

CONTRATO REALIDAD – Contrato de prestación de servicios – Acción de controversias contractuales– Incumplimiento

El incumplimiento corresponde a la hipótesis contraria de aquella que se acaba de exponer. En las normas nacionales no se encuentra una definición de incumplimiento contractual, no obstante, cuando se hace referencia en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil a la indemnización de perjuicios, al daño emergente y al lucro cesante, se expresa que provienen de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”. La Ley 80 de 1993, en el artículo 50 consagra la responsabilidad contractual de las entidades estatales al señalar que: “responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que cause 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. Tal y como se puede apreciar, la definición incorpora los elementos de la responsabilidad, como son el daño y la imputación, dentro de los cuales se ubican claramente el supuesto del incumplimiento contractual y la sanción pecuniaria en contra de la entidad a título de daño emergente y lucro cesante, provenientes de la exposición civilista. Al respecto, sin que resulte legalmente aplicable al caso concreto y sólo como una forma de exponer lo que en la actualidad la doctrina armonizada de las principales familias jurídicas del derecho de contratos –common law y civil law– ha considerado sobre el particular, con fundamento en la evolución histórica de la figura y en el estudio del derecho comparado, la Sala refiere la definición de los Principios de Unidroit, así: “el incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de algunas de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00238-01(24698)

Actor: ADCOLSALUD LTDA.

Demandado: CAPRECOM E.P.S.

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - SENTENCIA

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado, procede a resolver sendos recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por la demandada en contra de la sentencia del 13 de febrero de 2003, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. La sentencia será modificada.

SÍNTESIS DEL CASO

Caprecom y Adcolsalud celebraron un contrato en el año 1997 en virtud del cual la segunda se obligaba a prestar servicios médicos y odontológicos a los usuarios de la primera. La Sala, respecto de los diferentes puntos de discusión que surgieron entre las partes, habrá de concluir que: (i) no se probó que el número de pacientes efectivamente atendidos en comparación con el número de ellos por el cual se cobraron las cuentas fuera inferior; (ii) se debe condenar por concepto de intereses moratorios, por el retraso en el pago del anticipo y de las cuentas mensuales, de conformidad con las fórmulas y metodologías usualmente empleadas en la jurisprudencia de la Sala; (iii) la tarifa que se debe aplicar para el pago de los servicios es aquella que efectivamente se aplicó, en tanto que no se contrataron ni prestaron los servicios de prevención y promoción de la salud, las cuales correspondían a una tarifa superior; (iv) el silencio administrativo positivo en materia de la prórroga del contrato, liquidación o celebración de uno nuevo no procede en forma alguna; (v) no es posible jurídicamente condenar por concepto de intereses moratorios y de cláusula penal, en tanto que en el caso concreto constituyen sanciones excluyentes; (vi) la entidad no está obligada a reconocer la diferencia negativa que soportó el contratista al negociar en el mercado de valores los bonos TES, por medio de los cuales aquella pagó el saldo de sus obligaciones.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1 La I.P.S. Adcolsalud Limitada presentó **demanda** en contra de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom, en ejercicio de la acción de controversias contractuales (f. 4–14, c. 1).

1.1 Los **hechos** de la demanda se pueden presentar así:

1.1.1 El 11 de marzo de 1997 se celebró el contrato n.º 015 entre Caprecom y Adcolsalud, dentro del cual se destaca: (i) el objeto del contrato era la prestación de servicios de salud por parte de Adcolsalud; (ii) los servicios se debían pagar de acuerdo con “*las tarifas SOAT (Manual Unificado de tarifas) vigentes*”; (iii) la modalidad de pago era “*percapita (por capitación)*”; (iv) el valor del contrato era de \$300 000 000 y el anticipo, que correspondía al 40%, es decir \$120 000 000, se

debía entregar al contratista, una vez aprobada la garantía única acordada; (v) las cuentas debían pagarse dentro de los 30 días siguientes a su presentación y a la *“legalización y aprobación por parte de Caprecom”*; (vi) el incumplimiento de la entidad de las obligaciones pactadas daba derecho a una indemnización equivalente al 10% del valor del contrato.

1.1.2 El 17 de marzo de 1997 se aprobó la garantía; el 21 de marzo de 1997 se presentó la factura de cobro del anticipo; el 15 de octubre de 1997 Adcolsalud Ltda., envió a Caprecom una comunicación a través de la cual pedía el reconocimiento de intereses moratorios por la tardanza en el pago de las facturas; el 30 de enero de 1998 Adcolsalud Ltda., recibió el pago del anticipo; el 20 de mayo de 1998, Caprecom realizó el primer pago parcial de algunas facturas presentadas por Adcolsalud Ltda., por valor bruto de \$53 826 006, sin incluir intereses moratorios; el 27 de agosto de 1998, Caprecom realizó el segundo pago parcial de algunas facturas presentadas por Adcolsalud Ltda., por valor bruto de \$168 892 220, sin incluir intereses moratorios, a través de *“títulos de tesorería clase B ley 419/97”*, los cuales *“se negociaron al 77,104% y al 85.6798% de su valor nominal arrojando una pérdida por descuentos de \$8 441 861”*.

1.1.3 El 31 de diciembre de 1996, a través del Decreto 2423, se fijó la tarifa en \$5.700 por cada afiliado asignado, equivalentes al *“0.99 sobre el salario diario mínimo legal vigente para 1997 al código 40105”*, no obstante lo cual, la Dirección Regional de Caprecom en Bogotá, determinó una tarifa de \$4 130; este valor fue la base para que se ajustaran las tarifas en el año 1998.

1.1.4 El 12 de febrero de 1998, Adcolsalud pidió a la entidad que se adicionara el contrato en tiempo, o que se firmara uno nuevo, porque no se había ejecutado la totalidad del presupuesto aprobado para el contrato; el 9 de julio de 1998, ante la falta de respuesta de Caprecom, Adcolsalud protocolizó en la Notaría 36 de Bogotá, mediante la escritura pública respectiva, el silencio administrativo positivo; el 20 de abril de 1999, Adcolsalud protocolizó en la Notaría 36 de Bogotá su proyecto de liquidación del contrato, en consideración a que Caprecom no se dio respuesta alguna a la solicitud que presentó el contratista.

1.2 Las **pretensiones** comprenden las siguientes declaraciones y condenas:

1. La cancelación por parte de CAPRECOM E.P.S. de los intereses moratorios causados con base en el contrato 015 de 1997 suscrito por la I.P.S. ADCOLSALUD LTDA. por valor de TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL PESOS (\$393.862.000,00) originados en el pago extemporáneo de las facturas número 008213, 013442, 013443, 014404, 01635, 018533, 021657, 026487, 026539, 027628, 000341, 001787, 003440 y 00343, debidamente presentadas y legalizadas ante esa entidad por concepto de anticipo y servicios prestados.
2. La cancelación de la diferencia de capital no cubierto por CAPRECOM E.P.S. como consecuencia de aplicar tarifas distintas a las pactadas en el contrato 015 de marzo 11 de 1997 para los servicios médicos de salud oral, promoción y prevención específica contemplados en el nivel I del Plan Obligatorio de Salud (POS) prestados por ADCOLSALUD LTDA. I.P.S. durante la vigencia del mismo por valor de OCHENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$84.620.000,00)
3. La cancelación de los intereses moratorios causados a la fecha sobre dicha diferencia por valor de CIENTO VEINTINUEVE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL PESOS (\$129.698.000,00)
4. La cancelación del lucro cesante originado por la no prórroga del contrato 015 de marzo 11 de 1997 derivada del silencio administrativo positivo por parte de CAPRECOM E.P.S., debidamente protocolizado y comunicado a esa entidad, por ADCOLSALUD LTDA. por valor de SETENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL PESOS (\$77 282 000,00).
5. La cancelación de la cláusula penal estipulada en la cláusula vigésima segunda del contrato 015 de marzo 11 de 1997 suscrito entre las partes por incumplimiento de CAPRECOM E.P.S. al no cancelar oportunamente dichas cuentas y por valor de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000,00).
6. La cancelación de la pérdida en la negociación de los bonos Ley 419/97 con los cuales CAPRECOM canceló parte de las facturas presentadas por ADCOLSALUD LTDA. por valor de OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y UN PESOS.

II. Trámite procesal

2 El Tribunal Administrativo de Cundinamarca **admitió** la demanda mediante auto del 15 de febrero de 2000 (f. 17–18, c. 1) y notificó debidamente a la entidad (f. 20, c. 1).

3 En la **contestación**, la entidad se opuso a las pretensiones y se refirió a los hechos y propuso excepciones. En concreto, argumentó: (i) habida cuenta de que el contratista presentó sus cuentas de cobro con base en la tarifa de \$4 130, es claro que hubo una aceptación de parte suya de esa tarifa; (ii) “Adcolsalud al firmar el contrato 015/97 con Caprecom aceptó plenamente las tarifas SOAT

establecidas por el manual de Caprecom, tarifas reguladas por el Acuerdo n.º 009 de marzo 29 de 1996, de la Junta Directiva de Caprecom, cuyo artículo 66 señala en el código 40105 el valor por capitación para los paquetes de atención integral de pesos \$4 856 y las cuentas las liquidó para 1997, a pesos \$4 130, para 1998 liquidó a \$4 894, etc.”; (iii) la duración del contrato era de un año, prorrogable mediante acuerdo entre las partes, el cual en el caso concreto no tuvo lugar; (iv) se formuló la excepción de “cobro de lo no debido”, sobre la base de que “Caprecom no adeuda valor alguno por concepto de los servicios prestados por Adcolsalud, según contrato n.º 015 de 1997, teniendo en cuenta que canceló la totalidad de las sumas cobradas en las respectivas cuentas presentadas por la firma peticionaria” (f. 27–31, c. 1).

4 El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, profirió **sentencia** el 13 de febrero de 2003, a través de la cual accedió a algunas de las pretensiones de la demanda (f. 77–1075, c. ppl).

4.1 En términos generales, consideró que la entidad *“incumplió las obligaciones derivadas del contrato en lo referente al pago oportuno del anticipo y las cuentas por servicios prestados mensualmente, hasta el punto que el primero solo fue cancelado cuando faltaban menos de dos meses para el vencimiento del plazo contractual y las segundas, en cuanto hace referencia a las presentadas durante el año 1997, solo fueron pagadas en el mes de agosto de 1998, cinco meses después de la extinción del mencionado plazo”*.

4.1.2 Así, el anticipo que debía pagarse dentro de los 30 días siguientes a la fecha de aprobación de la garantía única, la fecha de aprobación fue el 17 de marzo de 1997, sólo se pagó el 30 de enero de 1998, *“de suerte que la naturaleza del anticipo se desvirtuó por completo y el pago de la suma no puede ser considerado como tal sino como un abono a las cuentas derivadas de la ejecución del contrato”*. Entonces, *“del valor de las cuentas presentadas hasta enero 14 de 1998 no era posible efectuar deducción del 40% que como amortización del anticipo se ha debido realizar si hubiera sido pagado en la forma pactada y, por tanto, la liquidación de intereses sobre dichas cuentas se debe efectuar sobre la totalidad de su valor hasta la fecha en que efectivamente se produjo”*. Lo anterior significa que la suma de \$120 000 000 *“se debe abonar a las cuentas presentadas a partir del 4 de junio de 1997, con sus intereses, hasta que se agote y las sumas*

correspondientes a las demás cuentas devengarán intereses hasta su pago efectivo a través de bonos, el 27 de agosto de 1998”.

4.1.3 Habida cuenta de lo anterior, se liquidó el valor que correspondía al capital más el interés del 12% anual, respecto de cada cuenta de cobro presentada por el contratista (2 cuentas del 4 de junio de 1997; cuenta del 20 de junio de 1997; cuenta del 21 de julio de 1997; cuenta del 13 de agosto de 1997; cuenta del 18 de septiembre de 1997), desde la fecha de pago debida hasta la fecha de pago efectiva del anticipo de \$120 000 000, 30 de enero de 1998.

4.1.4 Una vez agotados los \$120 000 000 en el pago de las cuentas referidas, el capital y los intereses de las cuentas del 14 de noviembre de 1997, 18 de noviembre de 1997, 5 de diciembre de 1997 y 14 de enero de 1998, que ascendió a \$63 528 773,55, se imputaron al pago realizado a través de los bonos –TES–, por una cifra de \$168.892.220, el 27 de agosto de 1998. Ahora bien, dado que sobre esa suma la entidad descontó \$98 351 155 “*por amortización del llamado anticipo*”, el valor realmente pagado ascendió a \$70 422 623, razón por la cual, dentro de la liquidación que efectuó el Tribunal *a quo*, quedó un saldo favorable a la entidad de \$6 893 849,45.

4.1.5 Posteriormente, respecto de una cuenta presentada por el contratista el 4 de febrero de 1998 y dos cuentas del 25 de marzo de 1998, el 20 de mayo se produjo un pago por valor de \$53 826 006; no obstante ello, dado que la entidad amortizó el 40% como si se hubiera pagado el anticipo a tiempo, el valor realmente pagado ascendió a \$32 295 603. Este valor se debe abonar a la cuenta del 4 de febrero por valor de \$18 118 310 y a los intereses moratorios de 62 días que ascienden a \$392 714, así como también a la cuenta del 25 de marzo por valor de \$11 683 772.

4.1.6 “*En conclusión las cuentas correspondientes a 1997 y la del 14 de enero de 1998 quedaron totalmente canceladas en su capital e intereses pero sobre una de las cuentas presentadas el 25 de marzo quedó un excedente sin pagar por capital que asciende a \$21.923.117, sobre los cuales se han de liquidar intereses hasta el 27 de agosto de 1998*”. Así, el valor correspondiente a capital más intereses, que adeuda la entidad al contratista, asciende a \$25 729 214,59, de los cuales “*se descontará el excedente de \$6 893 849,45 pagado con los bonos TES, quedando \$18 835 365,14 que corresponde al capital aun no cancelado y que debe devengar*

intereses hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia". En ese orden de ideas, la condena por este concepto asciende a \$32 578 074,14.

4.2 En relación con *"la tarifa vigente para la prestación de servicios como los prestados dentro de la modalidad per cápita"*, que ascendió a la suma de \$4 130 por afiliado asignado, y que el contratista reclama en sede judicial por valor de \$5 700, la sentencia impugnada denegó esta pretensión con base en los siguientes argumentos: (i) el contratista cobró sus servicios de acuerdo con la tarifa de \$4 130, durante la ejecución del contrato, sin que hubiera presentado reclamación, ni inconformidad alguna; (ii) el Decreto 2423 de 1996, en el artículo 64, prescribe una tarifa de \$5 700 (0.99 de \$5 733) para atención médica y odontológica *"incluidas las acciones de promoción de salud, prevención de enfermedad y protección específica"*, correspondiente al código 40105, pero en el caso concreto, el contratista no cumplía con estas actividades especiales, razón por la cual la tarifa aplicable *"era la correspondiente al código 40107, equivalente al 0.52 del salario mínimo"*, de suerte que está bien que la entidad haya reconocido *"un 0.72039, equivalente a los \$4 130"*.

4.3 Con referencia a la pretensión por concepto del *"lucro cesante originado por la no prórroga del contrato conforme al silencio administrativo positivo constituido al no responder CAPRECOM la petición presentada por la contratista en tal sentido, por \$72 282 000"*, el Tribunal a quo la denegó sobre la base de que: (i) la prórroga del período de duración del contrato estaba sujeta al acuerdo de las partes sobre el particular, el cual en el caso concreto no se dio; (ii) pretender que el silencio de la entidad en relación con la petición del contratista de prorrogar el contrato la obliga a prorrogarla, es equivocado, en tanto que la figura, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y con el artículo 15 del Decreto 679 de 1994, está consagrada para *"aspectos derivados de la ejecución del contrato y durante el período de la misma"*, pero nunca para alterar el contenido económico de la relación contractual, ni modificar el plazo.

4.4 En cuanto concierne a la pretensión de condena por la cláusula penal, por valor de \$30 000 000, el Tribunal a quo la deniega al indicar que no resulta jurídicamente posible pedir *"la indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato y a la vez solicitar condena al pago de la cláusula penal, sin que tal posibilidad se haya estipulado expresamente en el contrato"*. Así, dado que el demandante *"primero pide la indemnización de perjuicios a la cual se*

accederá en sus componentes de daño emergente (capital insoluto) y lucro cesante (intereses), a juicio de la Sala es esta primera pretensión la que el contratista escogió excluyendo la que concierne a la cláusula penal”.

4.5 Finalmente, en relación con la pérdida de \$8 441 861.00 que supuestamente representó para el contratista haber recibido pagos en bonos TES, la sentencia de primera instancia consideró que esta pretensión no estaba llamada a prosperar, puesto que el pago correspondiente *“estaba supeditado a la aceptación del beneficiario que, en consecuencia, podía negarse a aceptar dicha forma de cancelación de los dineros que Caprecom le adeudada”*, de suerte que *“si el acreedor, como en el presente caso, aceptó el pago con los bonos de tesorería entendió que la obligación quedaba totalmente solucionada en tal forma por su voluntad, de manera que también asumía las consecuencias de la negociación en el mercado de tales bonos y si ella dio lugar a una disminución de su valor, esa contingencia debía ser conocida por quien aceptó la forma de pago y sus efectos económicos deben correr por cuenta del mismo”*.

4.6 De acuerdo con lo anterior, decidió:

PRIMERO: Declárase contractualmente responsable a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM-, por el incumplimiento de sus obligaciones en la ejecución del contrato n.º 015/97 celebrado con ADCOLSALUD.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM-, a pagar a la sociedad ADCOLSALUD LTDA. la suma de treinta y dos millones quinientos setenta y ocho mil sesenta y cuatro pesos con catorce centavos (\$32'578.074,14), por concepto de indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento.

TERCERO: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CUARTO: Deniénganse las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.

5 En contra de la sentencia, las partes demandante y demandada presentaron sendos **recursos de apelación**.

5.1 Caprecom argumentó en la sustentación correspondiente (f. 110–113, c. ppl), en primer lugar, que el número de pacientes efectivamente atendidos por parte del contratista fue inferior a la totalidad de los asignados, no obstante lo cual, la entidad *“canceló estas cuentas de cobro por la totalidad de usuarios asignados mensualmente”*, es decir, *“el contratista cobró sobre lo no debido, al no ejecutar el*

contrato de conformidad a su objeto”, de suerte que ha debido acogerse la excepción propuesta en relación con el “cobro de lo no debido”. En segundo término, afirmó que la entidad fue condenada al pago de una suma de dinero por concepto de capital e intereses, la cual no corresponde con el cuadro de ejecución elaborado por la tesorería de la entidad con base en los “comprobantes y reconocimientos de pago” respectivos.

Así las cosas, si se determinó un incumplimiento por parte de CAPRECOM en el fallo recurrido, por la cancelación tardía de las cuentas presentadas y de su anticipo, al aplicar como condena por indemnización de perjuicios el pago de unos intereses moratorios, han de imponerse los que corresponden a la sumatoria de las cuentas canceladas extemporáneamente y sus intereses moratorios que ascienden realmente a la suma de \$16 485 804,48, que sería la suma a cancelar por parte de CAPRECOM, como intereses moratorios por el posible incumplimiento del contrato, y no aplicar la condena sobre un capital no determinado por la suma de \$18.835.365,14 más sus intereses moratorios por valor de \$13.742.709, para un total de \$32.578.074,14 como condena impuesta a CAPRECOM

5.2 La parte demandante apeló la decisión con base en los siguientes fundamentos:

5.2.1 *“Desconocimiento de intereses moratorios sobre el pago extemporáneo del anticipo”*: en relación con el anticipo por valor de \$120.000.000, la mora fue de 280 días, puesto que la fecha debida de pago era el 21 de abril de 1997 –en tanto que la cuenta correspondiente se presentó el 21 de marzo de 1997– y solo vino a ser pagada el 30 de enero de 1998; en consecuencia procede la actualización de la suma con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, cálculo que arroja un valor a favor del demandante de \$20.160.000. Los intereses, a una tasa anual del 12%, suman \$13 081 600.

5.2.2 *“Cálculo erróneo de los intereses moratorios de las cuentas de cobro presentadas y de capital indexado”*: al respecto, el apelante indica que el procedimiento que se debe seguir es el comprendido en el artículo 1º del Decreto 679/94, puesto que el utilizado en la sentencia *“se limita únicamente a indexar el capital para el cálculo de los intereses de ley, pero no toma el capital histórico actualizado para efectos de totalizar la deuda”*. En tal sentido, procede a hacer la liquidación por cada una de las cuentas presentadas por el contratista a la entidad,

a través de la actualización de su valor a la fecha de pago más el cobro de la tasa de interés anual del 12%.

5.2.3 *“Desconocimiento de la tarifa pactada”*: el apelante indica que la tarifa que corresponde aplicar en el contrato por cada usuario asciende a \$5 700 para el año 1997, incrementada en 18.5% para el año 1998. Contrario a lo expuesto en la sentencia, al contratista no le resulta aplicable la tarifa de \$4 130 en 1997, puesto que sí cumplía actividades de promoción, prevención y control, tal y como se acredita en las planillas correspondientes. Las cuentas se presentaron por parte del contratista con la tarifa errada, puesto que *“quien obró de mala fe en este caso fue la beneficiaria de los servicios, que a sabiendas señaló siempre una tarifa por debajo de la justamente pactada dentro del contrato”*

5.2.4 *“Cancelación del lucro cesante originado por la no prórroga del contrato, conforme al silencio administrativo positivo”*: la entidad ha debido prorrogar el contrato para subsanar su negligencia *“en la asignación de afiliados y beneficiarios de Caprecom proporcionados al monto del contrato y por el término estipulado”*, puesto que ha debido encargársele al contratista una población mayor para que facturara un promedio de \$25 000 000.00 y así justificara económicamente la *“planta de médicos y paramédicos subutilizada y sin poderla reducir puesto que tenía que mantenerse en las condiciones del contrato, durante 10 horas diarias de lunes a sábado”*. En ese orden de ideas, se pidió la prórroga y el departamento jurídico de la entidad *“solicitó al contratista la actualización de su documentación para modificar el contrato en cuanto al tiempo, esto es, que abrió una expectativa de continuidad”*. En atención a la Ley 80 de 1993, frente a la falta de respuesta oportuna de la entidad operó el silencio administrativo positivo, más aún habida cuenta de que *“faltaba parte de lo presupuestado dentro del contrato para ejecutarse”* y que el contratista *“por no haber recibido previo aviso de la posible terminación del contrato mantenía toda la infraestructura contratada”*.

5.2.5 *“Reconocimiento de la cláusula penal, estipulada en la cláusula vigésima segunda del contrato, por \$30 000 000”*: el apelante afirma que *“demostrado quedó en el fallo recurrido que Caprecom incumplió contractualmente las estipulaciones pactadas en la ejecución de contrato n.º 015/97 celebrado con Adcolsalud, por tanto, ha quedado satisfecha la condición exigida, o sea, la condición de su incumplimiento para hacer efectiva la indemnización equivalente al 10% del valor*

del contrato, lo mismo que los intereses moratorios, ya que ambas se pactaron expresamente en el citado contrato, con lo cual pueden exigirse conjuntamente”.

5.2.6 *“Cancelación de la pérdida de la negociación de los bonos- TES, con lo cual Caprecom canceló parte de las facturas presentadas por la IPS Ascolsalud Ltda.”:* el apelante afirmó que en parte alguna del contrato se establecía la posibilidad de que los pagos fueran realizados con recursos diferentes a la moneda corriente colombiana y que el contratista no aceptó la forma de pago consistente en bonos – TES– por su valor nominal, *“sino que era un abono parcial a sus acreencias una vez los negociara a través de su banco en la bolsa de valores o inversionistas particulares”.* En tal sentido, se debe reconocer la pérdida que sufrió el contratista al negociarlos, más los intereses moratorios correspondientes.

CONSIDERACIONES

I. Competencia

6 El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón de los sendos recursos de apelación interpuestos y debidamente sustentados por la parte demandante y la parte demandada, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales, con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme al Decreto 597 de 1988 –aplicable en el *sub examine*–, la cuantía exigida en el año 2000 era de \$26 390 000 y en este caso la mayor de las pretensiones, correspondiente a los intereses moratorios ascendía a \$393 862 000.

II. Hechos probados

7 De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente, las cuales se hallan en estado de valoración puesto que fueron allegadas en cumplimiento de los presupuestos procesales, los hechos que resultan de mayor relevancia para resolver el problema jurídico que con posterioridad se plantea –párrafo 8–, se pueden presentar de la siguiente forma:

7.1 El 9 de agosto de 1996, Caprecom publicó un aviso, a través del cual informó: *“que está interesada en contratar la prestación de servicios de salud para los afiliados, pensionados y beneficiarios de Caprecom en Santafé de Bogotá, D.C.”*, y

que “dicha prestación debe tener los siguientes servicios: –Atención de urgencias durante 24 horas, tanto casos clínicos como quirúrgicos. – Servicios de maternidad integral, incluyendo la atención del recién nacido. – Hospitalización. – Derecho de la sala de cirugía. – Derecho de anestesia. – Servicio de anestesiólogo. – Derechos de instrumentadotas. – Ayudantías quirúrgicas. – Medicamentos. – Laboratorio clínico. – Rayos X. – Consultas médicas. – Servicios de apoyo.” (copia auténtica, f. 363–364, c. 2)

7.2 El 13 de agosto de 1996, mediante documento escrito, Adcolsalud ofreció a Caprecom “los servicios médicos y odontológicos correspondientes al primer nivel del Plan Obligatorio de Salud (POS)”, que corresponden a la siguiente descripción: “a) consulta médica general; b) consulta y tratamiento odontológico; c) exámenes de laboratorio; d) radiología; e) suministro de medicamentos; f) servicios de optometría, psicología, nutrición, trabajo social y procedimientos de enfermería” (copia auténtica, f. 368, c. 2)

7.3 El 11 de marzo de 1997, entre Caprecom y Adcolsalud Ltda., se celebró el “Contrato n.º 15 de 1997” (copia auténtica, f. 350–353, c. 2), el cual se transcribe, parcialmente, a continuación:

PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO.- La IPS se compromete a prestar a los afiliados y beneficiarios de CAPRECOM-EPS los siguientes servicios: urgencias, consulta médica general, consulta y tratamiento odontológico, exámenes de laboratorio, radiología, suministro de medicamentos, servicio de optometría, psicología, nutrición, trabajo social, procedimientos de enfermería y demás servicios con que cuente la IPS, y que sean requeridos por CAPRECOM. Los anteriores servicios se cancelarán mediante la forma de pago pormenorizado. PARÁGRAFO: La IPS podrá prestar sus servicios del primer nivel del POS mediante la modalidad de pago percapita.

CUARTA: TARIFAS.- La IPS se compromete a prestar los servicios descritos en la cláusula primera y CAPRECOM los cancelará de acuerdo a tarifas SOAT vigentes.

QUINTA: CAPRECOM cancelará a la IPS los servicios prestados mediante la modalidad de pago percapita de acuerdo a las tarifas vigentes de CAPRECOM.

NOVENA: FORMA DE PAGO.- Una vez aprobada la Garantía Única pactada en la Cláusula Décima Séptima CAPRECOM anticipará a la IPS, el cuarenta por ciento (40%) del valor total del contrato, previo el cumplimiento de los requisitos legales, suma que será descontada mensualmente del valor de las cuentas que presente la IPS, hasta completar el cien por ciento (100%) del valor del anticipo. El setenta por ciento (70%) restante se cancelará mensualmente dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la respectiva

cuenta de cobro por la IPS, debidamente legalizada y aprobada. PARÁGRAFO: En caso de incumplimiento por parte de CAPRECOM, la entidad reconocerá intereses moratorios, tal como lo establece la Ley 80/93 y el Decreto 679 de 1994.

DÉCIMA SEGUNDA: MODIFICACIONES.- El presente contrato solo podrá modificarse por acuerdo escrito entre las partes o de sus representantes.

DÉCIMA CUARTA: DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL.- Existe partida suficiente para atender los valores que este contrato implica según certificación expedida por el Jefe de Presupuesto de la Entidad, la cual formará parte integrante de este contrato.

DÉCIMA SEXTA: DURACIÓN DEL CONTRATO.- El presente contrato tendrá una duración de un (1) año contado a partir de la fecha de la aprobación de la garantía única. Este plazo se podrá prorrogar antes de vencido el término, mediante acuerdo escrito entre las partes y conforme a las normas vigentes estipuladas en la Ley 80 del 28 de octubre de 1993.

DÉCIMA OCTAVA: VALOR ESTIMADO.- El valor estimado de este contrato es de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.00).

VIGÉSIMA SEGUNDA: CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA.- La IPS pagará a CAPRECOM como cláusula penal pecuniaria una suma igual al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, la cual se hará exigible por el incumplimiento de las obligaciones aquí pactadas, por la declaratoria de caducidad, por la cesión del contrato contra expresa prohibición, además de las otras causales consagradas por la ley. Igualmente en caso de incumplimiento por parte de Caprecom de las obligaciones pactadas, el contratista podrá solicitar ante autoridad competente, previa demostración de incumplimiento una indemnización equivalente al 10% del valor total del contrato.

7.4 El 17 de marzo de 1997, Caprecom informó a Adcolsalud Ltda., que había recibido “la póliza n.º 924991 P y 1002438, expedida por Latinoamericana de Seguros S.A., mediante la cual garantiza el cumplimiento, la calidad del servicio prestado, el buen manejo y correcta inversión del anticipo y responsabilidad civil extracontractual, en desarrollo del contrato n.º 015 de 1997”, y que se ajustaba a las exigencias del contrato, razón por la cual le impartía su aprobación (copia auténtica, f. 357, c. 2).

7.5 El 21 de marzo de 1997, Adcolsalud cobró a Caprecom la suma de \$120.000.000 “por concepto de anticipo al contrato n.º 015 de marzo 11 de 1997, correspondiente al 40% sobre un valor de \$300.000.000” (copia auténtica, f. 23, c. 2).

7.6 Se presentaron las siguientes cuentas de cobro (copia auténtica, f. 25–39, c. 2):

Fecha	Valor \$	Concepto
4-junio-1997	13.901.580	Atención ambulatoria integral y de salud oral de primer nivel de afiliados y beneficiarios de Caprecom por el mes de marzo de 1997. Total población asignada para atención médica oral: 3.366, a razón de \$4.130 cada uno.
4-junio-1997	14.616.070	Atención ambulatoria integral médica y de salud oral de primer nivel de afiliados y beneficiarios de Caprecom por el mes de abril de 1997. Total afiliados para atención médica oral: 3.539, a razón de \$4.130 cada uno.
20-junio-1997	16.321.760	Atención ambulatoria integral médica y de salud oral de primer nivel a afiliados, beneficiarios de Caprecom por el mes de mayo de 1997. Total afiliados para atención médica oral: 3.952, a razón de \$4.130 cada uno.
21-julio-1997	17.176.670	Atención integral médica y odontológica prestada a usuarios de Caprecom durante el mes de junio de 1997. 4.137 usuarios y 22 adicionales, a razón de \$4.130 cada uno.
13-agosto-1997	18.089.400	Atención integral médica y odontológica prestada a usuarios de Caprecom durante el mes de julio de 1997. 4.380 usuarios, a razón de \$4.130 cada uno.
18-septiembre-1997	18.134.830	Atención integral médica y odontológica prestada a usuarios de Caprecom durante el mes de agosto de 1997. 4.391 usuarios, a razón de \$4.130 cada uno.
14-noviembre-1997	17.395.560	Atención médica y de salud oral integral, prestada a cotizantes y beneficiarios de Caprecom, durante el mes de octubre de 1997. 4.212 usuarios, a razón de \$4.130 cada uno.
18-noviembre-1997	17.395.560	Atención médica y de salud oral integral, prestada a cotizantes y beneficiarios de Caprecom, durante el mes de septiembre de 1997. 4.212 usuarios, a razón de \$4.130 cada uno.
5-diciembre-1997	17.676.400	Atención médica y de salud oral integral, prestada a cotizantes y beneficiarios de Caprecom, durante el mes de noviembre de 1997. 4.280 usuarios, a razón de \$4.130 cada uno.
14-enero-1998	18.184.390	Atención integral médica y odontológica prestada a usuarios de Caprecom durante el mes de diciembre de 1997. 4.403 usuarios, a razón de \$4.130 cada uno.
14-febrero-1998	18.118.310	Atención integral médica y odontológica prestada a usuarios de Caprecom durante el mes de enero de 1997. 4.387 usuarios, a razón de \$4.130 cada uno.
25-marzo-1998	24.023.924	Atención médica integral y salud oral, incluidas las acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, prestada a usuarios de Caprecom durante el mes de febrero de 1998. 4.224 usuarios por capitación a razón de \$4.894 c/u. Más ajuste del 18.5% sobre cuenta del mes de enero de 1998.
25-marzo-1998	11.683.772	Atención médica integral y salud oral, incluidas las acciones de promoción de la salud y prevención de las enfermedades, prestada a usuarios de Caprecom en el período del 1 al 17 de marzo de 1998. 4.213 usuarios por capitación a razón de \$4.894 c/u.

7.7 El 27 de junio de 1997, se suscribió el otrosí al contrato n.º 015 de 1997, a través del cual se acordó *“que la cláusula NOVENA del contrato n.º 015 de 1997 no es el 70% restante sino el 60% que se cancelará mensualmente dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de respectiva cuenta de cobro por la I.P.S”* (copia auténtica, f. 348–349, c. 2)

7.8 El contratista, a través de comunicaciones escritas de los días 1 de julio de 1997 (copia auténtica, f. 40, c. 2), 15 de octubre de 1997 (copia auténtica, f. 43–44, c. 2), 7 de noviembre de 1997 (copia auténtica, f. 42, c. 2), advirtió sobre el retraso en el pago de las cuentas mensuales presentadas y del anticipo, y pidió que se pagaran a la mayor brevedad, puesto que estaban financiando la prestación de los servicios con sus recursos propios. El 15 de octubre siguiente, envió una nueva comunicación escrita (copia auténtica, f. 43, c. 2), a través de la cual relacionó el valor del anticipo y de las cuentas que la entidad le adeudaba a la fecha por una cifra de \$249 930 780, menos la amortización del anticipo \$51 972 312, para un valor neto por pagar de \$197 958 468; advirtió que quedaban pendientes por cobrar los intereses moratorios.

7.9 El 30 de enero de 1998 la entidad pagó al contratista la suma de \$120 000 000 a título de anticipo (copia auténtica, f. 24, c. 2).

7.10 El 11 de febrero de 1998, Adcolsalud dirigió una comunicación a Caprecom a través de la cual expresó que: *“en desarrollo de la cláusula décima sexta del contrato de la referencia, cordialmente solicito de usted prórroga por seis meses, a fin de ejecutar el presupuesto inicial de trescientos millones de pesos, pues por circunstancias ajenas al contratista e imputables a CAPRECOM solamente se ha cumplido en 67%. En subsidio de la anterior petición se podría suscribir un nuevo contrato”* (copia auténtica, f. 101, c. 2).

7.11 El 20 de mayo de 1998, la entidad pagó un valor neto de \$26 536 222 al contratista. La suma bruta ascendía a \$53 826 006, por concepto de la cuenta presentada por el contratista el 14 de febrero de 1998 y por las dos cuentas presentadas el 25 de marzo de 1998; se descontaron las cifras de \$5 382 600 por concepto de retención en la fuente, \$376 781 por ICA y \$21 530 403 por amortización (copia auténtica, f. 45, c. 2).

7.12 El 26 de agosto de 1998, tal y como se acredita en el documento denominado *“Reconocimiento y pago de obligaciones contractuales con recursos de la Nación TES CLASE B”*, la entidad, respecto de un saldo por pagar de \$147 704 397, descontó las cifras de \$16 889 222 por concepto de reterente, \$1 182 246 por ICA y \$98 469 597 por amortización, y entregó una cifra neta de \$52 351 155 (copia auténtica, f. 46, c. 2).

7.13 En relación con los TES, se hace constar en el expediente que, en efecto, fueron negociados por parte del contratista y que recibió valores en efectivo por tal concepto, así:

7.13.1 El Banco de Bogotá certificó sobre el particular, mediante comunicación del 17 de enero de 2000 (copia auténtica, f. 47, c. 2), que:

En atención a su solicitud me permito informarles que la subcuenta n.º 001-02-2-032-142-5 fue la asignada a Adcolsalud Ltda. por el (Depósito Central de Valores DCV) del Banco de la República, para cancelación de deuda Caprecom asignándole la suma de \$52.300.000 en títulos de tesorería desmaterializados y de los cuales negoció con el Banco el 01-09-1998 un valor nominal de \$34.600.000 y sobre el cual se le abonó a la cuenta corriente n.º223-34502-6 Centro 93 el valor de \$29.645.200, el día 02 de septiembre de 1998 fue embargado el derecho por valor de \$2.470.000 según oficio n.º DFV-DCV 30830 del Banco de la República y el saldo de \$15.230.000.00 fue trasladado en 14 de octubre de 1998 a Pensionar.

7.13.2 Pensionar, a través de comunicación del 14 de octubre de 1998 (original, f. 48 c. 2), certificó: *“Por medio de la presente estoy confirmando las condiciones de la negociación realizada el día de hoy con el FONDO DE PENSIONES PENSIONAR. Clase de título: TES IPC. Valor nominal: \$15 230 000... Valor girado: \$11 742 939”*.

7.14 El contratista cumplió a favor de la entidad las actividades de *“medicina general, odontología, cooperación asistencial, radiología, remisiones, incapacidades, laboratorio clínico”*, respecto de las cuales informó a la entidad con base en el documento denominado *“REPORTE MENSUAL DE ACTIVIDADES”*. En el expediente obran los reportes correspondientes a los meses de mayo de 1997 (copia auténtica, f. 75 c. 2), julio de 1997 (copia auténtica, f. 79 c. 2), septiembre de 1997 (copia auténtica, f. 81 c. 2), octubre de 1997 (copia auténtica, f. 83 c. 2), diciembre de 1997 (copia auténtica, f. 85 c. 2), enero de 1998 (copia

auténtica, f. 87 c. 2), febrero de 1998 (copia auténtica, f. 89 c. 2), marzo de 1998 (copia auténtica, f. 91 c. 2), con descripción precisa de cada uno de los conceptos que están comprendidos dentro de las categorías de actividades referidas. Es bueno advertir que solo en un documento denominado “*CONSOLIDADO MENSUAL CUIDADO ODONTOLÓGICO AMBULATORIO*” (copia auténtica, f. 77 c. 2), se reporta haber cumplido con la actividad de “*prevención*”.

7.15 El Decreto 2423 del 31 de diciembre de 1996 (copia auténtica, f. 59–61, c. 2) “*por el cual se determina la nomenclatura y clasificación de los procedimientos médicos, quirúrgicos y hospitalarios del Manual Tarifario y se dicta otras disposiciones*” expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria, con el propósito de “*establecer las tarifas según los artículos 168, 169, artículo 172, numeral 10º., artículo 241 y 244 numeral 4º. de la Ley 100 de 1993*”, dispuso:

ARTÍCULO 1: CAMPO DE APLICACIÓN: El presente Decreto será de obligatorio cumplimiento para las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas...

ARTÍCULO 64: Señálanse para los conjuntos de atención integral, las siguientes tarifas en Salarios Mínimos Legales Diarios Vigentes 40105 Atención médica y de salud oral, incluidas las acciones de promoción de la salud, prevención de la enfermedad y protección específica: 0.99

40107 Atención médica sin acciones de promoción, prevención y protección específica: 0.52

7.16 El 9 de julio de 1998, el contratista mediante la escritura pública n.º 2378 de la Notaría 36 del Círculo de Bogotá, declaró que no había sido notificado por parte de Caprecom de la decisión de no renovar el contrato y que en consecuencia, de conformidad con la Ley 80 de 1993, se consideraba que operaba el silencio administrativo positivo, de suerte que se debía entender que la prórroga había sido concedida (copia auténtica, f. 99, c. 2). La solicitud de prórroga del contrato o de celebración de uno nuevo había sido presentada por parte del contratista el 11 de febrero de 1998.

7.17 El 20 de abril de 1999, el contratista mediante la escritura pública n.º 998 de la Notaría 36 del Círculo de Bogotá, manifestó que no había sido notificado de respuesta alguna en relación con el proyecto de liquidación del contrato y protocolizó los documentos del caso, para efectos del silencio administrativo positivo, dentro de los cuales se encontraba la solicitud correspondiente

presentada por parte del contratista el 7 de julio de 1998 (copia auténtica, f. 105–121, c. 2).

III. Problema jurídico

8 El análisis que a continuación se adelantará, comprende los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿está probado que el contratista atendió a un número inferior de pacientes a aquellos que le fueron asignados y que no obstante ello la entidad pagó por el número total de pacientes asignados, de suerte que debe prosperar la excepción de cobro de lo no debido?; (ii) ¿los servicios que prestaba el contratista incluían actividades de promoción, prevención y control, de suerte que se le debía pagar la tarifa de 0.99 del smldv, o se limitaba a los servicios médicos y la tarifa debida era del 0.52 del smldv?; (iii) ¿opera el silencio administrativo positivo respecto de la falta de respuesta de la entidad a la petición del contratista de extender el término de duración del contrato seis meses más, o celebrar uno nuevo, y respecto de la falta de respuesta a la propuesta de liquidación presentada por el contratista a la entidad contratante?; (iv) ¿en relación con los bonos TES a través de los cuales se pagó al contratista, se debe condenar a la entidad por la diferencia negativa que hubo de asumir aquel y que resulta de comparar el precio por el cual recibió los bonos de la entidad, con el precio que recibió efectivamente cuando los negoció en el mercado? (v) ¿Procedería el reconocimiento de los intereses moratorios y de la cláusula penal simultáneamente o sólo uno de ellos?

IV Análisis de la Sala

9 El contrato es el marco dentro del cual se fijan los derechos y obligaciones de las partes: la obligación por excelencia del deudor consiste en satisfacer la prestación principal debida y el derecho del acreedor se contrae a su satisfacción respecto del objeto del contrato. El cumplimiento o pago está constituido por la relación entre los extremos referidos. De acuerdo con los artículos 1626 y 1627 del Código Civil “*el pago efectivo es la prestación de lo que se debe*” y “*el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación*”, de suerte que la congruencia entre el deber de conducta del deudor, ejecutado en la forma en que el título y la ley lo ordenan –obligación– y la respectiva satisfacción del acreedor –derecho– constituyen el cumplimiento o, en otros términos, la conformidad de la conducta descrita como debida y esperable con la

efectivamente desplegada. En tal sentido, el artículo 1625 del mismo cuerpo legal define que una vez que se haya cumplido con la obligación correspondiente, ésta se extinguirá y el deudor recobrará su libertad respecto del acreedor.

10 El incumplimiento corresponde a la hipótesis contraria de aquella que se acaba de exponer. En las normas nacionales no se encuentra una definición de incumplimiento contractual, no obstante, cuando se hace referencia en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil a la indemnización de perjuicios, al daño emergente y al lucro cesante, se expresa que provienen de *“no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”*. La Ley 80 de 1993, en el artículo 50 consagra la responsabilidad contractual de las entidades estatales al señalar que: *“responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que cause 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.”* Tal y como se puede apreciar, la definición incorpora los elementos de la responsabilidad, como son el daño y la imputación, dentro de los cuales se ubican claramente el supuesto del incumplimiento contractual y la sanción pecuniaria en contra de la entidad a título de daño emergente y lucro cesante, provenientes de la exposición civilista. Al respecto, sin que resulte legalmente aplicable al caso concreto y sólo como una forma de exponer lo que en la actualidad la doctrina armonizada de las principales familias jurídicas del derecho de contratos – *common law* y *civil law*– ha considerado sobre el particular, con fundamento en la evolución histórica de la figura y en el estudio del derecho comparado, la Sala refiere la definición de los Principios de Unidroit, así: *“el incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de algunas de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”*¹.

11 En el caso concreto, en relación con el primer problema jurídico que advirtió la Sala, el cual fue planteado por la entidad a título de excepción de *“cobro de lo no debido”*, se aprecia que no está acreditado en el expediente que el contratista hubiera atendido un número de pacientes inferior al que reportó a la entidad. Por el contrario, de conformidad con las cuentas de cobro que fueron presentadas por parte del contratista a la entidad –párrafo 7.6– y con los documentos denominados *“REPORTE MENSUAL DE ACTIVIDADES”* –párrafo 7.14– las cuentas de cobro

¹ Art. 7.1.1 *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, 2004

se presentaron en función del número de pacientes a quienes atendió el contratista.

11.1 Como se puede apreciar, la entidad no probó la veracidad de su aserto y desatendió las cargas que al respecto le imponen las normas sustanciales – Código Civil, *“artículo 1757.- Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”*– y las procedimentales –Código de Procedimiento Civil, *“artículo 177.- “Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”* – párrafo 17.5–.

11.2 Además, se debe apreciar que la entidad pagó las cuentas correspondientes sin expresar reparo alguno sobre el número de pacientes efectivamente atendidos por el contratista, de manera que carece de toda posibilidad de éxito cualquier cuestionamiento posterior sobre el valor de las cuentas referidas. Esta posición de la entidad debe ser desestimada de acuerdo con la buena fe, en concreto, de conformidad con la regla en virtud de la cual se concreta el principio, *venire contra factum proprium non valet*, en el sentido de que no es lícito pretender o reclamar un derecho en contradicción con una conducta anterior –párrafo 17.6–.

12 El segundo problema jurídico que se planteó, consistente en determinar cuál era la tarifa que correspondía a los servicios que prestaba el contratista, depende de la determinación acerca de las actividades a las que estaba obligado éste último, en particular, si le correspondían aquellas relacionadas con *“promoción de la salud, prevención de la enfermedad y protección específica”*.

12.1 Al respecto, en primer lugar, se debe tener en cuenta que la cláusula primera hace referencia a las actividades que conforman el objeto del contrato, así: *“urgencias, consulta médica general, consulta y tratamiento odontológico, exámenes de laboratorio, radiología, suministro de medicamentos, servicio de optometría, psicología, nutrición, trabajo social, procedimientos de enfermería y demás servicios con que cuente la IPS, y que sean requeridos por CAPRECOM”* – párrafo 7.3–.

12.2 Como se puede apreciar dentro del texto contractual, nada se dispone respecto de la obligación del contratista de prestar los servicios de *“promoción de la salud, prevención de la enfermedad y protección específica”*, ni de la obligación

de la entidad de pagar por ellos. Tampoco obra prueba alguna de que la entidad haya solicitado al contratista el cumplimiento de tales actividades. Así, la Sala considera que no se entienden dentro del contenido del contrato las actividades referidas. Ayuda a la Sala para llegar a esta conclusión el criterio de interpretación restrictiva:

12.2.1 En materia de interpretación de los contratos existe el criterio restrictivo², también conocido como *expressio unius est exclusio alterius*, el cual significa que en todos aquellos casos en los que se haya realizado una lista de términos, actividades o conceptos para determinar el contenido del contrato, se entenderá que sólo ellos lo comprenden, de suerte que estarán excluidos los términos, actividades o conceptos que no estén expresamente estipulados. Domat presenta el criterio bajo la siguiente regla: “14. Las convenciones tienen sus límites dentro de su materia. Todas las cláusulas de las convenciones tienen su sentido limitado a la materia de que se tratan y no deben ser entendidas en cosas que no se hayan pensado”³.

12.2.2. Ahora bien, el criterio de interpretación extensiva podría dar lugar a considerar, erradamente, que las actividades de “*promoción de la salud, prevención de la enfermedad y protección específica*” estaban incorporadas en el contenido del contrato, aun cuando no hubiera una manifestación expresa en el texto. Este criterio, debidamente consagrado en la legislación nacional⁴, se aplica para extender el contenido del contrato a hipótesis que no fueron expresamente dispuestas por las partes. Así, cuando quiera que los contratantes hayan incluido indicaciones en el texto contractual que tengan carácter de ejemplo o que sean útiles para explicar un pacto mediante su descripción, no se excluirán los supuestos no expresados, pues el contenido del contrato incluirá todos aquellos a los cuales se pueda extender razonablemente. Afirma Messineo al respecto: “...el alcance de una cláusula contractual debe llegar hasta el límite del que ella es capaz de acuerdo con la razón”⁵. En el caso concreto se aprecia que la relación de los servicios que constituían el objeto del contrato no constituye en modo alguno

² “Artículo 1619. Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”

³M. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus*. (tome premier), Paris, 1771, p. 26

⁴ “Artículo 1623. Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a los que naturalmente se extiende.”

⁵F. MESSINEO *Doctrina General del Contrato* (Trad. R. FONTANARROSA y otros), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p.109

una ejemplificación, sino que representa la definición concreta de las actividades contratadas.

12.3. Tanto como lo anterior, los antecedentes del contrato, conformados, entre otros documentos, por el aviso a través del cual Caprecom informó respecto de la intención de contratar los servicios objeto del contrato –párrafo 7.1– y por la propuesta que presentó Adcolsalud a la entidad –párrafo 7.2–, no incorporan dentro de las actividades solicitadas, ni dentro de las propuestas aquellas que corresponden a *“promoción de la salud, prevención de la enfermedad y protección específica”*.

12.4 Desde la perspectiva de la ejecución del contrato, de las 13 cuentas de cobro presentadas por el contratista, de fechas: 4 de junio de 1997 (dos cuentas), 20 de junio de 1997, 21 de julio de 1997, 13 de agosto de 1997, 18 de septiembre de 1997, 14 de noviembre de 1997, 18 de noviembre de 1997, 5 de diciembre de 1997, 14 de enero de 1998, 14 de febrero de 1998 y 25 de marzo de 1998 (dos cuentas) –párrafo 7.6–, se aprecia que solo dos de ellas, correspondientes a la última fecha, incluyen dentro del concepto de la cuenta *“actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad”*, mientras que las demás están relacionadas exclusivamente con atención médica y odontológica.

12.5 Es de suma importancia resaltar que de conformidad con las tarifas contenidas en el Decreto 2423 del 31 de diciembre de 1996, la *“atención médica y de salud oral, incluidas las acciones de promoción de la salud, prevención de la enfermedad y protección específica”*, representaba para el contratista un pago equivalente por cada paciente al 0.99 del smldv, el cual equivalía en 1997 a \$5.700, mientras que *“atención médica sin acciones de promoción, prevención y protección específica”* representaba un valor equivalente al 0.52 del smldv, que correspondía en 1997 a \$4.130 –párrafo 7.15–.

12.5.1 El contratista cobró a la entidad el valor de 0.52 del smldv en todas las cuentas, incluso en las dos que incluía dentro del concepto *“actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad”* y la entidad pagó sobre tal valor, de conformidad.

12.5.2 Al respecto, la circunstancia de que se cobró y pagó sobre tal valor implica que las partes entendían efectivamente que era en torno a ese valor que se

encontraban obligadas. La normatividad de interpretación de los contratos ordena que se interpreten, entre otros criterios, con base en el de interpretación auténtica⁶, esto es, de acuerdo con lo que las propias partes hayan podido entender al respecto, bien sea por escrito –mediante un otrosí, un acta aclaratoria o complementaria, un contrato diferente pero coligado u otros documentos similares– o por su comportamiento –siempre y cuando sea congruente y bilateral, o unilateral con aceptación o consentimiento de la otra parte–. Así, el artículo 1622 del Código Civil, alude al comportamiento de las partes posterior a la celebración del contrato, como criterio para aclarar el significado de sus expresiones o cláusulas, cuando indica en su inciso 3º que *“la aplicación práctica”* que han hecho del contrato *“ambas partes o una de las partes con aprobación de la otra parte”*, se tendrá en cuenta para la interpretación respectiva.

12.6 La Sala aprecia también que el contratista argumentó a lo largo del proceso que había sido engañado por parte de la entidad, la cual le había hecho creer que la tarifa que cobraba del 0.52 del smldv, era la que correspondía, cuando lo cierto es que la tarifa que debía recibir, según el contratista, era del 0.99 del smldv. También argumentó que había cumplido efectivamente con la prestación de las actividades de promoción y prevención. En relación con estas dos afirmaciones, la Sala encuentra que ninguna de ellas resultó probada en el expediente y, por tal razón, no las considera válidas. Así, a propósito de la carga de la prueba, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala, los artículos 1757 del Código Civil y 177 del Código de Procedimiento Civil –antes referidos–, *“son desarrollo del principio de auto responsabilidad de las partes que impone al interesado una conducta procesal, que de no adelantarse deberá acarrear las consecuencias adversas que ella apareja”*; en ese orden de ideas, *“el demandado ha de ser absuelto de los cargos, si el demandante no logró probar los hechos constitutivos de la demanda (actore non probante, reus absolvitur)”*⁷

12.7 Es también indispensable considerar que la circunstancia de haber cobrado un valor determinado y de ahora venir en pleito para afirmar, sin presentar pruebas para ello, que el valor que cobró no resultaba ajustado a derecho y que debía ser

⁶ El artículo 25 del Código Civil lo consagra para efectos de la interpretación de la ley, al decir: *“[L]a interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de manera general, sólo corresponde al legislador”*; en relación con los contratos, la interpretación auténtica se encuentra consagrada en el artículo 1602 del Código Civil, como un desarrollo de la autonomía contractual, puesto que si el legislador concede la facultad a las partes de configurar el contenido de un contrato y de modificarlo, pues más aún la concede para interpretar su sentido.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 2011, expediente n.º 21.128, C.P. Ruth Stella Correa.

superior, constituye una vulneración del principio de la buena fe, en tanto que el contratista está obrando en contra de sus propios actos. El *venire contra factum proprium non valet* ha sido definido por la Sección Tercera del Consejo de Estado en los siguientes términos:

“Y es que vale la pena subrayar que nadie puede venir validamente contra sus propios actos, regla cimentada en el aforismo “adversus factum suum quis venire non potest”, que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, “venire contra factum proprium non valet”. Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibles y no puede en juicio prosperar. La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a la aplicación de esta regla. En suma, la regla “venire contra factum proprium non valet” tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe, la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre éstos y el Estado”⁸

12.8 Finalmente, acerca del argumento formulado por el contratista, consistente en que el texto contractual fue redactado por la entidad estatal y que, en consecuencia, se debe interpretar en su contra y condenar por el valor de la tarifa superior, la Sala concluye que tampoco está llamado a prosperar en tanto que el criterio referido, denominado en la doctrina como *interpretatio contra proferentem* o *ambiguitas contra stipulatorem* no tiene aplicación en este caso.

12.8.1 En efecto, el criterio referido parte de la base de que todo contratante tiene la carga de hablar claro, dado que quien no emite una declaración contractual claramente inteligible corre el riesgo de sufrir una interpretación que no sea conforme al significado que quería expresar. Más todavía, en cuanto hace relación a quien ha predispuesto el texto contractual, la inobservancia de la carga tiene una consecuencia más drástica, constituida por la interpretación en su contra, justificada en la exigencia particular de tutela de la confianza de quien no participa en la redacción del texto, pero adhiere a él.

12.8.2 La regla está consagrada en el inciso primero del artículo 1624 –“*las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes,*

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, exp. n° 16.041., C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”– y, en tal virtud, aquello que ha escrito en el contrato quien predispuso el texto correspondiente y que adolece de ambigüedad viene interpretado en su contra⁹.

12.8.3 En el caso concreto las cláusulas correspondientes –“*CUARTA: TARIFAS.- La IPS se compromete a prestar los servicios descritos en la cláusula primera y CAPRECOM los cancelará de acuerdo a tarifas SOAT vigentes. QUINTA: CAPRECOM cancelará a la IPS los servicios prestados mediante la modalidad de pago percapita de acuerdo a las tarifas vigentes de CAPRECOM*–” no comprenden dudas, oscuridades ni ambigüedades, puesto que remiten claramente a las tarifas comprendidas en el Decreto 2423 del 31 de diciembre de 1996 (copia auténtica, f. 59–61, c. 2) “*por el cual se determina la nomenclatura y clasificación de los procedimientos médicos, quirúrgicos y hospitalarios del Manual Tarifario y se dicta otras disposiciones*” expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria, con el propósito de “*establecer las tarifas según los artículos 168, 169, artículo 172, numeral 10º., artículo 241 y 244 numeral 4º. de la Ley 100 de 1993*” –párrafo 7.15–, las cuales indican que para las actividades de “*atención médica sin acciones de promoción, prevención y protección específica*” la tarifa era del 0.52 del smldv.

13 El tercer problema jurídico hace referencia al silencio administrativo positivo en materia de contratación estatal y su aplicación al caso concreto. El demandante invoca el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 100 de 1993 –“*En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo*”– con el propósito de que se entiendan absueltas positivamente sus solicitudes de (i) de prorrogar el contrato o de celebrar uno nuevo; (ii) liquidar el contrato de conformidad con el proyecto que él elaboró y presentó a la entidad.

13.1 El Consejo de Estado ha identificado que deben concurrir los siguientes elementos para que se configure el silencio administrativo positivo: (i) la solicitud debe ser presentada por el contratista; (ii) la entidad debe guardar silencio

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 7 de julio de 2011, exp. n° 18.762, C.P. Jaime Orlando Santofimio.

respecto de la solicitud durante el período de tres meses posterior a su presentación; (iii) la solicitud debe estar referida a aspectos que se presenten dentro de la ejecución del contrato y debe ser formulada dentro del término de su ejecución, de manera que no tiene aplicación *“frente a las solicitudes presentadas durante las etapas pre-contractual, de perfeccionamiento del contrato y de liquidación, esto es, por fuera de la ejecución contractual, en cuyo caso se aplicarán las reglas generales del silencio administrativo negativo”*¹⁰; (iv) *“es menester que el demandante aporte las pruebas que permitan deducir la obligación que se está reclamando”*, puesto que el simple paso del tiempo no es suficiente¹¹; (v) en tal sentido, las peticiones presentadas deben *“contener implícitamente el derecho constitutivo del contratista; este derecho es anterior a la petición y requiere solamente la formalidad o declaración del contratante público”*, dado que *“el silencio positivo no se puede construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes; no se puede edificar sobre la nada”*, así *“esas situaciones o relaciones jurídicas del contratista, requieren de declaraciones del contratante que lo autoricen o le habiliten a proseguir con la ejecución del contrato; le formalizan el derecho a hacerlo”*¹²; (vi) finalmente, se debe cumplir con el trámite de protocolización y declaración jurada que comprende el Código Contencioso Administrativo para invocar el silencio administrativo positivo¹³.

13.2 En el caso concreto se observa que el contratista, a través de comunicación escrita del 11 de febrero de 1998, solicitó a la entidad que se prorrogara el término de duración del contrato por seis meses, o que en subsidio se suscribiera uno nuevo –párrafo 7.10–. Posteriormente, cumplió con los trámites correspondientes a la protocolización y declaración juramentada –párrafo 7.16–

13.2.1 Al respecto, la Sala aprecia que el contratista no acreditó que tuviera derecho a la prórroga del contrato, puesto que, tal y como se expuso anteriormente, no es suficiente el paso del tiempo para que se configure derecho

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 22 de noviembre de 2012, exp. n° 21.867, C.P. (E) Danilo Rojas Betancourth.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del 29 de marzo de 1996, exp. n° 10.992, C.P. Juan de Dios Montes.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, auto del 4 de mayo de 2000, exp. n° 17.871, C.P. María Elena Giraldo.

¹³ Decreto 01 de 1984: *“Artículo 42.- Procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo. La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 5º, junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto. La escritura y sus copias producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así. Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico”*.

alguno, sino que debe haberse constituido debidamente, con anterioridad, una obligación a cargo de la entidad, respecto de la cual, para su formalización solo haga falta la declaración de la entidad.

13.2.2 La decisión de una entidad estatal o de un particular acerca de prorrogar o no el término de duración de un contrato tiene sus raíces en la autonomía, como principio de las relaciones contractuales que se establecen entre los múltiples y diversos sujetos de derecho, tanto de naturaleza pública como privada. Tal y como lo ha expuesto la Sala, *“ninguna de las partes de un contrato está obligada a prorrogar o suscribir un contrato adicional al mismo en tiempo o en valor, salvo que la ley lo prevea expresamente, o que en el propio contrato se acuerde claramente, estipulación que en este último caso debe estar ajustada a la ley¹⁴”*. En el asunto *sub judice* no se ubica norma legal ni cláusula contractual en la que se disponga que el contratista tenía derecho a la prórroga, puesto que la cláusula décima sexta del contrato indica que el plazo de duración acordado era de un año y que *“se podrá prorrogar antes de vencido el término, mediante acuerdo escrito entre las partes”*.

13.2.3 Las partes de un contrato obran dentro de los límites de la autonomía que les reconoce el ordenamiento jurídico cuando, sin contrariar las normas imperativas, celebran un contrato, acuerdan el término de su duración y cuando, frente a la posibilidad de prorrogarlo, toman una decisión positiva, caso en el cual la duración se extiende por el período que indique la prórroga, o toman una decisión negativa y se extingue el contrato dentro del término de duración originariamente acordado. Así, resulta obvio que el contratista no se hallaba titulado con derecho alguno para acceder a la prórroga del contrato.

13.2.4 Acerca de la petición subsidiaria formulada por el contratista, consistente en que habría de celebrarse un nuevo contrato, es suficientemente claro para la Sala que esa hipótesis no tiene posibilidad jurídica alguna de prosperar. Es completamente antijurídico e ilegal pretender que una entidad estatal se encuentre obligada a celebrar un contrato con base en la mera presentación de una solicitud al respecto por parte del interesado y de la falta de respuesta de la entidad por un período de tres meses. Tan importante como esto, constituyen requisitos para la procedencia del silencio administrativo positivo en materia de contratación estatal

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente n.º 18169 C.P. Ruth Stella Correa.

que la solicitud esté referida a asuntos que se presenten dentro de la ejecución del contrato y que se formule en desarrollo de ese período, de suerte que en el caso concreto ninguna de las exigencias referidas tiene lugar pues es imposible jurídicamente que se esté ejecutando un contrato que aún no se ha celebrado. En tal sentido, las peticiones no pueden tener lugar respecto de asuntos precontractuales.

13.3 Acerca de la configuración del silencio administrativo positivo para que el contrato se liquidara de conformidad con el proyecto presentado para el efecto por el contratista, debidamente protocolizado y acompañado de la declaración juramentada respectiva –párrafo 7.17–, se aprecia que tampoco se cumple con los requisitos exigidos.

13.3.1 En términos generales, *“la liquidación del contrato es una actuación administrativa posterior a su terminación normal o anormal, cuyo objeto es el de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, para así dar finiquito y paz y salvo a la relación comercial”*¹⁵. La liquidación puede ser unilateral, cuando la entidad estatal profiere el acto administrativo correspondiente, o bilateral, evento en el cual, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en una posición uniforme y estable, ha sostenido que *“constituye un negocio jurídico, gracias al cual las partes terminan una relación contractual y establecen, de manera definitiva, el estado en que queda cada una de ellas respecto de las obligaciones y derechos emanados del contrato”, el cual “tiene fundamento en la autonomía y en la libertad, propias de cualquier contratación privada o estatal, y como toda convención, tiene efecto vinculante para quienes concurrieron a su celebración”*¹⁶.

13.3.2 En ese orden de ideas, para absolver el problema jurídico del asunto *sub judice*, se concluye que el contratista no está investido con derecho alguno para liquidar unilateralmente el contrato de conformidad con sus cálculos, puesto que la liquidación del contrato solo puede ser de común acuerdo entre las partes o por acto administrativo proferido por la entidad contratante, de suerte que el simple paso del tiempo y la ausencia de respuesta de la entidad al proyecto de liquidación

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de septiembre de 2007, exp. n.º 16.370, C.P. Ruth Stella Correa

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de febrero de 2009, exp. n.º 16.023, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

no puede constituir de forma alguna un derecho al reconocimiento de las sumas que ha dispuesto el contratista dentro de la petición correspondiente. Además, es claro que la liquidación del contrato no corresponde a una de las actividades que tiene lugar dentro del período de su ejecución, sino que es posterior.

14 En cuanto hace referencia al cuarto problema jurídico formulado, el cual consiste en determinar si la entidad debe ser condenada por concepto de la diferencia negativa que hubo de asumir el contratista y que corresponde al menor valor por cual negoció los bonos TES en el mercado, en comparación con el valor por el cual los recibió de parte de la entidad, la Sala aprecia que la pretensión correspondiente debe ser desestimada.

14.1 En el acervo probatorio está demostrado, de conformidad con las certificaciones del Banco de Bogotá –párrafo 7.13.1– y del Fondo de Pensiones Pensionar –párrafo 7.13.2–, que el contratista recibió los bonos como forma de pago de las acreencias que a su favor se habían constituido en ejecución del contrato y que los negoció en el mercado bursátil.

14.2 El contratista asevera que en el texto contractual no se encontraba disposición alguna en virtud de la cual se estipulara como forma de pago los bonos. El contratista tiene razón, puesto que la cláusula novena del contrato, bajo la denominación de “FORMA DE PAGO”, dispone que: *“Una vez aprobada la Garantía Única pactada en la Cláusula Décima Séptima CAPRECOM anticipará a la IPS, el cuarenta por ciento (40%) del valor total del contrato, previo el cumplimiento de los requisitos legales, suma que será descontada mensualmente del valor de las cuentas que presente la IPS, hasta completar el cien por ciento (100%) del valor del anticipo. El setenta por ciento (70%) restante se cancelará mensualmente dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la respectiva cuenta de cobro por la IPS, debidamente legalizada y aprobada”* – párrafo 7.3–. Posteriormente, ante el error cometido respecto del saldo, se aclaró *“que la cláusula NOVENA del contrato n.º 015 de 1997 no es el 70% restante sino el 60% que se cancelará mensualmente dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de respectiva cuenta de cobro por la I.P.S”* –párrafo 7.7–.

14.2.1 No obstante que el contrato nada decía respecto de la posibilidad de pagar con los bonos mencionados, claramente la entidad y el contratista estuvieron de

acuerdo en que así se pagara el saldo de las obligaciones. La doctrina indica que en aquellas ocasiones en las que el pago convoca la común intención de las partes en el propio instante del cumplimiento, se puede afirmar que constituye en sí mismo un negocio jurídico, es decir un acuerdo al cual llegan las partes de conformidad con su autodeterminación de intereses y concurrencia de voluntades, para cumplir las obligaciones previstas en el título y, una vez satisfechas, en su condición recíproca de acreedoras y deudoras, darse por liberadas de ellas y extinguirlas, de acuerdo con los efectos jurídicos en cuya formación también han participado.

14.2.2 Entre otros casos, se puede hacer referencia al cumplimiento de la obligación *dare rem*, en virtud de la cual se hace la tradición de una cosa, o de la obligación de hacer consistente en la celebración de un negocio jurídico, como las promesas, o de la de ejecutar un trabajo jurídicamente calificado, como el desempeño del apoderado judicial en un proceso, todos los cuales implican actos de autonomía privada. Hay otros supuestos en los que definitivamente no hace falta el asentimiento del acreedor para que el deudor cumpla con la obligación, como en las prestaciones negativas, propias de las obligaciones de no hacer, y en las positivas *“sean de hacer, donde para la ejecución de la obra o el desarrollo de su labor personal el deudor no está subordinado a un acuerdo con el acreedor, o sean las de dar-entregar, en las que inclusive, el deudor puede proceder al depósito (pago por consignación, cuyo presupuesto ontológico es la ausencia del acreedor o su repugnancia a recibir)”*¹⁷.

14.3 En el asunto sometido a decisión de la Sala, se aprecia que el texto contractual tampoco estableció que el pago comprendiera exclusivamente una obligación dineraria, de manera que se podía válidamente realizar el pago en la forma en que las partes lo hicieron, con el efecto correspondiente de la extinción de la obligación que pesaba sobre la entidad, sobre la base de que hubo un acuerdo para la entrega y el recibimiento de los bonos.

14.4 Desde antiguo ha habido claridad acerca de que los títulos, bonos, cédulas o demás documentos de contenido crediticio, susceptibles de ser negociados en mercados de valores y bursátiles, no obligan al enajenante a favor del adquirente, respecto del precio final que éste ha de obtener en el momento de la transferencia a un tercero, salvo que expresamente se haya asumido una garantía tal. Así, la

¹⁷ F. HINESTROSA, *Tratado de las Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 564.

Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia resolvió el 29 de octubre de 1936 un caso que guarda cierta similitud con el que ahora se estudia: una persona, como forma de pago por la adquisición de un bien inmueble que le enajenaba otro particular, se hizo cargo de la deuda hipotecaria que gravaba el predio a favor de un banco hipotecario; posteriormente a la celebración del contrato y con anterioridad al pago, el propio establecimiento bancario expidió unos títulos de deuda que podían ser adquiridos por los deudores hipotecarios para la cancelación de las obligaciones correspondientes, de suerte que el adquirente del bien hubo de pagar un valor ostensiblemente menor al que originariamente constituía la deuda hipotecaria. El vendedor del inmueble pidió que se le reconociera la diferencia, pero las autoridades judiciales no accedieron a su petición, en tanto que el pago se había cumplido de acuerdo con el contenido del contrato, es decir, la obligación del deudor comprendía el pago de la deuda hipotecaria y eso había hecho, independientemente del valor respectivo (Gaceta Judicial n.º 1918 y 1919).

14.5 En el caso concreto, los bonos constituían el pago, de acuerdo con la común intención de las partes, debidamente expresada en el momento de la tradición. Se pregunta la Sala si el contratista hubiera obtenido en el mercado de valores un valor superior por los bonos que recibió, si estaría obligado a reintegrar a la entidad la diferencia. La respuesta obvia es que no, como también es claro y contundente que una vez recibidos los bonos no asiste derecho alguno al contratista para reclamar por concepto del menor valor que obtuvo al negociarlos.

15 El quinto problema jurídico está relacionado con la pretensión del contratista de que se reconozcan los intereses moratorios y la cláusula penal pecuniaria, simultáneamente. El Código Civil en el artículo 1592 define que *“la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación”*. Las cláusulas penales se clasifican en dos modalidades, de acuerdo con la exposición de la doctrina nacional: (i) *“la cláusula penal compensatoria regula de antemano los perjuicios que el acreedor habrá de recibir por el incumplimiento definitivo de su deudor; se deberá íntegra si la violación fue total, en parte la que corresponda al faltante cuando el deudor canceló algo de su compromiso”* y (ii) *“la cláusula penal moratoria, que exige adición concreta del pacto, atiende al simple riesgo de retardo. Ocurrida la mora se hace exigible al*

indemnización acordada, como también la persecución del deudor para el pago del deber incumplido o de su equivalente pecuniario.”¹⁸

15.1 El Código Civil claramente establece en el artículo 1594 que una vez verificada la mora del deudor, el acreedor no puede pedir al mismo tiempo *“el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de pena no se entienda extinguida la obligación principal”*. En el asunto *sub judice*, la cláusula *“VIGÉSIMA SEGUNDA: CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA”* indica que *“en caso de incumplimiento por parte de Caprecom de las obligaciones pactadas, el contratista podrá solicitar ante autoridad competente, previa demostración de incumplimiento una indemnización equivalente al 10% del valor total del contrato”*.

15.2 Al respecto, se observa que más allá del texto que se acaba de transcribir, en parte alguna del contrato se hace referencia a la cláusula penal pecuniaria a favor del contratista, de suerte que no se presentan elementos accidentales, extendidos con fundamento en la autonomía contractual, en virtud de los cuales las partes hayan acordado cuestiones diferentes a las que surgen de esta cláusula y a lo que las normas legales prescriben sobre el particular en su condición de fuente supletoria frente al silencio de los contratantes. Así, la Sala concluye que la cláusula penal pactada es de la modalidad que la doctrina denomina compensatoria, en tanto que no se expresó en el texto que se causara por la mera vicisitud de la tardanza en el cumplimiento de la obligación, ni menos aún se estipuló que frente a tal supuesto fuera posible el cobro de la obligación principal y el de la pena.

15.3 El argumento del contratista, consistente en que es posible cobrar los intereses moratorios y la cláusula penal, es decir, que no son excluyentes, debido a que fueron acordados en diferentes cláusulas del contrato, es incorrecto en opinión de la Sala. Habida cuenta de que el Código Civil comprende una regla clara, en virtud de la cual tales sanciones son excluyentes salvo pacto en contrario, la expresión de la voluntad de los contratantes de modificar esa regla y de permitir que las sanciones sean concurrentes debe ser inequívoca, contundente. Tal y como se puede observar, en el caso concreto no hay palabras,

¹⁸ F. HINESTROSA, Curso de Obligaciones (conferencias), 2ª Ed., Universidad Externado de Colombia, 1961, p. 355–356.

expresiones ni términos de los contratantes que en modo alguno explicitaren ni implicaren que la cláusula penal concurría con los intereses moratorios, para indemnizar la tardanza en el pago de las obligaciones contractuales de la entidad, razón por la cual, no está llamadas a prosperar simultáneamente las dos pretensiones.

15.4 En tal sentido, frente a la reclamación de condena por los dos conceptos, la Sala considera que se habrá de condenar exclusivamente por la cláusula penal pecuniaria, esto es, por el diez por ciento (10%) del valor total de contrato, puesto que la autonomía de las partes, que se exterioriza inequívocamente a través de la consagración de la referida cláusula como liquidación anticipada de perjuicios, debe ser preferida sobre las prescripciones legales ordinarias en materia de reconocimiento de intereses, puesto que las normas que hacen referencia a los intereses como forma de sanción por el incumplimiento del contrato, son eminentemente supletorias de la voluntad contractual. Es decir, en tanto que las cláusulas dispuestas por las partes no transgredan los límites legales en perjuicio del deudor, las partes son libres de pactar intereses y de pactar cláusulas penales, para que se puedan cobrar simultáneamente o para que el acreedor prefiera una modalidad de sanción sobre la otra.

15.4.1 El carácter supletorio de la sanción consistente en los intereses moratorios queda expuesto claramente en las normas que sobre el particular comprende nuestro ordenamiento jurídico. La Sección Tercera, en múltiples pronunciamientos¹⁹, a propósito de las obligaciones surgidas dentro de la actividad contractual del Estado, ha indicado que el incumplimiento o el cumplimiento tardío de una prestación le produce al acreedor perjuicios materiales, tanto por el daño emergente como por el lucro cesante²⁰.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de febrero 24 de 2005, expediente 21120, actor: Z.R. Ingeniería Limitada, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia de 14 de noviembre de 2002, expediente 18704, actor: Sociedad Cia. Colombiana de Ascensores Limitada, Consejero Ponente: Alier E. Hernández. Sentencia de 10 de febrero de 2000, expediente 11582, actor: Juan Cabrera y otros, Consejera Ponente: María Elena Giraldo.

²⁰ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 164 y 165. El daño emergente “*lo constituye el envilecimiento o depreciación monetaria que sufre la suma de dinero debida, por el sólo transcurso del tiempo, es decir que el daño emergente en tales casos está dado por los efectos de la inflación, que conducen a que esa suma debida corresponda, con el correr de los días y en términos reales, a un menor valor...*”, lo que usualmente se conoce como la pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda. El lucro cesante está constituido en esta clase de prestaciones, por la pérdida de aquellos rendimientos o frutos civiles que normalmente genera una suma de dinero y que corresponde a los intereses; por ello, el pago de éstos constituye la indemnización de perjuicios en dicha modalidad.

15.4.2 Al respecto, el ordenamiento jurídico en el derecho privado hace unas consideraciones especiales cuando la prestación consiste en dar una suma de dinero, es decir, en obligaciones dinerarias, así: la indemnización de perjuicios por la mora se presume y está constituida por el pago de intereses (moratorios²¹), tal y como lo determina el artículo 1617 del Código Civil²². Por su parte, el artículo 884 del Código de Comercio, modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999, establece dos presunciones dentro de aquellos negocios mercantiles donde se deban pagar “*réditos de un capital*”: la primera, referida a los intereses remuneratorios que se presumen en la tasa del interés bancario corriente y, la segunda, respecto de los intereses moratorios en una y media veces del bancario corriente²³.

15.5. En ese orden de ideas, para la Sala resulta suficientemente claro que frente a la persecución judicial por las dos condenas, cláusula penal pecuniaria e intereses moratorios, teniendo en consideración las particularidades del caso y la consagración normativa referida, en virtud de la cual los intereses moratorios integran el contrato en condición de normas supletorias de la voluntad, habrá de condenarse, en obediencia en la estipulación expresa, voluntaria e intencional de las partes, por el valor de la cláusula penal pecuniaria, esto es por el 10% del valor del contrato.

16 No está de más referir que en parte alguna de las pretensiones o hechos del libelo introductorio, el demandante reclamó a la entidad que no le hubiera pagado

²¹ Los intereses, como ya se mencionó, pueden ser remuneratorios o moratorios: los primeros, corresponden, como su nombre lo indica, a aquellos que retribuyen directamente el capital y se cobran como contraprestación directa del servicio que implica prestar una suma de dinero; mientras que los segundos, son aquellos definidos anteriormente como la reparación implícita de los perjuicios que causa el incumplimiento o cumplimiento tardío de una obligación dineraria. Ver, entre otros: HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 164 y 165. El interés remuneratorio únicamente se presume en materia comercial, en los términos mencionados del artículo 884 del Código de Comercio; en materia civil, no se presumen los intereses de este tipo, ni siquiera en el contrato de mutuo o préstamo de consumo, cuando su prestación es dar una suma de dinero, ya que se presume gratuito.

²² El artículo en mención establece las reglas aplicables a esta clase de indemnización de la siguiente forma: (i) si las partes han pactado un interés superior al legal, que es del 6% anual, se seguirá debiendo el interés pactado por las partes; (ii) si el interés pactado es inferior al legal, empezará a deberse el interés legal, salvo en aquellos casos en los que la ley autorice el cobro de los intereses corrientes; (iii) el acreedor no tiene necesidad de probar los perjuicios cuando cobra intereses moratorios, basta el hecho del retardo; (iv) los intereses atrasados, no producen interés, en toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas

²³ Los intereses, como ya se mencionó, pueden ser remuneratorios o moratorios: los primeros, corresponden, como su nombre lo indica, a aquellos que retribuyen directamente el capital y se cobran como contraprestación directa del servicio que implica prestar una suma de dinero; mientras que los segundos, son aquellos definidos anteriormente como la reparación implícita de los perjuicios que causa el incumplimiento o cumplimiento tardío de una obligación dineraria. Ver, entre otros: HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 164 y 165. El interés remuneratorio únicamente se presume en materia comercial, en los términos mencionados del artículo 884 del Código de Comercio; en materia civil, no se presumen los intereses de este tipo, ni siquiera en el contrato de mutuo o préstamo de consumo, cuando su prestación es dar una suma de dinero, ya que se presume gratuito.

el capital de las cuentas que presentó en ejecución del contrato, así como tampoco dentro del escrito de apelación manifestó disconformidad por ese concepto. La naturaleza jurídica de la pretensión, como declaración de voluntad del demandante para que se sujete o vincule al demandado mediante una sentencia en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos²⁴, atribuye al actor la facultad, en ejercicio del principio dispositivo, de dirigir el proceso hacia un fin y de determinar el camino correspondiente; es en atención a esa finalidad, y por el mismo camino, que el demandado se defiende y que la autoridad judicial decide. Por tal razón, la Sala desestima la conclusión del Tribunal *a quo*, en virtud de la cual declaró que la entidad adeudaba una cifra por concepto de capital y profirió la condena correspondiente.

V Liquidación

17 Habida cuenta de que se confirmará la declaratoria de incumplimiento de la entidad y que en relación con la condena se limitará a reconocer el 10% del valor del contrato, es decir \$30.000.000, por concepto de la cláusula penal, la Sala, prevalida de que la condena ha debido darse en primera instancia por ese valor, procederá a la actualización correspondiente desde esa fecha.

17.1. Para tales efectos, se calculará con la fórmula que usualmente emplea la Sala, a saber: Valor actualizado, igual al valor histórico (valor al momento de la condena de primera instancia) multiplicado por el resultado del índice de precios al consumidor final (IPC vigente a la fecha de la sentencia de segunda instancia) dividido entre el índice de precios al consumidor inicial (IPC vigente al momento de la condena de primera instancia).

17.2 Los números respectivos son: (i) VH: \$30 000 000; (ii) IPC final (julio de 2013): 113,80; (iii) IPC inicial (febrero de 2003): 73,04, los cuales arrojan un valor de \$46 741 511.

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,

RESUELVE:

²⁴ H DEVIS ECHANDÍA, *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil*, Aguilar, Madrid, 1966, p. 216

MODIFICAR la sentencia del 13 de febrero de 2003, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "A", de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR responsable a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom– por la mora en el pago del anticipo y de las cuentas de cobro presentadas por parte de Ascolsalud Ltda., en desarrollo del contrato n.º 015.

SEGUNDO: CONDENAR a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom– a favor de Ascolsalud Ltda., a pagar por concepto de cláusula penal pecuniaria por la suma de **Cuarenta y Seis Millones Setecientos Cuarenta y Un Mil Quinientos Once Pesos (\$46 741 511)**.

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Aplicar lo dispuesto en los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE

Danilo Rojas Betancourth
Presidente

Stella Conto Díaz del Castillo

Ramiro Pazos Guerrero