el negocio jurídico aludido no iba a ser renovado por razones del servicio público, la finalización del contrato no se llevó a cabo de manera legal, por lo que se debía entender que el 27 de septiembre de 1995 el mismo fue ratificado tal como se estipuló, situación que ocurrió igualmente al siguiente año, es decir, para el 27 de septiembre de 1996.
  2. Sin perjuicio de lo anterior, adujo que el 30 de septiembre de 1996, por medio del acto administrativo n.° 5404, la parte demandada decidió liquidar directa y unilateralmente el contrato de prestación de servicios en cuestión, resolución que le fue comunicada hasta el 18 de octubre siguiente, por lo que tanto la decisión como su notificación se dieron en plena vigencia de la renovación contractual fijada inicialmente por las partes y, a pesar de que tal determinación fue oportunamente recurrida, la misma fue confirmada en su totalidad mediante la resolución n.° 6930 del 29 de noviembre de 1996.
  3. Es así como señaló que los mencionados actos administrativos se produjeron luego de pedirle reiteradamente al ISS que le reconociera los valores adeudados por la ejecución de las obligaciones a su cargo, y aclaró que con ocasión de una situación económica difícil, le puso en conocimiento a dicho ente su voluntad para que conciliaran las sumas dinerarias adeudadas, frente a lo que ésta consintió deberle ciertas remuneraciones pero manifestó que no podían ser liquidadas de manera precisa, *“esto es, que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES quizo* (sic) *proyectar y ponderar las deudas a su arbitrio, y que ni siquiera sabía cuánto debía, violando así, clara, evidente y descaradamente su obligación contractual de pagar cumplidamente y ofrecer al contratista el soporte administrativo necesario”*.
  4. Con observancia de lo expuesto, señaló que la entidad demandada está obligada a pagarle los montos que se debían establecer de acuerdo a lo fijado en el negocio jurídico celebrado, teniendo en cuenta que él no incurrió en incumplimiento alguno en su desarrollo y con observancia de que no se le pagaron los costos, gastos y comisiones que fueron causados en virtud del mismo, con lo que se le produjeron múltiples perjuicios que le deben ser resarcidos. En este sentido, destacó:

*13) Efectivamente, Jaime Mora Molano, trabajó en la promoción de los negocios de pensiones, salud y riesgos profesionales tal y como se deduce de los informes presentados periódicamente al INSTITUTO y de las certificaciones y declaraciones que aporta. –por el rubro de pensiones, se le dejó de cancelar, tal y como oportunamente reclamó al ISS (ver anexo), el equivalente a la suma de: $48`968.613=*

*14) EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no fijó nunca formalmente el valor de las dos últimas comisiones (salud y riesgos), por lo que debe entenderse que, proyectado su valor, en aras de preservar el equilibrio financiero del contrato, por lo menos, su liquidación debe ser equivalente a:*

*a) Para salud: $51`408.000*

*b) Para riesgos profesionales: $9`088.575*

(…)

*“PERJUICIOS MATERIALES”:*

*a) Por concepto del equivalente a las comisiones dejadas de percibir en “salud”: de acuerdo con el número de afiliados y reafiliados reportados al ISS, utilizando como parámetro la escala de valores que utiliza otra EPS (CRUZ BLANCA), en iguales circunstancias, así:*

*De 21 hasta 30 vinculaciones a razón de $3.000 c/u*

*De 31 hasta 50 vinculaciones a razón de $4.000 c/u*

*De 51 hasta 70 vinculaciones a razón de $5.000 c/u*

*De 71 hasta 90 vinculaciones a razón de $6.000 c/u*

*De 91 en adelante $7.000 c/u*

*Se aclara además que se entiende por “VINCULADO” al afiliado e independientemente a todos y cada uno de sus beneficiarios. Por ejemplo: Si un afiliado relaciona a su esposa y cuatro hijos, se entenderá que el promotor efectuó seis vinculaciones.*

*Acorde con lo estipulado en el artículo 27 del Decreto 1919 de agosto 5 de 1994, todos los afiliados a una EPS deberán permanecer en esta por lo menos doce meses contados a partir de la fecha de la respectiva afiliación y según lo ordenado en el artículo 28 del mismo Decreto, si el afiliado cambia de EPS antes de los términos previstos, será válida la última afiliación efectuada dentro de los términos legales. De lo anterior se deduce que todas las afiliaciones presentadas por el suscrito para el régimen de salud, tiene vigencia de un año por haberse efectuado posteriormente a la expedición del decreto en mención, vale decir, a partir de Noviembre/94 y como es lógico ante lo expuesto, el ISS está obligado a pagar la comisión respectiva.*

*Si asumimos que en promedio cada afiliado relacionó tres beneficiarios (esposa y dos hijos) y que el pago de la comisión se establece según la tabla utilizada por la EPS “CRUZ BLANCA”, tendríamos para el caso que nos ocupa la siguiente liquidación:*

*TOTAL AFILIADOS por Jaime Mora desde Noviembre de 1994 hasta septiembre de 1995 UN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS (1.836)*

*1.836 afiliados x 3 beneficiarios c/uno= 5.508 BENEFICIARIOS*

*5.508 beneficiarios + 1.836 afiliados=7.344 vinculados*

*7.344 vinculados + $7.000 c/u= $51`408.000*

*b) Por concepto del equivalente al valor de las comisiones dejadas de recibir en riesgos profesionales:*

*Con la tasa intermedia de aporte del 5.22% y aplicada sobre éste el 4% anualizado y anticipado (igual que con pensión), el IBC, es el mismo reportado mensualmente en los informes entregados al ISS, pero podría aumentar si se tiene en cuenta que el empleador cotizó por riesgos profesionales sobre la totalidad de la nómina.*

*Así:*

(…)

*Subtotal 9`088.575*

* 1. De otro lado, aseveró que la parte demandada también incurrió en un flagrante incumplimiento del contrato, habida consideración de que mediante una comunicación del 18 de mayo de 1995, le pidió que se abstuviera de vincular a los afiliados que el ISS tuviera con posterioridad al 1 de abril de 1994, con lo que se prohibió la posibilidad pactada de que se efectuaran *“reafiliaciones”* al sistema.
  2. Ahora bien, como normas vulneradas y los conceptos de violación en que incurrió la parte demandada, discurrió de la siguiente manera (f. 2-25, c. 1):

*I. Normas violadas:*

*-Artículos 1, 2, 25,58 de la Constitución Nacional;*

*-Artículos 1546,1602, 1603, 1613 a 1617 del Código Civil;*

*-Ley 80 de 1993*

*-Ley 100 de 1993*

*-Artículos 20, 22 y 884 del Código de Comercio*

*“1. Está claro que respecto del contrato en cuestión operó de manera automática su renovación, a la que le resulta consustancial, por supuesto, los derechos del contratista, que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no puede desconocer.*

*2. Si bien el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES tiene en su función pública poder discrecional para terminar unilateralmente el contrato, tiene también la obligación perentoria de indemnizar los perjuicios que cause con su determinación.*

*3. Le corresponde al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES preservar el equilibrio económico y financiero del contrato, de manera tal que no puede sustraerse a* (sic) *la obligación pactada de fijar las comisiones para los servicios de salud y riesgos profesionales, y, al fijarlas, el propio INSTITUTO o quien judicialmente se determine que lo haga, debe atenerse rigurosamente al principio ordenado por el art. 27 de la Ley 80 de 1993 sobre “ecuación contractual”.*

*4. No pagar al contratista los tres rubros previstos en el contrato, equivale a ponerlo a trabajar gratis, o mejor, a negarle su trabajo, lo que suyo contradice las normas constitucionales que amparan ese sagrada derecho, pilar fundamental del Estado Social de Derecho bajo el cual se edifica nuestro sistema constitucional”* (subrayado del original).

1. **Trámite procesal**
2. El Instituto de Seguros Sociales -ISS- **contestó** oportunamente **la demanda** y se opuso a la totalidad de las pretensiones elevadas por la parte actora. En cuanto a la situación fáctica que constituyó la *causa petendi* de la demanda, indicó que a partir de que la Ley 80 de 1993 estableció que los contratos estatales terminan al fenecimiento del plazo fijado en los mismos, el acuerdo del *sub lite* en realidad tuvo una duración de un año contado a partir de la aprobación de la garantía tal como se estableció en sus cláusulas, puesto que si bien podía ser renovado, lo que se entendía como la celebración de un nuevo contrato, se requería de su voluntad para que operara dicha figura, lo cual no se verificó en el presente asunto en tanto manifestó su voluntad expresa de que no se realizaría renovación alguna.
   1. De esta manera, argumentó que se dispuso a realizar los procedimientos pertinentes para liquidar el contrato de común acuerdo con el señor Mora Molano, situación en la que no pudieron llegar a un consenso comoquiera que éste no propuso un reconocimiento pecuniario razonable de las prestaciones pactadas y, debido a su inasistencia a la audiencia que se celebró para suscribir el acta de liquidación bilateral, tuvo que hacerlo unilateralmente mediante acto administrativo según lo establece la ley, liquidación que fijó en la suma “*equivalente a $6.282.803,oo, cantidad cierta y real a cancelar*”. Finalmente, coligió:

*De otra parte, los plazos pactados en la cláusula sexta del contrato son claros, y se observa:*

*a) El plazo del contrato es por un año.*

*b) El plazo del contrato se cuenta a partir de la aprobación de la garantía.*

*c) La renovación automática se entiende que es un nuevo contrato, entonces debe contar con la aprobación de una nueva garantía.*

*De acuerdo con lo anterior, no existió nuevo contrato, ni se perfeccionó ni se solicitaron garantías por parte del ISS, indicando categóricamente que nunca se suscribió un nuevo contrato.*

1. Mediante **sentencia** del 6 de agosto de 2002, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, denegó la totalidad de las pretensiones elevadas en la demanda. Al respecto, señaló que si bien la demanda carecía de técnica jurídica, le era factible aducir que el cargo invocado por la parte actora se restringía al incumplimiento de las obligaciones en cabeza del ISS emanadas de la celebración del contrato n.° 049 de 1994.
   1. En este sentido, consideró que el contrato objeto de discusión no fue renovado, en la medida en que antes de la fecha en que ello habría ocurrido, es decir, de manera previa a que trascurriera el plazo del contrato, la entidad demandada le comunicó de manera clara y oportuna al contratista su voluntad de que no se hiciera dicha renovación del negocio jurídico que los vinculaba, para lo cual se encontraba facultado, toda vez que se pactó que esa renovación se entendería como la celebración de un nuevo acuerdo y en ese orden de ideas, para su existencia debía concurrir su ánimo contractual. Asimismo, destacó que el deseo de la administración en ese sentido se materializó, toda vez que no pidió una segunda póliza de garantía en los términos que se fijaron para los contratos que resultaran derivados del acuerdo inicial u original, según la cláusula séptima de dicho contrato.
   2. Es así como concluyó que teniendo en cuenta que el contrato es ley para las partes de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1602 del C.C., era claro que la posibilidad de renovación del contrato se encontraba sujeta a “*una condición potestativa mixta*” de la parte demandada, y del hecho de que ésta hubiera optado por no renovar el negocio jurídico no se sigue que hubiese incurrido en incumplimiento contractual alguno.
   3. Por su parte, resaltó que no se evidenciaba la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato, habida cuenta de que la parte demandante solicitó el pago de rubros correspondientes a prestaciones que serían exigibles “*siempre y cuando se hubiese renovado el contrato, pero como ese no fue el caso, dicha solicitud resulta improcedente*”.
   4. Igualmente, advirtió que ante la inasistencia por parte del señor Jaime Mora Molano a la audiencia de liquidación bilateral, y debido a su falta de voluntad de liquidar de común acuerdo el negocio jurídico celebrado, le correspondía al ISS proceder como lo hizo mediante los actos administrativos demandados (f. 128-136, c. ppl.).
2. La parte demandante interpuso y sustentó oportunamente **recurso de apelación** contra la sentencia de primera instancia con el fin de que se revoque y, en su lugar, se acceda a la totalidad de las peticiones formuladas en la demanda. Al respecto, señaló que el Tribunal de primera instancia no hizo referencia alguna “*a las REAFILIACIONES de los años posteriores, de las afiliaciones realizadas por el contratista*”, pese a que la posibilidad de percibir comisiones por ello fue estipulado en el contrato y a que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, una vez el afiliado efectuara la selección inicial del régimen de pensiones, sólo podía trasladarse después de trascurridos tres años.
   1. En ese orden de ideas, indicó que el parágrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato aludido consagró que “*el contratista tendrá derecho al pago de la comisión por el lapso faltante para completar el período de tres años de cotización señalado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993*”, de manera que “*sin lugar a dudas, tiene derecho al pago de reafiliaciones por tres años, pues la ley misma prevé la reafiliación de modo tal que si el afiliado quiere cambiarse de régimen sólo puede hacerlo cada tres años*”.
   2. De otro lado, argumentó que se presentó una modificación unilateral del pacto objeto del libelo introductorio, lo que produjo un rompimiento del equilibrio económico del contrato, así como también que la entidad demandada se enriqueció sin justa causa dado que él continuó con la ejecución del mismo, teniendo en cuenta que “*trabajó incansablemente a favor del ISS sin que fuera compensado económicamente*” (f.148-149, c. ppl).
3. En el término para **alegar de conclusión** en esta instancia, la parte demandante allegó escrito mediante el cual reiteró su solicitud de que la sentencia de primera instancia fuese revocada, así como de que se accedieran a las pretensiones que formuló en su demanda, mientras que la parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.
   1. En ese sentido, adujo que *(i)* el ISS modificó unilateralmente el contrato n.º 49 de 1994, al instruir que no se podía reafiliar a ninguna persona que se encontrara vinculada con anterioridad al 1 de abril de 1994, lo que le produjo la pérdida de ganancias; *(ii)* dicha entidad tampoco le reconoció lo que le adeudaba por concepto de pensiones, y no liquidó a su favor comisión alguna por las afiliaciones en relación con los sistemas de salud y riesgos profesionales, punto en el que argumentó que la parte demandada no pudo dar cumplimiento a los requerimientos probatorios efectuados por parte del Tribunal *a quo* para informar el número de empresas que él como contratista había afiliado, en tanto que no contaba con dicha información debido a su desorden administrativo, lo que explicaba el motivo por el cual aquélla procedió a intentar pagarle una suma de dinero ajena a la realidad y fijada arbitrariamente, de manera que para efectos de entender configurado el incumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante, se debía aplicar el principio de la carga dinámica de la prueba, máxime cuando en el *iter* de la primera instancia se denegó la práctica de la inspección judicial con la intervención de peritos solicitada; *(iii)* su petición para el pago de las comisiones proyectadas en los dos años subsiguientes a la terminación del contrato no tenía que ver con que el mismo hubiese sido renovado, sino que las mismas se pactaron y se causaron toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, las personas que él afilió no se podían trasladar del régimen de pensiones hasta que trascurrieran más de tres años a partir de su selección inicial, lo que fue previsto como una remuneración en el contrato; *(iv)* el negocio jurídico se renovó automáticamente de acuerdo a su interpretación literal, más aún cuando su actuación como la del ISS fueron manifiestas en ese sentido, y *(v)* las resoluciones mediante las cuales se adoptó la liquidación unilateral del acuerdo y se confirmó dicha determinación, dictaminadas en el año 1996, son ilegales por falta de competencia de la entidad demandada, habida cuenta que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, la administración sólo contaba con dos meses para liquidar unilateralmente el contrato luego de que fracasara el intento de liquidarlo de manera bilateral, de tal forma que para septiembre de 1996 sólo podía hacerlo la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
   2. De otro lado, reiteró su argumentación sobre el enriquecimiento sin justa causa por parte del ISS y alegó que se le debía otorgar una indemnización equivalente al producto de su labor multiplicada por tres años, sin importar que ello tenga como fundamento las reafiliaciones al sistema de pensiones que habría efectuado o que se entienda que el contrató se prolongó durante dicho lapso debido a la renovación automática pactada (f. 154-160, c. 1).

**CONSIDERACIONES**

1. **Competencia**
2. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 75[[2]](#footnote-2) de la Ley 80 de 1993 y 82[[3]](#footnote-3) del Código Contencioso Administrativo, previo a la modificación introducida por la Ley 1107 de 2006[[4]](#footnote-4), le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer del presente conflicto derivado del contrato celebrado por el Instituto de Seguros Sociales -empresa industrial y comercial del Estado[[5]](#footnote-5)-, teniendo en cuenta a su vez lo señalado por los artículos 2[[6]](#footnote-6) y 32[[7]](#footnote-7) del estatuto contractual.
   1. De igual forma, la Sala es competente para decidir el asunto por tratarse de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en un proceso que, por su cuantía[[8]](#footnote-8), tiene vocación de doble instancia.
   2. Finalmente, conviene precisar que habida cuenta de que la parte demandante fue el único extremo del conflicto en apelar la decisión de primera instancia, este pronunciamiento se limitará en principio a abordar su contenido de conformidad con lo dispuesto por el artículo 357[[9]](#footnote-9) del C.P.C., no obstante lo cual, no se puede perder de vista que dicha regla no es absoluta y admite ciertas excepciones derivadas, de una parte, de la lógica del recurrente, comoquiera que el juzgador de segunda instancia conserva la facultad para manifestarse en cuanto a los aspectos implícitos de la impugnación que conoce, y de otro lado, de diferentes cuerpos normativos que le impongan el deber de pronunciarse de oficio frente a ciertos temas -normas y principios de carácter constitucional, tratados internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, y normas legales de carácter imperativo-[[10]](#footnote-10), de manera que en el evento en que las especificaciones del presente asunto lo ameriten, se realizará el análisis de los puntos exceptivos que resulten pertinentes para adoptar la decisión que corresponda, tal como se ha reconocido a nivel jurisprudencial por esta Corporación. En este sentido, la Sala Plena de la Sección Tercera señaló:

*3.2.2.1. En relación con el alcance del recurso de apelación de las sentencias, la Sala, a partir de la interpretación que hizo del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil[[11]](#footnote-11), acogió la tesis conforme a la cual la competencia del juez ad quem está limitada a los aspectos que señale el recurrente. Se consideró que de la premisa: “la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante”, no se sigue, tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia[[12]](#footnote-12), “una autorización al juez de segundo grado para hacer el escrutinio y ad nutum determinar libremente ‘qué es lo desfavorable al recurrente’, pues a renglón seguido, la norma establece una segunda prohibición complementaria, según la cual ‘no podrá el ad quem enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso”.*

*3.2.2.2. Para la Sala, sin embargo, la regla general relacionada con los límites de la competencia del juez ad quem, admitía excepciones derivadas de mandatos constitucionales y legales. A título de ejemplo se señalaron en el fallo algunos asuntos procesales, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, los cuales, entre otros, deben ser declarados por el juez de segunda instancia, de manera oficiosa, en tanto favorecen al apelante único, aunque no hubieran sido propuestos como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada, porque tales aspectos constituyen presupuestos para dictar sentencia de mérito.*

*3.2.2.3. La Sala, en esta oportunidad precisa que la competencia del juez de segunda instancia abarca los temas implícitos en aquellos aspectos que el recurrente propone, al sustentar el recurso de apelación de la sentencia. Se trata de dar alcance a la expresión “los aspectos que señale el recurrente”, a los cuales se limitó la competencia del ad quem en la providencia referida. Para la Sala, la apelación de un aspecto de la sentencia confiere competencia al juez de segunda instancia para resolver todos esos asuntos, puntos o elementos que estén comprendidos en el mismo, en algunas ocasiones, inclusive, porque su mención resultaría ilógica, pero siempre que la revisión de esos asuntos le resulte favorable al recurrente* (…)[[13]](#footnote-13).

1. **Validez de los medios de prueba**
2. En relación con la totalidad de pruebas obrantes en el presente asunto, cabe destacar lo siguiente:
   1. Al momento de presentar la demanda, la parte actora aportó pruebas documentales que, a pesar de que fueron allegadas en copias que no cumplen con las precisiones dispuestas en el artículo 254 del C.P.C., serán valoradas libremente por la Sala. Al respecto, conviene recordar que recientemente, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en aplicación de los principios de buena fe, lealtad procesal y prevalencia del derecho sustantivo sobre el formal, cambió su posición en cuanto a la valoración de copias simples, para entender procedente su estimación siempre y cuando no se hubieran tachado de falsos a lo largo del proceso en el que se pretenden hacer valer. Al respecto, consideró:

*En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la entidad demandante y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos.//Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.*

(…)

*Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (retroactividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (ultractividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su aquiescencia, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.*[[14]](#footnote-14)

1. **Los hechos probados**
2. De conformidad con el material probatorio allegado al proceso contencioso administrativo y valorado en su conjunto, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:
   1. El 27 de septiembre de 1994, el Instituto de Seguros Sociales -ISS- y el señor Jaime Mora Molano suscribieron el contrato n.° 49, cuyo objeto consistió en la prestación de servicios personales por parte el último para efectos de *“*[p]*romover y realizar la preventa, venta y post-venta de las afiliaciones a pensiones, salud y riesgos profesionales, productos que ofrece el Instituto de Seguros Sociales, en las zonas que EL INSTITUTO le asigne”*. Como cláusulas relevantes del negocio jurídico en mención, se debe tener en cuenta las siguientes (copias simples y auténticas del contrato de prestación de servicio n.° 49 de 1994, celebrado entre el Instituto e Seguros Sociales y Jaime Mora Molano; f. 1-3, 194-196, c. pruebas 1):

*SEGUNDA - OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: En desarrollo del objeto, el contratista se compromete a cumplir las siguientes obligaciones especiales: 1.- Visitar a los clientes de acuerdo con el cronograma de trabajo y en las zonas prefijadas por las dependencias comerciales del ISS.* *2.- Impartir instrucción a los clientes activos y potenciales, inicialmente, en el negocio de pensiones y demás prestaciones que cubre este régimen y, además en los aspectos de salud y de riesgos profesionales; afiliación y autoliquidación de aportes y demás temas propios de la actividad del Instituto e inherentes al servicio contratado 3.- Diligenciar los formatos de reporte de ventas, conforme a instrucciones impartidas por la GERENCIA NACIONAL COMERCIAL* (…). *5.- Prestar a los clientes la asesoría necesaria para el diligenciamiento de los formatos de afiliación y autoliquidación de aportes.* (…) *9. Cumplir las metas o cuotas de promoción, captación y ventas de los productos y participar activamente en las reuniones ordinarias y extraordinarias programadas por el Instituto, así como las políticas comerciales que se diseñen por la Gerencia Nacional Comercial del ISS.* (…) *12.- Promover y realizar de manera exclusiva la preventa, venta y postventa de los productos que ofrece el INSTITUTO, señalados en el objeto del contrato* (…). *TERCERA - OBLIGACIONES* *DE EL* (sic) *INSTITUTO: 1.- Pagar cumplidamente los valores pactados como contraprestación de los servicios contratados* (…). *CUARTA - VALOR: EL INSTITUTO se compromete a cancelar al contratista como contraprestación por los servicios prestados, una comisión que será liquidada por el INSTITUTO por mensualidades vencidas, de la siguiente manera: Por pensiones: a) por el primer año el cuatro por ciento (4%) anualizado y anticipado sobre el aporte recaudado del primer mes de treinta días, de cada afiliación efectuada por el contratista. b) por los dos años siguientes, el uno y medio por ciento (1.5%) semestral anticipado, sobre el valor de los aportes recaudados mensualmente de cada afiliación efectuada por el contratista. PARÁGRAFO 1º: En el evento en que el cliente no cancele al INSTITUTO el valor de los aportes sobre los cuales se liquidó y pagó la comisión anual anticipada, el INSTITUTO descontará de la subsiguiente comisión, el valor proporcional de la comisión pagada sobre la cotización no recaudada. PARÁGRAFO 2º: En el evento de reafiliación del afiliado, el contratista tendrá derecho al pago de la comisión por el lapso faltante para completar el período de tres (3) años de cotización, señalado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. PARÁGRAFO 3º: EL INSTITUTO fijará la fecha de pago y el porcentaje de comisión para los negocios de salud, riesgos profesionales y demás productos inherentes a la labor contratada. PARÁGRAFO 4º: Legalizado el contrato, EL INSTITUTO reconocerá y pagará por una sola vez, anticipadamente, la suma de CIENTO SETENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($160.000) que será descontada del valor de la primera comisión* (…). *SEXTA - PLAZO: El presente contrato tendrá una duración de (1) año, contado a partir de la fecha de la aprobación de la garantía, renovable automáticamente por un término igual hasta completar tres (3) años, entendiéndose cada renovación como la celebración de un nuevo contrato. SÉPTIMA - GARANTÍA: Para el primer contrato EL CONTRATISTA se compromete a constituir a su costa y en favor de EL* (sic) *INSTITUTO, una póliza que garantice el cumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato, por un valor equivalente a quince (15) salarios mínimos, legales mensuales, durante el plazo del mismo y dos (2) meses más. Esta póliza requiere de la aprobación del funcionario señalado para tal efecto por EL INSTITUTO. Para el segundo contrato y subsiguientes contratos que se celebren con fundamento en éste, constituirá la póliza de comisiones, durante el año inmediatamente anterior. La póliza deberá constituirse dentro de los cinco días hábiles siguientes a la entrega del contrato por EL INSTITUTO. OCTAVA - NATURALEZA DEL CONTRATO: El presente contrato se rige por las normas de los Códigos Civil y de Comercio, como por la Ley 80 de 1993 y el Estatuto de Contratación del Instituto de Seguros Sociales* (…). *NOVENA - TERMINACIÓN DEL CONTRATO: EL INSTITUTO podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones de EL* (sic) *CONTRATISTA, como por las causales establecidas en la Ley 80 de 1993. También podrá terminarse por mutuo acuerdo de las partes, expresado por escrito, siempre que EL CONTRATISTA esté a paz y salvo con EL INSTITUTO* (…). *DÉCIMA TERCERA - EJECUCIÓN: EL CONTRATISTA comenzará la ejecución del presente contrato, una vez sea aprobada la garantía por EL INSTITUTO y acredite la afiliación a los sistemas de pensiones y salud, ordenada por el artículo 282 de la Ley 100 de 1993.*

* 1. El 29 de septiembre de 1994, el ISS aprobó la garantía de cumplimiento del contrato n.º 49 de 1994 tomada por el contratista Jaime Mora Molano, a favor de la señalada entidad estatal por la suma de $1 480 500, cuya vigencia se pactó desde el 29 de septiembre de 1994 hasta el 29 de noviembre de 1995 -teniendo en cuenta el plazo adicional de dos meses pactados que se debía fijar para la garantía que se estableciera; ver cláusula séptima del contrato citado-, póliza de seguro que fue pagada por aquél el 30 de septiembre del mismo año (copias auténticas de la póliza única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales n.º 54093 del 29 de septiembre de 1994, con los respectivos sellos de pagado y aprobado provenientes de la compañía de seguros generales Aurora S.A. y la oficina de contratación del ISS; f. 161, 186, c. pruebas 1).
  2. Con ocasión del concepto de carácter obligatorio n.º 95016832-1, del 11 de mayo de 1995 expedido por la Superintendencia Bancaria -ahora Superintendencia Financiera-, de conformidad con el cual la ratificación de la afiliación al ISS por parte de personas afiliadas a dicha entidad desde antes del 1 de abril de 1994 no les impedía ejercer su opción de traslado de régimen de pensiones, el 18 de mayo de 1995, durante la ejecución del aludido contrato de prestación de servicios, el gerente nacional comercial del ISS le solicitó al jefe del Departamento Comercial de la Seccional de Cundinamarca del mismo órgano que le comunicara “*de manera inmediata y por escrito a la Fuerza Promotora de venta, que a partir de la fecha, se abstenga de vincular afiliados que el Instituto de Seguros Sociales tenía con anterioridad a abril 1 de 1994; por cuanto la manifestación de permanecer en el Instituto de Seguros Sociales, que hagan estas personas no lo* *inhabilita* *para trasladarse de régimen cuando lo desee* (sic) *y la misma no tiene efectos diferentes del estadístico o de actualización de información; por lo tanto no tiene sentido continuar reconociendo comisiones sobre este trabajo mientras no se modifique este concepto de la Superintendencia*” (copias simples y auténticas del escrito del 18 de mayo de 1995, suscrito por el gerente nacional comercial del ISS; f. 4, 224; c. pruebas 1).
  3. Por medio del oficio del 15 de agosto de 1995, el presidente del ISS le informó al contratista Jaime Mora Molano que el contrato de prestación de servicios n.º 49 de 1994 no sería renovado por razones de servicio público, de manera que le pidió que devolviera la credencial que lo identificaba como contratista y los elementos de propiedad del ISS, lo cual fue aceptado que ocurrió por la misma parte demandante en su libelo introductorio -ver párrafo 1.1- (escrito del 15 de agosto de 1995 suscrito por el presidente del ISS; f. 5, c. pruebas 1).
  4. El 22 de mayo de 1996, el señor Jaime Mora Molano le informó al ISS su voluntad de llegar a un acuerdo sobre los montos que se le adeudaban con ocasión de la ejecución de las obligaciones que asumió en el contrato n.º 49 de 1994, para lo que destacó que si bien la entidad contratante le efectuó algunos pagos, nunca le presentó un documento donde le especificara clara y detalladamente el concepto por el cual se le entregaban tales sumas de dinero. Igualmente, sin fundamento alguno, procedió a describir los valores que según él se le debían, momento en el que también resaltó que no le era viable indicar los montos que sí le canceló el ISS, pues como lo señaló, no contaba con la *“documentación soporte de los pagos efectuados por el Instituto”*. De esta forma, advirtió que por sus labores de promoción de pensiones durante el año de 1995, se le tenía que pagar el saldo de $19 587 445 y, por las comisiones del segundo y tercer año -para las cuales se pactó el 1.5% semestral anticipado-, el valor de $14 690 584 por cada año, cifras que sumadas arrojaban el valor total de $48 968 613. Asimismo, recalcó que faltaba *“pactar y liquidar el valor de comisión de los negocios de salud y riesgos profesionales, además de los intereses por mora liquidados sobre el total de la deuda establecidos por ley”* (original del memorial del 22 de mayo de 1996, firmado por el señor Jaime Mora Molano; f. 18-20; c. pruebas 1).
  5. En contestación al anterior memorial, la gerente nacional en encargo del ISS le recordó que la entidad aludida tenía la voluntad de transar con todos los promotores de ventas los pagos que se adeudaran, siempre y cuando éstos contaran con el soporte jurídico, técnico y financiero para ello. En ese orden de ideas, principió por recordarle que no era cierto que se le debiera el valor del 1.5% semestral anticipado alegado por el mantenimiento que hubiera hecho de las personas que afilió -labor postventa-, en la medida en que su contrato no había sido renovado después del mes de septiembre de 1995 y “*la Ley 100 de 1993 establece la obligatoriedad de permanecer dentro del régimen mínimo tres (3) años*”. De otro lado, le afirmó que si bien la gerencia no contaba con la información completa del recaudo que hubiese hecho durante la ejecución del negocio jurídico, de lo que se seguía que no se le podía liquidar en forma precisa el monto de las comisiones pertinentes, a partir de un estudio técnico que realizó al respecto, era factible arribar a un acuerdo por la suma de $6 282 803, cifra a la que llegó luego de que se determinaron los porcentajes de efectividad de retiros y de recaudo con fundamento en “*el comportamiento de las vinculaciones, retiros y recaudo*” manejado por él como contratista durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1994, y un promedio de comisión por vinculación con base en el *“ingreso base de cotización al ISS que corresponde al 170% del salario mínimo legal vigente para el año 1995*”, los cuales fueron aplicados a través de fórmulas matemáticas para determinar lo que se le adeudaba por los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 1995, una vez descotado los montos que aseveró que se le pagaron. En este sentido señaló (original del escrito deficientemente fechado como del 3 de mayo, suscrito por el gerente comercial nacional (e); f. 21-23, c. pruebas 1):

*Esta gerencia no cuenta con la información completa de su recaudo, para liquidar en forma precisa el monto de las comisiones (dicha información debe ser suministrada por el CND), por lo tanto en el cuadro No. 1, se encuentra el valor proyectado de lo adeudado por el ISS. Dicho cuadro se ha elaborado de la siguiente manera:*

*a) Se ha trabajado con el comportamiento de las vinculaciones, retiros y recaudo manejado por usted durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1994 con el fin de determinar unos porcentajes de efectividad tanto en lo referente a retiros (%ENCR) como comportamiento del recaudo (%Ere).*

*%ENCR=1- (Vr. Notas crédito/ Vr. Comisiones canceladas) \* 100*

*%Ere= No. de vinc. Sin recaudo/ No. vinc. Con recaudo \* 100*

*b) El promedio de comisión por vinculación utilizado para valorar las vinculaciones a pagar al promotor se ha calculado con base en el promedio de Ingreso Base de Cotización al ISS que corresponde al 170% del salario mínimo legal vigente para el año 1995 así:*

*Prom. de comis por vinculación (PV)= $118.933\*1.7\*12.5%\*4%\*12meses*

*=$12.131*

*$118.933 Salario Mínimo legal vigente para 1995*

*1.7 Factor técnico IBC promedio ISS*

*12.5% Aporte por pensión*

*4% Comisión promotor*

*c) La liquidación de comisiones adeudadas para los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo se calculó tomando las vinculaciones capturadas por CND (VC) y a partir del 18 de mayo cruzadas contra historia laboral, descontándole las pagadas por el ISS (VP), estas son valorizadas con el promedio de comisión por vinculación (PC/V) y a este valor bruto se le aplicaron los porcentajes antes mencionados (%ENCD) y (%Ere) para finalmente obtener un valor neto a pagar por las vinculaciones aún no liquidadas al promotor durante estos meses.*

*Liquidación 01-05/95= (VC-VP)\*PC/V\*%ENCD\*%ERE*

*d) La liquidación de los meses de junio, julio, agosto y septiembre de 1995 se hizo con base en las vinculaciones capturadas por el CND y cruzadas contra historia laboral. A dicho número se le descuentan las vinculaciones pagadas de los meses de agosto y septiembre y este total es valorado con el promedio técnico de comisión por vinculación (PC/V) y afectado por el porcentaje de notas crédito efectuadas por retiros (%ENCR).*

*Liquidación 03-07/950 VCH\*PC/V\*%ENCR*

(…)

*Estaremos atentos a cualquier sugerencia o solicitud para prestar el debido apoyo.*

* 1. El 30 de septiembre de 1996, el ISS expidió la resolución n.º 5404, mediante la cual tuvo por liquidado directa y unilateralmente el contrato de prestación de servicio n.º 49 de 1994, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993 y el acta de liquidación unilateral del 29 de septiembre del mismo año, en consideración a que el mismo ya había terminado y que Jaime Mora Molano no aceptó el acuerdo que se le propuso, así como tampoco se presentó dentro del plazo fijado para la suscripción de un acta de liquidación bilateral. En esa medida, en el acta de liquidación unilateral se determinó que según los lineamientos y cálculos adoptados en la propuesta citada, la suma adeudada consistía en $6 282 803, pero en ésta si se describieron los pagos recibidos por el contratista, de la siguiente manera (copias auténticas de la resolución n. 5404 del 30 de septiembre de 1996 expedida por el ISS, y del acta de liquidación del 29 de septiembre del mismo año suscrita por el presidente de la misma entidad; f. 6-11, c. pruebas 1).

*DESARROLLO PRESUPUESTAL*

*La* (sic) *comisiones canceladas al contratista correspondiente a los meses de noviembre, diciembre de 1994 y febrero de 1995 ascienden a un millón novecientos ochenta y nueve mil setecientos veinte pesos m/cte ($1.989.720), discriminados así:*

*Noviembre $155.652*

*Diciembre $63.228*

*Febrero $1.770.840*

*Los pagos parciales efectuados, correspondientes a los meses de enero, marzo, abril y mayo de 1995 ascienden a doscientos sesenta y ocho mil trescientos sesenta y ocho pesos m/cte ($268.368), discriminados así:*

*Nomina Valor No. Afiliaciones Porcentaje Pagado*

*Enero $180.936 21 6.19%*

*Marzo-Mayo $87.432 12 2.19%*

(…)

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| PERÍODO 01-05/95 | | | | PERÍODO 06-09/95 | | |
| %EFEC  CRU RECA | EFECTIVIDAD  N.C. | VINCULAC | COMISIONES | VINCULAC | COMISIONES | GRAN TOTAL |
| 28.26% | 100.00% | 216 | 2.619.241 | 302 | 3.663.562 | 6.282.803 |

*Así las cosas la única suma a cancelar al CONTRATISTA, es de SEIS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS M/CTE ($6.282.803), el INSTITUTO la cancelará con cargo a los certificados de disponibilidad presupuestal Nos. 98042 y 811 del 25-01-95 y 27-11-95 respectivamente.*

*De esta manera se liquida el contrato de prestación de servicios No. 49 del 29 de septiembre de 1994 y el Instituto se declara a paz y salvo, por todo concepto.*

* 1. Luego de que el 18 de octubre de 1996, la señalada resolución le fuese notificada al señor Mora Molano, éste interpuso oportunamente recurso de reposición en su contra con la finalidad de que la misma se revocara y en su lugar, se le reconocieran las sumas dinerarias que a su parecer realmente se le debían, la indemnización de los perjuicios que se le irrogaron con ocasión de los múltiples incumplimientos contractuales por la falta de pago de sus comisiones en el tiempo estipulado, y los intereses comerciales moratorios establecidos en la ley. Al respecto, señaló que no se había presentado un interés por su parte para “*llegar a una fórmula racional”* con el ISS, puesto que la misma no hubiera sido necesaria si en un primer momento ésta hubiese cumplido con las fechas y montos de las comisiones pactadas o por pactar, punto del contrato que en sucesivas ocasiones incumplió o dilató. Igualmente, añadió que “*con motivo del proceso de conciliación que el ISS adelantó con todos y cada uno de los promotores, tuve la oportunidad de conversar con algunos de ellos respecto a los montos que reclamaban y de las cifras que el ISS les ofrecía, concluyendo que no existía posibilidad de arreglo conciliatorio en mi caso, no obstante me presente ante los funcionarios encargados para adelantar la conciliación y de manera verbal se me hizo un ofrecimiento irrisorio frente a lo que yo reclamo”* (copias auténticas y original del acta de notificación del 18 de octubre de 1996 y del recurso de reposición radicado el 22 de octubre de la misma anualidad, respectivamente; f. 12-14, c. pruebas 1).
  2. El 29 de noviembre de 1996, mediante la resolución n.º 6930, el ISS resolvió confirmar el acto administrativo impugnado, toda vez que a partir de las razones expuestas por el señor Jaime Mora Molano, pudo colegir una vez más que éste no había tenido ningún interés en arribar a un arreglo sobre los supuestos montos adeudados, así como tampoco presentó los medios de convicción respectivos que pudieran desvirtuar o modificar los ofrecimientos monetarios efectuados al respecto, o determinarlos como irrisorios (copias auténticas de la resolución n.º 6930 del 29 de noviembre de 1996 expedida por el ISS; f. 15, 16, c. pruebas 1).

1. **Problema jurídico**
2. De conformidad con los hechos que develan el material probatorio obrante en el plenario, y con observancia de los argumentos tanto explícitos como implícitos elevados en el recurso de apelación tendientes a obtener la revocatoria de la sentencia denegatoria de primera instancia y al reconocimiento de la totalidad de las pretensiones de la demanda, le corresponde a la Sala establecer si en el presente asunto se configuró un incumplimiento, una modificación unilateral o un enriquecimiento sin justa causa por parte del ISS en relación con el contrato de prestación de servicios n.º 49 de 1994, al haber *(i)* dejado de pagar en el tiempo pactado las comisiones a las que estaba obligado; *(ii)* informado que no se podía pagar valor alguno por la afiliación al régimen solidario de prima media de personas que se encontraran afiliadas de manera previa al mes de abril de 1994, y *(iii)* que a pesar de que el contrato hubiese finalizado, hubiese continuado percibiendo los beneficios derivados de las labores realizadas por el contratista Jaime Mora Molano, de tal forma que con ocasión de lo expuesto, resulte plausible proceder a indemnizarlo, a restituir a su favor el equilibrio financiero del contrato o a compensarlo.
   1. Para lo anterior, primeramente se determinara si el acto administrativo en virtud del cual se adoptó la liquidación unilateral del señalado negocio jurídico, así como la determinación administrativa que lo confirmó, son ilegales de conformidad con los argumentos esbozados por la parte demandante en su escrito inicial o, si por el contrario, los mismos se ajustan a las previsiones legales y contractuales pertinentes, de manera que se imposibilite el estudio del incumplimiento contractual aducido y de los perjuicios que según el accionante se derivaron del mismo.
3. **Análisis de la Sala**
4. Con observancia de que en el presente caso, el demandante pretende la indemnización por el pago adecuado y completo de las prestaciones que ejecutó en virtud del negocio jurídico n.º 49 de 1994, y los intereses moratorios derivados de la ausencia del cumplimiento de esa obligación de pago a cargo de la entidad demandada, le compete a la Sala pronunciarse, en primera medida, sobre la **legalidad de los actos administrativos** dictaminados por el ISS para adoptar su liquidación unilateral con fundamento en lo dispuesto por el artículo 61[[15]](#footnote-15) de la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que la normativa en comento rige el contrato aludido en virtud de que *(i)* el mismo fue celebrado en su vigencia, por cuanto se suscribió el 29 de septiembre de 1994 y la ley referenciada comenzó a regir mayoritariamente a partir del 1 de enero de dicho año[[16]](#footnote-16), *(ii)* así se estipuló por las partes del contrato en ejercicio de su libertad contractual -ver párrafo 9.1-, y *(iii)* su aplicación no puede excepcionarse para acudir única y exclusivamente a las disposiciones comerciales y civiles pertinentes -normas que en cualquier caso también lo rigen de manera conjunta al estatuto contractual reseñado- según lo indicado por los artículos 179 y 275 de la Ley 100 de 1993, y la interpretación que de ellos ha efectuado esta Corporación, en tanto el objeto del acuerdo pactado no versa sobre la prestación de servicios de salud[[17]](#footnote-17) sino sobre la prestación de los servicios personales del ahora accionante, para la preventa, venta y postventa de las afiliaciones a los productos ofrecidos por la entidad contratante.
   1. De esta manera, previamente a efectuar el estudio correspondiente al incumplimiento contractual del ISS alegado por el actor y relacionado con la falta de pago de la totalidad de las comisiones que se le debían entregar como contraprestación a las afiliaciones que logró realizar durante la ejecución del contrato, el cual aseveró que se renovó automáticamente en dos oportunidades adicionales, que de todas maneras siguió ejecutando y, cuya modificación se presentó de manera unilateral y en rompimiento del equilibrio contractual, se impone desvirtuar la presunción de legalidad de las resoluciones n.º 5404 del 30 de septiembre y 6930 del 29 de noviembre de 1996, mediante las cuales la entidad demandada dio por liquidado el contrato y confirmó tal resolución, así como señaló que sólo le debía al señor Jaime Mora Molano la suma dineraria de $6 282 803 por concepto de sus servicios.
   2. Lo anterior, en consideración a que para rebatir dicho valor e invocar la infracción de las cláusulas contractuales pertinentes por parte de esa entidad, primeramente se requiere declarar la ilegalidad de los pronunciamientos administrativos por medio de los cuales se estableció esa cifra como la suma adeudada por parte de la administración, lo que fue solicitado por el demandante en su libelo introductorio y que si bien no se mencionó expresamente en su recurso de apelación, le es inherente al mismo en cuanto a su finalidad de obtener la revocatoria de la sentencia impugnada y el reconocimiento de la totalidad de las pretensiones por él deprecadas, por lo que se constituye en un requisito lógico del objeto de su impugnación que a su vez encuentra relación con los otros argumentos sostenidos en dicho medio de impugnación frente a la renovación del contrato, a la modificación unilateral de su contenido y al enriquecimiento sin justa causa por parte del ISS.
   3. Sobre la necesidad de descartar la legalidad de los actos administrativos que liquidan el contrato en forma unilateral antes de abordar el análisis de las otras pretensiones propias del medio de control de controversias contractuales, esta Corporación ha señalado:

*3.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado la necesidad de que una vez liquidado unilateralmente el contrato sólo se pueda alegar el incumplimiento de las obligaciones a través de la censura de la legalidad del acto administrativo que contiene esa manifestación de voluntad de la administración pública.*

*En efecto, una vez que la entidad pública contratante liquida unilateralmente el negocio jurídico, en los términos establecidos en el contrato o en la ley (artículo 60 de la ley 80 de 1993), al contratista no le es viable invocar como pretensión autónoma el incumplimiento, toda vez que es necesario que se solicite y acredite la nulidad del acto administrativo correspondiente, so pena de que la acción devenga improcedente por ineptitud formal de la misma.*

*Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido[[18]](#footnote-18):*

***“El hecho de que la disconformidad con el acto administrativo que contiene la liquidación sea solo parcial no releva al interesado en obtener un reajuste de la liquidación, de la obligación de demandar la anulación del acto en cuanto no lo encuentre ajustada a la ley. La revisión de la liquidación unilateral del contrato solo puede derivar de la anulación total o parcial****, según el caso, del acto administrativo que la contiene.*

*“Reiteradamente se ha pronunciado esta Sala en relación con la necesidad de demandar el acto administrativo a través del cual la administración liquida unilateralmente un contrato, cuando el contratista se queja de la lesión que le produce ese acto y pretende su resarcimiento. Viene para el caso la sentencia de 15 de marzo de 1991, citada precisamente por el apelante pero solo parcialmente, proferida en el proceso radicado al No. 6053, Actor: Eduardo Ojeda Ávila, donde con ponencia del señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo, dijo la Sala:*

*“Se hace el recuento precedente para entender el sentido de los siguientes hitos jurisprudenciales ya reiterados:*

*a) Ordinariamente los contratos de obra pública y de suministro deberán liquidarse a su terminación normal o anormal, para definir quién debe a quién y cuánto.*

*b) Si las partes liquidan de común acuerdo y el acta se suscribe sin salvedades, en principio, no podrá impugnarse jurisdiccionalmente, salvo que haya habido un vicio en el consentimiento de una de las partes que intervino en el convenio.*

*c) Si el acta se suscribe con salvedades, el debate jurisdiccional será posible, pero sólo en lo que fue materia de desacuerdo.*

*“En este evento, no habrá que pedir la nulidad del acta respectiva.*

*“Se entiende sí que en lo que no hubo desacuerdo el acta permanecerá intangible.*

*“d) Pero puede suceder que el contratista no comparezca a la liquidación o se niegue a suscribir el acta por tener objeciones en cuanto a su contenido. Aquí, la administración tendrá que liquidar el contrato mediante resolución motivada, o sea por acto administrativo.* ***En esta hipótesis, como la lesión al contratista la produce dicho acto, para efectos del resarcimiento deberá pedirse expresamente su nulidad; petición que no convierte esta acción en una de restablecimiento, porque su índole estrictamente contractual no se pierde con la existencia de la aludida resolución.****”*

*“(…)”*

*En efecto, una vez media el acto de liquidación unilateral la única forma de controvertir aspectos relacionados con la celebración o ejecución del contrato estatal es mediante el levantamiento del velo de legalidad de que goza el acto administrativo que contiene la misma, circunstancia que torna exigente, como lo ha señalado esta Corporación, la formulación de la causa petendi y el fundamento jurídico de la responsabilidad, pues será requisito sine qua non deprecar la declaratoria de ilegalidad total o parcial del acto que contiene la liquidación así como la indicación y el desarrollo del concepto de la violación en el que se apoya la censura respectiva[[19]](#footnote-19).*

* 1. Teniendo en cuenta lo indicado, conviene recordar que en el escrito inicial, la parte demandante invocó como vulnerados, entre otros artículos, los referentes a los derecho de trabajo y de propiedad privada contemplados en la Constitución Política, y aquellos contenidos en el Código Civil relacionados con *(i)* la condición resolutoria tácita por incumplimiento del contrato; *(ii)* de que el negocio jurídico se constituye en ley para sus partes; *(iii)* que éste debe ser ejecutado de buena fe, y *(iv)* que su incumplimiento o el retardo en su cumplimiento conlleva a la indemnización del daño emergente y del lucro cesante que corresponda.
  2. Igualmente, se observa que no obstante en la demanda aludida no se formuló de manera adecuada los conceptos de violación pertinentes, en tanto simplemente se hizo alusión a que la entidad contratante no pagó la totalidad de las comisiones por los tres conceptos pactados, razón por la cual se puso *“a trabajar gratis”* al actor, y que el negocio jurídico aludido se renovó automáticamente en septiembre de 1995 y en septiembre de 1996, lo cierto es que dicha falta de precisión no se constituye en óbice para abordar el estudio de legalidad pertinente, puesto que a partir de dichas circunstancias y de una interpretación integral del escrito inicial[[20]](#footnote-20), es posible observar y delimitar claramente los motivos por los cuales el demandante alegó la vulneración de las normas descritas respectó de los actos administrativos que efectivamente demandó, sin que se pueda pensar que ello se configuraría en una violación al debido proceso o al derecho de defensa de la entidad demandada.
  3. En efecto, de las aseveraciones contenidas en el libelo introductorio y de las normas aducidas como trasgredidas con los actos administrativos reseñados, le es plausible a la Sala extraer con claridad los fundamentos por los cuales el accionante aseveró que se debe declarar su nulidad, los cuales se circunscriben a una falsa motivación[[21]](#footnote-21) derivada de que *(i)* el monto fijado por el ISS como contraprestación de sus labores como contratista no se ajusta a la realidad de las estipulaciones contractuales y al cumplimiento que observó del contrato, máxime cuando se le adeuda completamente las comisiones por concepto de afiliaciones a salud y a riesgos profesionales, respecto de las cuales nunca se fijó su fecha y porcentaje de pago pese a que ello había sido establecido en el negocio jurídico en mención, y *(ii)* no era legalmente viable liquidar el contrato al aseverarse que el mismo ya había finalizado, en la medida en que su ejecución continuaba para ese momento debido a la renovación automática que se pactó por las partes, motivación que pretende evidenciar la vulneración del ordenamiento jurídico superior y frente a la cual, la parte demandada tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa para controvertir tales planteamientos -ver párrafos 1.1 a 1.4, 1.6, 2, 2.1 y 8.7-.
  4. En este punto, si bien no se pierde de vista que el actor arguyó, en sus alegatos de conclusión en esta instancia, la nulidad de las resoluciones referenciadas con fundamento en una falta de competencia de la entidad demandada, proveniente de su interpretación del precedente jurisprudencial de esta Corporación referente al tiempo que tienen los entes estatales para liquidar unilateralmente el contrato luego de entenderse fallida la liquidación bilateral, causal de anulación que no puede ser descartada con fundamento en su formulación tardía, toda vez que la ausencia de facultades para expedir cierta determinación administrativa es un vicio que puede ser estudiado de oficio por el juez de lo contencioso administrativo sin necesidad de que sea manifestado por alguna de las partes del proceso[[22]](#footnote-22), lo cierto es que la misma no resulta procedente.
  5. Al respecto, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia invocada por el demandante no explica una pérdida de competencia para expedir un acto administrativo, sino que interpreta la ley para definir el tiempo máximo en el que la administración debería dictaminarlo para efectos de posibilitar la contabilización del término de caducidad del medio de control referenciado, de tal forma que el posible conflicto que pueda trabarse no se prolongue en el tiempo indefinidamente -lo que después vino a consagrarse a nivel normativo-[[23]](#footnote-23). En efecto, no escapa a la Sala que del artículo 61 *ibídem* y de las demás disposiciones aplicables al presente asunto, no se desprende límite temporal alguno para la administración en ese sentido[[24]](#footnote-24), por lo que mal se podría jurisprudencialmente cercenar una facultad del Estado contratante cuando la ley no prevé nada al respecto.
  6. Con observancia de lo expuesto, se principia por señalar que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, la falsa motivación en la expedición de un acto administrativo, surge cuando en la motivación del mismo se presenta un error de hecho o de derecho derivados de la invocación de circunstancias fácticas o motivos jurídicos inexistentes, o de que éstos hubiesen sido indebidamente interpretados para arribar a la aplicación de una consecuencia jurídica que resultaba improcedente[[25]](#footnote-25). En este sentido, esta Corporación ha señalado:

*La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha ocupado de definir y establecer el contenido y alcance de la falsa motivación del acto administrativo como constitutivo de vicio de nulidad. Así, en sentencia de 8 de septiembre de 2005 precisó lo siguiente:*

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se entiende que la existencia real de los motivos de un acto administrativo constituye uno de sus fundamentos de legalidad, al punto de que cuando se demuestra que los motivos que se expresan en el acto como fuente del mismo no son reales, o no existen, o están maquillados, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación.

En síntesis, el vicio de falsa motivación es aquel que afecta el elemento causal del acto administrativo, referido a los antecedentes de hecho y de derecho que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, facultan su expedición y, para efectos de su configuración, corresponderá al impugnante demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad.”[[26]](#footnote-26)

*También ha dicho que la falsa motivación, “es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad. [[27]](#footnote-27)*

*En otra oportunidad, la jurisprudencia de esta Corporación, determinó que se presentaba falsa motivación en el acto administrativo, cuando los motivos esgrimidos en el acto no tenían el carácter jurídico que se les otorgó o no justificaban la medida tomada, así se pronunció:*

*“… para que una motivación pueda ser calificada de “falsa”, para que esa clase de ilegalidad se de en un caso determinado, es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada[[28]](#footnote-28).*

*En sentencia de 19 de mayo de 1998, puntualizó sobre la falsa motivación de los actos administrativos, lo siguiente:*

“La falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable.” [[29]](#footnote-29)

*Los lineamientos jurisprudenciales precedentes esbozan de manera clara que la falsa motivación del acto tiene ocurrencia cuando i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión[[30]](#footnote-30).*

* 1. En el caso concreto, se impone descartar como fundamento constitutivo de la anulabilidad de los actos administrativos respectivos, tal como lo hizo el Tribunal de primera instancia -aunque refiriéndose únicamente a la petición de incumplimiento contractual-, la celebración y perfeccionamiento de uno o varios contratos adicionales que tuvieran como objeto la renovación el negocio jurídico de prestación de servicios n.º 49 de 1994, puesto que si bien se acordó en su cláusula sexta la posibilidad de que ello ocurriera automáticamente *“hasta completar tres años”* vencido su término inicial de duración, contado desde el momento de aprobación de la póliza de garantía -el cual también aplicaría para cada prolongación que se hiciera del contrato; ver párrafo 8.1-, la Sala advierte que de la redacción de la misma y de la voluntad de las partes no se derivaba una imposición para continuar la ejecución del negocio jurídico por el lapso máximo de 3 años, como lo pretende hacer ver la parte demandante -puesto que de haber sido así, hubiesen pactado ese plazo como duración del contrato-, sino que precisamente, dicha renovación se constituyó por ellas mismas en una mera posibilidad frente a la cual, cualquiera de los dos extremos contractuales podía manifestar su ausencia de voluntad para efectos de que la misma no operara, tal como ocurrió en relación con la entidad demandada.
  2. La anterior interpretación adquiere mayor fuerza y lógica, al haberse agregado en la estipulación indicada que cada extensión que se efectuara del contrato n.º 49 de 1994 debía entenderse como la celebración de un nuevo contrato.
  3. Con observancia de lo señalado, es claro que para que resultaran procedentes las renovaciones argüidas por el accionante en virtud de las cuales se pudieran concluir viciados de nulidad los actos administrativos demandados, era necesario que concurrieran los presupuestos de existencia y validez del contrato como acto jurídico que pudiera prolongar en el tiempo las obligaciones derivadas del pacto originario señalado, entre los que se debe destacar el consentimiento o voluntad de las partes[[31]](#footnote-31), lo que diáfanamente no acaeció en el presente asunto, por cuanto está demostrado a partir de los documentos allegados al plenario y de la misma aceptación que hizo la parte demandante en su libelo introductorio, que de manera previa a que el término de duración del negocio jurídico primigenio en mención acabara, el ISS manifestó su clara intención de que no fuese renovado -15 de agosto de 1995; ver párrafo 8.4-.
  4. Igualmente, se debe tener en cuenta que en la cláusula séptima del contrato de prestación de servicios referido se previó que los negocios adicionales que se celebraran con fundamento de aquél requerirían para su ejecución la constitución de las pólizas de cumplimiento respectivas “*por el valor equivalente al 10% de lo devengado por concepto de comisiones, durante el año inmediatamente anterior*”, las cuales debían otorgarse dentro de los cinco días hábiles siguientes a la entrega del contrato de renovación por parte del ISS, así como contar con su aprobación según lo establecido por el artículo 4[[32]](#footnote-32) de la Ley 80 de 1993, circunstancias que no fueron acreditadas por el accionante de modo que se pudiera colegir que de la conducta de la entidad contratante se derivaran actos que enseñaran su consentimiento para la renovación de las obligaciones y derechos contenidos en el contrato original.
  5. Por su parte, también está probado que el 22 de mayo de 1996 el señor Jaime Mora Molano escribió al ISS para efectos de que se le pagará lo que se le debía por la ejecución de sus obligaciones derivadas del acuerdo, incluyendo también lo pactado por pensiones de años que para ese momento no habían trascurrido pero respecto de los cuales ya se había establecido la forma de fijar las comisiones que se podían llegar a producir, de lo que se puede inferir que para ese momento el demandante era consciente de que el contrato no se había prologado y de que éste no estaba ejecutando las prestaciones propias del mismo -ver párrafo 8.5-, comoquiera que de haber sido así, no hubiese allegado la misiva respectiva solicitando el pago de los servicios que aún no había prestado, pero que a la postre sabía que podía ejecutar y respecto de los que podía pedir su contraprestación más adelante.
  6. De conformidad con todo lo expuesto, es evidente que no resulta factible declarar la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se liquidó unilateralmente el contrato y se confirmó tal determinación con cimiento en que se hubiese probado que éste y las prestaciones que del mismo se desprendían se hubiesen extendido en el tiempo de manera posterior al 29 de septiembre de 1995 -fecha que correspondía a un año después de haberse aprobado su garantía de cumplimiento y que por ende, se fijó como momento de terminación del negocio jurídico; ver párrafos 8.1 y 8.2-, de tal forma que resultara falsa su fundamentación fáctica al colegir que era plausible proceder a adoptar la decisión de liquidar el saldo de lo adeudado el 30 de septiembre de 1996, puesto que como se observa del material probatorio obrante en el plenario, está fehaciente acreditado que el contrato de prestación de servicios n.º 49 de 1994 se terminó en la primera fecha aludida y por ende, no se constituyó un error de hecho al respecto.
  7. No obstante lo anterior, con ocasión de la otra línea argumentativa con base en la cual se arguyó la falsa motivación alegada, la Sala advierte que los actos administrativos demandados sí adolecen de una falsa motivación claramente evidenciable, puesto que el ISS arguyó que la única suma a pagar al contratista por concepto de los servicios que prestó era de $6 282 803, la cual notoriamente no corresponde a las labores que el señor Jaime Mora Molina habría desempeñado y a la forma de establecer dicho monto de conformidad con lo estipulado en el contrato ejecutado, sino que se obtuvo a partir de una fórmula diseñada por aquélla entidad ante la imposibilidad de determinar los verdaderos valores que se le adeudaban a aquél.
  8. Efectivamente, se observa que la cifra denotada por el ISS en las resoluciones objeto de la demanda como correspondiente a las labores pactadas con el accionante y efectivamente realizadas por él, no puede reflejar el verdadero monto de las comisiones que el ISS le debía de conformidad con la efectividad de las afiliaciones que éste hubiese logrado realizar a los sistemas de pensión, salud y riesgos profesionales según lo pactado en el mismo clausulado del contrato que celebraron -se debe precisar que el valor de las comisiones por pensiones se determinaba no sólo por el número de afiliaciones efectivamente realizadas, sino también por los aportes reales consignados por cada afiliado al sistema de pensiones y de que éstos efectivamente los cancelaran, mientras que en relación con los sistemas de salud y riesgos profesionales se dejó al arbitrio de la entidad demandada su determinación y fecha de pago, parámetros que nunca se concretaron; ver párrafo 8.1, cláusula cuarta de la cita-.
  9. Lo expuesto, habida cuenta de que tal como lo reseñó dicha entidad en la contestación del escrito que le allegó el referido contratista el 26 de mayo de 1996, oficio en el que explicó el mecanismo respectivo para determinar la suma adeudada que terminó por aplicar en el acta de liquidación unilateral del 29 de septiembre de 1996, adoptada por la resolución n.º 5404 del 30 de septiembre y confirmada por la resolución n.º 6930 del 29 de noviembre de 1996 -ver párrafo 8.6 a 8.9-, no contaba con la información completa del recaudo que éste hubiese posibilitado a través de su trabajo, de suerte que le era inviable determinar la suma correcta del débito a su cargo por concepto de las comisiones pertinentes y en consecuencia, sólo lo pudo fijar con una fórmula que evidentemente no tuvo en cuenta el verdadero comportamiento de las vinculaciones, retiros y recaudos realizados por el ISS a partir del trabajo del señor Mora Molano, contraviniéndose así lo acordado por las partes del contrato frente a la forma de liquidar las comisiones pactadas a favor de éste como contratista e igualmente, desconociéndose las verdaderas labores que realizó y el rango de éxito de sus servicios.
  10. Al respecto, la Sala no pierde de vista que al momento de liquidarse el negocio jurídico en análisis para arribar a la única suma a pagar al contratista Mora Molano de acuerdo con lo que se coligió en el acto administrativo recurrido y confirmado, en lugar de observarse su verdadero trabajo, recaudo de aportes, retiros de los sistemas, y base de cotización de las personas que éste afilió de conformidad con el material documental con que debía contar la entidad demandada, se empleó un supuesto estimativo de tales aspectos en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1994, para establecer unos porcentajes de probabilidad de retiro y de recaudo de los vinculados por el actor durante el año de 1995, así como un promedio de ingreso base de cotización de los mismos correspondiente al 170% del salario mínimo legal vigente de ese año, para luego usarlos en una fórmula matemática para obtener el total de deuda a reconocer, cifra que por consiguiente no devela el monto real que se le debe al actor por comisiones de acuerdo al negocio jurídico celebrado y al trabajo que éste habría realizado.
  11. En consecuencia, resulta palmaria la falsa motivación de los actos administrativos cuya nulidad solicita la parte demandante, comoquiera que para determinar la suma que le debía cancelar al actor y que se afirmó que correspondía a la contraprestación de sus labores, se desconoció completamente lo pactado en el contrato a liquidar y la ejecución real de sus obligaciones, para en su lugar, procederse a fijarla de manera discrecional con base en unas cifras promedio que no se atuvieron a la realidad particular del contratista, razón por la cual la declaración correspondiente será adoptada en el parte resolutiva de la presente providencia.

1. Ahora bien, una vez dilucidada la ilegalidad de las resoluciones n.º 5404 del 30 de septiembre de 1996 y 6930 del 29 de noviembre del mismo año, la Sala debe verificar la plausibilidad de los distintos argumentos manifestados por la parte demandante para obtener la reparación pecuniaria de los perjuicios que requirió.
   1. De esta manera, en relación con el **enriquecimiento sin justa causa** invocado por el accionante, se debe rememorar que éste adujo de manera simultánea, por un lado, que el contrato no había fenecido el 29 de septiembre de 1995, hipótesis que ya fue desechada por la Sala -ver párrafos 10.9 a 10.15-, y de otro parte, que en caso de que ello se considerara así, es decir, que el negocio jurídico objeto del libelo introductorio hubiese finalizado en la fecha en mención, él había continuado ejecutando las obligaciones derivadas del mismo a favor de la entidad demandada con su aceptación, sin recibir de su parte reconocimiento monetario alguno como pago de la prestación de sus servicios, motivo por el cual no se podía sino concluir que ésta se enriqueció indebidamente a su costa.
      1. Al respecto, se impone advertir que si bien era carga del actor demostrar los elementos configurativos de la fuente de compensación por él aseverada de conformidad con lo dispuesto por el artículo 177[[33]](#footnote-33) del C.P.C., no sólo no obró en ese sentido, por cuanto no se encuentra sustento probatorio alguno en el expediente que acredite que él hubiera realizado las labores de preventa, venta o postventa de los productos del ISS con su anuencia por fuera de la celebración del contrato estatal n.° 49 de 1994, que se reitera, terminó el 29 de septiembre de 1995, sino que adicionalmente, de estar ello probado, tampoco se podría declarar el enriquecimiento sin justa causa en su beneficio con observancia del contexto del presente asunto, habida consideración de que la aplicación de dicho instituto es plenamente excepcional, y no se encuentra ningún motivo por el cual el demandante se hubiese encontrado habilitado para ejecutar tarea o labor alguna a favor de la entidad aludida sin verificar la suscripción de un negocio jurídico de prestación de servicios, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico colombiano previó que de manera general, los contratos estatales deben concretarse por escrito como una solemnidad propia de su existencia -solemnidad *ad substantiam in actus*-.
      2. Ciertamente, el que los particulares presten un servicio a la administración sin que haya un contrato escrito que soporte las obligaciones bilaterales que de esa circunstancia puedan surgir, ha sido considerado por la Sección como una conducta inapropiada por parte de quienes prestan el servicio, y que “*la mera liberalidad del particular no tiene la virtud de comprometer la responsabilidad patrimonial de la entidad, porque en tal caso se trataría de una imprudencia, culpa y hasta dolo que tendría por finalidad provocar un gasto público no consentido ni deseado por la entidad*”*[[34]](#footnote-34)*. En esta medida, la Sala Plena de la Sección Tercera ha señalado que para efectos de que sea posible declarar el enriquecimiento sin justa causa, se debe encontrar debidamente acreditado que la prestación por fuera del contrato estatal obedeció a razones de interés público, de manera que pese a que se trasgreda la norma imperativa referente a la solemnidad de los contratos estatales, se cuente con ese fin y no se haya tenido otro remedio al respecto. Así, señaló:

***12.1*** *Para este efecto la Sala empieza por precisar que,* ***por regla general****, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia[[35]](#footnote-35) a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831[[36]](#footnote-36) del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.*

*Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta.*

*No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios.*

*En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia.*

(…)

*Pero por supuesto en manera alguna se está afirmando que el enriquecimiento sin causa no proceda en otros eventos diferentes al aquí contemplado, lo que ahora se está sosteniendo es que la actio de in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador.*

(…)

*Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:*

1. *Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.*
2. *En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.*
3. *En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.*

***12.3.*** *El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la actio de in rem verso, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales* (resaltado y subrayado del original)[[37]](#footnote-37)*.*

11.1.1.2 De esta manera, comoquiera que la parte demandante no demostró un enriquecimiento por parte del ISS, así como tampoco la prestación de sus servicios con la anuencia de dicho ente sin la celebración de un contrato estatal y, mucho menos, las condiciones de interés general necesarias para poder entender procedente la invocación de un enriquecimiento sin justa causa en orden de obtener la compensación respectiva, se observa que la misma no se constituye en el *sub judice* y por lo tanto, no resulta viable proceder a estudiar su reparación, pretensiones respecto de las cuales cabe agregar que no obstante podían ser acumuladas a la presente controversia contractual[[38]](#footnote-38), se ha determinado que por su naturaleza deben ser formuladas para su estudio mediante el medio de control de reparación directa.

* 1. Ahora bien, en relación con la **modificación unilateral** y la consecuente ruptura del equilibrio de la ecuación económica del negocio jurídico n.° 49 de 1994, se debe recordar que su mención en el libelo introductorio y en el recurso de apelación tuvo como objeto el restablecimiento respectivo, con ocasión de las supuestas ganancias que el señor Jaime Mora Molano no pudo obtener por concepto de reafiliaciones, debido a que en comunicación del 18 de mayo de 1995, el ISS le comunicó que no le reconocería comisión alguna por las manifestaciones de los afiliados al ISS consistentes en permanecer en el régimen solidario de prima media de pensiones.
     1. Para efectos de abordar el estudio de las peticiones aludidas, conviene traer a colación dos aspectos fácticos relevantes: *(i)* en el parágrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato señalado, las partes pactaron que la remuneración por la reafiliación al régimen de pensiones indicado dependía de lo que al reafiliado le faltara para cumplir los 3 años establecidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, contados desde la selección inicial al régimen solidario de prima media de pensiones administrado por el ISS, para que pudiera optar por trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que en otras palabras significa que el señor Mora Molano libremente estipuló que el valor de la comisión que devengaría se encontraba supeditada al lapso que le restara al reafiliado respectivo para poder ejercer su derecho de traslado -ver párrafo 8.1-, y *(ii)* está debidamente probado que el memorial aludido por parte de la entidad demandada en cuanto a la decisión de no pago de las reafiliaciones de sus usuarios vinculados antes del 1 de abril de 1994, tuvo lugar comoquiera la Superintendencia Bancaria, mediante concepto vinculante, indicó que el hecho de que éstos manifestaran continuar en el mismo, no les impedía trasladarse de régimen en el momento en que lo desearan -ver párrafo 8.3-.
     2. Con observancia de lo expuesto, para la Sala es evidente que el memorial a que hace referencia la parte demandante como modificatorio del contrato estatal en realidad no tuvo dicho fin y efecto, no obstante el ISS podía hacer uso de esa potestad excepcional a pesar de que ello no fue pactado -por tratarse el mismo de un contrato de prestación de servicios[[39]](#footnote-39)-, sino que únicamente tendió a explicarle a todos los miembros de la fuerza promotora de sus productos, entre quienes estaba el contratista Mora Molano, que el supuesto de reafiliaciones generador de comisiones en los contratos que se hubiesen celebrado al respecto ya no se presentaba en relación con quienes se hubiesen afiliado al régimen de pensiones correspondiente manejado por aquél antes del 1 de abril de 1994, toda vez que según el concepto de la Superintendencia Bancaria, dichos usuarios podían trasladarse de régimen libremente, sin perjuicio de la manifestación que hicieran de continuar vinculados al ISS.
     3. De esta manera, es diáfano que el cambio en la ejecución de los contratos de prestación de servicios que suscribió el ISS con los diferentes contratistas, como lo era el demandante, no tuvo como fuente el ejercicio de la potestad unilateral de la administración de modificar los negocios jurídicos respectivos, sino que su génesis se constituyó en un concepto proferido por un organismo de control totalmente ajeno a la parte demandada, es decir, por la referida superintendencia.
     4. En consecuencia, al advertir la Sala que el aducido rompimiento en el equilibrio de la ecuación financiera del contrato n.° 49 de 1994 no tiene que ver con una modificación unilateral efectuada por el ISS, con observancia del principio *iura novit curia*, los supuestos descritos por el accionante con la finalidad de determinar si efectivamente se configuró dicha ruptura deben ser analizados en el marco de la teoría de la imprevisión contemplada en el artículo 5[[40]](#footnote-40) de la Ley 80 de 1993, habida cuenta de los mismos no le resultan imputables a ninguno de los contratistas.
     5. Ciertamente, en los eventos en que se produce una determinación de carácter general, abstracta e impersonal por parte de una autoridad ajena a la relación negocial en específico, pero que incide de manera directa o indirecta en la misma, tal como ocurre en el *sub judice*, al ser externa a las partes contractuales, debe ser enmarcada dentro de los linderos de un hecho imprevisto, respecto del cual se debe estudiar si en el caso concreto comporta la afectación grave, anormal y excepcional -por fuera del álea normal del negocio- del equilibrio de la ecuación económica del contrato.
     6. Al respecto, en materia de los contratos sometidos al régimen de contratación estatal, se ha restablecido la economía del contrato o la ecuación financiera con base en la teoría de la imprevisión, de conformidad con la siguiente fundamentación: *“el mantenimiento de esas condiciones de ejecución dictadas desde el perfeccionamiento del negocio jurídico, en un momento dado puede resultar especialmente lesivo para una de las partes por la ocurrencia de sucesos imprevistos, posteriores, ajenos a su voluntad y no imputables a incumplimiento del otro contratante, pero que le reportan una mayor onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, y en consecuencia, se pierde esa equivalencia que se había formado a partir de la celebración del contrato[[41]](#footnote-41)”.*
     7. En ese orden de ideas, a nivel jurisprudencial y doctrinal, se ha destacado que con el objeto de entrar a dilucidar a la luz de la tesis en mención la configuración de un imprevisto con fundamento en la cual le corresponda a una de los contratantes propender porque se dé un restablecimiento de la ecuación financiera del contrato a favor de la parte del negocio dañada, restablecimiento que en esos casos sólo puede ser por la onerosidad que adquirió la ejecución de las obligaciones pertinentes y no del lucro dejado de percibir, en tanto el hecho imprevisible no puede serle atribuido materialmente a ninguna de los extremos del contrato de manera que proceda una indemnización integral[[42]](#footnote-42), se requiere *(i)* que el hecho pertubatorio sea externo a las partes; *(ii)* que no se haya podido prever, y *(iii)* que produzca una afectación excepcional de la ecuación financiera del contrato de manera que corresponda a un álea extraordinaria del mismo[[43]](#footnote-43). En este sentido, la Sala ha destacado:

*Y precisamente sobre esta última teoría, se estimó en la referida Sentencia de la Sala que la misma se presenta cuando “... situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución”, siendo entonces indispensable para que se configure, la concurrencia de tres elementos: 1) que el hecho perturbatorio sea exógeno; 2) que no haya podido ser razonablemente previsto por las partes al momento de contratar y 3) que produzca una afectación de la ecuación económica del contrato extraordinaria y excepcional, de tal manera que esta teoría*

*“supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever(...). Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el lucrum cessans, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un álea extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer a cargo del contratante (subraya la Sala)[[44]](#footnote-44)”*

*De otro lado, teniendo en cuenta que, como ya lo dijo la Sala, el hecho del príncipe se produce por una disposición general adoptada por la misma entidad contratante, aunque no en su calidad de tal, sino como Autoridad Administrativa en ejercicio de sus funciones, la expedición de impuestos por parte del Legislador o por una autoridad distinta de la contratante, no encuadraría en dicha teoría, sino que obedecería más bien a la teoría de la imprevisión, en la medida en que en ésta, la circunstancia o hecho que la constituye y que produce el trastorno grave de las condiciones económicas del contrato, debe ser externa y ajena a las partes del negocio jurídico.*

*No obstante, cualquiera sea la teoría que se aplique, se observa que el hecho mismo de la imposición de nuevos tributos, por sí solo, no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que trátese de un hecho del príncipe o de una circunstancia imprevista, deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato a raíz de la aplicación de la nueva norma impositiva; al respecto, manifestó la Sala en la providencia a la que se viene aludiendo:*

(…)

*Es decir que no basta con probar que el Estado –entidad contratante u otra autoridad- profirió una medida de carácter general mediante la cual impuso un nuevo tributo, y que el mismo cobijó al contratista, que tuvo que pagarlo o se vio sometido a su descuento por parte de la entidad contratante, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento de tal equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos, representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida* ***ab - initio,*** *que se sale de toda previsión y que le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligado a soportar, porque se trata de una alteración extraordinaria del álea del contrato; y esto es así, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él* (resaltado del original)[[45]](#footnote-45).

* + 1. Con observancia de todo lo expuesto, para la Sala es evidente que en el caso concreto no se encuentra llamado a prosperar el restablecimiento del equilibrio de la ecuación financiera del contrato deprecada por el actor a cargo de la entidad demandada, en la medida en que si bien se puede inferir que la imposibilidad de recibir emolumentos por las reafiliaciones de personas vinculadas al ISS con anterioridad al 1 de abril de 1994 redujo el mercado que el señor Mora Molano inicialmente podía explotar, lo cierto es que *(i)* dicho demandante, encontrándose en la carga para hacerlo, no allegó medio probatorio alguno tendiente a acreditar la real y grave alteración del señalado equilibrio económico fijado al momento de celebración del contrato, traducida en la mayor onerosidad que le implicaba el dejar de percibir ganancias de dichas labores, máxime cuando aún podía reafiliar personas vinculadas con posterioridad a la fecha en mención y obtener la afiliación de nuevos clientes; *(ii)* la posibilidad de que lo anterior ocurriera se constituyó en un álea normal comprendida en el contrato, la cual claramente fue asumida por el contratista, comoquiera que se pactó que sus comisiones por concepto de reafiliaciones se encontrarían condicionadas al tiempo restante que le quedara al vinculado respectivo para poder ejercer su derecho de traslado al otro régimen de pensiones, de lo que se seguía de manera manifiesta que ante la configuración de cualquier situación que conllevara a que ese lapso no existiera -lo que acaeció en el *sub judice* a partir de la interpretación que sobre dicho artículo y el ordenamiento jurídico hizo el órgano autorizado y competente-, le haría imposible a éste obtener ingreso monetario alguno al respecto, situación que por lo tanto le era previsible y que aceptó cuando suscribió el acuerdo aludido, y *(iii)* la pretensión formulada por el demandante y frente a la cual se puede pronunciar la Sala -de manera que no se profiera un fallo extrapetita a la luz del principio de congruencia que rige la actividad judicial; ver artículo 305[[46]](#footnote-46) del C.P.C.-, no se encuentra dirigida a que se le deje en un punto de no pérdida con ocasión de la supuesta onerosidad sobreviniente a raíz de la situación explicada, la cual se reitera, no probó, sino que busca que se le reconozca lo dejado de percibir por los aportes de las personas que habría podido afiliar de haberse mantenido inalteradas las condiciones iniciales de ejecución del negocio jurídico pertinente, solicitud de lucro cesante que no puede ser reconocida bajo la égida de la teoría de la imprevisión, como reiteradamente lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación -ver párrafo 11.2.7-[[47]](#footnote-47).
  1. Ahora bien, descartada la plausibilidad de ordenar el restablecimiento de la ecuación económica del contrato que no se probó que se hubiese visto alterada por el concepto de carácter vinculante expedido por la Superintendencia Bancaria, la Sala debe abordar la pretensión de la demanda referente a declarar el **incumplimiento contractual** del negocio jurídicode prestación de servicios n.° 49 de 1994 por parte del ISS, en cuanto a su obligación consistente en pagar debida y oportunamente el valor de las comisiones que se desprendieran de las afiliaciones y reafiliaciones a los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales efectuadas por el accionante.
     1. En relación con la señalada petición, conviene aclarar que si bien éste arguyó expresamente en el acápite de pretensiones de la demanda que el señalado incumplimiento contractual debía conllevar a la resolución del contrato aludido, no escapa a la Sala que tanto en dicho segmento como a lo largo de todo el escrito inicial, solicitó el pago de las comisiones que dejó de percibir con ocasión del incumplimiento en mención o, lo que es lo mismo, requirió el cumplimiento del contrato aducido por los saldos que aún se le adeudaban, habida cuenta que hasta la fecha de prestación de la demanda, el ISS no le había “*reembolsado ni cancelado totalmente a Jaime Mora Molano los costos, gastos y comisiones causadas en el desarrollo del contrato administrativo de prestación de servicios número 049*”, peticiones a las que cabe agregar que adicionó, como indemnización de perjuicios, el pago de los intereses comerciales moratorios que se desprendían de dichos valores debidos -ver párrafos 1 a 1.6-. Sobre el incumplimiento contractual y las posibilidades que tiene el actor en relación con el mismo, esta Sección se ha pronunciado en el siguiente sentido:

*La figura del incumplimiento del contrato se presenta cuando unos de los extremos del negocio jurídico incurre en inobservancia o en un cumplimiento tardío o defectuoso del contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre y voluntaria acordaron las partes al tiempo de su celebración, evento que, de acreditarse, se ubica en el campo de la responsabilidad contractual, lo que a la postre faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido las obligaciones a su cargo o que hubiera estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo negocial o su cumplimiento, en ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados o incluso, si a ello hubiere lugar, autoriza a la entidad estatal contratante para sancionar al contratista particular incumplido mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, o para declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato, tal como lo dispone el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, normativa que encuentra antecedente positivo en los artículos 71 y 72 del entonces vigente Decreto-ley 222 de 1983[[48]](#footnote-48).*

* + 1. Ahora bien, teniendo en cuenta que las dos primeras consecuencias deprecadas por el actor a partir de la mencionada trasgresión por parte del ISS frente a sus cargas obligacionales provenientes del contrato resultarían contradictorias entre sí, habida cuenta de que la declaratoria de resolución del mismo conllevaría a devolver a las partes que en éste intervinieron al estado anterior en el que se encontraban antes de su celebración, como si el acuerdo nunca hubiese existido -lo que en relación con el contrato de prestación de servicios es improcedente debido a la misma naturaleza de las prestaciones contratadas, de manera que su resolución sólo conllevaría a posibilitar su terminación a futuro, pacto que en el caso concreto ya se encuentra finalizado debido a la terminación de su término de duración-[[49]](#footnote-49), mientras que la orden de su cumplimiento ratifica la celebración de ese negocio jurídico y los efectos que produjo, de tal forma que se pueda conceder al demandante, en caso de que se trate de un cocontratante cumplido, el saldo de lo que se le adeude en virtud de la relación negocial bilateral incumplida por su otro extremo, se impone advertir que pese a la falta de técnica jurídica de la demanda, el objeto de la misma no propende por que se resuelva el contrato celebrado entre el ISS y el señor Jaime Mora Molano, puesto que con ello se desconocerían las pretensiones indemnizatorias aducidas que se encuentran direccionadas a obtener a favor de éste no sólo el pago de los saldos debidos -cumplimiento total del contrato-, sino también los intereses correspondientes a los mismos.
    2. Ciertamente, la real intención del demandante se revela a partir de que la invocación de la resolución del contrato, si la misma fuese factible en el presente asunto, resultaría totalmente ajena a sus pretensiones de carácter pecuniario, en la medida en que si se pudiera declarar resuelto dicho negocio jurídico no sería posible ordenar que se cancelen las deudas solicitadas por el actor con ocasión del incumplimiento por parte del ISS, así como tampoco los frutos que le habrían producido esos valores, dado que se principiaría por retornar todas las circunstancias de las partes del contrato a un estado previo al de su celebración, de lo que se seguiría que la indemnización que correspondería obedecería a otros parámetros que en cualquier caso no fueron expresados en la demanda.
    3. En consecuencia, resulta evidente que la mención de la resolución del negocio jurídico aludido obedeció a una imprecisión en el planteamiento del libelo introductorio, más aún cuando a lo largo de todo el *iter* procesal no se vuelve a hacer alusión de aquella y por el contrario, el actor reitera constantemente su deseo de que la parte demandada le pague la totalidad de lo debido por la ejecución de sus prestaciones como promotor y vendedor de las afiliaciones y reafilaciones a pensiones, salud y riesgos profesionales, es decir, el adecuado cumplimiento del negocio jurídico celebrado por parte del extremo pasivo de la *litis*.
    4. Teniendo en cuenta lo anterior, y al encontrarse desechada la hipótesis de la prolongación del contrato de prestación de servicios n.° 49 de 1994 más allá del 29 de septiembre de 1995 -situación de la cual no se puede derivar indemnización alguna, precisamente porque para la Sala está debidamente acreditado que el contrato en comento finalizó en dicha fecha; ver párrafos 10.9 a 10.15-, se debe recordar que el demandante manifestó que el incumplimiento por parte del ISS se circunscribía a que éste no le pagó oportunamente la totalidad de lo que le debía por concepto de las afiliaciones y reafiliaciones al régimen de pensiones que efectivamente realizó, y tampoco definió el monto y valor de las comisiones que se habían causado por las mismas labores que efectuó en cuanto a los sistemas de salud y de riesgos profesionales, por lo que aseveró que el pago en lo referente únicamente a pensiones se determinó de manera arbitraria mediante los actos administrativos demandados.
    5. Adicionalmente, en el recurso de apelación y en los alegatos de conclusión en esta instancia, destacó que sin perjuicio de que se entendiera que el acuerdo aludido no se extendió en el tiempo, se le tenían que entregar el valor de las “*reafiliaciones*” de las personas que por su trabajo tenían que mantenerse vinculados al ISS hasta cumplir los tres años contados a partir de su selección inicial al régimen de prima media de pensiones, lo que a su parecer se pactó en el parágrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato en comento.
    6. De esta manera, se debe recordar que la obligación que surge de un contrato, se traduce en un deber de colaboración intersubjetiva e implica que el deudor deba acomodar su conducta a los dictados del título en aras de satisfacer al acreedor mediante la obtención por parte de este de la prestación debida, esto es, el interés patrimonial o no, pero legítimo, materia del contrato. *“El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”,* indica el artículo 1626 del Código Civil, y *“el pago se hará bajo todos respectos en conformidad con el tenor de la obligación”*, puntualiza el artículo 1627 *ibídem*.
    7. El cumplimiento del contrato es, pues, la conformidad de la conducta del deudor con el tenor del contrato; por tanto, el incumplimiento es el comportamiento apartado y desviado del deudor de los dictados del contrato, que da lugar a la insatisfacción o frustración del acreedor. Del incumplimiento emerge la responsabilidad del deudor, esto es, su exposición a acciones judiciales específicas y enérgicas, ejecutiva por la prestación *in natura* -débito primario- en caso de serle útil y posible, o ejecutiva por el equivalente o subrogado pecuniario -débito secundario-, salvo que la prestación hubiese sido pecuniaria desde el principio; y en uno y otro evento, con derecho a reclamar daños y perjuicios sufridos por causa del incumplimiento.
    8. En efecto, el contrato, expresión nítida que es de la *autonomía de la voluntad*, se rige por el principio *“lex contractus, pacta sunt servanda”,* consagrado positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En perfecta consonancia, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial, lo que significa que los contratantes en miras de satisfacer la función práctica, económica y social para el cual está instituido el tipo contractual por ellas elegido, deben actuar en forma leal y honesta, conforme a las exigencias de corrección y probidad y la ética media imperante en la sociedad, y sin abuso de sus derechos.
    9. La inobservancia o violación de estos principios, que suponen el carácter y la fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, como fuente de obligaciones que es -art. 1494 C.C.-, con el consiguiente deber de tener en cuenta en su ejecución las exigencias éticas y de mutua confianza, hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional, normalmente por su dolo o negligencia[[50]](#footnote-50).
    10. En tal caso, la ley impone el deber de reparar integralmente a la parte cumplida el daño causado, y para ello faculta a la parte agraviada o frustrada para exigir las obligaciones insatisfechas y defender los derechos que emanan del contrato en procura de satisfacer el objeto primario del mismo o, en su defecto por no ser éste posible en el tiempo -causa oportuna-, su equivalente, y obtener en uno y otro evento el resarcimiento de todos los perjuicios sufridos. Esto es lo que, en pocas palabras, se denomina responsabilidad.
    11. Así, el incumplimiento del contrato otorga al contratante ofendido con la conducta de aquel que se apartó de los dictados del negocio jurídico, el derecho a reclamar la satisfacción del débito contractual y la indemnización de perjuicios, bien a través de la conminación directa o en virtud de requerimiento extrajudicial del deudor para provocarla en forma espontánea, ora mediante su ejecución forzada por las vías judiciales y contra su voluntad, con pretensión de que se realice la prestación *in natura*, esto es, el débito primario u original, o con pretensión sobre el débito secundario, esto es, el subrogado o equivalente pecuniario de la obligación o *aestimatio pecunia,* en ambos casos con la indemnización de perjuicios.
    12. O sea, lo normal es que el deudor cumpla a su acreedor el contrato ejecutando el objeto en el tiempo debido y lo anormal es que incumpla; si incumple en el momento previsto para el pago incurre en retardo y si es conminado o la ley lo establece sin que ello sea menester entra en mora -art. 1608[[51]](#footnote-51) C.C.-, y una vez constituido en ese estado debe responder de acuerdo con la naturaleza de la prestación positiva que adeude[[52]](#footnote-52), bien con ejecución del contrato como fue pactado -débito primario-, ora con ejecución de su equivalente -débito secundario- y, además, en uno y otro evento, con indemnización de perjuicios.
    13. De todos modos, por regla general, el deudor no asume una responsabilidad por el solo hecho de que no se obtenga la prestación debida, sino cuando la frustración sea imputable a su dolo o culpa, aunque ella pueda presumirse, por cuanto ha de recordarse que, según nuestra legislación, *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo”* -inc. 3 art. 1604 C.C.-, y *“la prueba del caso fortuito al que lo alega”* -art. 1733 C.C.-.
    14. En síntesis, es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna[[53]](#footnote-53), de suerte que el incumplimiento por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa de las obligaciones a su cargo, es sancionada por el orden jurídico generalmente a título de responsabilidad subjetiva y por culpa[[54]](#footnote-54), que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputable al contratante fallido -fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el tipo de prestación y los términos del contrato-, otorgando a la parte ofendida acciones judiciales de cumplimiento forzado.
    15. Igualmente, conviene señalar que a partir de lo anteriormente señalado y de lo dispuesto por los artículos 1609[[55]](#footnote-55) y 1757[[56]](#footnote-56) del C.C., la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que en los eventos en que se pretenda que se declare el incumplimiento contractual de un negocio jurídico bilateral y sinalagmático, el demandante, como cocontratante que asevera ser afectado por dicha circunstancia, debe acreditar primeramente tanto la existencia del contrato correspondiente como el debido cumplimiento de sus obligaciones o, que no las puedo ejecutar debido a un hecho imputable a su contraparte, toda vez que de lo contrario, resultaría inviable proceder a efectuar el estudio correspondiente al incumplimiento invocado. Al respecto, se ha indicado:

*Teniendo en cuenta que la pretensiones de la demanda orientan a obtener la declaratoria de incumplimiento del negocio jurídico, es necesario tener en cuenta que para que se estructure la responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, es necesario acreditar: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento[[57]](#footnote-57).*

*Ahora bien, es importante destacar que la carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos[[58]](#footnote-58) tiene una doble dimensión, tal y como lo ha expresado la jurisprudencia de la Sección, así:*

*“... tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que* ***para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.***

*En este sentido,* ***no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (…), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega,*** *pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada…” [[59]](#footnote-59) (Negrilla ajena al texto original).*

*En los contratos cuyas prestaciones son correlativas, como cada parte se compromete en consideración a la prestación que la otra le promete, se presenta una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas, razón por la cual del artículo 1609 del C.C. se extrae la regla según la cual no es permitido ni admisible que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho.*

*En virtud de lo anterior, la prosperidad de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A., cuando se pretende obtener el incumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios, presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso que cumplió o que estuvo presto a cumplir sus obligaciones, como presupuesto para acreditar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo* (resaltado del original)*[[60]](#footnote-60).*

* + 1. Con observancia de todo lo referido, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato n.° 49 de 1994 a cargo del señor Jaime Mora Molano, cuyo objeto de promoción y realización de preventa, venta y postventa de las afiliaciones a pensiones, salud y riesgos profesionales se constituyó en su obligación principal, para la cual también se comprometió a realizar otras actividades tendientes a su concreción -ver párrafo 8.1-, además de los medios probatorios en los que constaron, de una parte, las comunicaciones que sostuvo con la entidad demandada para efectos de que tuviera en cuenta las cifras que para él eran las adeudadas por la ejecución de las prestaciones que le correspondió ejecutar, frente a lo que ésta misma aseveró que la petición en cuanto a las cifras solicitadas no tenían un soporte probatorio, pero que podían arribar a un acuerdo sobre la suma dineraria que se le debía a pesar de no poder determinar su monto con exactitud y, de otro lado, los actos de liquidación unilateral y de confirmación de tal decisión -ver párrafos 8.5 a 8.9-, el actor solicitó la práctica de testimonios y allegó las siguientes pruebas documentales:

*(i)* en múltiples cuadernos, copias de diferentes formatos o formularios de solicitud de vinculación a los sistemas aducidos y administrados por el ISS, en los que se relacionaron los datos de diferentes personas que a su vez, conforme a la información en ellos registrada, laboraban para diferentes empleadores, peticiones de vinculación en las que no se evidencian en el aparte correspondiente la “*FECHA, SELLO Y CONSECUTIVO DE RECEPCIÓN*” por parte del ISS (cuadernos de pruebas 2 a 12);

*(ii)* copias de los controles mensuales de afiliación efectuados por el mismo demandante, en los que se describieron algunos datos de las personas que se procedía a afiliar o a reafiliar. Algunas de las tablas de control referidas presentan la información clara de los productos que el futuro vinculado o ratificante iba a adquirir o revalidar, esto es, si se iba a efectuar la vinculación a los tres sistemas o sólo a uno, mientras que otras no, documentos que en su mayoría, en unas ocasiones cuentan con una firma de recibido, en otras con un sello que denota la fecha de su imposición, un serial y la palabra de recibido, y en otras diferentes, además de lo descrito, también enseñaban la palabra “*SEGURO SOCIAL DEPARTAMENTO COMERCIAL CUNDINAMARCA Y DC*” (f. 26-136; c. pruebas1);

*(iii)* originales de constancias mediante las cuales se certificó por diferentes sociedades que el señor Jaime Mora Molano les prestó asesoría en pensiones, salud y riesgos profesionales, entre otros aspectos de la Ley 100 de 1993 (f. 137-160, c. pruebas 1), y

*(iv)* las declaraciones de los señoresJosé Fernando Gómez Posada -vecino del demandante-, Ulpiano Novoa Vargas y Olga Patricia Murcia Rosas -amigo y compañera de trabajo del señor Mora Molano-, en las que afirmaron que conocían el cumplimiento de las labores del accionante, el primero de ellos con fundamento en lo que éste le decía, y los dos últimos con base en que en algunos momentos lo acompañaban a efectuar su trabajo de asesoría en la sedes de las diferentes sociedades o lo veían llenar los formularios de solicitud de vinculación correspondientes (f. 177-179, c. pruebas1).

* + 1. De otra lado, se debe tener en cuenta que el actor, durante el *iter* del proceso en primera instancia, solicitó la práctica de una inspección judicial con intervención de peritos sobre los formularios de vinculación que tenía consigo y que a la postre fueron incorporados al plenario -los cuales no tienen constancia de recibidos por la entidad demandada-, así como sobre los documentos que tuviera el ISS sobre el número y nombre de las “*empresas afiliadas*” y el monto “*pagado por cada una de las empresas durante la vigencia del contrato con el actor, y su proyección por los dos años siguientes*”, inspección y documentos con fundamento en los cuales se debía determinar el valor de las comisiones que dicho ente estaba en la obligación de pagarle por sus labores ejecutadas. El decreto de dicho medio probatorio fue aplazado por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca mediante auto del 30 de abril de 1998, el cual se denegó posteriormente, en la medida en que se adujo que los supuestos alegados por el accionante se podían tener por probados con los documentos que la entidad demandada había allegado al expediente. Respecto de la anterior decisión, el señalado actor interpuso recurso de súplica que le fue resuelto desfavorablemente, al considerarse que el mencionado medio de impugnación debió haberse presentado en contra de la resolución judicial que aplazó el decreto de la inspección judicial con intervención de peritos y no en cuanto a la que lo denegó (f. 13, 14, 66, 67, 93-97, 101, 102, c. 1).
    2. En relación con los documentos que fueron aportados por la entidad demandada en relación con la ejecución de las obligaciones por parte del señor Mora Molano, en un primer momento ésta indicó que era indispensable que se remitiera “*el NIT de la empresa*” afiliada por aquél para encontrar la información correspondiente, sin perjuicio de que los formularios de vinculación allegados por el demandante y donde se encontraban dichos datos ya reposaban en el expediente a disposición de su apoderado judicial y, ulteriormente, remitió en cuatro folios una relación de novedades del sistema de autoliquidaciones o historia laboral del demandante, documentos que no tienen ninguna relación con el objeto de éste proceso y se refieren exclusivamente a otros trabajos que el demandante desempeñó y los aportes que a partir de ellos hizo al sistema de seguridad social. Por último, el ISS manifestó que no le había sido posible encontrar los datos solicitados por el Tribunal *a quo*, pero indicó que allegaba otras pruebas documentales que, en mayor parte, ya se encontraban incorporadas al plenario (f. 197, 203, 212; c. pruebas 1).
    3. Con observancia de lo anterior, la Sala observa que si bien no se tiene una prueba directa sobre las efectivas vinculaciones o reafiliaciones que realizó el señor Mora Molano a los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales administrados por el ISS, de manera que se verifique la real venta de dichos productos y la causación de las comisiones a su favor, para lo cual se tendría que tener en cuenta el éxito y el mantenimiento en el tiempo de la vinculación de la persona afiliada o reafiliada, lo que conviene señalar que no se puede tener por acreditado con los formularios que no tienen ninguna constancia de recibido por parte la aludida entidad o con el testimonio del señor Gómez Posada, en tanto éste sólo refirió lo que le fue comentado por el accionante[[61]](#footnote-61), lo cierto es que los demás medios probatorios resultan suficientes para concluir que el demandante sí cumplió con las obligaciones asignadas a su cargo, pese a que no se pueda establecer con precisión el número de transacciones en las que habría participado y la fidelidad de los clientes que habría adquirido a favor de la entidad contratante.
    4. Ciertamente, no obstante no se tiene plena certeza del número de productos que efectivamente habría vendido el actor debido al propio desorden administrativo del ISS y a que éste no pudo allegar los documentos que le fueron requeridos por parte del Tribunal *a quo* referente a las personas debidamente afiliadas por aquél y su mantenimiento como afiliados, se puede inferir que los formularios que habría diligenciado el accionante para lograr la vinculación de las personas a quienes convencía de adquirir los productos ofrecidos por dicha empresa industrial y comercial del Estado los relacionaba en los controles mensuales de afiliaciones que obran en el expediente, los cuales sí cuentan con algún distintivo que permite deducir su recepción por ésta, sin que ello hubiese sido desvirtuado por medio probatorio alguno.
    5. A partir de lo anterior, la Sala puede colegir que durante la ejecución del contrato, el actor entregaba al ISS junto con dichas tablas de control las solicitudes de vinculación relacionados en las mismas con el fin de que se iniciara su tramitación al interior de la entidad demandada y se verificara la plausibilidad de la venta y la realización de la afiliación o reafiliación correspondiente, comoquiera que no tendría sentido alguno que hubiera radicado únicamente un listado hecho por él carente de los soportes y de los datos necesarios para formalizar las vinculaciones aludidas, cuando ello era lo que producía a su favor la contraprestación dineraria pertinente.
    6. Igualmente, la anterior hipótesis tiene respaldo en los dichos creíbles de los señores Ulpiano Novoa Vargas y Olga Patricia Murcia Rosas al respecto, por cuanto el primero de los testigos señaló que “*la labor que él hacía, era enorme; muchas veces el me llamaba a la casa para que yo le ayudara a llenar planillas de afiliación, trabajábamos hasta tarde sólo llenando planillas. El trabajo de él consistía en* (…) *les explicaba en esas reuniones todo acerca de lo que era pensiones, salud y riesgos profesionales. Después les explicaba que quien tomara la decisión de seguir o afiliarse con el Seguro Social empezaba a llenar la planilla. Las personas tomaban el formulario y lo diligenciaban* (…)” y, la segunda declarante afirmó que “[n]*uestra labor consistía en hacer charlas de la Ley 100 y efectuar las reafiliaciones en los tres seguros, hacer mantenimiento comercial, es decir, visitar los clientes periódicamente y ver que les hacía falta* (…). *A Jaime nunca le encontraban sus archivos, sus radicaciones, siempre estaban perdidas aunque él demostró con soportes la radicación de las afiliaciones, yo vi esas afiliaciones ya que elaborábamos los informes antes de los cierres de cada mes*”.
    7. En consecuencia, para la Sala se encuentra debidamente probado el cumplimiento de las obligaciones a cargo del señor Mora Molano, en tanto es posible concluir a partir de los medios de prueba señalados y valorados en sana crítica a la luz de reglas de la experiencia y de la lógica, que todas las labores que realizó para materializar las ventas correspondientes efectivamente tendieron en ese sentido -teniendo en cuenta que de él no dependía el trámite interno de la entidad-, así como habría propendió en el corte período de tiempo que duró el contrato, por que no se presentara el retiro de los clientes que él había vinculado -lo que se menciona que realizaban por parte de la testigo Murcia Rosas-.
    8. En este punto, se debe precisar que para efectos de tener por demostrado la debida ejecución del contrato por su parte, no resultaría equitativo que hubiese tenido que demostrar de manera directa y exacta el número de transacciones que realizó y su éxito más allá de lo que se deriva como acreditado de los medios de prueba que podía allegar y que efectivamente presentó al proceso, puesto que ello se constituiría en una carga inviable de soportar en consideración a que la misma entidad demandada aceptó, tanto antes de proceder a liquidar unilateralmente el contrato como durante el desarrollo de este proceso, que carecía de los documentos pertinentes que soportaran las labores del aludido contratista y su prosperidad reflejado en el recaudo que hubiese percibido de la prestación de sus servicios.
    9. En sentido opuesto a lo denotado, se advierte que el ISS incumplió con sus cargas obligacionales, en la medida en que de los elementos de convicción allegados al expediente se puede concluir *(i)* que en varios momentos que a la postre no se pudieron delimitar por ausencia de los elementos probatorios con que debía contar la parte demandada, omitió el pago o el pago completo de los servicios prestados por el señor Mora Molano tal como lo pactaron en el contrato n.° 49 de 1994, esto es, por mensualidades vencidas; *(ii)* nunca definió el monto y la fecha del pago por concepto de los negocios correspondientes a los sistemas de salud y riesgos profesionales que éste lograra celebrar, y *(iii)* con ocasión de la ausencia de los señalados soportes en los que constara las efectivas vinculaciones y la fidelidad de los clientes a los que el referido demandante habría vendido los productos respectivos, finalmente se le imposibilitó a éste obtener la liquidación de las contraprestaciones generadas a su favor conforme a la realidad de lo pactado y las prestaciones debidamente ejecutadas por él, por lo que de manera definitiva dejó de recibir el pago de las comisiones que se le adeudaban.
    10. Al respecto, en cuanto a la falta de pago o pagos incompletos durante la ejecución del contrato a favor del señor Mora Molano, se tiene que la misma entidad demandada, al final de la ejecución del contrato y claramente después de que transcurrieran las mensualidades vencidas en las que se tenía que realizar el pago de las contraprestaciones pactadas por “*cada afiliación efectuada por el contratista*”, si bien le indicó a aquél que no podía llegar a conciliar por las cifras que pedía, en tanto no aportaba los elementos probatorios que sirviera de cimiento para ello, reconoció adeudarle el pago de ciertas cifras que en cualquier caso no podía determinar en forma precisa dado que “*dicha información debe ser suministrada por el CND*”, es decir, por el Centro Nacional de Documentación del Instituto de Seguros Sociales -ver párrafo 8.6-, de suerte que ello demuestra que para luego de la finalización del contrato, la entidad demandada le adeudaba al actor algunas sumas dinerarias correspondientes a lo que había trabajado y que se reitera, tenía que pagarle vencido los meses correspondientes.
    11. Igualmente, cabe señalar que el extremo pasivo del presente conflicto, no probó que el incumplimiento referenciado no tuviera como génesis su falta de diligencia y en sentido opuesto, de la misma ausencia de certeza que se tuvo sobre las bases de liquidación de su débito, se puede concluir que la falta de pago completo y oportuno de las comisiones correspondientes se debió a la propia desorganización de la entidad estatal demandada, ocasionándosele al accionante el daño de no recibir en el tiempo debido y de manera completa el pago acordado.
    12. Lo señalado se puede igualmente predicar de la omisión del ISS de determinar durante el término de ejecución del negocio jurídico referenciado, el monto y la fecha de liquidación de las comisiones que iba a devengar el contratista por la ejecución de sus deberes en relación con los sistemas de salud y riesgos profesionales respectivos -ver párrafo 8.1, cláusula cuarta parágrafo tercero-, pues la Sala no se explica cómo durante ese interregno lo suficientemente amplio, la entidad demandada no fijó dichos parámetros tal como se había comprometido -respecto de lo que el ISS no allegó medio probatorio alguno que desvirtuara o pusiera en duda su negligencia- y por el contrario, al momento en que procedió a negociar con el señor Mora Molano la liquidación que correspondía y a adoptar la misma de manera unilateral por acto administrativo, determinó la totalidad de las comisiones debidas en el equivalente a $6 282 803, cifra a la que se debe recordar, arribó conforme a una fórmula que no obedeció a la realidad del contrato y las verdaderos servicios prestados por el señor Mora Molano en relación con los dos conceptos aludidos.
    13. En este punto, conviene aclarar que si bien la parte demandante coligió erróneamente que dicha cifra sólo incluía lo liquidado por pensiones, del contenido de los documentos que la mencionan, la Sala diáfanamente puede concluir que ésta correspondía a la determinación del valor total adeudado por todas las afiliaciones sin importar el producto por el que se verificara la vinculación o reafiliación respectiva -pensiones, salud y riesgos profesionales-, habida cuenta que en los mismos no se observa una distinción al respecto sino que se alude de manera general al “*comportamiento de vinculaciones, retiros y recaudo*” manejado por el contratista y a las “*comisiones*” que se le debían, no obstante que para determinar el promedio de comisión por vinculación con fundamento en el que se hizo la liquidación, se utilizó el porcentaje de los aportes por pensión que ordena la ley, porcentaje que además era el más alto, y se aplicó el 4% como comisión del promotor por todas las afiliaciones, el que se había acordado inicialmente sólo para la venta de pensiones -ver párrafos 8.6 y 8.7-.
    14. De otro lado, tal como se señaló, no puede obedecer a otra circunstancia sino a la falta de control y buen manejo de los documentos y soportes que debían ingresar al ISS para efectos de logar las afiliaciones y reafiliaciones pertinentes, que finalmente no se pudiera determinar el monto real que se le debía al demandante por concepto de las comisiones que se habían causado a su favor de acuerdo con lo estipulado en el negocio jurídico respectivo y a sus labores ejecutadas, respecto de lo que se debe tener en cuenta, de una parte, que no obstante el ISS allegó al expediente, en tres copias, unos extractos de unas cuentas por pagar en donde se enlistaron varias cifras a cancelar a favor de diferentes promotores, entre los que se encontraba el señor Mora Molano con “*fecha de ejecución*” del 29 de septiembre de 1994 (f. 214, 219, 221, 222, c. pruebas 1), ello no acredita que efectivamente las mismas se le hubiesen pagado y, de otro parte, que no se probó que el monto que a la postre se determinó con una fórmula y estimativos generales en la liquidación unilateral por la parte demandada hubiese sido recibido por el accionante, de manera que le es posible a la Sala señalar que con los incumplimientos aludidos se le debe al demandante parte de la totalidad de las comisiones que se pactaron por el cumplimiento de sus obligaciones. Al respecto, la señora Murcia Rosas adujo:

*Nosotros nos encontrábamos en el CAN con Jaime y en continuas ocasiones no les llegaba el cheque a Jaime y a otros compañeros más. En una oportunidad se le pagó a un compañero, Pablo Vargas, comisiones de una empresa que estaba trabajando simultáneamente con Jaime, y a Jaime no le llegó el cheque.* (…) *A todos nos llamaron a conciliar, y en muchas ocasiones por cifras irrisorias, yo había facturado como por cuarenta millones y me ofrecieron nueve; a Jaime el valor que le estaban ofreciendo, no correspondía al esperado, además que le estaban debiendo plata de todo el transcurso de ese año, nunca concilió con el Seguro Social y prefirió entablar la correspondiente demanda.*

* + 1. Asimismo, se debe tener en cuenta que si bien se encuentran debidamente acreditados los señalados incumplimientos que por negligencia de la entidad demandada, derivaron en la falta del pago completo de las contraprestaciones a las que tenía derecho el señor Jaime Mora Molano, la Sala debe destacar que la misma parte demandante, al emprender la negociación con el ISS sobre los valores que en su consideración se le debían mediante la comunicación del 22 de mayo de 1996, aseveró que éste le había efectuado la entrega de algunos dineros cuya suma no determinó, por conceptos que no se le explicaron, lo que evidentemente reafirma que el incumplimiento de la entidad demanda no fue total sino parcial -ver párrafo 8.5-.
    2. Finalmente, a diferencia de lo señalado por la parte demandante, se debe precisar que el incumplimiento contractual con el cual se habría generado el daño consistente en que no recibiera el pago adecuado o completo de la ejecución de sus prestaciones, no se proyecta por el lapso de dos años adicionales a la duración del negocio jurídico en relación con las “*reafiliaciones*” a pensiones aludidas por aquél, y tampoco consta del supuesto pago que la entidad demandada le debe por concepto de las personas que el afiliado pertinente relacionara como beneficiarios del producto que adquiría, habida cuenta de que *(i)* en el segundo parágrafo de la cláusula cuarta se pactó el reconocimiento de una comisión proporcional al tiempo que le faltara al reafiliado para poder ejercer su derecho de traslado, después de los tres años establecidos por la ley contados a partir de la selección inicial del régimen de prima media, es decir, que ello se acordó así para poder determinar la comisión que se le daría al contratista por una sola vez con ocasión de las personas que se encontraran afiliadas al ISS y decidieran mantenerse en el mismo, y no porque al demandante se le tuviera que reconocer comisiones por los siguientes dos años en los que le correspondería estar al individuo respectivo vinculado al régimen de pensiones aludido, lo que en ningún momento fue acordado por las partes; *(ii)* de la señalada cláusula se puede afirmar que la comisión como contraprestación tanto para afiliados como reafiliados, se estipuló para causarse por una única vez, y no por los varios años en los que se proyectara que el aportante se mantendría como cliente del ISS, lo que adicionalmente resultaría poco probable y de difícil realización, y *(iii)* en ningún momento se acordó el pago de remuneración alguna por los beneficiarios que agregara el afiliado o reafiliado a los diferentes productos ofrecidos que adquiriera, por lo que tal manifestación de la parte demandante carece de total soporte.

1. Con observancia de todo lo expuesto, la Sala advierte que no obstante no se configuró un enriquecimiento sin justa causa por parte del ISS o el desequilibrio de la ecuación financiera del contrato de prestación de servicios n.° 49 de 1994, dicha entidad sí lo incumplió causándole al actor el daño de falta de pago completo de las comisiones que debió recibir en virtud de ese título, por lo que surge su responsabilidad contractual en el presente asunto y en consecuencia, la Sala procederá a determinar el valor de las consecuencias patrimoniales del menoscabo aludido.
2. **Liquidación de perjuicios**
3. En el ámbito de la responsabilidad contractual de la Administración Pública, en aplicación del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política[[62]](#footnote-62) en concordancia con el artículo 50 de la Ley 80 de 1993[[63]](#footnote-63), cuando ella incumple sus obligaciones *“el contratista del Estado tiene derecho a que la administración le indemnice la totalidad de los daños derivados del incumplimiento contractual, tanto los que se manifiestan como una disminución patrimonial (daño emergente), como los que se traducen en la privación de las utilidades o ganancias que esperaba percibir por la imposibilidad de ejecutar total o parcialmente el proyecto (lucro cesante)”*[[64]](#footnote-64), daño contractual o lesión del derecho de crédito que debe ser cierto, particular y concreto, no eventual ni hipotético, tener protección o tutela jurídica y su existencia establecerse plenamente en el respectivo proceso con las pruebas que reposen en él[[65]](#footnote-65).
   1. Ese daño contractual o menoscabo al derecho de crédito debe ser indemnizado plenamente, dado que, como señala la doctrina, *“se debe reparar el daño y nada y nada más que el daño, por lo cual se destaca la importancia que en este terreno tienen las pruebas, pues se requiere certidumbre de la realidad del perjuicio y de su cuantía, para así proferir las condenas pertinentes”[[66]](#footnote-66). “La explicación que se da a esta regla se apoya en un principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin causa a favor de la “víctima”, si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima”[[67]](#footnote-67)* Por eso, en materia de indemnización del daño resarcible rigen los principios de la reparación integral y de equidad[[68]](#footnote-68).
   2. En desarrollo de lo anterior, a términos del artículo 1613[[69]](#footnote-69) del Código Civil, la indemnización de perjuicios o, mejor aún, el daño material comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento, modalidades definidas en el artículo 1614[[70]](#footnote-70).
   3. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el daño emergente es la disminución patrimonial inmediata a causa del hecho que se juzga, representada en la pérdida de elementos económicos bien por los gastos que ellos significaron en su adquisición, ora por los desembolsos futuros para recuperarlos o enmendarlos, incluso, por la constitución de un pasivo, es decir, un empobrecimiento debido a que un bien salió o saldrá del patrimonio. Al paso que el lucro cesante, es la frustración de las utilidades, ventajas o lucro o pérdida de un interés futuro a un bien o a la realización de ciertos aumentos patrimoniales, por el mismo hecho, es decir, supone todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se reportarían. Tanto el daño emergente como el lucro cesante, pueden a su vez, sin que dejen de serlo, presentar las variantes de consolidado y futuro, de acuerdo con el momento en que se haga su valoración.
   4. Por lo tanto, celebrado el contrato, las partes deben cumplirlo en todo cuanto corresponda a sus elementos esenciales, naturales y accidentales, y el incumplimiento del mismo, por inejecución total, tardía o defectuosa de las obligaciones que emanan de él, es una infracción sancionada por el ordenamiento jurídico -arts. 1494, 1495 y 1498 del C.C.-, porque el contrato es ley para las partes y el mismo debe ser ejecutado de conformidad con lo convenido y de buena fe -arts. 1602 y 1603 del C.C.-, so pena de que quien lo infringe se encuentra en el deber de reparar los perjuicios que con su conducta incumplida ocasione a su cocontratante.
   5. Las anteriores reflexiones son aplicables al incumplimiento de las obligaciones dinerarias, esto es, aquellas obligaciones de género que tienen por objeto prestaciones de dar o entregar sumas de dinero, bien consumible y fungible.
   6. De acuerdo con jurisprudencia reiterada de la Sala, los perjuicios causados a un contratista como consecuencia del incumplimiento de la administración de la obligación de pago del valor del contrato, son indemnizados con el capital adeudado debidamente actualizado a título de daño emergente[[71]](#footnote-71), actualización que obedece a los principios de reparación integral y equidad con el fin de que la afectación del patrimonio por la suma debida se repare de manera integral[[72]](#footnote-72), y con el reconocimiento de intereses desde el momento en que se incurre en mora de cumplir con aquella obligación y hasta que ella se satisfaga a título de lucro cesante.[[73]](#footnote-73), conceptos que no son incompatibles sino complementarios, en tanto el primero evita la desvalorización de la moneda, esto, la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el transcurso del tiempo y ante el índice de inflación, mientras el segundo tiene por objetivo sancionar la mora del deudor y, por ende, reparar el daño ocasionado por ésta.
   7. Ahora bien, al momento de indemnizar los señalados rubros, para efectos de contabilizar y determinar el monto que corresponda por concepto de intereses -los que cabe señalar, deben ser puros o no contener factor de corrección monetaria o de indexación por la desvalorización o devaluación de la moneda-[[74]](#footnote-74), es preciso tener por acreditado en que momento tenía que darse el pago de la obligación dineraria respectiva para efectos de extinguir la obligación debida, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1625[[75]](#footnote-75) y 1627[[76]](#footnote-76) del C.C., por lo que si esto no sucede en el tiempo debido, se incurre en una tardanza con relevancia jurídica denominada por el ordenamiento como “*mora*”, que constituye un estado de incumplimiento del contrato y produce un daño al acreedor por el cual el deudor se encuentra en el deber de reparar.
   8. La mora se configura de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1608[[77]](#footnote-77) *ibídem*, entre otros eventos, cuando el deudor no cumple la obligación que contrajo en el tiempo estipulado para ello, salvo que la ley, en casos especiales exija que se le requiera para constituirlo en mora, de tal forma que cuando la obligación incumplida es dineraria, la indemnización de perjuicios por la mora está constituida por el pago de intereses según lo establecido por el artículo 1617[[78]](#footnote-78) *ejusdem*, sin que sea necesario, como lo refiere la señalada norma, que el acreedor y en este caso, el demandante, acredite haber padecido ciertos perjuicios, puesto que basta sólo el hecho del retardo para tener por probada la causación de intereses[[79]](#footnote-79).
   9. De cuanto antecede es válido colegir que cuando la obligación incumplida es la de pagar una cantidad de dinero, la ley presume la existencia del daño, sin que el acreedor tenga la carga de probarlo, toda vez que éste se ocasiona desde el momento en que el deudor debió cumplir con el pago de la deuda y lo omitió, razón por la cual, tanto en el derecho privado -Código Civil y Código de Comercio- como en el público -Ley 80 de 1993- se consagra que la indemnización de perjuicios ante el incumplimiento del pago oportuno de una cantidad de dinero se traduce en el reconocimiento de intereses de mora[[80]](#footnote-80). Con otra palabras: “*si la Administración incumple con la obligación principal del contrato – pagar oportunamente el valor convenido- debe reconocer los perjuicios moratorios que causó con su incumplimiento, esto es, los intereses moratorios, a la tasa que pactaron las partes o a falta de pacto, la que la ley suple, los cuales se presumen*”[[81]](#footnote-81).
   10. Es así como en el numeral 8 del artículo 4[[82]](#footnote-82) de la Ley 80 de 1993, se previó que en caso de que en los contratos estatales celebrados en su vigencia no se hubiesen pactado intereses moratorios, se entendería que los mismos corresponderían al doble del interés legal sobre el valor histórico actualizado, cuya metodología para ser determinados fue fijada por el artículo 1[[83]](#footnote-83) del Decreto 679 de 1994 -normas que le resulta plenamente aplicable al contrato objeto del presente asunto, teniendo en cuenta que la última normativa rigió a partir del 28 de marzo de 1994-, según el cual se señaló que para poder precisar el valor histórico actualizado a que hace referencia la disposición anteriormente aludida, a la suma debida por cada año de mora se le debía aplicar el índice de precios al consumidor entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año anterior y en el evento en que dicho año no hubiese transcurrido, la actualización se haría proporcionalmente a los días que hubiesen trascurridos. Al respecto, la jurisprudencia de esta Sección precisó:

*Esto significa que la norma de la Ley 80 de 1993, reglamentada en el Decreto 679 de 1994, fue concebida como un mecanismo de índole indemnizatoria para la preservación de la ecuación económica del contrato, ante el incumplimiento de la Administración de pagar dentro de los plazos estipulados el precio o suma de dinero convenida en el mismo, con el propósito de sancionar la mora, reparar los perjuicios derivados de ésta y mantener el poder adquisitivo del dinero, razón por la cual la jurisprudencia ha advertido que “[e]ste modo de liquidación de los intereses que estableció la ley de contratación estatal sigue un lineamiento similar al de las obligaciones mercantiles, el cual se desprende de la actualización del capital que la norma incluye”.*

*Sin embargo, la Sala aclara en esta oportunidad que si bien al determinarse el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993, se aplica a la suma debida por cada año o fracción de mora el incremento del índice de precios al consumidor del año anterior, para luego sobre ese valor calcular la tasa de interés del 12%, es decir, que esta metodología de suyo comprende la corrección por desvalorización de la moneda para efectos de hallar el monto de los intereses, ello no resulta incompatible con los mecanismos de ajuste o actualización de precios, dado que por expresa disposición legal conservan plena aplicación[[84]](#footnote-84),**lo cual comporta que jurídicamente resulte viable reconocer igualmente el ajuste monetario del capital debido o indexación de la suma adeudada dentro de la indemnización integral que ordene el juez para resarcir el daño ocasionado al acreedor por el no pago oportuno de la obligación[[85]](#footnote-85).*

1. Teniendo en cuenta todo lo expuesto y de que en el presente asunto se encuentra debidamente acreditado la falta del pago completo de las obligaciones dinerarias a las que se había comprometido la entidad demandada con ocasión del contrato de prestación de servicios n.º 49 de 1994, esto es, sin perder de vista que el accionante sí recibió, aunque fuera parcialmente, el valor de las comisiones que le correspondían tal como él mismo lo manifestó mediante memorial del 26 de mayo de 1996 -sin saberse en qué cuantía-, la Sala comienza por clarificar que a partir del material probatorio obrante en el expediente, no se desprenden los parámetros necesarios para que se pueda determinar de manera exacta, a la luz de las estipulaciones contractuales, el monto del débito a cargo del ISS con ocasión de la configuración de su responsabilidad por incumplimiento contractual y, en ese orden de ideas, en principio no resultaría factible proferir una condena en concreto por dicha suma indeterminada a título de daño emergente y por ende, tampoco sería viable calcular los intereses moratorios pedidos en la demanda como el lucro que se dejó de percibir de la misma.
   1. Sin perjuicio de lo anterior, también es cierto que sería completamente inane o inútil recurrir a una condena en abstracto o *in genere* de conformidad con lo dispuesto por el artículo 172 del C.C.A., en la que se determinen los lineamientos pertinentes para establecer, con fundamento en los elementos con que cuente los archivos de la entidad respecto de los años 1994 y 1995 -entidad que valga rememorar ya se encuentra liquidada-, la liquidación que corresponda de conformidad con lo pactado, toda vez que tal como se puede inferir del despliegue probatorio a lo largo del proceso, ésta nunca tuvo los soportes que permitirían efectuar dicha estimación, comoquiera que así lo aceptó ante el Tribunal *a quo* aún antes de ser extinguida *-*ver párrafo 11.3.19-.
   2. A su vez, al momento de adoptar la liquidación unilateral del contrato, el ente demandado aceptó que desconocía las ventas realizadas por el demandante y las sumas precisas que le habría pagado por ello, para lo que no se puede tener en cuenta las aseveraciones que realizó en ese instante sobre unas sumas de dinero que supuestamente le entregó en los meses de noviembre y de diciembre de 1994, y en febrero de 1995, manifestaciones que no tienen cimiento alguno y sumas de dinero que no probó que entregó a dicho contratista, más aún cuando no coinciden con las cuentas a pagar que allegó al plenario -ver párrafo 11.3.28-.
   3. De esta manera, es fácil concluir que la entidad no sólo ignoró la cantidad de afiliaciones y reafiliaciones realizadas por el señor Mora Molano, lo que adicionalmente implica que no tuvo un conocimiento exacto sobre el salario de los sujetos que afilió, su fidelidad y su pagó de aportes efectivo -factores con base en los cuales se debía calcular las comisiones de conformidad con las estipulaciones contractuales-, sino también lo que le pagó por ello, máxime cuando ni siquiera determinó oportunamente la forma de fijar los valores provenientes de las ventas de los productos de salud y riesgos profesionales.
   4. Con observancia de lo anterior, esto es, partiendo de que no se puede establecer una condena en concreto adecuada a lo verdaderamente laborado que permita hacer efectiva la reparación integral a la que tiene derecho la parte demandante, pero sin desconocer que proferir una condena en abstracto resultaría totalmente ineficaz, puesto que se puede colegir que los datos para calcular las comisiones como se pactaron son inexistentes, la Sala procederá a fijar las indemnizaciones respectivas con los elementos que obran en el plenario.
   5. En efecto, si bien es imposible determinar el *quantum* exacto de los conceptos a reconocer, lo que igual ocurriría de dilatar su determinación a un incidente de liquidación con fundamento en una condena *in genere*, no hay duda alguna de que la parte demandante sí soportó la falta del pago completo de sus contraprestaciones. De esta manera, sería inequitativo e injusto que por el simple hecho de que al actor no le resulta dable acreditar el monto al que debería ascender su resarcimiento, se imponga denegar sus pretensiones, máxime cuando esa imposibilidad probatoria se desprende exclusivamente del desorden del ISS. En relación con la valoración de los daños y el uso avalado para ello de los principios de equidad y reparación integral por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 -ver nota 58-, esta Subsección recientemente se pronunció de la siguiente manera:

*12.37 Con observancia de que no es posible que la Sala se fundamente en los medios de prueba analizados para establecer el monto que recibía la víctima y así, proceder a establecer la cuantía del resarcimiento del perjuicio de lucro cesante que les fue causado a los señores Olga Arcelia Mora Sabogal y Gilberto Efrén Hernández Forero, en principio correspondería acudir al salario mínimo mensual legal vigente para el momento del daño, el cual actualizado debe ser superior al salario mínimo legal vigente para el momento en que se toma esta decisión, puesto que de no serlo se impondría adoptar este último, lucubraciones que se han entendido procedentes para efectos de que se profiera una condena que permita una reparación integral y consulte la equidad. Al respecto, esta Corporación ha sostenido pacíficamente que:*

*“En relación con la aplicación de la equidad en la valoración y cuantificación del daño, la Sección con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha discurrido sin ambages en los términos que se trascriben[[86]](#footnote-86):*

*“En conclusión, las entidades demandadas deberán garantizar el pago de una indemnización que se traduzca en una “pensión de invalidez”, la cual deberá ser cancelada desde el momento en que cumpla 18 años (7 de junio del año 2015), hasta que suceda el desafortunado momento de su fallecimiento, pensión que corresponderá a un (1) SMMLV, y que refleja una obligación de dar a la cual quedan vinculadas las entidades demandadas de forma solidaria. Y, si bien, no existe en el expediente un medio probatorio del que se desprenda la valoración del citado daño, ni su cuantificación monetaria precisa, lo cierto es que el juez cuenta con el principio de equidad para la ponderación y valoración del daño, tal y como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:*

*“En efecto, ante la configuración de excepcionales circunstancias fácticas que imposibiliten o hagan en extremo difícil deducir un equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño material padecido por las víctimas y por cuanto “dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos, sino la función de satisfacer, enfrente de los beneficiarios, cierto bienestar que reemplace al que fue arrebatado por la muerte de una persona”, se colige, siguiendo otros precedentes jurisprudenciales, que la simple dificultad de tipo probatorio, per se, no puede cerrar el paso a la merecida indemnización, pues “si ello fuere así, los perjuicios morales de tan inasible evaluación, no podrían jamás representarse en cantidades pecuniarias”, lo que, en el entendido de que “la ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios”, lleva ineluctablemente a concluir que “****en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho”,*** *admitiendo que “el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática”, y que, tratándose de daños ciertos que se proyectan en el futuro, “la prestación de la indemnización debe consultar una compensación* ***equitativa*** *que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el menoscabo” (XLVI, págs. 689 y 690).*

*“Y no está por demás recordar que la equidad se erige en uno de los más caros criterios teleológicos que debe caracterizar la gestión judicial, no sólo para interpretar la ley cual lo disponen los artículos 32 del Código Civil y 8º de la* [*Ley*](http://www.lexbasecolombia.com/lexbase/normas/leyes/1887/L0153de1887.htm) *153 de 1887, sino para definir tópicos ajenos a la labor hermenéutica propiamente dicha, inclusive de naturaleza probatoria, pues, v. gr., de conformidad con la* [*Ley*](http://www.lexbasecolombia.com/lexbase/normas/leyes/1998/L0446de1998.htm) *446 de 1998, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas, “****atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales****” (art. 16, se subraya)”[[87]](#footnote-87).*

*“Y, por su parte, la Sala en reciente oportunidad puntualizó:*

*“El ingreso calculado para los afectados, con base en el ingreso promedio de profesionales universitarios, se realiza en aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Debe señalarse que no es un recurso extraño a la jurisprudencia de la Sala. En sentencia del 18 de junio de 1997, no se consideraron los ingresos del afectado al momento de su muerte sino los calculados con base en su trayectoria profesional…”[[88]](#footnote-88)*

*En esa línea de pensamiento, se acogerá el planteamiento del recurrente al indicar que el daño se encuentra probado y debe ser reparado en equidad con apoyo en las reglas de la experiencia, razón por la que se empleará el salario mínimo mensual vigente para liquidar el citado perjuicio (resaltado del original)”[[89]](#footnote-89).*

*12.38 No obstante lo anterior y dado que como se insinuó en la cita referenciada, el principio de reparación integral y la equidad(…) mencionadas se fijan por el ordenamiento jurídico colombiano como criterios que deben ser observados por el juez al momento de valorar el daño que corresponda y que lo dotan de cierta libertad para adoptar una decisión justa, la Sala considera que liquidar en el caso concreto la indemnización del detrimento señalado con el respectivo salario mínimo mensual legal resultaría inequitativo, así como también conllevaría a que no se resarciera integralmente a los damnificados, comoquiera que si bien no se cuenta con un cifra exacta de cuánto percibía la difunta para el momento en que falleció, lo cierto es que para ese punto ya tenía algún tiempo de haber estado trabajando en tareas relacionadas con su carrera profesional e igualmente, ya había terminado su correspondiente preparación académica en tanto se había graduado como profesional poco tiempo antes de morir, circunstancias que permiten razonar que habría devengado una suma superior a la que constituye dicho parámetro que usualmente es utilizado”.*

*12.39 De esta manera, así como la Sala ha acudido en pasadas ocasiones a la información ofrecida por entidades de carácter público para efectos de obtener un promedio sobre el acaecimiento de una circunstancia, como sucede a modo de ejemplo con los datos suministrados por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) relacionados con lo que usualmente puede tardar una persona en edad económicamente activa para encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia -8.75 meses-[[90]](#footnote-90), en el sub lite, sobre las remuneraciones que en la generalidad de los casos ganaba un recién egresado profesional en veterinaria para el 2004, se procederá a emplear el estudio comparativo efectuado por el Centro de Estudios Económicos Regionales de Cartagena perteneciente al Banco de la República, el cual se fundamentó en la información contenida en la base de datos de graduados administrada por el Observatorio Laboral para la Educación del Ministerio de Educación Nacional, y cuya finalidad consistió en contribuir al “entendimiento de los mercados laborales colombianos analizando las probabilidades de empleo formal y los salarios de los recién graduados de pregrado del país, con un énfasis en las diferencias regionales por áreas del conocimiento[[91]](#footnote-91).*

* 1. Igualmente, frente a eventos en los que resulta completamente inviable la indemnización que corresponde al daño efectivamente soportado por la víctima, en consideración a que no sea factible determinar su monto por carencia e inexistencia de los medios probatorios para ello, esta Corporación ha considerado plausible emplear los medios probatorios y otros elementos que obren en el expediente, para lograr establecer, en la medida de lo posible, una cuantía aproximada que tienda a dejar indemne al afectado. En este sentido, en un asunto de responsabilidad contractual, se coligió:

*En este caso aparece de manera objetiva que se ha causado un daño a los inversionistas que tiene como origen la omisión de informarles sobre la existencia de un pasivo, pues es evidente que la valoración económica del paquete accionario hubiese sido inferior si se hubiera tenido noticia de él.*

*Empero, ha de tenerse en cuenta que la cuantía del perjuicio no resulta establecida de una manera tan clara toda vez que el pasivo omitido, junto con sus intereses que ascendieron a $22.415.425, fue cancelado ulteriormente por la Central Hidroeléctrica de Betania S. A. E. S. P., quien, como persona jurídica, es una persona diferente a cada uno de los socios individualmente considerados y en consecuencia parecería, prima facie, que no podría afirmarse que la cuantía del perjuicio sea igual al valor del pasivo porque no fueron los inversionistas quienes lo pagaron.*

*Sin embargo, partiendo de los hechos objetivos consistentes en que se vendió un paquete accionario de la CHB, que los inversionistas solicitaron la información financiera, que La Nación dijo suministrarla, que se omitió incluir en los estados financieros un pasivo a favor de ISAGEN por valor de $212.915.494, la Sala cuantificará equitativamente el valor del perjuicio en esta misma suma pues considera ajustado a la realidad y a la lógica que normalmente los pasivos inciden en la valoración económica de las acciones.*

*Por consiguiente, se concluye que si los inversionistas hubieran tenido noticia de ese pasivo oculto lo habrían tenido en cuenta para hacer su propuesta económica mermándola en esa misma proporción.*

*Con otras palabras, la Sala considerando que el paquete accionario hubiese sido valorado en un tanto menos igual al valor del pasivo oculto, cuantificará equitativamente el perjuicio en una suma equivalente a él, es decir en $212.915.494 [[92]](#footnote-92).*

* 1. Lo anterior también puede ocurrir en materia de responsabilidad extracontractual, de manera que en un reciente caso solucionado por esta Subsección, se señaló:

*32. La parte actora solicita la reparación de los* ***perjuicios materiales*** *causados como consecuencia de la retención del vehículo de propiedad de la señora Rita del Pilar Najera Vda. de Jiménez, representados en los gastos de transporte en que debió incurrir para procurar su movilidad.*

*32.1 Sin embargo, estos perjuicios no están demostrados en el plenario. No existe prueba de que la demandante haya contratado los servicios de un taxi ni el valor de los mismos. En la segunda instancia, la parte actora insistió en la práctica de un dictamen pericial y del testimonio del taxista que presuntamente prestó sus servicios, pero el decreto de estas pruebas fue denegado por esta Corporación en auto del 3 de abril de 2006, luego de advertir que el dictamen pericial era una prueba inconducente y que el testimonio había sido denegado por el Tribunal a quo por no cumplir con los requisitos legales, sin que la parte interesada recurriera tal decisión* (…).

*32.2 Sin perjuicio de lo anterior, en vista de que las pretensiones de la demanda se orientan a que se indemnice a la demandante por los gastos de transporte en que debió incurrir debido a la retención de su vehículo, la Sala estima que, en ausencia de una prueba que acredite tales gastos, se debe presumir que corresponden a aquellos que normalmente asumen las personas en Colombia para procurar su movilidad, esto es, el auxilio de transporte legal mensual, que en el año que corre equivale a $74.000* (resaltado del original)[[93]](#footnote-93).

* 1. De esta manera, para efectos de fijar, en primer lugar, una aproximación del valor adeudado por el ISS al señor Jaime Mora Molano, ante la inexistencia de la prueba idónea para ello, la Sala tendrá como afiliaciones y reafiliaciones a los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales realmente concretadas por su labor, las que fueron relacionadas por él en los controles de afiliación mensual que se puede inferir que fueron entregados al ISS junto con los formularios de solicitud de afiliación pertinentes, puesto que se reitera, no hay otra prueba que pueda ser valorada y que tenga la potencialidad de determinar esa cifra, en tanto la parte demandada no administró correctamente la información que éste le entregaba, y no hay medio probatorio alguno que permita colegir que todas las personas que él enlistó en sus hojas de control no adquirieron el producto que les vendió.
  2. En consecuencia, para determinar el número total de vinculaciones de las que se tiene prueba que fueron relacionadas por el demandante y por ende, cuyos formularios lógicamente fueron entregado al ISS, no se diferenciarán entre afiliaciones y reafiliaciones al régimen de pensiones de prima media -cuya remuneración fue la única respecto de la que se pactó una forma de establecer una contraprestación, según se desprende del parágrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato y del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 invocado en la misma, norma que se refiere exclusivamente a los regímenes de pensiones, por lo que la Sala puede advertir que la reafiliación a los sistemas de salud y riesgos profesionales, entre otras tareas adicionales al objeto principal del contrato, no le habrían generado al actor una renta específica; ver párrafo 8.1-, en la medida en que resulta imposible calcular la comisión que se derivaría del segundo tipo de transacción, habida consideración de que no se tiene certeza de la cantidad de tiempo que le quedaba a las personas reafiliadas para poder ejercer su derecho de traslado al otro régimen de pensiones contemplado por la ley -se reitera, por negligencia de la entidad demandada-.
  3. Asimismo, a partir de las tablas que así lo permitan, se contará cada petición de afiliación a cada uno de los sistemas aludidos como una vinculación individual que de manera independiente le habría generado una renta al demandante, punto sobre el que cabe recordar que hay hojas de control que no hacen una diferenciación al respecto.
  4. En relación con dichos registros que no permiten determinar a qué sistema o sistemas se intentaba vincular al comprador, se entenderá que el actor sólo hizo una transacción, dado que su falta de precisión al relacionar los datos no permite tener por demostrada tres vinculaciones, cuando sólo aparece la petición de que se efectúe una afiliación sin determinar el producto pretendido, esto es la afiliación a pensiones, salud y riesgos profesionales, o la reafliación al régimen de pensiones, único evento de revinculación que generaba comisiones a favor del señor Mora Molano.
  5. En este punto, conviene aclarar que *(i)* desde junio de 1995, el accionante dejó de enlistar solicitudes de reafiliación que durante la primera mitad de ese año se constituyeron en su mayor tipo de labor, de lo que se sigue que hasta ese momento las mismas le fueron recibidas y se le reconocieron comisiones por ello, lo cual coincide con la orden de no pagar remuneración alguna por reafiliados que fuesen clientes del ISS desde antes del 1 de abril de 1994, con ocasión del concepto vinculante de la Superintendencia Bancaria; *(ii)* no se contabilizarán como afiliaciones o reafliaciones efectivas, las peticiones de vinculación que aparecen en las copias del control de septiembre de 1995, pues éste, a diferencia de los demás listados, no presenta ningún tipo de distintivo del cual se pueda afirmar que fue recepcionado por el ISS junto con los formularios de petición evidenciables en el mismo, y *(iii)* si bien no escapa a la Sala que hay ciertas copias de planillas de control que sólo aparecen firmadas con esfero o con un sello general sin mención del nombre de la entidad demandada, pero sí con la correspondiente fecha de recepción, éstas serán tenidas en cuenta para el conteo de vinculaciones, toda vez que en el contexto del presente asunto en el que la entidad estatal no guardó el registro de lo trabajado por el actor, parecería injusto desvirtuar la inferencia de que todas ellas efectivamente fueron allegadas a la entidad demandada para efectos de que se causara la comisión respectiva, máxime cuando ésta no allegó medio probatorio alguno que refutara la misma -ver párrafo 11.3.17-.
  6. Una vez obtenido el total de afiliaciones y reafiliaciones según los parámetros aludidos, en consideración a que no resulta factible conocer el valor de comisión que cada una de ellas le habría arrojado al actor, se acudirá al total de la remuneración obtenido por el ISS a partir de la fórmula que adoptó para liquidar unilateralmente el contrato, fórmula respecto de la cual, si bien se es consciente de que no refleja la realidad de la ejecución del negocio jurídico del *sub lite*, no se puede perder de vista que tuvo en cuenta promedios y porcentajes de probabilidad determinados para esa clase de acuerdos, respecto de las variables que, al momento de suscribir el contrato, fueron aceptadas por el actor para que se fijaran las comisiones a su favor, esto es, en relación con *(i)* la efectividad de retiros de sus afiliados; *(ii)* el recaudo que estos normalmente pagaban y, *(iii)* el salario que dichos afiliados recibían -factores que se reitera que no pueden ser determinados con el objeto de establecer una condena en concreto o en abstracto sin acudir a la equidad, en consideración a que no existen los datos necesarios para ello dado que la entidad demandada nunca los recopiló-, por lo que se estima que dicha fórmula y su resultado le pueden ofrecer un cimiento medianamente objetivo a la indemnización que se procede a efectuar.
  7. De esta manera, dicha suma se dividirá entre las supuestas vinculaciones con fundamento en las cuales el ISS arribó a esa cifra, para efectos de determinar el monto de dinero que correspondería por una sola vinculación, suma que se multiplicará por el total de vinculaciones que se desprendan de las listas hechas por el mismo demandante, para así determinar la suma que habría devengado y que se utilizará para reconocer la indemnización pertinente.
  8. En este punto, conviene destacar que el hecho de que se vaya a utilizar el total del valor adeudado obtenido a partir de la fórmula empleada por la entidad demandada, no implica que al demandante se le vaya a otorgar como indemnización la misma cifra a la que aquel ente arribó en el acto administrativo cuya nulidad será declarada mediante el presente fallo.
  9. Ciertamente, tal como se puede evidenciar de los hechos probados, el ISS, con fundamento en sus estudios internos sobre los factores que se fijaron para determinar el monto de las comisiones de ese tipo de contratos -fidelidad del afiliado, su pago mensual efectivo y el monto de su salario-, sólo procedió a reconocer infundadamente una remuneración por 216 vinculaciones -ver párrafo 8.7-, mientras que la indemnización que se plantea en esta sede, como se precisó, pretende darle validez a los controles de solicitud de afiliación aportados por el mismo demandante para derivar el número de afiliados por el accionante, el cual como se verá, es mucho mayor.
  10. Asimismo, se debe aclarar que no obstante la cantidad de vinculaciones efectuadas por el actor se puede inferir a partir de sus relaciones de solicitud de afiliación, lo que disipa las dudas sobre el número de afiliaciones o reafiliaciones que habría realizado y con base en las cuales se le debía pagar su contraprestación, dichos controles no permiten determinar el valor de las comisiones debidas, toda vez que no se debe olvidar que las mismas dependen de los tres factores señalados que varían entre cada afiliado, en especial de que sus salarios -puesto que a mayor salario mayor aporte al sistema, y así también mayor monto de la comisión según las estipulaciones contractuales-, datos que no se encuentran reflejados en esos documentos traídos por el demandante.
  11. Sin embargo, con el objeto de que la condena en equidad no se fundamente únicamente en el valor de las comisiones que se desprenda de la fórmula de la entidad demandada de conformidad con los lineamientos señalados, se comparará su resultado con lo que el actor indicó en las hojas de control que esperaba devengar.
  12. En efecto, si bien en dichos documentos no se relacionó la información indispensable para liquidar las comisiones de conformidad con lo pactado, se advierte que el demandante registró, según sus expectativas, el dinero que se le debía pagar a raíz de las labores que afirmó realizar, valor que será tenido en cuenta como un parámetro para determinar si el resultado que se obtenga del total de las comisiones resulta al menos acorde a lo que éste esperaba recibir en ese momento.
  13. Lo anterior, para efectos de cimentar la presente condena en equidad en elementos aportados por las dos partes del proceso, sin que se pueda perder de vista que la indemnización a fijar no se puede basar únicamente en las estimaciones de comisión hechas por el mismo demandante en esos documentos, toda vez que las mismas carecen de respaldo probatorio.
  14. De otro lado, con observancia de que el demandante aceptó que le pagaron parcialmente los créditos a su favor, pero que no resulta viable determinar el monto exacto de lo que sí se le canceló, la Sala disminuirá en un 25% el valor total de las comisiones que se establezca que habría recibido, porcentaje que no sólo se considera razonable y equitativo debido los matices de cumplimiento e incumplimiento que califican el presente asunto, sino que también encuentra cimiento en la relación porcentual entre lo que la entidad demandada, con fundamento en fuentes que no fueron aportadas al plenario, consideró que debía y que canceló al actor en el acta de liquidación unilateral. Ciertamente, a pesar de que lo aseverado por el ISS en ésta y en los actos administrativos respectivos no constituye prueba de pago, como se concluyó anteriormente, lo cierto es que éste sería el único factor con base en el cual la Sala podría concretar lo dicho por la misma parte demandante referente a que sí se le pagó un monto determinado por sus servicios.
  15. En consecuencia -párrafo 8.7-, con observancia de que la cifras colegidas como pagadas por los meses de noviembre y de diciembre de 1994, y enero, febrero, marzo, abril y mayo de 1995, arroja un total de $2 258 088, se advierte que tal suma corresponde a un 26,43% del monto que arrojaría la adición de lo creído como pagado con lo aducido como debido, que sería lo que habría devengado como total la parte demandante en la hipótesis de que los pronunciamientos que finiquitaron el negocio jurídico hubiesen tenido soportes sólidos y reales.
  16. En este punto, se debe insistir en que las cifras arrojadas en el acto administrativo correspondiente son los únicos datos que le permitirían a la Sala, sin sujetarse exclusivamente a la equidad o al mero dicho del demandante, determinar un valor aproximado de cada una de las afiliaciones efectivas que éste habría logrado y del descuento que corresponde al pago parcial que éste mismo aceptó que recibió.
  17. Con fundamento en las operaciones aludidas se obtendrá el valor de la aproximación de lo adeudado por la parte demandada al señor Mora Molano -del total obtenido con el resultado de la fórmula descontado el porcentaje aludido-, cifra que será actualizada a la fecha de la presente sentencia para efectos de indemnizar el daño emergente que se entiende incluido en la solicitud del accionante de que se le pague el saldo respectivo del contrato a su favor.
  18. Finalmente, en cuanto a la determinación de la indemnización de los intereses moratorios, se advierte que la misma se realizará con base en la cifra aproximada obtenida conforme a lo explicado precedentemente de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 4 de la Ley 80 de 1993 y 1 del Decreto 679 de 1994, punto en el que cabe advertir que si bien la parte demandante solicitó en su libelo introductorio el pago de intereses moratorios conforme a la tasa de los intereses moratorios comerciales, lo cierto es que como ello no se pactó en el negocio jurídico pertinente, se debe acudir a las normativas aludidas por aplicación residual.
  19. Igualmente, conviene precisar que sin perjuicio de que la Sala no desconoce que los intereses moratorios se causan a partir del momento en que el deudor de la obligación dineraria entra en mora, lo que en el caso concreto habría correspondido a cada mes vencido en el que el ISS habría omitido pagar o hubiese pagado de manera incompleta su débito, comoquiera que no se tiene certeza de en qué meses la entidad demandada canceló su deuda debidamente, y en qué meses pagó parcialmente -lo que influiría en la tasación de los intereses debidos por esa deuda parcial y no total- y en que otros no pagó nada, no puede la Sala sino reconocer la causación de los intereses a partir del momento en que transcurrieron 30 días luego de que el demandante hubiese elevado su solicitud de conciliar lo adeudado de conformidad con lo que consideró que se le debía -26 de mayo de 1995-, esto es, desde el 26 de junio de 1996.
  20. Ese momento se toma como referente, habida cuenta de que *(i)* es imposible hacerlo como lo manda la ley directamente aplicable al caso concreto, y *(ii)* resultaría de acudir analógicamente al Código de Comercio, como una solución justa adoptada por la Sala para los casos en que no se pacta un plazo a partir del cual se causan los intereses moratorios. Sobre esto último, esta Corporación ha señalado:

*Atendiendo a lo expuesto, con fundamento en los principios generales ampliamente aludidos, así como consultando las amplias facultades legales con que cuentan las Entidades Estatales para efectos de configurar y diseñar tanto los pliegos de condiciones como los respectivos proyectos de contratos y acudiendo a la referencia que constituye la regulación relativamente próxima de un asunto similar que contiene el artículo 885 del Código de Comercio, por las razones expuestas, la Sala acude nuevamente a los parámetros establecidos en dicha norma legal para efectos de considerar, entonces, que en aquellos contratos estatales en los cuales no se hubieren establecido o estipulado, de manera expresa o precisa, plazos específicos para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la respectiva Entidad Estatal Contratante y en especial cuando se trate de obligaciones de contenido dinerario, las respectivas Entidades Estatales contarán con un plazo de treinta (30) días para la realización del pago correspondiente, por manera que incurrirán en mora a partir del vencimiento de ese plazo, el cual habrá de contarse i) bien a partir de la fecha en la cual la Administración hubiere recibido, a satisfacción, los bienes, las obras, los servicios o, en general, las prestaciones a cargo del contratista particular o ii) bien -y contando como presupuesto con el cumplimiento de las obligaciones a cargo del particular contratista-, a partir de la fecha de presentación o entrega de la correspondiente cuenta de cobro o factura, lo que ocurra primero, tesis que en buena medida corresponde a aquella que ya en ocasiones anteriores había adoptado la propia Sala, al sostener que:*

(…)

*En consecuencia, una vez cumplido el objeto contractual por parte del contratista, tratándose de obligaciones puras y simples, es decir, aquellas en las cuales la obligación de pagar a cargo de la Administración no ha quedado sometida a plazo, la constitución en mora se producirá al vencimiento del plazo de treinta días contados a partir de la fecha de presentación de la correspondiente cuenta de cobro por el referido contratista[[94]](#footnote-94)*.

* 1. Con observancia de todo lo expuesto, se tiene que entre afiliaciones a todos los sistemas y reafiliaciones al régimen de pensión efectivas tenidas como tal a partir de las peticiones relacionadas en los controles respectivos, el demandante logró un total a 1809 vinculaciones entre noviembre de 1994 y agosto de 1995 (f. 26-136, c. pruebas 1).
  2. De otro lado, al dividir el resultado total de deuda arrojado por la liquidación unilateral respectiva -$6 282 803-, entre el total de las vinculaciones considerada como logradas por el ISS -518-, se tiene que con fundamento en esos parámetros y por ende, en los porcentajes y promedios utilizados para llegar a los mismos, cada vinculación le representaba al señor Mora Molano la suma de $12 128,96.
  3. Por consiguiente, al multiplicar dicha suma con el número de afiliaciones y reafiliaciones que habría logrado el demandante, se tiene que la remuneración aproximada real y total a favor del señor Jaime Mora Molano correspondería a la suma de $21 941 288,6. Se advierte que esta suma es similar al total que el demandante esperó percibir de sus labores, el cual se obtiene al adicionar los dineros objeto de sus expectativas que registró en sus hojas de control, usualmente bajo la denominación ·”*ESTIMADO COMISIONES MES*”, es decir, a $21 697648.
  4. De esta manera, la cifra a la que arribó la Sala con fundamento en los parámetros fijados es parecida, al menos, a lo que el actor esperaba ganar, de tal forma que la misma encuentra soporte en elementos aportados por ambas partes procesales para efectos de establecer la presente condena en equidad.
  5. Ahora bien, al descontarle a la primera suma referida el 25% establecido, le permite a la Sala inferir que al accionante se le debía la suma de $16 455 966,48, la cual actualizada arroja el siguiente monto constitutivo de la indemnización a título de daño emergente a favor de la parte demandante:

Ra = R I. Final (febrero 2016)

I. Inicial (junio 1995)

En donde:

Ra = renta actualizada.

R = renta histórica.

I Final = índice de precios al consumidor del último mes conocido antes de la sentencia.

I Inicial = índice de precios al consumidor del mes en que se entró en mora por parte de la entidad demandad.

Ra= $16 455 966,48 x 129,41 (febrero 2016)

29,99 (junio 1995)

Ra=$71 009 223,81

* 1. De acuerdo con lo anterior, la indemnización por los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente a favor del señor Jaime Mora Molano, es de $71 009 223,81 m/cte.
  2. En cuanto a los intereses moratorios correspondientes, la Ley 80 de 1993 establece que se debe actualizar el valor de la obligación principal, con base en el índice de precios al consumidor por el período de la mora de la administración y, luego se impone proceder a calcular los intereses a la tasa del 12% anual sobre el valor histórico de la obligación debidamente actualizado, que corresponde al doble del interés legal civil (No. 8, art. 4 *ibídem*). Lo anterior, de conformidad con la metodología establecida por el artículo 1º del Decreto 679 de 1994, según el cual, se debe aplicar a la suma debida por cada año de mora el incremento de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior, o por fracción de año en caso de que no haya transcurrido un año completo, tal y como se determina en el siguiente cuadro:

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Fecha inicial** | **Fecha final** | | **Valor** | **IPC** | **IPC** | **Capital** | **Intereses** |
|  |  | |  | **INICIAL** | **FINAL** | **Actualizado** |  |
| 26/06/1996 | 31/12/1996 | | $16 455 966,48 | 29,75 | 31,23 | $17.274.616,24 | $1.065.268 |
| 31/12/1996 | 31/12/1997 | | $17.274.616,24 | 31,23 | 38,00 | $21.019.385,75 | $2.522.326,29 |
| 31/12/1997 | 31/12/1998 | | $21.019.385,75 | 38,00 | 44,72 | $24.736.498,18 | $2.968.379,78 |
| 31/12/1998 | 31/12/1999 | | $24.736.498,18 | 44,72 | 52,18 | $28.862.935,49 | $3.463.552,26 |
| 31/12/1999 | 31/12/2000 | | $28.862.935,49 | 52,18 | 57,00 | $31.529.078,63 | $3.783.489,44 |
| 31/12/2000 | 31/12/2001 | | $31.529.078,63 | 57,00 | 61,99 | $34.289.255,86 | $4.114.710,07 |
| 31/12/2001 | 31/12/2002 | | $34.289.255,86 | 61,99 | 66,73 | $36.911.147,66 | $4.429.337,72 |
| 31/12/2002 | 31/12/2003 | | $36.911.147,66 | 66,73 | 71,40 | $39.494.319,54 | $4.739.318,34 |
| 31/12/2003 | 31/12/2004 | | $39.494.319,54 | 71,40 | 76,03 | $42.055.365,75 | $5.046.643,09 |
| 31/12/2004 | 31/12/2005 | | $42.055.365,75 | 76,03 | 80,21 | $44.367.498,18 | $5.324.099,78 |
| 31/12/2005 | 31/12/2006 | | $44.367.498,18 | 80,21 | 84,10 | $46.519.219,51 | $5.582.306,34 |
| 31/12/2006 | 31/12/2007 | | $46.519.219,51 | 84,10 | 87,87 | $48.604.563,83 | $5.832.547,66 |
| 31/12/2007 | 31/12/2008 | | $48.604.563,83 | 87,87 | 92,87 | $51.370.272,48 | $6.164.432,07 |
| 31/12/2008 | 31/12/2009 | | $51.370.272,48 | 92,87 | 100 | $55.314.173,02 | $6.637.700,76 |
| 31/12/2009 | 31/12/2010 | | $55.314.173,02 | 100 | 102 | $56.420.456,48 | $6.770.454,78 |
| 31/12/2010 | 31/12/2011 | | $56.420.456,48 | 102 | 105,23 | $58.207.104,27 | $6.984.852,52 |
| 31/12/2011 | 31/11/2012 | | $58.207.104,27 | 105,23 | 109,15 | $60.375.419,85 | $7.245.050,38 |
| 31/12/2012 | 31/12/2013 | | $60.375.419,85 | 109,15 | 111,81 | $61.846.776,85 | $7.421.613,22 |
| 31/12/2013 | 31/12/2014 | | $61.846.776,85 | 111,81 | 113,98 | $63.047.094,40 | $7.565.651,32 |
| 31/12/2014 | 31/12/2015 | | $63.047.094,40 | 113,98 | 118,15 | $65.353.695,00 | $7.842.443,04 |
| 31/12/2015 | 22/02/2016 | | $65.353.695,00 | 118,15 | 120,27 | $66.526.355,46 | $1.153.123,48 |
| **TOTAL**  $106.657.300,34 | |

* 1. De conformidad con los cálculos expuestos, por concepto de intereses moratorios como indemnización por lucro cesante, la entidad demandada deberá pagar al demandante la suma de $107 233 861.84m/cte, de tal forma que el total de indemnización quedará de la siguiente manera:

Saldo de capital actualizado $71 009 223,81

### Intereses moratorios $106 657 300,34

Total: $177 666 524,15

1. **Costas**
2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se condenará en este sentido.
3. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**REVOCAR** la sentencia del 6 de agosto de 2002, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, y, en su lugar se dispone:

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de la resolución n.º 5404 del 30 de septiembre de 1996 y su confirmatoria n.º 6930 del 29 de noviembre de 1996, mediante las cuales el Instituto de Seguros Sociales adoptó y reafirmó la liquidación unilateral del contrato de prestación de servicios n.º 49 del 27 de septiembre de 1994.

**SEGUNDO: DECLARAR** contractualmente responsable al Instituto de Seguros Sociales por incumplimiento del contrato de prestación de servicio n.º 49 de 1994, celebrado con el señor Jaime Mora Molano.

**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración y en consideración a que la señalada entidad ya fue extinguida, **CONDENAR** con cargo al patrimonio autónomo conformado para asumir las obligaciones y condenas judiciales que le correspondería a dicha entidad, el pago de la suma de setenta y un millones nueve mil doscientos veintitrés pesos con ochenta y un centavos ($71 009 223,81 m/cte), por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, y la suma de ciento seis millones seiscientos cincuenta y siete mil trescientos pesos con treinta y cuatro centavos ($106 657 300,34m/cte), por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, a favor del señor Jaime Mora Molano.

**CUARTO: DENEGAR** las restantes súplicas de la demanda.

**QUINTO**: Todas las sumas aquí determinadas devengarán intereses comerciales moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

**SEXTO:** **CUMPLIR** la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C*.*C.A.

**SÉPTIMO:****EXPEDIR**,por Secretaría, copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y se entregarán a quien ha venido actuando como apoderado judicial.

**OCTAVO:** En firme esta fallo, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**Presidenta de la Subsección**

**Con Aclaración y salvamento parcial**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

**ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ**

**Conjuez**

1. Artículo 6 del Decreto 553 de 2015: “Concluida la Liquidación del Instituto de Seguros Sociales el 31 de marzo de 2015, Fiduciaria La Previsora S.A. tendrá el término de tres (3) meses, única y exclusivamente para realizar las actividades post cierre y de entrega al Patrimonio Autónomo que se constituya de conformidad con el artículo 35 del Decreto 254 de 2000, modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006 y al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia”.

   Artículo 8 ibídem: “Conforme a lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 2013 de 2012, como consecuencia de la extinción de la persona jurídica del Instituto de Seguros Sociales, a partir del 31 de marzo de 2015 quedarán automáticamente suprimidos todos los cargos existentes y terminarán las relaciones laborales de acuerdo con el respectivo régimen legal aplicable”. [↑](#footnote-ref-1)
2. “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”. [↑](#footnote-ref-2)
3. “La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas, 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 (…)”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Se advierte que el recurso de apelación correspondiente se interpuso con anterioridad a la vigencia de la Ley 1107 de 2006. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 275 de la Ley 100 de 1993: “El Instituto de Seguros Sociales es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el régimen de sus cargos será el contemplado en el Decreto Ley 1651 de 1977 y podrá realizar los contratos de que trata el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículo 2 de la Ley 80 de 1993: “Para los solos efectos de esta ley: //1. Se denominan entidades estatales://(…)las empresas industriales y comerciales del Estado (…)”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículo 32 de la Ley 80 de 1993: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el 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: (…)”. [↑](#footnote-ref-7)
8. En la demanda se estimó el valor de la de la mayor pretensión, correspondiente a la indemnización por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, en la suma de $ 109 465 188. Se aplica en este punto el numeral 8 del artículo 2 del Decreto 597 de 1988 “por el cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones”, que modificaba el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, y que disponía que la cuantía necesaria para que un proceso de controversias contractuales iniciado en 1997 fuera de doble instancia, debía ser superior a $13 460 000. [↑](#footnote-ref-8)
9. “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 aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”. Sobre el alcance de la competencia del juez en segunda instancia frente a la motivación del recurso de apelación, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 05001-23-26-000-1994-02321-01 (20104), actor: Sandra Saldarriaga y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-9)
10. “Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.//En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples decisiones ha determinado la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida, así como también ha encontrado acreditada la existencia de la falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva– e incluso la ineptitud sustantiva de la demanda, casos en los cuales ha denegado las pretensiones de la demanda o se ha inhibido de fallar, según el caso, con independencia de si tales presupuestos o aspectos hubieren sido, o no, advertidos por el juez de primera instancia o por alguno de los sujetos procesales, incluido, claro está, aquel que hubiere impugnado la providencia del juez a quo”. Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 50001-23-31-000-1997-06093 01 (21.060), actor:Reinaldo Idárraga Valencia y otros, C.P. Mauricio Fajardo Gómez [↑](#footnote-ref-10)
11. [2] Sentencia de 9 de febrero de 2012, exp. 500012331000199706093-01 (21.060), C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-11)
12. [3] Sentencia de 4 de agosto de 2010, exp. 0500131030012002, M.P. Ruth Marina Díaz. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 05001-23-26-000-1994-02321-01 (20104), actor: Sandra Saldarriaga y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, y sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 50001-23-31-000-1997-06093 01 (21.060), actor:Reinaldo Idárraga Valencia y otros, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022), actor: Ruben Darío Silva Alzate y otros, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-14)
15. “Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdos sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición”. [↑](#footnote-ref-15)
16. Artículo 80 de la Ley 80 de 1993: “A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados el Decreto ley 2248 de 1972; la Ley 19 de 1982; el Decreto ley 222 de 1983, excepción hecha de los artículos 108, 109, 110, 111, 112 y 113; el Decreto ley 591 de 1991, excepción hecha de los artículos 2o., 8o., 9o., 17 y 19; el Decreto ley 1684 de 1991; las normas sobre contratación del Decreto 700 de 1992, y los artículos 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263 y 264 del Código Contencioso Administrativo; así como las demás normas que le sean contrarias.//A partir de la promulgación de la presente ley, entrarán a regir el parágrafo del artículo 2o.; el literal l) del numeral 1o. y el numeral 9o. del artículo 24; las normas de este estatuto relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8o. del artículo 25; el numeral 5o., del artículo 32 sobre fiducia pública y encargo fiduciario; y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38, sobre servicios y actividades de telecomunicaciones.//Las demás disposiciones de la presente ley, entrarán a regir a partir del 1o. de enero de 1994 con excepción de las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciará un año después de la promulgación de esta ley (…)”. [↑](#footnote-ref-16)
17. Sobre la materia, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencias de: 3 de septiembre de 2012, exp. 19425, C.P. Danilo Rojas Betancourth; 29 de octubre del 2012, exp. 21610, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; y 30 de enero de 2013, exp. 24934, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-17)
18. [4]Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de septiembre de 1998, exp. 11617, M.P. Daniel Suárez Hernández. [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto 2010, exp. 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941), actor: Corporación Cívica Daniel Guillard, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-19)
20. “Como se aprecia, no sólo es imperativo en este tipo de escenarios demandar expresamente la legalidad del acto o actos que contienen la liquidación unilateral del contrato en aras de develar la presunción de legalidad y la fuerza ejecutoria y ejecutiva de que gozan, sino que, de igual manera, es preciso enunciar y desarrollar el concepto de la violación en los términos señalados por el numeral 4 del artículo 137 del C.C.A., so pena de transgredir los derechos fundamentales del demandado al debido proceso y de defensa, **sin perjuicio de que los fundamentos de ilegalidad emerjan de forma clara de la demanda**, o que se trate de la trasgresión de derechos fundamentales en los términos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia C-197 de 1999, **eventos en que se podrá analizar de fondo la legalidad de la actuación administrativa**” (resaltado por la Sala). Ibídem. De otra parte, sobre la interpretación integral de la demanda en general, esta Subsección ha sostenido: “9 En lo que tiene que ver con la **interpretación** **de la demanda**, esta Corporación ha sido enfática en señalar que si bien el referido escrito debería en principio formularse de manera clara, inteligible y precisa, no se puede desconocer que se trata de un acto humano que como tal, es susceptible de errores y por ende, ante la falta de técnica en su elaboración, es deber del juez desentrañar su verdadera sentido o finalidad, puesto que consiste en una actuación que se somete a su buen y razonable juicio, no siéndole dable únicamente acudir al sentido literal y estricto de las palabras que en ella se emplean, así como tampoco entenderla de manera desconectada o parcial -sino como un todo armónico e integral-, estimación en la que a su vez debe tener en cuenta que la finalidad “de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”, según lo establece el artículo 4 del C.P.C., en plena concordancia con las premisas constitucionales de primacía del derecho sustancial sobre el formal (…) y del efectivo acceso a la administración de justicia (…)” (resaltado del original). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, exp. 25000-23-26-000-2001-01839-01 (31497), actor: Víctor Hugo Muñoz Ronquillo, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Consultar igualmente: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772), actor: María Olga Sepúlveda Ramírez y otros, C.P. Ruth Stella Palacio Correa; sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 19001-23-31-000-1997-04008-01(20345), actor: Víctor Daniel Viveros Villegas, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 23 de enero de 2003, exp. 13001-23-31-000-2001-0995-01(22113), actor: Sociedad Aguilar Botero y Cia. S.A., C.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-20)
21. Artículo 84 del C.C.A.: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.//Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”. [↑](#footnote-ref-21)
22. En ocasiones anteriores, la Sala ha indicado que el juzgador puede, de forma oficiosa, verificar el requisito de la competencia de la entidad estatal para expedir un acto administrativo, pues se considera que esta es la forma más grave de ilegalidad de una decisión de la administración: “(…) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina , 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. 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 (…)”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero del 2006, expediente 13414, CP. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-22)
23. “Así que en conclusión, de acuerdo con lo citado y transcrito, se tiene que desde antes de la vigencia del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ya tenía establecido que los contratos que requirieran de liquidación debían ser liquidados dentro de los cuatro (4) meses que seguían a su terminación y que si ésta no se hacía en esa oportunidad, la entidad estatal debía liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término anterior.//Este criterio jurisprudencial fue el que finalmente se convirtió en disposición legal al consagrar, de un lado, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 que los contratos debían liquidarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación y al prever, de otro lado, el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 que si la administración no lo liquidaba dentro de los dos (2) meses que siguen al plazo establecido legal o convencionalmente para ello, el interesado podía acudir para ese efecto ante la jurisdicción dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 66001-23-31-000-2001-00418-01(28345), actor: E.S.E: Hospital San José de Belén de Umbría, C.P. Jaime Orlando Santofimio. [↑](#footnote-ref-23)
24. “Y aunque estas normas no indicaban cuál era el término dentro del cual debía efectuarse la liquidación, la jurisprudencia de esta Sala estableció que resultaba plausible contabilizar un plazo de cuatro meses para intentar la liquidación bilateral: dos, para que el contratista aportara la documentación necesaria y otros dos para realizar el trabajo de común acuerdo; y de no ser ello posible, se tendrían en cuenta otros dos meses, para que la entidad procediera a hacerlo de manera unilateral (nota n.° 3 de la sentencia en cita: “Sentencia del 9 de noviembre de 1989, Expedientes 3265 y 3461. Actor: Consorcio Cimelec Ltda.., Incol Ltda.”), concluyendo además que, en todo caso, aún transcurridos estos términos, la Administración no perdía competencia para adelantarla, salvo que fuera presentada demanda por el contratista para tal fin o hubiera transcurrido el término de caducidad de la acción://La Sala ha precisado que el vencimiento de los términos previstos para que proceda la liquidación bilateral o unilateral, no excluye la posibilidad de que la liquidación finalmente se concrete por una u otra vía, **siempre que no se haya demandado la liquidación judicial mediante el ejercicio de la acción pertinente y se haya producido la notificación del auto admisorio de la demanda** (nota n.° 4 de la sentencia en cita: **“**Ver sentencias de la Sección Tercera de Mayo 30/96, exp. 11759; agosto 16/01, exp. 14384”.) **o, en el evento de no haberse ejercido la acción, cuando no se haya cumplido el término de caducidad.** (…) De lo anterior se infiere lo siguiente://- Los términos previstos en la ley para realizar la liquidación bilateral o unilateral son indicativos y no preclusivos o perentorios” (resaltado del original). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de abril de 2004, exp. 25000-23-26-000-1990-6387-01(10875), actor: Medardo Serna Vallejo, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-24)
25. “La jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que “La falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo, se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación” (nota al pie n.º 11 de la providencia en cita: “Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 17 de febrero de 2000, expediente 5501, Consejero Ponente: Dr. Manuel S. Urueta Ayola”.).//La Sección Tercera al respecto indicó que: “La falsa motivación, como vicio de ilegalidad del acto administrativo, puede estructurarse cuando en las consideraciones de hecho o de derecho que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico. En el primer caso, se genera el error de hecho y, en el segundo, el error de derecho.” (nota al pie n.º 12 de la providencia en cita: “Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia de 9 de octubre de 2003, Exp. 16718, M. P. Germán Rodríguez Villamizar”.)”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469), actor: Mario Eduardo Rosasco Estupiñan, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-25)
26. [22] Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 8 de septiembre de 2005, Exp. 3644, M.P. Darío Quiñones. [↑](#footnote-ref-26)
27. [23] Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 4 de marzo de 2000, Exp. 25000-23-27-000-1998-0503-01–9772, M. P. Daniel Manrique Guzmán. [↑](#footnote-ref-27)
28. [24] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 21 de junio de 1980, M.P. Álvaro Lecompte Luna. [↑](#footnote-ref-28)
29. [25] Consejo de Estado, Sección Segunda Sentencia de 19 de mayo de 1998, Exp. 10051, M.P. Clara Forero de Castro. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, exp. 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797), actor: Sociedad Tracto Casanare Ltda., C.P. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-30)
31. Al respecto, la doctrina jurídica sostiene: “El acto jurídico es toda manifestación de voluntad intencionalmente dirigida a la producción de efectos de derecho. Estos efectos de derecho, a su turno, consisten en la creación, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas, las cuales, para nuestro estudio, son precisamente las obligaciones. (…) El acto jurídico puede ser unilateral o bilateral (…). Es bilateral o pluripersonal cuando tal manifestación proviene del concurso de dos o más personas. El acto jurídico bilateral, llamado también convención, en el sentido ya apuntado de ser productor de obligaciones, se llama contrato. (…) La doctrina ha reducido a tres los requisitos de esencia o existencia de un acto: la voluntad, el modo idóneo de manifestarla y el objeto. Si ellos concurren, el acto surge a la vida del derecho y produce efectos; necesitaría otros requerimientos para su plena validez pero adquirió ya su entidad vital. (…) En sentido muy amplio puede decirse que voluntad es la libre determinación, sin precepto o impulso exterior que obligue y constriña. Desde el punto de vista psicológico es la intención de hacer o no hacer una cosa.//En el ámbito del acto jurídico será la intención de producir efectos de derecho. Así entendida, la voluntad es la esencia y el centro del concepto del acto jurídico: del unilateral como libre determinación de una sola persona, y del bilateral como libre determinación de dos o más personas, concordantes entre sí. En este caso la voluntad es propiamente consentimiento”. Jorge Cubides Camacho, “Obligaciones”, Pontificia Universidad Javeriana, Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., p. 193, 196, 198.

    “El contrato es, entonces, el reflejo del acuerdo de voluntades que tiene como finalidad acordar los derechos y obligaciones de las partes, las cuales deben ser válidas, validez que supone el cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 1502 C.C. En efecto, los elementos esenciales de toda declaración de voluntad manifestada a través de un contrato, sea este privado o público, son la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa ilícita (…)”. Juan Carlos Expósito Vélez, “Forma y contenido del contrato estatal”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., p. 111. [↑](#footnote-ref-31)
32. “Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales://1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.//2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar”. [↑](#footnote-ref-32)
33. “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Con base en la norma referida, esta Corporación ha señalado: “La referida norma legal desarrolla el tradicional aforismo de acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo: “incumbit probatio qui dicit non qui negat”. Ello se traduce, en los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquél no cumple con su onus probandi, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su causa petendi; si es éste, en cambio, quien no satisface la exigencia probatoria en punto de los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación conduciría a la estimación de sus excepciones o de los argumentos de su defensa, deberá asumir, consiguientemente, una fallo adverso a sus intereses”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720), actor: Ulises Manuel Julio Franco y otros, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-33)
34. [76] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de enero del 2013, expediente 19045, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-34)
35. [77] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322. [↑](#footnote-ref-35)
36. [78] Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro. [↑](#footnote-ref-36)
37. Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp. 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897), actor: Manuel Ricardo Pérez Posada, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de julio de 2014, exp. 25000-23-26-000-2001-01468-01 (27592), actor: Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt., C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-38)
39. Artículo 14 de la Ley 80 de 1993: “Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

    1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

    En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones 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. (…) 2o. 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 aun cuando no se consignen expresamente”. [↑](#footnote-ref-39)
40. “Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas://1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.//En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”. [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, expediente n.° 15119, C. P. Ramiro Saavedra Becerra. En el mismo sentido la Sección se pronunció en otras oportunidades, entre las cuales, se refieren: sentencia del 26 de febrero de 2004, expediente n.° 14043, C. P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 28 de abril de 2010, expediente n.° 17430, C. P. (E) Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-41)
42. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2001, exp. 12722, actor: Juan Fernando Gongora Arciniegas, C.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia del 29 de mayo de 2003, exp. 14577, actor: Sociedad Pavimentos Colombia Ltda., C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 18 de septiembre de 2003, exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 26 de febrero de 2004, exp. 14043, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 9 de junio de 2005, exp. 14291, C.P. Alier Eduardo Hernández, entre otras. Consultar igualmente: Aída Patricia Hernández, “La Responsabilidad Contractual del Estado ¿Una Responsabilidad sin Imputación?”, Universidad Externado de Colombia, Revista de Derecho Privado n.° 14 de 2008. Jorge Enrique Santos Rodríguez, “Equilibrio Económico del Contrato Estatal. Fundamento. Teoría de la Imprevisión. Metodología del Restablecimiento”, artículo contenido en el libro “Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Colombiana”, Universidad Externado de Colombia, 169-170. José Luis Benavides, “El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado”, Universidad Externado de Colombia, p. 482-488. [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de octubre de 2012, exp. 85001-23-31-000-2000-00041-01(23400), actor: Hernán Guzmán Chacón, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-43)
44. [2] GASTÓN JEZE, Principios Generales del Derecho Administrativo. Buenos Aires, Editorial de Palma,1950; tomo V, pp. 51, 53 y 54.

    La teoría de la imprevisión y las diferentes circunstancias que pueden causar ruptura del equilibrio del contrato, fueron objeto de examen por esta Sala en la sentencia del 20 de septiembre de 1979, Exp. 2742 (actor: Francia Alegría de Jacobus). La demandante solicitaba la suspensión, restitución y pago de perjuicios en un contrato de arrendamiento de un inmueble de su propiedad, destinado al funcionamiento de oficinas y archivo públicos, por incumplimiento en el pago del cánon de arrendamiento y la aplicación del principio de la imprevisión por haberse roto el equilibrio financiero del contrato en virtud del cambio de circunstancias económicas que hacían imperiosa la modificación de sus condiciones iniciales. La Sala negó las pretensiones de la demanda y consideró que “resulta claro que la teoría de la imprevisión es admisible cuando la ecuación financiera del contrato de tracto sucesivo o ejecución diferida sufre “enorme alteración” por hechos sobrevinientes durante la ejecución y que no eran previsibles en el momento de la celebración”. [↑](#footnote-ref-44)
45. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2002, exp. 47001-23-31-000-1996-04800-01(17554), actor: Castro Tcherassi & Cia Ltda y otros, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-45)
46. “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.//No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.//Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último”. [↑](#footnote-ref-46)
47. “15. Una vez las partes suscriben el contrato, éste se convierte en ley para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio pacta sunt servanda (art. 1602, C.C.), lo que no descarta que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes (en el caso de la teoría de la imprevisión) o imputables a una actuación legal de la contratante (en el caso del hecho del príncipe), puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de tal manera que sin imposibilitar su ejecución, la hagan mucho más onerosa para la parte afectada, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, caso en el cual, en virtud del principio rebus sic stantibus, surge el deber de restablecerlo, bien sea mediante una indemnización integral de perjuicios, en el caso del hecho del príncipe, en el cual la afectación de la ecuación contractual proviene de una medida de carácter general proferida por la misma persona de derecho público contratante, o llevando al contratista a un punto de no pérdida (art. 5º, Ley 80/93), mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió, por hechos imprevistos e imprevisibles para las partes”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp.25000-23-26-000-1998-03066-01(20912), actor: Consorcio Francisco Edgar Lizcano Páez–Hugo Salazar Ortiz, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-47)
48. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de octubre de 2013, exp. 25000-23-26-000-2002-01721-01(28913), actor: Organización Integral E.U. Ortegral, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

    “26. Adicional a lo anterior, en los contratos de prestaciones correlativas o bilaterales, como lo es el contrato de compraventa, delante del incumplimiento ajeno cada contratante si bien puede persistir en el cumplimiento con indemnización de perjuicios (acción de cumplimiento), también puede demandar su resolución (acción resolutoria), y si es de ejecución periódica su terminación junto con el resarcimiento del daño”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2013, exp.20001-23-31-000-1996-02988-01(24131), actor:Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana – INURBE, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-48)
49. Así se ha dicho por la jurisprudencia de esta Corporación: “Declarada por el juez, la resolución del contrato por ocurrencia del incumplimiento de uno de los contratantes, el contrato se extingue no solo hacia el futuro, sino con efectos retroactivos, es decir, que las cosas se retrotraen al estado que tenían antes de su nacimiento como si el contrato no hubiere existido jamás, (efectos ex tunc) lo cual genera, como sucede con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, el deber de las restituciones mutuas, deber que en algunas situaciones se torna imposible de cumplir por sustracción de materia, como cuando el objeto del contrato es el arrendamiento, evento en el cual no puede devolverse el uso de la cosa arrendada; o en la construcción de una carretera, en que las obras no pueden restituirse al contratista, situaciones en las cuales se extingue la obligación de restitución. En esta clase de contratos en que la resolución del contrato opera sólo para el futuro (efectos ex nunc), es decir, que no tiene efectos retroactivos, la figura se denomina resiliación o simplemente terminación”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, exp. 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797), actor: Sociedad Tracto Casanare Ltda., C.P. Myriam Guerrero.

    En un mismo sentido, la doctrina jurídica indica: “Es lugar común la distinción entre terminación y resolución. Se habla de la primera cuando cesan los efectos hacia futuro (ex nunc) de un contrato de ejecución periódica o sucesiva, es decir, que hay “una incolumidad de los hechos cumplidos” y de la segunda cuando el contrato además queda retroactivamente anonadado (ex tunc). O mejor: la terminación tiene efectos a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial; la resolución desde la fecha de la celebración del contrato. //“Por la terminación (o cesación) judicial pierde el contrato su fuerza para lo futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la terminación, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, ejecutorios por oposición a ejecutados, cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. No así la resolución judicial. [Con esta, el contrato] se extingue retroactivamente desde su nacimiento; se borra; se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada […] La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro, quitándole su fuerza; para lo pasado, deshaciendo sus efectos. […] No hay duda de que un contrato resuelto queda retroactivamente anonadado. Nació válido. Pero el incumplimiento de una parte, alegado y comprobado por la que demuestra su incumplimiento, obliga al juez a eliminarlo (nota n.° 2: “Cas., 26 de noviembre de 1935, XLIII, 391; 26 de abril de 1952, LXXII, 713. “Si bien en el contrato sinalagmático de ejecución sucesiva, la terminación no opera sobre el tiempo pasado cuando el contrato ha sido ejecutado regularmente, la resolución judicial por falta de cumplimiento o por cumplimiento imperfecto desde un principio, entraña el aniquilamiento retroactivo del contrato”: cas. Francesa, sec 3ª, 30 de abril de 2003, citada por F. HINESTROSA “Las restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato”, en AA.VV. Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, p. 466, nota No. 10. “Los contratos sucesivos no pueden ser resueltos, porque no se pueden volver las cosas al estado anterior […] De ahí se sigue que en caso de inejecución de una parte para con la otra, el contrato no pueda ser resuelto en el sentido exacto del término, sino eventualmente terminado. La ‘terminación’, a diferencia de la ‘resolución’ pone fin al contrato hacia el futuro, pero no puede desembocar en una restitución de algo que fue irremediablemente hecho o adquirido”: B.STARK, H. ROLAND, L.BOYER, Obligations, 2, Contrat et qusi-contrat. Régime général, Paris, Litec, 1992, No. 112, p. 37 y s., citado también por F. HINESTROSA, ob cit., p. 482, nota No. 62. “Si el incumplimiento se produce en el curso del desarrollo de un contrato de ejecución continúa o periódica, el efecto de la resolución no concierne a las prestaciones ejecutadas precedentemente”: Artículo 114.5 del “Código europeo de los contratos” (Proyecto Gandolfi).”)”. Ernesto Rengifo García, “La terminación y la resolución unilateral del contrato”, Bogotá D.C., 2009, p. 1 y 2. [↑](#footnote-ref-49)
50. Artículo 1604 del Código Civil: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. /El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa./La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. /Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”. [↑](#footnote-ref-50)
51. “El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. // 2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. // 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”. [↑](#footnote-ref-51)
52. La mora es obviamente referida a las obligaciones de dar y de hacer, pues en las de no hacer no se produce este fenómeno por la naturaleza misma de la prestación, según se deduce del alcance de las mismas y que está previsto en las siguientes normas del Código Civil: “Artículo 1605. [obligación de dar]. La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir”. “Artículo 1610. [Mora del deudor en obligaciones de hacer]. Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1a.) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido. 2a.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor. 3a.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.” “Artículo 1612. [incumplimiento de la obligación de no hacer]. Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho. Pudiendo destruir la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efectos a expensas del deudor.//Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlos. // El acreedor quedará de todos modos indemne”. [↑](#footnote-ref-52)
53. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia de 3 de julio de 1963: “La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad, dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada; y la oportunidad alude al tiempo convenido". [↑](#footnote-ref-53)
54. En materia de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones es aplicable la presunción de culpa y también en ciertos eventos la responsabilidad objetiva. [↑](#footnote-ref-54)
55. “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. [↑](#footnote-ref-55)
56. “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”. [↑](#footnote-ref-56)
57. [9] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6461 de 4 de julio de 1992, M.P. José Fernando Ramírez Gómez. [↑](#footnote-ref-57)
58. [10] Artículo 1498 del C.C.: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez…”. [↑](#footnote-ref-58)
59. [11] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Exp. No. 14.937. C.P., Germán Rodríguez Villamizar. [↑](#footnote-ref-59)
60. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de agosto de 2014, exp. 44001-23-31-000-2005-00478-01(36474), actor: Sociedad Administrativos y Aduaneros Limitada, C.P. (e) Hernán Andrade Rincón.

    Asimismo, se ha señalado: “De la postura jurisprudencial aludida y las normas legales en referencia resulta entonces imperativo concluir que para sacar avante una pretensión declarativa de incumplimiento contractual, ab initio, quien se presenta como el co-contratante afectado por dicha inobservancia obligacional deberá acreditar, a través de los medios probatorios dispuestos por el ordenamiento jurídico, la existencia del contrato contentivo de las obligaciones presuntamente incumplidas, así como el cumplimiento de las obligaciones a su cargo o la imposibilidad de cumplirlas por causas imputables a su contraparte; en ejercicio de su defensa la parte demandada deberá controvertir los hechos de incumplimiento que se le atribuyen y en ese orden de ideas deberá acreditar que acató la carga obligacional que el contrato le imponía o que su inobservancia se debió a la ocurrencia de alguna causal eximente de responsabilidad”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de octubre de 2013, exp. 25000-23-26-000-2002-01721-01(28913), actor: Organización Integral E.U. Ortegral, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Asimismo, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552), actor: Alberto Vergara Mellado, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-60)
61. De tal forma que no se puede valorar su testimonio al respecto, comoquiera que ello equivaldría a apreciar la declaración de una de las partes del presente litigio como si se tratara de una versión imparcial de los hechos. Al respecto, esta Subsección ha reseñado: “De otro lado, comoquiera que no se identificó el miembro o miembros de la familia del fallecido que les comunicó a los testigos en mención lo que aparentemente ocurrió, y de los que es posible inferir que en su mayoría obran como demandantes y además, que no estuvieron presentes al momento en que éste resultó lesionado -por lo que las deponencias correspondientes se basarían en simples conjeturas-, cabe destacar que si la fuente de conocimiento se llegara a tratar de alguno de los que integran la respectiva parte procesal, la Sala no podría estimar esos testimonios indirectos, por cuanto ello equivaldría a valorar la apreciación de uno o varios de los actores frente a circunstancias que los benefician, como si hubieran sido percibidas por un tercero imparcial, teniendo en cuenta que tal posibilidad es contraria a la naturaleza de las declaraciones de terceros -prueba histórica o de reconstrucción de hechos (…)-, no tiene sustento normativo alguno, sería equivalente a afirmar que una parte procesal puede conformar un testimonio de oídas a voluntad por el simple hecho de trasladar su conocimiento a otra persona que no vaya a ser parte del conflicto y frente a lo cual cabe igualmente recordar que las manifestaciones de las partes de la litis sólo adquieren valor probatorio cuando se configuran en una confesión”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de octubre de 2013, exp. 25000-23-26-000-2001-00466-01 (27916), actor: Elba María Peña Gómez y otros, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-61)
62. Que consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud de la cual éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; disposición que, como lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sección, no sólo establece la responsabilidad patrimonial en el ámbito extracontractual, sino que consagra un régimen general, según el cual la noción de daño antijurídico, entendido como “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”, es aplicable en materia pre-contractual y contractual del Estado y, por tanto, fundamenta la totalidad de su responsabilidad patrimonial. [↑](#footnote-ref-62)
63. “Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”. [↑](#footnote-ref-63)
64. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 febrero de 2002, Exp. 14.112. [↑](#footnote-ref-64)
65. Sobre este acápite, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214), actor: Federico Saúl Sánchez Malangón, C.P. Ruth Stella Correa. [↑](#footnote-ref-65)
66. Fernando Hinestrosa, “Curso de Obligaciones (Conferencias)”, Segunda Edición, 1961, Universidad Externado de Colombia, Pág. 335. [↑](#footnote-ref-66)
67. Juan Carlos Henao, “El Daño”, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1998, Pág. 45. [↑](#footnote-ref-67)
68. Artículo 16 de la Ley 446 de 1998: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.” [↑](#footnote-ref-68)
69. “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”. [↑](#footnote-ref-69)
70. “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”. [↑](#footnote-ref-70)
71. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de febrero de 2005, exp. 85001-23-31-000-1997-00508-02(21120), actor: Z.R. Ingeniería Limitada, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Consultar igualmente, Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214), actor: Federico Saúl Sánchez Malagón, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-71)
72. “Si bien no puede desconocerse que en alguna oportunidad la Corte justificó la corrección monetaria de las condenas en la necesidad de indemnizar un daño emergente, no lo es menos que en la actualidad, en todos aquellos eventos en los cuales de manera concreta ha inferido la necesidad de reconocerla, ha acudido explícita o implícitamente, como fundamento de tal reconocimiento, a la equidad (…) en acatamiento de lo previsto por el artículo 230 de la Constitución Política colombiana, como un instrumento auxiliar de la interpretación judicial que permite ahondar en las normas jurídicas en búsqueda de esa justicia.//Más exactamente, dado que la equidad, (…) asume, por mandato constitucional, la función interpretativa del carácter abstracto de la ley para adaptarla a las circunstancias específicas de cada hipótesis en ella previstas, (…) se ha constituido (…) en una imprescindible herramienta que le ha permitido a la Corte ahondar en los preceptos legales que gobiernan los distintos asuntos con miras a encontrar en ellos alcances que convengan con la justicia impidiendo que determinado acreedor soporte el riesgo de la depreciación de la moneda. De la mano de tal instrumento, principios que informan el ordenamiento jurídico colombiano, tales como el del equilibrio contractual o el de la integralidad del pago, justifican con creces su reconocimiento en aquellos eventos en los cuales han tenido cabida.//2. Cabalmente, ha dicho esta Corporación que "...en ausencia general de norma expresa que lo consagre (salvo las especiales ya reconocidas para el sistema UPAC, en sentencia del 24 de abril de 1979) ha admitido (la Corte), mediante interpretación de las normas legales vigentes, el derecho al pago íntegro de los perjuicios causados contra el responsable extracontractualmente (Cas.30-03-1984, G.J. CLXXVI, pág.128; 06-08-1985, G.J. CLXXX, pág.266; etc.), comprendiendo dentro de aquel el derecho al quantum equivalente al de la corrección monetaria. Factor éste que ha sido incluido en este derecho, más como exigencia de la actualización de la reparación del daño al momento en que efectivamente se verifica el pago, que como daño emergente propiamente dicho, pues si bien se trata de un fenómeno extraño al hecho ilícito, al contrato y a los autores, que lo pone al margen de la responsabilidad directa de estos, no es menos cierto que tienen incidencia al establecer el quantum de la reparación, porque si la víctima o sus herederos requieren de un pago completo por parte del responsable extracontractualmente, que se determina al momento de su realización, lógicamente habrá que incluir, además del valor del momento de su causación, el que corresponda a la corrección hasta el momento del pago, a fin de que sea pleno o completo, lo que desde luego, también descansa en la equidad. (...) Incurre, pues, en desacierto la censura, en cuanto en términos absolutos asevera que el pago de obligaciones dinerarias corregidas monetariamente obedece a la necesidad de resarcir un perjuicio y que, subsecuentemente, mientras el deudor no sea constituido en mora no hay lugar a tal reconocimiento, porque ésta -la mora-, es el presupuesto ineludible de toda indemnización. El desatino que al recurrente se le atribuye radica en que, como viene de exponerse, el fundamento de la corrección monetaria no puede ubicarse en la urgencia de reparar un daño emergente, sino en obedecimiento, insístese, a principios más elevados como el de la equidad, el de la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales. De ninguna manera, en fin, es dable inferir que en asuntos como el de esta especie, el reajuste de la condena en proporción a la depreciación del signo monetario constituya un perjuicio más que deba ser reparado, puesto que, reiterase aún a riesgo de fatigar, la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía, de modo que la corrección tiene por finalidad la reparación integral, no la de indemnizar un perjuicio más; amén que, en ese mismo orden de ideas, tampoco puede verse en ello una sanción por un acto contrario al ordenamiento legal”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 9 de septiembre de 1999, exp. 5005, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. [↑](#footnote-ref-72)
73. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2002, exp. 14.112, actor: Sociedad Acabados para La Construcción y la Arquitectura Ltda. Acorar Ltda., C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-73)
74. “i) Cuando el capital genera intereses civiles -6% anual- la jurisprudencia de esta Sección ha establecido que es compatible actualizarlo, porque esta tasa no contiene el componente inflacionario.//ii) Por el contrario, cuando el capital genera intereses comerciales –una y media veces el bancario corriente- la jurisprudencia ha dispuesto que es incompatible actualizarlo, porque esta tasa contiene el componente inflacionario, de modo que cuando el acreedor recibe estos intereses su capital queda puesto a valor presente.//iii) Finalmente, cuando el capital genera intereses de ley 80, la jurisprudencia dispuso, recientemente, que es compatible ordenar el pago de estos y también condenar por el capital actualizado, porque la ley lo ordena de esa manera. En estos términos, el tratamiento se parece al de la mora del Código Civil”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 70001-23-31-000-1996-05714-01(18395), actor: Horacio Francisco Mendoza Martínez, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-74)
75. “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.//Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte://1o.) Por la solución o pago efectivo”. [↑](#footnote-ref-75)
76. “El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes.//El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”. [↑](#footnote-ref-76)
77. “El deudor está en mora://1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.//2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.//3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”. [↑](#footnote-ref-77)
78. “Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes://1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.//El interés legal se fija en seis por ciento anual.//2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.//3a.) Los intereses atrasados no producen interés.//4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”. [↑](#footnote-ref-78)
79. “Por medio del cobro de los intereses moratorios se pretende indemnizar al acreedor por los perjuicios que le causó el incumplimiento del deudor, en el pago de una suma de dinero, perjuicio que se presume y cuya cuantía no está en el deber de demostrar, sea porque se pactaron entre las partes, o porque se aplica la regulación legal”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de julio de 1999 exp. 16459, actor: Estruco S.A. C.P. Daniel Suárez Hernández; Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos de 3 de junio de 1997 (consulta n.º 1.141 de mar. 29/77), 10 de agosto de 1987 (consulta n.º 115); Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 13 de mayo de 1988, (exp. 4303), 28 de octubre de 1994 (exp. 8092), 29 de abril de 1999 (exp. 14.855), 17 de mayo de 2001 (exp. 13.635); octubre 9 de 2003, C.P. Alier Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-79)
80. Arts. 1617 C.C.; 884, C.Co.; art. 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-80)
81. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia de 21 de febrero de 2002, Exp. 14.112, C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-81)
82. “De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (...) 8. 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”. [↑](#footnote-ref-82)
83. “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 del 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”. [↑](#footnote-ref-83)
84. [30] Bien comienza la norma señalando que los intereses en ella establecidos serán aplicables “sin perjuicio de la actualización o revisión de precios”. De otra parte, en la Exposición de motivos Proyecto de Ley No. 149 de 1992, se dijo: “…En relación con el reconocimiento de los intereses de mora que indudablemente constituye un factor importante en la preservación de la ecuación económica del contrato se prevé la posibilidad de que las partes estipulen, obviamente dentro de los límites legales, la tasa correspondiente que se aplicará en el evento en que las entidades no cancelen dentro de los plazos acordados las cuentas presentadas por los contratistas. Ahora bien, ante la ausencia de dicha estipulación, se dispone que la tasa de interés moratoria será la del doble del interés legal civil (12%), aplicada sobre el valor histórico actualizado, fórmula que se considera equitativa en la medida en que, de una parte, se preserva el poder adquisitivo de las sumas adeudadas al contratista a través de los mecanismos de indexación o de ajuste a valor presente y, de otra, impone a la entidad el pago de un porcentaje adicional al que corresponde al costo de oportunidad propiamente tal, con lo cual se reconoce el carácter sancionatorio de los intereses de mora, pero sin que ello implique una carga excesivamente onerosa para la entidad y correlativamente un factor de enriquecimiento para el contratista./ Cabe anotar que esta fórmula se encuentra dentro de los lineamientos de la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha reconocido en varios casos la actualización del valor histórico de las respectivas sumas y el pago de un interés equivalente al 6% (rendimiento puro) sobre dicho valor histórico, pero se aparta de dicha posición jurisprudencial en cuanto que, de una parte, se establece que los intereses deben liquidarse sobre el valor monetariamente actualizado en cuanto que resulta más equitativo frente a la realidad económica y, de otra, se fija como tasa moratoria supletiva el doble del interés legal o "rendimiento puro" (12%) para imprimirle así el carácter sancionatorio propio de los intereses de mora pero sin llegar, como se anotó, al extremo de imponer una carga excesivamente onerosa para las entidades que se traduciría en un enriquecimiento para los contratistas. /Conviene agregar sobre este aspecto que el reconocimiento de intereses moratorios en la forma indicada no resulta en modo alguno incompatible con los mecanismos de ajuste o actualización de precios, ya que por el contrario su aplicación se ha concebido sobre la base de que dichos mecanismos tienen plena operancia, lo cual confirma el sentido equitativo de la fórmula adoptada...” Cfr. Gaceta del Congreso No. 75 de 23 de septiembre de 1992. [↑](#footnote-ref-84)
85. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214), actor: Federico Saúl Sánchez Malangón, C.P. Ruth Stella Correa. [↑](#footnote-ref-85)
86. [30] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1º de octubre de 2008, exp. 27268. [↑](#footnote-ref-86)
87. [31] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del cinco de octubre de 2004, expediente: 6975, Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena. [↑](#footnote-ref-87)
88. [32] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de mayo de 2007, exp. 15170, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-88)
89. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. 05001-23-24-000-1996-02181-01(20836), actor: William Humberto Melguizo Márquez y otros, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-89)
90. Uribe G., José Ignacio y Gómez R., Lina Maritza, Canales de búsqueda de empleo en el mercado laboral colombiano 2003, en Serie Documentos Laborales y Ocupacionales, Nº 3, Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, SENA-Dirección General de Empleo y Trabajo, Bogotá, junio de 2005, p. 22. Fuente citada por la Sala en sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 13168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-90)
91. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de junio de 2015, exp. 25000-23-26-000-2004-02386-01(33355), actor: Olga Arcelia Mora Sabogal y otros, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-91)
92. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp. 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043), actor: Endesa de Colombia S.A. y otros, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-92)
93. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de mayo de 2015, exp. 130012331000199510521 01 (30607), actor: Rita del Pilar Najera Vda. de Jiménez, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-93)
94. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, exp. 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003), actor: Constructora Sego Ltda. y otro, .C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-94)