

CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Capacidad para ser sujeto procesal

[L]a Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado recogió la postura jurisprudencial que imperaba en cuanto a la falta de capacidad procesal de los consorcios y uniones temporales para comparecer a juicio, ya fuere como integrantes de los extremos activo o pasivo de la litis o como terceros interesados o incluso como litisconsortes y replanteó sus consideraciones en torno al tema para adoptar la tesis según la cual si bien tanto la figura de los consorcios como la de las uniones temporales no constituyen personas jurídicas distintas de las personas naturales y/o jurídicas que las conforman, lo cierto es que en atención al expreso y especial reconocimiento que la ley hace y les otorga respecto de su capacidad contractual, cuestión que igualmente los habilita para ser titulares de los derechos y las obligaciones que emanan de los contratos estatales cuya celebración se les autoriza, también pueden actuar dentro de los procesos judiciales, a través de su representante legal. [...] con sujeción a los fundamentos y conclusiones expuestos en la sentencia de unificación que se deja parcialmente transcrita, la Sala encuentra que la unión temporal Auditoría Médica, en cuanto compareció al proceso a través de su representante, quien a su vez otorgó poder en debida forma a un profesional del derecho para que acudiera a la instancia judicial en ejercicio de la acción contractual objeto del presente pronunciamiento, se encuentra legitimada para integrar el extremo activo de la presente controversia.

ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD – Régimen contractual

[D]ado que la E.P.S. Risaralda S.A. , correspondía a una entidad promotora de salud de naturaleza pública, el proceso de liquidación del cual la misma fue objeto desde el mes de diciembre de 1999, en modo alguno transformó o alteró su carácter estatal, en tanto que la finalidad de dicho procedimiento administrativo no era otra distinta que la de solventar la universalidad de activos en cabeza de la entidad con miras a saldar gradualmente las acreencias a su cargo, teniendo en cuenta la prelación de créditos, de modo que al momento en que se extinguiera su existencia jurídica, en lo posible no perduraran obligaciones pendientes por reconocer y pagar; todo lo anterior sin perjuicio de que mientras se prolongara el proceso de disolución, subsistiera la obligación de garantizar la continuidad de la prestación del servicio esencial de salud a los afiliados al sistema. [...] es de concluir que el contrato de prestación de servicios profesionales No. 002/2000 en cuanto fue celebrado por una entidad estatal, corresponde a un contrato estatal.

EXCEPCIÓN DE LICITACIÓN PÚBLICA – Régimen especial

[E]l Estatuto de Contratación Estatal en relación con los contratos que celebraran las entidades estatales en el sector salud y para la prestación de ese servicio, respecto de los cuales estableció una excepción al procedimiento administrativo de licitación consagrado como regla general para la selección de los contratistas [...] al expedir la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el sistema de seguridad social integral, se introdujeron varias reglas exceptivas a la aplicación del estatuto de contratación estatal en esa materia. En primer lugar, en su artículo 195 , se consagró que el régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado, en el sector salud, se rige por las normas del derecho privado, aun cuando podrían incluirse y ejercerse las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública; no obstante cabe aclarar que tal exención no se hizo extensiva a las Empresas Promotoras de Salud de carácter público, sino hasta la expedición de la Ley 1122 de 2007, en virtud de la cual se contempló que el régimen de contratación de las E.P.S., públicas sería el previsto para las Empresas Sociales del Estado. En segundo lugar, la Ley 100 de 1993 en sus artículos 215 y 216 creó un régimen especial para la contratación entre las direcciones locales, distritales o departamentales de salud y las entidades administradoras del régimen subsidiado, cuya naturaleza, dicho sea de paso, se identifica con la de la EPS demandada, habida consideración de que de conformidad con su certificado de existencia y representación legal, dentro de su objeto social se incluyó que la sociedad podría «actuar como administradora del régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, mediante la contratación con las entidades responsables del subsidio.»

EXCEPCIONES DEL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL – No puede excluir principios constitucionales

[A]un cuando el Estatuto de Contratación Estatal se haya encargado de excluir la aplicación de sus propias normas para la contratación de algunas entidades, esa exclusión por ningún motivo se puede entender como una patente para inobservar los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, entre otros, en todas las actividades encaminadas a desarrollar las funciones asignadas por la Ley y aquellas que se requieran para el cabal cumplimiento de su objeto principal. [...] Tal imperativo resulta palmario por

cuanto la Constitución Política consagra diversas reglas y principios que irradian la actividad del Estado, los cuales sin duda resultan de obligatoria observancia para todas las entidades públicas que forman parte de su estructura, independientemente de que el régimen de contratación de algunas de ellas lo constituyan las normas del derecho privado. Debe agregarse que los principios que están llamados a gobernar las actividades de este tipo de entidades, como las de todas las entidades de carácter estatal, además de aquellos recogidos en el artículo 209 constitucional, son todos aquellos que emanan de la Carta Política, tales como el principio de legalidad, el del debido proceso, el de libre concurrencia y el de buena fe, entre muchos otros.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD EN LIQUIDACIÓN – Régimen legal – Procedimiento

[E]n cuanto se trata de un contrato celebrado por la E.P.S. Risaralda S.A., en liquidación, entidad que aunque de naturaleza estatal, para el momento de su celebración se encontraba en proceso de liquidación, por manera que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 1922 de 1994, la toma de posesión para liquidar una EPS se debía regir por los procedimientos administrativos previstos en el artículo 116 del Decreto-ley 663 de 1993, por el cual se actualizó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas que lo complementaran o modificaran, es decir, se sometería a las normas de liquidación de las entidades financieras. Las disposiciones que complementan todo el aspecto concerniente al procedimiento de liquidación forzosa, se encuentran recogidas dentro del mismo estatuto orgánico en los artículos 293 a 301, en los cuales se contempla las finalidades del proceso concursal y determina que la realización de activos y de los demás actos de gestión se regirán por las normas del derecho privado aplicables por la naturaleza del asunto.

LIQUIDACIÓN UNILATERAL – Acto administrativo

[S]ucedo que aun cuando en el mundo jurídico la liquidación unilateral del contrato emanada de la entidad estatal no tuvo la virtualidad de crear, extinguir o modificar una situación jurídica de carácter particular y concreto, lo cierto es que ello, que solo en apariencia constituyó un acto administrativo, en el terreno práctico constituyó un obstáculo evidente para que la unión temporal contratista pudiera acceder directamente a elevar ante el Juez del contrato la reclamación que en efecto correspondía, esto es la declaratoria judicial de incumplimiento contractual o la ruptura del equilibrio económico del contrato, que es lo que en últimas, a partir de una interpretación armónica y sistemática del texto demandatorio, se revelan como puntos en debate. Ciertamente, la conducta asumida por la unión temporal contratista no refleja cosa distinta que la sana intención de acogerse a los lineamientos que de tiempo atrás y de forma reiterada y uniforme ha impartido esta Corporación respecto de la obligatoriedad de perseguir la nulidad del acto administrativo mediante el cual la entidad estatal contratante liquida unilateralmente el contrato como presupuesto fundamental e indispensable para también demandar la declaratoria judicial del incumplimiento del mismo. resulta irrefutable para la Sala que tal convencimiento frente a la real y efectiva existencia de un verdadero acto administrativo, sin duda fue provocado por la misma entidad de donde emanó la decisión, la que no sólo le dio la apariencia de una manifestación unilateral de tal naturaleza, sino que pretendió derivar de la misma los efectos propios y connaturales a la expedición de un acto de contenido particular y concreto al advertir que contra la resolución procedía el recurso de reposición el cual debía ser presentado dentro de los cinco días siguientes a su notificación personal. Tanto así lo entendió el extremo contratista que en el término señalado acuciosamente procedió a presentar el correspondiente recurso de reposición contra la Resolución No. 151, el cual, para acabar de consumir la apariencia que se desprendía en torno a su naturaleza fue desatado por la entidad estatal a través de la Resolución 0152 del 30 de agosto de 2003 mediante la cual confirmó en todas sus partes la decisión controvertida.

CONFIANZA LEGÍTIMA – Definición

[L]a entidad estatal contratante, a través de sus actuaciones, generó al contratista una confianza legítima cuyos efectos en modo alguno pueden ser ignorados por esta autoridad judicial. Como resulta apenas natural, la entidad pública contratante, en sus actuaciones entraña el desarrollo, entre muchos otros, del principio general de confianza legítima cuya materialización no es otra diferente que la de amparar de legalidad y legitimidad actuaciones desplegadas por la Administración.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 66001-23-31-000-2002-00391-01(31431)

Actor: UNIÓN TEMPORAL AUDITORIA MEDICA

Demandado: E.P.S. RISARALDA S.A EN LIQUIDACIÓN

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Conoce la Sala del recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, el tres (03) de marzo de dos mil cinco (2005), mediante la cual se dispuso:

“1.- Nieganse las súplicas de la demanda.

“2.- En firme la decisión devuélvanse por secretaría los remanentes a que hubiere lugar.

“3.- Expídanse copias a solicitud de la parte interesada.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 26 de febrero de 2002, en ejercicio de la acción contractual, con poder otorgado por el representante de la unión temporal Auditoria Médica (folios 55 a 603 cuaderno 1), se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

“1.- Que se declare la nulidad de la resolución No. 0151 de fecha 30 de julio de 2001, mediante la cual se decretó la liquidación unilateral del contrato 002 de abril

12 de 2000, suscrito entre la EPS Risaralda S.A. en Liquidación y la Unión Temporal Auditoría Médica, para revisar y auditar las reclamaciones presentadas por los acreedores de la entidad y en los términos que más adelante se indican.

“2.- Que se decrete la nulidad de la Resolución No. 0152 de fecha 30 de agosto del 2001, mediante la cual se confirmó la liquidación unilateral del contrato 002 de abril 12 de 2000, negando así el recurso presentado por la Unión Temporal Auditoría Médica.

“3.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la demandada al pago de todos los perjuicios causados a la demandante con ocasión de la expedición y ejecutoria de las resoluciones demandadas.

“4.- Que se condene a la EPS Risaralda S.A., en Liquidación, al pago de la cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor total del contrato, equivalente a la suma de \$20'707.961.20 por el incumplimiento del mismo.

“5.- Que se condene a la EPS Risaralda al pago de la corrección monetaria y otros índices de ajuste monetario de las anteriores sumas de dinero.

“6.- Que se condene a la EPS Risaralda al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima legal sobre las anteriores sumas de dinero.

“Que se condene a la EPS Risaralda en Liquidación, al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso.”

2. Los hechos.

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

2.1. El 12 de abril de 2002 la E.P.S. Risaralda y la unión temporal Auditoría Médica, suscribieron el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 002 cuyo objeto lo constituyó la revisión y auditaje, desde la perspectiva médica y contable, de las reclamaciones presentadas por los acreedores de la entidad dentro del proceso liquidatorio.

2.2. El 8 de mayo de 2000 se suscribió un otrosí No. 01 con el objeto de modificar la forma de pago y ampliar el plazo del contrato por 4 meses, dado el volumen de las facturas.

2.3. El 29 de junio de 2000 se firmó el otrosí No. 02 mediante el cual se modificó nuevamente la forma de pago y extendió la fecha de terminación del contrato hasta el mes de octubre del mismo año, debido, según se refiere, a la imposibilidad de conseguir todos los soportes y facturaciones de las reclamaciones presentadas, como consecuencia del desorden en el archivo de las

mismas.

2.4. El 14 de mayo de 2000 se suscribió el oficio No. 3 por cuya virtud se modificaron las obligaciones a cargo del contratista en el sentido de indicar que igualmente debía realizar la revisión contable y auditoría médica de las reclamaciones extemporáneas, las de los servicios de salud prestados dentro del proceso y la de aquellos servicios no reclamados pero que aparecían debidamente justificados en los libros y comprobantes de la entidad. Sin embargo, nada se dijo en cuanto a la adición del plazo contractual.

2.5. El 27 de abril de 2001 la unión temporal contratista presentó ante la entidad contratante el informe final del Contrato No. 002, en cuyo contenido se registró que el valor total de las facturas analizadas ascendió a la suma de \$17.318'128.964.00, suma que no fue objetada por la EPS contratante y, por tanto, debía tomarse en cuenta para la liquidación del contrato.

2.6. Mediante Resolución No. 0151 del 30 de julio de 2001, la entidad contratante adoptó la liquidación unilateral del Contrato No. 002, tomando como base para la estimación de los honorarios la suma de \$180'000.000, la cual según el contratista no correspondía al 1.2% de la suma total auditada, monto que según sus cálculos ascendía a \$207'079.612.00, por concepto de honorarios.

2.7. Mediante Resolución del 0152 del 30 de agosto de 2001, la contratante resolvió el recurso de reposición impetrado por la unión temporal contra el acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato y decidió confirmarla en todas sus partes.

2.8. Sostiene la demandante que para la fecha de presentación de la demanda, la EPS Risaralda le había pagado la suma de \$144'000.000.00 por lo cual quedaba un saldo pendiente de \$63'079.612.00.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

La demandante señaló que con la expedición de las Resoluciones Nos. 0151 y 0152 del 30 de julio y 30 de agosto de 2001, respectivamente la entidad contratante violó el ordenamiento jurídico por aplicación indebida de los artículos 29, 90, 113, 116 y 122 de la Constitución Política; artículos 13, 14, 26, 27, 28, 50 y

68 de la Ley 80 de 1993; así como los artículos 1594, 1600, 1602, 1603, 1610, 1614 y 1615 del Código Civil; artículos 870 y 871 del Código de Comercio; artículos 62 y 72 del Decreto-ley 222 de 1983 y los artículos 87 y demás del Código Contencioso Administrativo.

Como sustento de la violación expuso los siguientes argumentos:

“1).- EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO- INCUMPLIMIENTO DE LA EPS RISARALDA.

“La EPS Risaralda desconoció que ella misma no había cumplido con sus obligaciones a su cargo contenidas en la cláusula tercera del contrato 002 en Litis, es decir, no pagó los honorarios en el tiempo estipulado, no suministró al contratista la relación de las cuentas reclamadas con sus correspondientes soportes debidamente ordenadas, sino que las entregó en cajas sin ningún orden, además agregó más trabajo fuera del que se contrató, y menos aún prestó la colaboración oportuna para el suministro de la información y documentación relacionada con el objeto del contrato, sino que por el contrario tocó firmar 3 otrosí para poder dar cumplimiento que conllevaron a costos adicionales que no han sido reconocidos por la contratante y por último no se tomaron las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo del contrato las condiciones establecidas inicialmente, por el contrario está desconociendo el mayor valor de las reclamaciones para el ajuste del valor del contrato (cláusula cuarta- honorarios).

“2) ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL.

La ocurrencia del desorden de la documentación y sus respectivos soportes, los cuales se encontraban en cajas sin ningún orden por proveedor, que generó firmar 3 otrosí prorrogando la duración del contrato por 10 meses más y los pagos de honorarios a personal contratado. Tales circunstancias modificaron la real rentabilidad y utilidad del contrato para el contratista, por cuanto se dispuso de la calidad de los profesionales contratados para que hicieran labores diferentes a las contratadas, es decir el ordenamiento de las facturas con sus soportes, tarea que debió hacer la demandada según los numerales 2), 3) y 4) de la cláusula tercera OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, actividades que no debieron ser asumidas por el contratista.

“No sobra reiterar que el principio cardinal de la contratación administrativa es el mantenimiento de la llamada “Ecuación Contractual” por la cual las condiciones económicas imperantes a la celebración de un contrato deben ser mantenidas durante su ejecución.

“Ante la alteración de tales condiciones, ya señaladas, lo que procedía legalmente, era reestructurar los términos del contrato, en lo referente a los honorarios para que se restableciera el equilibrio contractual. Como si fuera poco tal y como lo argumenté en el punto anterior, la contratante no ha reconocido el mayor valor, sino que se basó para la liquidación unilateral [en] el valor estimado de \$180'000.000.oo argumentando que hasta esa cifra era que se había contratado.”

4. Actuación procesal.

4.1. El Tribunal Administrativo Risaralda admitió la demanda por auto del 11 de abril del 2002 (folio 62 cuaderno principal).

4.2. Se ordenó la apertura y práctica de pruebas mediante providencia del 22 de agosto de 2002 (folio 109 cuaderno principal).

5. Contestación de la demanda.

La E.P.S. Risaralda S.A. en liquidación, durante el término de fijación en lista, contestó la demanda y en su escrito precisó que su naturaleza jurídica correspondía a la de una sociedad anónima constituida por el Departamento de Risaralda, por varios municipios de ese Departamento, así como por varias Empresas Sociales del Estado, instituida como una empresa industrial y comercial del Estado del orden departamental, respecto de la cual la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución No. 1940 del 13 de diciembre de 1999, ordenó su toma de posesión para iniciar el proceso liquidatorio.

En cuanto a los hechos de la demanda advirtió que la EPS en Liquidación no había aprobado ninguna liquidación realizada por la unión temporal en tanto las cifras, conceptos y resultados no correspondían a las obligaciones contractuales pactadas y contraídas por la EPS.

Como razones de su defensa esgrimió que en atención a que se previó que el número de acreedores o reclamaciones presentadas podría ser mayor al estimado, en el contrato se pactó que el mismo se ajustaría en dicha medida a través de la suscripción de un otrosí para cuyo propósito se gestionaría previamente la respectiva "sujeción presupuestal". En consecuencia, advirtió que los supuestos o condiciones que debían reunirse para que la EPS resultara obligada al pago de los excedentes en el valor de las reclamaciones consistía primero en que se diera el mayor valor en las reclamaciones; en segundo lugar y como consecuencia de lo anterior que se suscribiera un otrosí y por último que se hubiera gestionado la respectiva asignación presupuestal.

Al respecto señaló que aun cuando el recurrente afirma que se causó un mayor valor en las reclamaciones, lo cierto es que no demostró que el mismo hubiera traído como consecuencia la suscripción de un otrosí para cubrirlo y menos que se

hubiese obtenido la respectiva asignación presupuestal. Agregó que la suscripción del otrosí debió ser provocada por el contratista, dado que con su abstención impedía que la entidad intervenida en razón a las normas especiales que la rigen, pudiera proceder a reconocer un mayor valor causado sin que exista fundamento contractual del otrosí con la respectiva sujeción presupuestal.

En el sentido expuesto indicó que pese a tratarse de un contrato de derecho privado, sus reconocimientos y pagos no tendrían fundamento válido si no están sustentados en otrosí, como en su apropiación presupuestal. Dicha consideración se desarrolló en los siguientes términos:

“Esto significa que a través de la ejecución del contrato, el contratista no adoptó ninguna actuación dispositiva, y por el contrario demostró su allanamiento al valor total del pactado en la minuta original; y esto se afirma por cuanto el contratista no provocó ni impugnó durante la ejecución el mayor valor de las reclamaciones, con lo cual estaba obligada la EPS a considerar que el excedente en el valor de las reclamaciones, no daba lugar para que, sin mediar acto bilateral a través de un otrosí, considerara de manera unilateral que ese excedente ameritaba una adición del contrato cuando el titular del derecho no había adoptado la respectiva actuación dispositiva en ninguna de las oportunidades en que se modificó el contrato a través de los correspondientes documentos de otrosí. Es claro que en el presente contrato y en ningún caso en manera alguna estaba facultada la EPS para actuar bajo los principios de ultra y extrapetita, y al contrario: estaba ajustada a obligarse al contrato original y a la respectiva disponibilidad presupuestal.”

De otro lado, en lo que atañe al argumento del actor según el cual el IVA no se estipuló con cargo a los honorarios y por lo tanto no podría afectarlo, la parte demandada señaló que la causación de un impuesto no dependía de que existiera o no pacto expreso sobre el particular, de manera que siendo el contratista el sujeto pasivo de la obligación tributaria sus honorarios debían estar gravados.

En relación con la suma final que el apelante afirmó adeudársele, la EPS contratante en liquidación adujo que de conformidad con las cláusulas contractuales y los otrosíes suscritos por las partes se imponía colegir que la misma no se causó a cargo de la EPS intervenida.

Respecto de la ruptura del equilibrio económico alegado sostuvo que la parte actora debía demostrar que la ejecución del contrato le causó gastos y erogaciones que afectaron su patrimonio, los cuales en todo caso debían

atribuirse a circunstancias no previstas o previsibles a la fecha en que se pactó el valor total del contrato, sin que ello haya tenido lugar en el presente debate. Por el contrario, tanto en las actas de liquidaciones parciales como en los otrosíes, la contratista consintió de manera expresa su adecuación a los valores pactados de cara a la realidad del estado de las reclamaciones sometidas a su examen.

Igualmente indicó que no existe prueba de que la EPS se hubiera abstenido de suministrar la relación de cuentas reclamadas con sus soportes, ni de prestar oportunamente la información relacionada con el contrato. Además, manifestó que debía tenerse en cuenta el estado de fuerza mayor y caso fortuito consustancial a todo proceso liquidatorio lo cual implica un esfuerzo en la recopilación de cuentas, información y documentación de una entidad que no se encontraba en marcha.

Adicionalmente la demandada formuló las siguientes excepciones:

Excepción de contrato cumplido.

Como sustento de la excepción alegó que la entidad demandada cumplió con todas las obligaciones derivadas del contrato suscrito con la unión temporal Auditoría Médica para la realizar la auditoría médica de las cuentas del proceso liquidatorio, sin que exista mérito fáctico o jurídico para atribuir a la EPS incumplimiento contractual alguno.

Excepción de falta de los presupuestos legales de la acción.

Observó que en el auto admisorio de la demanda se dispuso darle curso a una acción contractual, cuando en realidad del texto de las pretensiones se desprendía que la demandante había impetrado una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo cual resultaba improcedente imprimir al proceso un trámite diferente al señalado en la demanda.

Falta de jurisdicción por el estado especial de liquidación de la entidad demandada.

Expresó que como consecuencia de la toma de posesión para la liquidación de la E.P.S Risaralda, el conocimiento de la controversias en que esta fuera parte, por disposición de la Ley 510 de 1999 y el Decreto 2418 de 1999, normas especiales

que rigen la materia de liquidación forzosa administrativa, pasó a ser de exclusiva y excluyente competencia de la Superintendencia Nacional de Salud.

Falta de jurisdicción por la naturaleza del contrato que da lugar a la controversia.

Al sustentar este medio exceptivo anotó que el Estatuto Financiero determinó que los actos del liquidador pueden ser de dos clases: de gestión y administrativos, con la aclaración de que serían actos administrativos aquellos que se relacionaran directamente con las reclamaciones y sus procedimientos, a lo cual se sumaba que todas las controversias serían de conocimiento exclusivo de la Superintendencia Nacional de Salud. Los demás actos serían de gestión y en materia contractual dichos actos estarían regidos por el derecho privado, por lo tanto la competencia para conocer de los mismos sería de la justicia ordinaria. Al efecto adujo:

“Es de observar que el objeto del contrato que da lugar a la controversia no es el de una empresa en marcha, es un objeto destinado a llevar a cabo los cometidos de la liquidación, sus costos, son costos de administración del proceso liquidatorio, y por ello no es viable aducir que sea ese contrato un contrato estatal y que de ninguna manera la Ley 80 de 1993 regula los contratos celebrados por los liquidadores en ejercicio de su función liquidatoria.”

6. Alegatos de conclusión.

En auto del 8 de marzo de 2004, el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión (folio 143 del primer cuaderno).

6.1. Parte demandada (folios 144-146 cuaderno 1).

Mediante escrito allegado dentro del término de ley, la demandada reiteró los argumentos del escrito de contestación de la demanda en el sentido de indicar que la acción no fue debidamente formulada pues correspondía impetrar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Igualmente se refirió a las pruebas recaudadas respecto de cuyo contenido advirtió que era acreditativo del consentimiento que la parte actora le imprimió a todos los documentos modificatorios del contrato por ella suscritos.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Risaralda profirió sentencia el día 3 de marzo de 2005, a través de la cual resolvió el litigio (folios 148-173 del cuaderno principal), en los términos que fueron transcritos al inicio de esta providencia.

Inicialmente se pronunció frente a los presupuestos procesales de la acción y en tal virtud consideró:

“Legitimación en la causa por activa: Está debidamente acreditado que la Unión Temporal Auditoría Médica – UTAM, es una persona jurídica de derecho Privado. Legitimación en la causa por pasiva: Se ha demandado la EPS Risaralda que es una sociedad, del orden Departamental, vinculada al Despacho del Gobernador del Departamento de Risaralda, regida por las reglas que regulan las empresas comerciales del Estado cuyo objeto es la afiliación y registro de la población al sistema general de seguridad social en salud, el recaudo de las cotizaciones de sus afiliados al régimen contributivo de que trata la Ley 100 de 1993, como delegataria del fondo de solidaridad y garantía. Pero se encuentra en liquidación.”

Seguidamente se pronunció acerca de la excepción de falta de requisitos legales de la acción respecto de la cual estimó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 no estaba llamada a prosperar, habida consideración de que el ejercicio de la acción contractual estaba previsto para atacar la legalidad de los actos administrativos proferidos con ocasión de la actividad contractual, tal como se pretendía en el caso que se decidía.

En cuanto al medio exceptivo de *“falta de jurisdicción por el estado de liquidación especial de la entidad demandada”*, consideró el Tribunal a quo que a la luz del artículo 22 de la Ley 510 de 1999 los únicos procesos de que conocía la Superintendencia Nacional de Salud eran los de carácter ejecutivo y en tal virtud las demás controversias jurídicas que se suscitaran serían de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En lo atinente a la excepción de *“falta de jurisdicción por la naturaleza del contrato que da lugar a la controversia”*, el Tribunal de primera instancia anotó que se trataba de un contrato de derecho privado, sin sustentar las razones que determinaron dicha conclusión y con apoyo en los dictados del artículo 295 del Estatuto Financiero, en el cual se estableció el régimen legal aplicable al liquidador

y la naturaleza de sus actos advirtió que le correspondía a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo dirimir la presente controversia.

Adentrándose en el análisis de fondo, luego de hacer un recuento de los hechos que fueron objeto de acreditación en el plenario, señaló que en el presente caso los cocontratantes acudieron a la figura de la modificación del contrato bajo la inadecuada denominación del “OTROSI”, que técnicamente correspondía a la figura legal prevista en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Finalmente, como argumentos centrales de su decisión, el Tribunal Administrativo de Risaralda expuso:

“Es indudable que el estatuto de contratación ley 80 de 1993 al establecer el artículo 13 cuando dice “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”, quiso dar mayor autonomía a la voluntad de los contratantes, para que fuera el contrato mismo en donde se estipularan las obligaciones de las partes y donde se diera aplicación directa al artículo 1602 del código civil que dice

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales.”

“Desde esta perspectiva es claro que el contrato No. 002 siempre se ejecutó teniendo en cuenta lo previsto en primer lugar en la cláusula primera cuando dice: “Dicha revisión se ha de hacer desde los puntos de vista médico y contable, analizando que cada una de las facturas presentadas cumplan con los requisitos legales exigidos por la normatividad vigente para cada caso en particular y las directrices dadas por el liquidador”, es decir, cada caso particular debía ser analizado y previa la directriz del liquidador se tomaba la decisión respectiva. Esta es tal vez la única norma que autoriza la celebración o suscripción de tres OTROSI.

“Y en segundo lugar, la cláusula cuarta del contrato original, determina que “en el evento que el valor de las reclamaciones fuere mayor o menor el presente contrato se ajustará en dicha medida, mediante la suscripción de OTROSI previa sujeción presupuestal”.

“Lo anterior significa que el contratista no estaba legitimado por el contrato mismo para hacer modificaciones, ni para realizar labores más allá de las estipuladas en el contrato.”

A continuación, el Tribunal a quo se refirió a los argumentos de la demanda relativos a la ruptura del equilibrio económico del contrato y luego de una extensa

transcripción jurisprudencial, concluyó:

“Las anteriores pautas jurisprudenciales son claras en establecer los requisitos y condiciones para que deba restablecerse el equilibrio financiero del contrato y en el presente caso no puede haber (sic) que se haya operado el fenómeno del hecho del príncipe, porque como quedó dicho atrás, el liquidador no autorizó mediante un OTROSI, conforme estaba previsto en el contrato, una mayor cantidad de obra, no sobrevino un hecho imprevisible que hubiere afectado la ejecución del contrato, ni tampoco surgió un impuesto nuevo que hubiere alterado tal equilibrio puesto que el pago del IVA, que reclama el actor, es un impuesto que debió preverse desde la iniciación del contrato, porque esta obligación no surgió durante la ejecución del contrato.

“Es claro que los contratistas no pueden motu proprio alterar las condiciones del contrato para luego reclamar un supuesto desequilibrio del mismo, pues se requiere o la intervención directa de la administración que altere la ejecución del contrato o que sobrevenga[n] hechos que así lo causen.

“Así las cosas, no queda otro camino que despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda.”

8. El recurso de apelación.

La parte demandante, unión temporal Auditoría Médica, interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia con fundamento en las siguientes argumentaciones (folios 188-194 del cuaderno principal):

En primer lugar sostuvo que el contratista no había realizado modificaciones unilaterales al contrato, ni había ejecutado labores adicionales a las estipuladas en el negocio jurídico. En este punto manifestó que a través de la suscripción del otrosí No. 3 se habían adicionado las obligaciones previamente acordadas en el sentido de agregar las de realizar la auditoría médica y revisión contable de las reclamaciones extemporáneas, la de los servicios de salud prestados dentro del proceso y la de aquellos pasivos no reclamados pero que aparecían debidamente justificados en los libros y comprobantes de la ciudad, de tal suerte que en virtud de dicha suscripción, el liquidador autorizó una mayor ejecución de labores, lo cual sin duda generaba un mayor costo del contrato así como una prolongación de su plazo.

Al anterior argumento sumó que la suscripción de los tres otrosíes de que fue objeto el contrato No. 002 no obedeció al arbitrio o motu proprio del contratista, sino a causas ajenas a su voluntad e imputables a la parte demandada, tales

como el desorden en que se encontraban archivadas las reclamaciones, lo cual impedía su manipulación ágil y confiable, la dificultad que entrañó la consecución de los soportes y facturas de las reclamaciones presentadas, así como el volumen de las mismas.

De similar manera argumentó:

“1).- Con relación a la cláusula cuarta, referente a los honorarios es clara en cuanto que el pago de los mismos es el 1.2% sobre la facturación entregada por el liquidador y/o contratante y revisada y auditada por el contratista fue de \$17.256'634.332.oo, donde la suma real a pagar por concepto de honorarios es \$207'079.612.oo, quedando un saldo insoluto de pago por la suma de \$63'079.612.oo

Esta cifra final no era previsible hasta que no se realizara la totalidad de la revisión y auditaje de las facturas. Por consiguiente, fue en el informe final que presentó el contratista, donde se le enteró a la entidad contratante de la cifra total revisada. Cifra además, que no fue objetada por parte de la entidad, lo cual significa que es cierto.

El desequilibrio financiero, consiste en que, la entidad no tomó el mayor revisado y auditado esto es \$17.256'634.332.oo, sino la cifra estimada al firmar el contrato que fue por la suma de \$180'000.000.oo desconociendo las ventajas económicas que se otorgaron al contratista cuando en la cláusula cuarta reza “En el evento de que el valor de las reclamaciones fuere mayor o menor el presente contrato se ajustará en dicha medida mediante la suscripción del OTRO SI, previa sujeción presupuestal”, dicha situación SI LA PUSO DE PRESENTE el contratista en su oportunidad, la cual fue en el informe final. Pregunto, Cuál era la oportunidad para reclamar el mayor valor? En mi sentir, era en el acta final tal como sucedió.

2).- Con relación a los sobrecostos para restablecer el equilibrio financiero por valor de \$60'096.000.oo, tenemos que remontarnos nuevamente a los OTROSI, y en especial al 003, donde en el mismo le imponen obligaciones adicionales que no estaban estipuladas en el contrato como son: la auditoría y la revisión contable de las reclamaciones extemporáneas, la de los servicios de salud prestados y la de aquellos pasivos no reclamados pero que aparecen justificados en los libros y comprobantes de la entidad. Tenemos pues, que este trabajo adicional del contrato no era previsible por el contratista, lo cual conllevó a una prórroga en el tiempo para cumplir con lo encomendado. Adicionalmente a lo anterior, la entrega por parte del contratante de las facturas y soportes en un caos total, llegando al punto que ni el mismo contratante encontraba los soportes y facturas para entregarlas al contratista y poder así éste hacer su labor.”

9. Actuación en segunda instancia.

9.1. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue concedido por el Tribunal a quo el 14 de abril de 2005 (folio 182 cuaderno principal).

9.2. Por auto del 31 de agosto de 2005, esta Corporación dispuso el traslado para

la sustentación del recurso (folio 187 cuaderno principal).

9.3. Mediante auto del 30 de septiembre de 2005 se admitió el aludido recurso de apelación (fl. 196 cuaderno principal).

9.4. En providencia del 24 de noviembre de 2005 se dispuso el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. En el término concedido las partes y el Ministerio Público guardaron silencio (folio 198 cuaderno principal).

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis* se abordarán los siguientes temas: **1)** Competencia del Consejo de Estado; **2)** Situación probatoria; **3)** La sentencia de unificación en relación con la capacidad procesal de los consorcios y las uniones temporales para comparecer en juicio; **4)** De la celebración de contratos por entidades promotoras de salud públicas que se encuentra en proceso de liquidación y su régimen jurídico; **5)** De la naturaleza de las decisiones acusadas; **6)** De la procedencia de abordar el estudio de fondo de las demás pretensiones; **7)** Precisiones conceptuales en torno a las diferencias existentes entre las figuras del incumplimiento contractual y del desequilibrio económico del contrato; **8)** Del caso concreto; **9)** Indemnización de perjuicios y **10)** Costas.

1. Competencia del Consejo de Estado.

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75¹ de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, atendiendo a que la demandada E.P.S. RISARALDA S.A., en liquidación, era una entidad promotora de salud perteneciente al sistema general de seguridad social en salud, creada como una sociedad de naturaleza pública², la cual al momento de presentación de

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

² Mediante Resolución No. 811 del 31 de octubre de 1995, la Superintendencia Nacional de Salud autorizó su funcionamiento como EPS. Ver Listado de entidades promotoras de salud publicado por la Superintendencia Nacional de Salud, en el cual se relaciona como EPS de naturaleza pública. Ver página web <http://www.supersalud.gov.co/direcciones/>.

la demanda se encontraba en proceso de liquidación definitiva ordenada por la Superintendencia de Nacional de Salud mediante Resolución No. 1940 del 13 de diciembre de 1999, por lo cual se impone concluir que a la misma le correspondía el carácter de entidad estatal, según lo dispuesto en la letra a) del numeral primero del artículo 2º de la Ley 80 de 1993³.

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

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

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en

A través de la Ordenanza No. 2 del 16 de febrero de 1995, la Asamblea Departamental de Risaralda le confirió facultades pro tempore al Gobernador para la creación de la Entidad Promotora de Salud, la cual podría asociarse con los municipios de ese departamento que desearan pertenecer a ella.

Según se desprende del certificado de existencia y representación legal que obra en el plenario, la Junta Directiva de la E.P.S Risaralda S.A., estaba integrada por el Gobernador del Departamento de Risaralda o su delegado, el Alcalde del Municipio de Pereira, un representante de alcaldes y el Secretario de Hacienda Departamental.

3 De conformidad con el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

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

“(…).”

actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”. (Negrillas fuera de texto)

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

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.” (Negrillas fuera de texto)

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

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

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

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

“(…).”

Sobre la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de las controversias originadas en contratos celebrados por entidades estatales, independientemente del régimen legal al que se encuentren sometidas o que deba aplicárseles, se ha pronunciado la Sala así:⁴

“Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u

⁴ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, radicado 8500123310002000001980, expediente 20.968, Demandante: Luis Carlos Pérez Barrera, Demandado Caja Nacional de Previsión.

orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

*“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’**, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”⁵ (Negrilla fuera del texto).*

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

“Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.”⁶

Así las cosas, en atención a que la controversia que se somete a consideración de la Sala radica en enjuiciar la validez del acto administrativo de liquidación unilateral de un contrato, expedido por el extremo contratante, persona jurídica cuya naturaleza corresponde al de una entidad estatal, indistintamente de que para el momento de su expedición se encontrara intervenida por la Superintendencia Nacional de Salud y que en virtud de dicha intervención actuara a través del funcionario liquidador designado para el efecto por el órgano de control competente, sin que por tal razón hubiere mutado su naturaleza jurídica, por lo cual, al margen del régimen legal de contratación que gobierne el negocio jurídico materia de debate, asunto que en todo caso será objeto de análisis posteriormente, por el simple hecho de ser la demandada una entidad estatal, ha de concluirse que esta Sala es competente para resolver el recurso de alzada.

Hechas estas precisiones ha de concluirse que esta Sala es competente para resolver el recurso de alzada sometido a su estudio.

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

⁶ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, radicado 8500123310002000001980, expediente 20.968, Demandante: Luis Carlos Pérez Barrera, Demandado Caja Nacional de Previsión.

2. Situación probatoria.

2.1. Pruebas documentales.

Varios de los documentos que obran en el expediente se aportaron en original o en copia autorizada por funcionario competente, las cuales se tienen como pruebas válidas en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

Igualmente se presentaron al proceso otros documentos⁷ en copia simple; al respecto se tiene que si bien con anterioridad de manera reiterada esta Corporación había sostenido que las copias simples no constituían medios de convicción que pudieran tener la virtualidad de hacer constar o de demostrar los hechos que con tales documentos se pretendían hacer valer ante la Jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impedía su valoración probatoria, de conformidad con lo normado en los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil⁸, lo cierto es que la postura de la Sala fue modificada a partir de la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera el 28 de agosto de 2013⁹.

Ciertamente, en dicha providencia se indicó que la postura de la Sala quedó unificada en el sentido de aceptar la valoración de los documentos aportados en copias simples que han hecho parte del expediente, toda vez que frente a estos *“se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido”*.

Como fundamento principal para llegar a la anterior conclusión, la Sala señaló que a partir de la expedición de las Leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011 se constata una nueva visión respecto del derecho procesal en cuanto éste hace énfasis especial en los principios de buena fe y lealtad que deben asumir las partes en el proceso, lo cual determina un cambio en el modelo establecido por las normas procesales, circunstancias que *“permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio”*, lo que en últimas se traduce en la posibilidad de que el operador judicial pueda tomar en cuenta

⁷ Los que reposan en los cuadernos 1C y 1B.

⁸ En este sentido se pronunció de manera reciente esta Subsección, a través de Sentencia de marzo 10 de 2011, Exp. 19.347.

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013. M.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Expediente: 25.022.

aquellos documentos que obran el expediente en copia simple y respecto de los cuales las partes no han cuestionado su veracidad.

Por lo tanto, según la nueva postura jurisprudencial de la Sala, los documentos aportados en copia simple por la parte actora con la presentación de la demanda también serán tomados en cuenta en esta sentencia¹⁰, al igual que aquellos que se presentaron en original o en copia auténtica.

A continuación se relacionan las pruebas documentales aportadas en el presente proceso:

2.1.1- Contrato de prestación de servicios profesionales suscrito el 12 de abril de 2000 entre la Unión Temporal Auditoría Médica y la E.P.S. RISARALDA S.A. EN LIQUIDACION (fls.41-44 c1 c).

En la cláusula primera se estipuló el objeto del contrato de conformidad con el siguiente tenor:

“CLAUSULA PRIMERA – OBJETO DEL CONTRATO: EL CONTRATISTA, se obliga para con la E.P.S. RISARALDA S.A. EN LIQUIDACION a revisar y auditar las reclamaciones presentadas por los acreedores de la entidad dentro del proceso liquidatorio, iniciando desde la recepción de cuentas hasta el acompañamiento y aceptación o rechazo final, previa evaluación de las objeciones, recursos o demandas que eventualmente presenten los acreedores. Dicha revisión se ha de hacer desde los puntos de vista médico y contable, analizando que cada una de las facturas presentadas cumplan con los requisitos legales exigidos por la normatividad vigente para cada caso en particular y las directrices dadas por el legislador.”

Las obligaciones de las partes quedaron pactadas en los siguientes términos:

“CLAUSULA SEGUNDA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: EL CONTRATISTA en desarrollo del presente contrato se obliga a: 1) Cumplir con el objeto del presente contrato, en los términos y condiciones del mismo y de la propuesta presentada. 2) Poner al servicio de la entidad y para el desarrollo del objeto del presente contrato, toda su capacidad profesional, técnica y humana con que cuenta conforme a lo propuesto. 3) Obrar con lealtad y buena fe en el desarrollo del contrato. 4). Presentar informes semanales sobre el avance porcentual en el proceso de revisión discriminando las cuentas aceptadas, rechazadas y las glosas correspondientes y uno final relacionando las gestiones realizadas dentro del cumplimiento del contrato. 5) Mantener un contacto directo

¹⁰ Si bien el Magistrado Ponente de esta providencia no compartió la posición mayoritaria frente a este asunto, lo cierto es que se acoge a la nueva línea jurisprudencial fijada por la Sala en aras del respeto de la misma y el principio de eficiencia.

con la gerencia de la entidad o con la Oficina que ésta designe a efectos de coordinar las reuniones que sean necesarias a efectos de desarrollar la labor encomendada. 6) Efectuar las glosas necesarias con objetividad, capacidad técnica y profesional. 7) Redactar conjuntamente con la oficina jurídica de la entidad las respuestas a las objeciones y/o recursos que presenten los acreedores a las glosas o rechazos de las reclamaciones. 8) a prestar la asesoría necesaria en el evento de alguna demanda presentada por un acreedor y relacionada con el rechazo o glosa de una de las reclamaciones. 9) A sufragar los gastos requeridos para la prestación del servicio de conformidad con la propuesta presentada. CLAUSULA TERCERA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE: La E.P.S. RISARALDA S.A. se obliga para con el contratista a: 1) Realizar el pago de los honorarios de acuerdo a lo estipulado en las cláusulas cuarta y quinta del presente contrato. 2) Suministrar al CONTRATISTA la relación de las cuentas reclamadas con sus correspondientes soportes y de aquellas presentadas anteriormente al 13 de diciembre de 1999, fecha de toma de posesión para liquidar a la entidad. 3) Prestar la colaboración oportuna en el suministro de la información y documentación relacionada con el objeto del contrato. 4) Tomar todas las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo del contrato las condiciones establecidas inicialmente. 5) Prestar la asesoría profesional y técnica necesaria para el cumplimiento del objeto. 6) las demás que surjan durante la ejecución del contrato.”

En relación con la contraprestación a favor del contratista por la ejecución del contrato, las partes convinieron:

“CLAUSULA CUARTA.- HONORARIOS: Las partes acuerdan que el valor de los honorarios por el presente contrato será el uno punto dos por ciento (1.2%) sobre el total de la facturación entregada y revisada efectivamente. PARAGRAFO PRIMERO: El valor del presente se estima en la suma de CIENTO OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$180'000.000.00) MONEDA CORRIENTE, tomando como base de liquidación unas acreencias de DOCE MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$12.500'000.000.00) MONEDA CORRIENTE, en el evento que el valor de las reclamaciones fuere mayor o menor el presente contrato se ajustará en dicha medida, mediante la suscripción de un Otrosí previa sujeción presupuestal. PARAGRAFO SEGUNDO: Para el presente contrato se ha reservado con cargo al presupuesto de la vigencia del 2.000 según certificado de disponibilidad presupuestal No. (sic) del 12 de abril de 2000.”

Respecto a la forma de pago se acordó:

“El pago de los honorarios se hará así, A) Un primer contado o anticipo del veinte por ciento (20%) es decir la SUMA DE TREINTA Y SEIS MILLONES a la legalización del presente contrato. B). Un segundo contado por el cuarenta por ciento (40%) o sea la suma de SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$72'000.000.00) a la entrega del primer informe relacionado con la revisión de las reclamaciones y la determinación del reconocimiento o rechazo de las mismas. C) Un último contado por el cuarenta por ciento (40%) restante es decir la suma de SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$72'000.000.00) MONEDA CORRIENTE, a la terminación del contrato, previo informe del interventor del cumplimiento a satisfacción del objeto del contrato.”

Por último, el plazo del contrato se estipuló como a continuación se transcribe:

“CLÁUSULA SEPTIMA.- DURACION: El término de duración del presente contrato será de dos (2) meses contados a partir de la legalización del mismo. PARAGRAFO: EL CONTRATISTA, se compromete con EL CONTRATANTE a brindar la asesoría necesaria en el evento de una demanda por efectos de las reclamaciones presentadas y revisadas dentro del objeto del contrato.”

2.1.2. Certificado de existencia y representación legal de la sociedad E.P.S. Risaralda S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Pereira (fls. 2-5 c1).

2.1.3. Informe final presentado el 27 de abril de 2001 por la unión temporal Auditoría Médica, acerca de la ejecución del Contrato No. 002 de 2000, en el cual advirtió que el valor total de las facturas estudiadas ascendía a la suma de \$17.318'128.964.00 y el valor total glosado correspondía a la suma de \$12.676'560.269.00. El anterior informe no cuenta con la respectiva constancia de haber sido radicado ante la entidad contratante (fls. 7-17 c1).

2.1.4. Acta final de liquidación bilateral del contrato No. 002, de fecha 29 de mayo de 2001; dicho documento sólo se encuentra suscrito por el liquidador de la EPS Risaralda S.A. en Liquidación (fls. 20-22 c1).

2.1.5. Oficio del 9 de julio de 2001 mediante el cual el contratista le manifestó a la EPS Risaralda S.A. en liquidación sus inconformidades frente al acta de liquidación antes referida y en ese sentido le indicó que la facturación entregada por el liquidador, la cual fue objeto de revisión y auditoría, correspondió a la suma de \$17.256'634.322.00 por lo cual el 1.2% de honorarios equivalía a la cantidad de \$207'079.612.00. Así mismo señaló que el pago del IVA correspondía asumirlo a la EPS, cuyo monto ascendía al valor de \$33'132.738.00. Por último indicó que las prórrogas del contrato le generaron un mayor costo al contratista dando lugar a la ruptura del equilibrio económico, la cual estimó en \$35'600.000.00. (fl. 23-25 c1).

2.1.6. Acta de iniciación del Contrato No. 002 del 12 de abril de 2000, suscrita 19 de abril de 2000 por el interventor y la unión temporal contratista (fls. 26 c1).

2.1.7. Otrosí No. 001 al Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 002, suscrito el 8 de mayo de 2000 de conformidad con los siguientes argumentos

(fl. 27-28 c1):

“2).- Que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 141 de 2.000 el cual modificó el plazo que tiene el liquidador para la revisión de las reclamaciones ampliándolo hasta sesenta (60) días hábiles, razón por la cual el Liquidador expidió el Auto No. 005 del 4 de mayo de 2.000 ampliando el término para la decisión respecto de las reclamaciones presentadas a la entidad, ajustándolo al decreto en mención. 3.- Que además del fundamento legal expuesto anteriormente, la firma contratista y el interventor del contrato en mención presentaron sendas recomendaciones por escrito en el sentido de la dificultad e imposibilidad de desarrollar el objeto del contrato dentro del término estipulado, atendiendo el volumen de facturas y soportes de las reclamaciones e igualmente el estado actual en que se encuentran archivadas sin ninguna técnica legal que permita su manipulación ágil y confiable. 4.- Que al momento de modificar el término del contrato se hace necesario así modificar la forma de pago del contrato, hecho por demás solicitado por el contratista.”

Por lo anterior las partes acordaron:

“PRIMERO: modificar las cláusulas QUINTA Y SEPTIMA del contrato en mención las cuales quedarán así: CLAUSULA QUINTA.- FORMA DE PAGO: El pago de los honorarios se hará así; a) Un primer contado anticipo del VEINTE POR CIENTO (20%) es decir la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$36'000.000.00) a la legalización del presente contrato. B) Un segundo contado por el TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) o sea la suma de SESENTA Y TRES MILLONES DE PESOS M/CTE (\$63'000.000.00) a la entrega del informe que contenga la relación de las reclamaciones revisadas y auditadas con la determinación del reconocimiento o rechazo de las mismas previa certificación a satisfacción del interventor sobre el cumplimiento de las obligaciones. C) Un tercer contado por el TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) o sea la suma de SESENTA Y TRES MILLONES DE PESOS M/CTE (\$63'000.000.00) a la presentación de informe final, una vez surtida la etapa de resolución de los recursos interpuestos por los acreedores previa certificación a satisfacción del interventor sobre el cumplimiento de las obligaciones. d) un cuarto o último contado por la suma del DIEZ POR CIENTO (10%) es decir DIECIOCHO MILLONES DE PESOS M/CTE (18'000.000.00) a la liquidación del presente contrato previa certificación a satisfacción del interventor sobre el cumplimiento de las obligaciones. CLAUSULA SEPTIMA.- DURACION: el término de duración del presente contrato será de cuatro (4) meses contados a partir de la legalización del presente contrato.”

2.1.8.- Otrosí No. 2 celebrado el 29 de julio de 2000, el cual se suscribió con apoyo en las siguientes razones (fl. 29-30 c1):

“2). Que razones de fuerza mayor obligaron al Liquidador a tomar la determinación de aplazar la expedición del acto administrativo por medio del cual se decide sobre las reclamaciones oportunamente presentadas. 3).- Que entre otras razones, se consideró el hecho de la imposibilidad de consecución de todos los soportes y facturaciones de las reclamaciones presentadas, atendiendo al desorden en el archivo de las mismas, lo que conllevó a revisar todas y cada una de las cajas existentes en las dos sedes de la entidad hasta agotar todas las posibilidades de

existencia de archivo documental indispensable para la revisión médica y contable. Esta labor que aun hoy en día se está cumpliendo. 4).- Que lo anterior obliga así mismo a modificar la duración del contrato. 5). Que el contratista en atención a tal situación y a contar con los recursos económicos que le permitan garantizar el pago de sus obligaciones laborales, ha solicitado con base en el avance de la revisoría de las reclamaciones (65% de las facturas presentadas), se liquide el segundo pago correspondiente al 35% del valor total de contrato, en dos contados así: un 17.5% a la firma del presente Otrosí y el otro 17.5% a la entrega final de la reclamaciones, prevista para el 14 de julio del año en curso. 6) Que la entidad previa evaluación de los argumentos del contratista y teniendo en cuenta el informe presentado por el interventor del contrato considera viable dicha petición, a fin de garantizar el equilibrio económico de los contratistas.”

Con base en las razones esbozadas las partes modificaron nuevamente el contrato, así:

“CLAUSULA QUINTA.- FORMA DE PAGO: ...b) Un segundo contado por el treinta y cinco por ciento (35%) o sea la suma de SESENTA Y TRES MILLONES DE PESOS M.CTE (\$63'000.000.00) que se cancelarán así: 1) \$31'500.000.00 a la firma del presente Otrosí, previa liquidación parcial del contrato, donde quede plasmado el avance del proceso de revisión médica y contable de las reclamaciones y el cubrimiento en dinero del anticipo y del contado a cancelar. 2) \$31'500.000.00 a la entrega del informe que contenga la relación de la totalidad de las reclamaciones revisadas y auditadas conforme al objeto del contrato. C) PARAGRAFO: Los demás contados quedarán conforme a lo determinado en el otrosí No. 001 del 12 de mayo del 2000. Todos los contados requieren para su pago certificación a satisfacción del interventor sobre el cumplimiento de las obligaciones. CLAUSULA SEPTIMA.- DURACION: El término de duración del presente contrato se determinará por la conclusión de la etapa de revisión y decisión de las reclamaciones oportunamente presentadas al liquidador, es decir cuando el acto administrativo que se expida en tal sentido quede en firme, lo cual se prevé para octubre de 2000.”

2.1.9.- Otrosí No. 003, de fecha 14 de agosto de 2000, por medio del cual las partes modificaron nuevamente el clausulado contractual, para cuyo efecto argumentaron (fl. 31-32 c1):

“2).- Que inicialmente se entregaron para auditoría y revisión las reclamaciones de servicios de salud oportunamente presentadas, las cuales de conformidad con el directorio de acreedores ascendieron a un valor de \$12.741'231.615.00. 3) Que igualmente fueron presentadas reclamaciones por un valor de \$1.029'290.510, en forma extemporánea. 4) que el numeral 17 del artículo 5 del Decreto 2418 de 1999, prevé el pago de los pasivos no reclamados oportunamente pero que estén debidamente justificados en los libros y comprobantes de la entidad y de las reclamaciones extemporáneas debidamente comprobadas (Pasivos ciertos no reclamados). 5) Que el proceso de liquidación de la EPS Risaralda S.A. tiene como finalidad el pago de todas las obligaciones contraídas por la entidad, en la medida que su liquidez lo permita. 6) Que lo anterior hace necesario la auditoría y revisión de las facturas que conforman dicho pasivo. 7) Que así mismo se debe realizar la auditoría y revisión de las reclamaciones de los servicios de salud prestados durante el curso del proceso y la entidad no cuenta con el personal para

realizarlo, las cuales se estiman en un valor de \$597'950.931.00. 8) Que es deber del liquidador realizar las gestiones necesarias a fin de garantizar el desarrollo del proceso liquidatorio. 9) que las adiciones al contrato mediante el presente otrosí no podrán alterar las condiciones iniciales respecto del valor máximo del contrato y de su respaldo presupuestal. 10) Que como producto de la adición de la obligación del contratista y a fin de garantizar la realización de las mismas dentro de equilibrio económico contractual y el soporte de la carga laboral que esto conlleva se hace necesario modificar la forma de pago.”

Así las cosas, al contrato se introdujeron las siguientes modificaciones:

“PRMERO: Adicionar la CLAUSULA SEGUNDA en el sentido de que además de las obligaciones allí anotadas, el contratista se obliga a la auditoría médica y la revisión contable de: las reclamaciones extemporáneas; la de los servicios de salud pactados dentro del proceso y la de aquellos pasivos no reclamados pero que aparecen debidamente justificados en los libros y comprobantes de la entidad. SEGUNDO: Modificar la Cláusula Quinta de conformidad con la adición de la cláusula segunda, la cual quedará así: CLÁUSULA QUINTA.- FORMA DE PAGO: El pago de los honorarios se hará así, A).- Un primer contado o anticipo del veinte por ciento (20%), es decir la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$36'000.000.00) el cual el contratista declara recibidos a entera satisfacción. B) Un segundo contado por el treinta y cinco por ciento (35%) o sea la suma de SESENTA Y TRES MILLONES DE PESOS M/CTE (\$63'000.000.00) que se cancelaron así: 1) \$31'500.000.00 a la firma del otrosí No. 002 de 29 de junio de 2000, previa liquidación parcial del contrato. 2) \$31'500.000.00 a la entrega del informe que contenga la relación de la totalidad de las reclamaciones revisadas y auditadas conforme al objeto del contrato. Valores que el contratista declara recibidos a entera satisfacción. c) Un tercer contado por el 15% o sea la suma de VEINTISIETE MILLONES DE PESOS (\$27'000.000.00) MONEDA CORRIENTE a la firma del presente Otrosí. D) un cuarto contado por el 10% o sea la suma DIECIOCHO MILLONES DE PESOS (\$18'000.000.00) MONEDA CORRIENTE a la entrega de las reclamaciones y facturaciones debidamente auditadas y revisadas previa certificación del interventor del cumplimiento del objeto del contrato. E) Un quinto contado por el 10% o sea la suma de DIECIOCHO MILLONES DE PESOS (\$18'000.000.00) MONEDA CORRIENTE, una vez finalizada la etapa de atención de los recursos y quede en firme la resolución que reconoce o rechaza las reclamaciones, previa certificación del interventor sobre el debido cumplimiento del objeto del contrato. F). Un sexto o último contado por el 10% o sea la suma de DIECIOCHO MILLONES DE PESOS (\$18'000.000.00) a la liquidación del contrato. PARAGRAFO: En el evento que de la liquidación del contrato resultare menor valor a reconocer al contratista se descontará de este último contado.”

2.1.10.- Resolución No. 0151 del 30 de julio de 2001 por la cual el liquidador de la E.P.S. Risaralda S.A., en liquidación adoptó la liquidación unilateral del contrato, cuyo texto procede a transcribirse in extenso por ser la decisión acusada (fls. 33-35 c1):

“EL LIQUIDADOR DE LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE RISARALDA EN LIQUIDACION, EPS RISARALDA S.A. EN LIQUIDACION, EN USO DE LAS FACULTADES LEGALES,

CONSIDERANDO:

“1.- Que entre la EPS Risaralda S.A en Liquidación y la UNION TEMPORAL AUDITORIA MÉDICA se celebró contrato de prestación de servicios profesionales cuyo objeto fue el siguiente “(…).

“2.- Que el valor del contrato se estipuló en un 1.2% del valor de las cuentas hasta un monto de \$180'000.000.oo.

“3.- Que esta entidad efectuó las diligencias pertinentes para efectuar una liquidación bilateral y la Unión Temporal no ha accedido hasta la presente fecha a suscribir acta alguna de liquidación bilateral.

“4.- Frente a las diligencias de esta entidad intervenida para obtener la liquidación bilateral del contrato respectivo la Unión Temporal Auditoría Médica formuló mediante su oficio No. UTAM 152/2.001 del 9 de julio de 2001 dirigido a esta EPS su inconformidad con el proyecto de acta de liquidación así: en relación con el acta de liquidación de fecha 29 de mayo del año en curso me permito manifestar mi inconformidad con la misma, debido a la inexactitud de las cifras consignadas como valor del contrato y la suma final a pagar por su ejecución, para que sean reconsideradas y proceda a la suscripción de común acuerdo del acta final del contrato de la referencia de conformidad con las siguientes consideraciones...”

“En las consideraciones en las cuales argumenta su inconformidad, aducidas por la Unión Temporal Auditoría Médica en el oficio de la referencia aparecen las referentes a “estimativo del valor del contrato ... inferior a lo realmente entregado por ustedes y revisado y auditado por la UTAM”, se aduce también que: “... se liquidó sobre el valor estimado Lo que significa que no se está liquidando sobre el valor de la facturación realmente entregada” La UTAM argumenta además que el IVA es responsabilidad de ustedes ”

“Con relación a las argumentaciones de la firma contratista esta entidad considera que no corresponden a la causa y a los objetivos reales de la contratación aludida y que una liquidación distinta a la determinada por esta entidad intervenida no se adecúa a los criterios de legalidad y conveniencia establecidos como norma y principio de la valoración de las contrataciones para estas entidades intervenidas en estado de liquidación forzosa administrativa, a lo cual debe agregarse la observación de que las normas tributarias han sido siempre claras en el sentido de que: en la estipulación contractual del IVA, se entiende incluido ese valor en el valor pactado, cuando no se ha pactado en el instrumento contractual una forma expresa diferente de asumir ese impuesto.

“5.- Que por encontrarse esta entidad intervenida en un proceso liquidatorio el cual tiene precisamente una finalidad extintiva de las obligaciones y de las acreencias, no solo de la época en que la empresa se encontraba en marcha sino también de las correspondientes a los gastos de administración del proceso, no es viable que las obligaciones y derechos que se hayan derivado de la ejecución del contrato que dio lugar a esta resolución queden permanentemente en un estado de indefinición.

“5.- (sic) Que en virtud de la bilateralidad de los contratos éstos deben ser liquidados también en forma bilateral, pero si esta forma de liquidación no es posible porque el contratista no ha accedido a ella, le corresponde al liquidador efectuarla en forma unilateral para dar cumplimiento a sus deberes impuestos por las normas fiscales y en especial a sus funciones como Liquidador, en el

entendido que es precisamente la función principal legal del Liquidador definir el estado final de las obligaciones, bajo el parámetro de las normas prevalentes y excepcionales de los procesos liquidatorios, y dentro de los procedimientos administrativos que estén debidamente notificados, frente a los cuales procedan los recursos de Ley.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Adoptar unilateralmente la siguiente liquidación del contrato de prestación de servicios profesionales No. 002 del 12 de abril del 2000 suscrito entre la UNION TEMPORAL AUDITORIA MEDICA UTAM Y EPS RISARALDA S.A. EN LIQUIDACION, de conformidad con el estudio y liquidación contables efectuados por Auditores y Consultores Asociados Ltda.

VALOR TOTAL DEL CONTRATO: \$180.000.000.00
VALOR CONTRATO – SIN IVA: \$155'172.414.00
VALOR IVA: \$24'827.586.00

DESCUENTOS:

Retefuente 10% año 2.000: \$12'413.793 (1) – Retención real por facturas del año 2.000.

Retefuente 11% año 2.001: \$3'413.793 (2) – Retención por facturas año 2.001

Reteica 1% \$1.551.724 (3) – Retención por valor total del contrato.
Impuesto de timbre 0.75%: \$1'163.793 (4)

TOTAL DESCUENTOS: \$18'543.103.00

VALOR ABONOS:

CANCEL. FACTURA 001: \$34'650.000,00, No. 20364 19/04/2000: Se descuenta timbre por \$1'350.000.00.

CANCEL. FACTURA 002: \$31'500.000.00, No. 20572 30/06/2000: No se efectúa ningún descuento.

CANCEL. FACTURA 004: \$25'200.000,00, No. 20650 21/07/2000: Se descuenta retención de las facturas 002 y 004 por \$6'300.000.00.

CANCEL. FACTURA 007: \$16'200.000.00, No. 21826 12/09/2000, se descuenta retención de la factura 007, por \$1'800.000.

TOTAL ABONOS: \$134'550.000,00.

SALDO NETO A PAGAR: \$26'906.897

Aclaraciones correspondientes a los numerales de las cuatro clases de descuentos que se acaban de describir en esta liquidación:

1).- Por pagos efectivos en el año 2000 se debieron haber descontado \$12'413.793, de los cuales solo se descontaron efectivamente \$8'100.000.

2).- Corresponde a retención por factura 009 al momento de liquidación del mes

de mayo.

3).- *Retención Industria y Comercio no descontada en ningún pago.*

4).- *Impuesto de timbre real a descontar y que se descontó por mayo valor en CE-20364.*

5).- *La presente liquidación no incluye el descuento del IVA que es de \$24'827.586, aclarando que dicha obligación queda en cabeza del contratista.*

“ARTICULO SEGUNDO: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición ante el Liquidador de esta entidad intervenida, si se interpone dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación personal.”

2.1.11.- Resolución No. 0152 del 30 de agosto de 2001 por medio de la cual el Liquidador de la EPS Risaralda S.A., en liquidación resolvió el recurso de reposición formulado por la contratista contra la Resolución No. 151 y la confirmó en todas sus partes tras considerar que dado que no se suscribió un otrosí relacionado con el mayor valor de las reclamaciones y por el contrario se suscribió el acta de liquidación parcial del contrato en la cual se acordó que el valor total era de \$180'000.000,00, no resultaba jurídicamente viable reconocer los valores solicitados por el contratista (fl. 36-40 c1).

2.1.12. Acta de conformación de unión temporal suscrita el 16 de marzo de 2000 entre Mariano Ugarriza Fuentes y Juan Carlos Daniels R (fls. 45-46 c1).

2.1.13. Resolución No. 1940 del 13 de diciembre de 1999 mediante la cual la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la *“Toma de Posesión para Liquidar”* a la sociedad Entidad Promotora de Salud de Risaralda S.A. – E.P.S. RISARALDA S.A., medida que no se podía prolongar más de cuatro años y que se originó en la revocatoria de su autorización para funcionar como EPS. En esa misma Resolución designó como Liquidador de la entidad a la firma JAHV AUDITORES DE COLOMBIA LTDA., la cual estaría sometida al régimen de los particulares en ejercicio de funciones administrativas que señala la Ley 489 de 1998 (fls. 78-83 c1).

2.1.14. Documento contentivo de la oferta de revisoría integral de cuentas médicas en la facturación de prestadores de salud, presentada el 21 de marzo de 2000 por la Unión Temporal Auditoría Médica a la EPS Risaralda S.A., en liquidación. En dicho escrito se consignó el valor de la propuesta en los siguientes términos (fls.1-37 c1B):

“6. VALOR DE LA PROPUESTA.

Siendo este trabajo de acompañamiento a las funciones propias del Liquidador, nos permitimos proponer el valor porcentual del 1.2%, sobre el total de la facturación entregada”

2.1.15. Segunda acta de liquidación parcial del Contrato de Prestación de Servicios No. 002 del 12 de abril, suscrita el 21 de julio de 2000 por las partes y el interventor del contrato, de conformidad con la cual (fl. 38 c1B):

“1). Que mediante Otrosí No. 002 del 29 de junio de 2000, las partes contratantes acordaron dividir el pago en dos contados del 17.5% c/u, previa liquidación parcial del mencionado contrato. 2) Que mediante acta parcial de liquidación del 29 de junio de 2000, se procedió a realizar dicha liquidación y realizar el debido pago. 3) Que a la fecha el contratista ha hecho entrega del informe que contiene la relación de reclamaciones y facturaciones auditadas y revisadas que le fueron pagadas para tal fin. 4) Que conforme a lo anterior se ha de proceder a reconocer y pagar el otro contado (17.5% restante) del segundo pago, al cumplirse la obligación para tal fin. 5) Que el interventor del contrato certifica sobre el cumplimiento de la mencionada obligación. Conforme a lo anterior las partes proceden a realizar la presente liquidación.

VALOR RECLAMACIONES AUDITADAS	\$11.171'167.084
VALOR HONORARIOS AL 1.2%	\$134.054.005
VALOR ANTICIPO \$36'000.000	
VALOR 50% 2° CONTADO	<u>\$31'500.000</u>
TOTAL CANCELADO A LA FECHA (Incluye este pago)	\$99'000.000
SALDO ACTUAL	\$35'054.005

2.1.16. Oficio del 19 de abril de 2000 mediante el cual unión temporal Auditoría Medica realizó observaciones frente a la ejecución del Contrato No. 002 de 2000, en el sentido de indicar las falencias con que contaban los soportes para realizar la auditoría en cuanto al desorden de su archivo y el deterioro de los documentos (fls. 42-40 c 1B).

2.1.17. Oficio No. 4000 del 20 de mayo de 2000 por el cual la EPS Risaralda S.A., en liquidación, remitió a la contratista facturas originales de los proveedores que habían sido glosadas o no fueron inventariadas oportunamente (fl. 44 c1B).

2.18. Acta No. 009 del 26 de mayo de 2000 por la cual se entregó al contratista documentación objeto de auditoría (fl. 45 c1B).

2.1.20. Acta No. 008 del 25 de mayo de 2000 por la cual se entregó al contratista documentación objeto de auditoría (fl. 46 c1B).

2.1.21. Acta No. 007 del 22 de mayo de 2000 por la cual se entregó al contratista documentación objeto de auditoría (fl. 47-49 c1B).

2.1.22. Acta No. 006 del 18 de mayo de 2000 por la cual se entregó al contratista documentación objeto de auditoría (fl. 50-51 c1B).

2.1.23. Acta No. 005 del 9 de mayo de 2000 por la cual se entregó al contratista documentación objeto de auditoría (fl. 52-53 c1B).

2.1.24. Acta No. 004 del 5 de mayo de 2000 por la cual se entregó al contratista documentación objeto de auditoría (fl. 54-57 c1B).

2.1.25. Acta No. 003 del 3 de mayo de 2000 por la cual se entregó al contratista documentación objeto de auditoría (fl. 58-59 c1B).

2.1.26. Acta complementaria No. 001 del 28 de abril de 2000 por la cual se entregó al contratista documentación objeto de auditoría (fl. 610-61 c1B).

2.1.27. Formato en el cual se registró la relación de facturas revisadas y archivadas (fls. 62-126 1B).

2.1.28. Acta No. 002 del 28 de abril de 2000 por la cual se entregaron al contratista 26 cajas de documentación objeto de auditoría (fl. 127-128 c1B).

2.1.29. Acta No. 001 del 28 de abril de 2000 por la cual se entregó al contratista documentación y soportes objeto de auditoría (fl. 129-130 c1B).

2.1.30. Oficio del 17 de abril de 2000 en el cual el contratista informó a la EPS en liquidación acerca de inconvenientes presentados en la revisión de algunos contratos (fls. 132-134 c1B).

2.1.31. Oficio del 19 de abril de 2000 a través del cual el Liquidador puso a disposición permanente de la UTAM las reclamaciones presentadas dentro del

proceso de liquidación en materia de servicios de salud, las cuales se encontraban en su Despacho y entregó la relación de acreedores en medio magnético (fl.137 c1B).

2.1.32. Oficio del 2 de mayo de 2000 suscrito por la UTAM por el cual remitió al interventor del Contrato No. 002 el inventario de las cajas entregadas por la EPS Risaralda indicando número de la caja, institución, municipio o departamento, contenido del paquete, características y período, así como las cuentas grabadas del Hospital San Jorge (fl. 141-150 c 1B).

2.1.33. Oficio del 4 de mayo de 2000 mediante el cual la UTAM realizó algunas observaciones propositivas en relación con la ejecución del Contrato No. 002/2000 (fls. 154-156 c 1B).

2.1.34. Oficio del 5 de mayo de 2000 por el cual la contratista presentó el primer informe sobre las actividades realizadas con ocasión del contrato de prestación de servicios profesionales (fl. 158 a 160 c1B).

2.1.35. Oficio del 6 de mayo del 2000 por el cual la UTAM solicitó a la contratante remitir copia de algunas reclamaciones para proceder a la revisión y confrontación de los soportes y facturas presentadas (fls. 161-163 c1B).

2.1.36. Informe de interventoría al Contrato No. 002/2000, de las labores ejecutadas dentro del período comprendido entre el 7 al 14 de mayo de 2000, según el cual (fl. 168 a 167 c1B):

“1.- Acciones cumplidas

a. se revisan y archivan las siguientes actas de entrega y facturas y soportes a los contratistas:

- Acta No. 4 realizada el 5 de mayo de 2000.

-Acta No. 5 realizada el 9 de mayo de 2000.

- Estas actas corresponden a entregas parciales, realizadas por la División Financiera en la medida que se van organizando las cuentas reclamadas con un ordenamiento mínimo, de acuerdo con lo convenido con los contratistas para el cumplimiento del objeto del contrato.

B.- Visitas a la sede sur de la EPS, para vigilar el cumplimiento del objeto del

contrato y buscar salidas a los inconvenientes surgidos en desarrollo del mismo, principalmente frente a situaciones particulares surgidas en la EPS en marcha sobre procedimientos adoptados o información disponible en los archivos de cuentas si estos existen.

C.- Concertación de glosas entre la interventoría y la firma contratista para aplicar en el proceso de revisión de las cuentas médicas reclamadas.

D.- Se solicitaron los sellos y firmas autorizadas, de las regionales para el reconocimiento de las órdenes de servicios por parte del contratista.

II REQUERIMIENTOS

I.- INFORMES SEMANALES:

A este respecto sigue siendo válido el llamado a los contratistas respecto al cumplimiento de esta obligación. Hasta la elaboración del presente informe no se ha atendido el llamado.

2.- CRONOGRAMAS

Se valora que el nuevo cronograma ajustado en los tiempos de acuerdo al otrosí del contrato, reúne las actividades requeridas para el cumplimiento del objeto del contrato.

Persiste[n] en el nuevo cronograma, dos actividades diferentes reseñadas con el número 12. Es necesario corregir para evitar dificultades a la hora de la evaluación del cumplimiento.”

2.1.37. Oficio del 16 de mayo de 2000 por el cual la E.P.S., contratante dio respuesta a varias de las comunicaciones enviadas por el contratista sobre la forma como debía realizarse la auditoría y revisión de determinados documentos que se encontraban en casos especiales (fl. 169-170 c1B).

2.1.38. Oficio del 8 de mayo de 2000 por el cual el contratista solicitó a la EPS que se estudie la posibilidad de suscribir un otrosí en el que se amplíe el plazo 4 meses y se modifique la forma de pago de tal manera que se garantice un flujo de caja, independientemente del tiempo utilizado en el proceso y un saldo final que solo podría ser cobrado al liquidar el contrato (fl.173-177 c1B).

2.1.39. Oficio del 10 de mayo de 2000 por el cual el contratista remitió a la EPS la revisión de una cuentas solicitadas por la entidad contratante (fl. 186-190 c1B).

2.1.40. Oficio del 10 de mayo de 2000 por el cual la EPS Risaralda S.A., en liquidación dio respuesta a la UTAM en relación con documentos solicitados para

revisión (fl. 199 c1B).

2.1.41. Segundo informe de la ejecución del Contrato No. 002/2000, presentado por el contratista el 15 de mayo de 2000 (fl. 218- 215 c1B).

2.1.42. Tercer informe de la ejecución del Contrato No. 002/2000, presentado por el contratista el 23 de mayo de 2000 (fl. 218- 215 c1B).

2.1.43. Cuarto informe de la ejecución del Contrato No. 002/2000, presentado por el contratista el 31 de mayo de 2000 (fl. 262-264 c1B).

2.1.44.- Oficio del 2 de junio de 2000 por el cual la UTAM presentó a la entidad contratante la evaluación del proceso de revisoría de cuentas médicas Regional Quindío, a la par que solicitó la suscripción de un nuevo otrosí de la forma de pago (fl. 283-286 c1C).

2.1.45.- Memorandos de junio de 1998 en los cuales consta el régimen tarifario por la prestación del servicio de salud, remitidos por la Jefe de la División Financiera de la EPS al contratista (fls. 289-296 c1C).

2.1.46. Oficio del 13 de junio de 2000 por el cual la unión temporal contratista solicitó a la EPS que conceptuara frente a la viabilidad de tener en cuenta el régimen tarifario señalado en los memorandos antes relacionados, habida consideración de que las facturas revisadas contenían cifras superiores a las autorizadas en los documentos en mención (fls. 297-298 c1C).

2.1.47. Séptimo informe de la ejecución del Contrato No. 002/2000 presentado por el contratista el 21 de junio de 2000; en el mismo documento solicitó la suscripción de un otrosí con el propósito de extender el plazo del Contrato hasta el 14 de julio de 2000 y modificar la forma de pago dividiendo el primer pago pactado en dos contados (fl. 317-320 c1C).

2.1.48. Oficios del mes de junio de 2000 mediante los cuales el contratista entregó a la EPS cuentas revisadas en desarrollo del Contrato No. 002/2000 (fls. 303 a 343 c1C).

2.1.49. Certificación expedida el 30 de junio de 2000 por el interventor del

contrato, en la cual hace constar que la Unión Temporal Auditoría Médica ha prestado sus servicios satisfactoriamente consistentes en la revisión de cuentas reclamadas dentro del proceso de liquidación de conformidad con el objeto del contrato No. 002 del 12 de abril de 2000 (fl. 347 c1C).

2.1.50. Oficios del mes de julio de 2000 mediante los cuales el contratista entregó a la EPS cuentas revisadas en desarrollo del Contrato No. 002/2000 (fls. 371-398 c1C).

2.1.51. Oficio del 18 de agosto de 2000 por el cual el contratista informó a la E.P.S., acerca de las actividades adelantadas como consecuencia del otrosí No. 03 y solicitó la remisión de documentos y soportes para continuar adelantándolas (fls. 409-410 c1C).

2.1.52. Oficio del 18 de septiembre de 2000 por el cual el contratista UTAM informó que procedió a realizar modificaciones solicitadas por la entidad contratante en las cuentas presentadas por algunos de los acreedores (fls. 449-451 c1C).

2.1.53. Oficio del 7 de septiembre de 2000 por el cual el contratista remitió a la E.P.S., cuadro que contiene el listado de las cuentas que fueron entregadas por la EPS y que no generaron reclamación y las cuentas reclamadas no entregadas (fl. 472-480 c1C).

2.1.54. Certificación expedida el 7 de septiembre de 2000 por el interventor del Contrato en la cual hizo constar que la unión temporal Auditoría Médica cumplió satisfactoriamente la prestación de sus servicios de conformidad con el objeto del contrato, presentando el informe correspondiente a la auditoría y revisión de las reclamaciones presentadas extemporáneamente, las acreencias no reclamadas y las facturaciones de servicios de salud prestados durante el proceso de liquidación (fl. 481 c1C).

2.1.55. Certificación expedida el 4 de diciembre de 2000 por el interventor del contrato en la cual hizo constar que la unión temporal Auditoría Médica cumplió satisfactoriamente la prestación de sus servicios de conformidad con el objeto del Contrato en relación con la contestación de los recursos de reposición

presentados contra la Resolución No. 340 del 10 de octubre de 2000, referentes a los servicios de salud (fl. 525 c1C).

2.1.56. Oficio UTAM No. 143 del 4 de diciembre de 2000, mediante el cual el contratista presentó ante la entidad cuenta de cobro de conformidad con lo estipulado en el otrosí No. 3, por valor de \$18'000.000 (fl. 513-514 c1c).

2.1.57. Oficio UTAM Nos. 144 y 145 del 6 de diciembre de 2000 por medio de los cuales la unión temporal manifestó a la EPS su inconformidad frente a la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre el pago del quinto contado (fls. 529-533 c1C).

2.1.58. Oficio No. 4575 del 20 de diciembre de 2000 a través del cual el Liquidador de la EPS dio respuesta a las reclamaciones presentadas por el contratista mediante oficios Nos. 143,144 y 145 del 4 y 6 de diciembre de 2000 (fls. 545- 548 c1C).

2.1.59. Inventario de elementos entregados en calidad de préstamo por el interventor a la UTAM para ejecutar las labores del contrato de prestación de servicios, (computadores, escritorios, sillas, calculadores, impresoras, fax etc) (fls. 550-552 c1C).

2.1.60. Recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra la Resolución No. 0151 del 30 de agosto de 2001, por la cual la EPS en liquidación adoptó la liquidación unilateral del contrato (fls. 29 – 31 c1A)

2.2. Prueba testimonial

Como consecuencia del decreto de pruebas, el Tribunal *a quo* en diligencia del 12 de febrero de 2003 recibió el testimonio de María Cristina González Corrales, quien sobre los hechos declaró (fls.114-115 c1):

“PREGUNTADO: Que sabe usted de manera directa sobre el contrato o incumplimiento de dicho contrato. CONTESTO: El contrato se hizo por un tiempo determinado y luego se extendió la EPS entregó el trabajo de manera desorganizada. PREGUNTADO: Usted que tuvo que ver en la realización o ejecución del contrato. CONTESTO: Me contrataron como revisora fiscal pero también realice otras labores debido a la desorganización, me contrató la UTAM, inicialmente por un mes y luego por tres meses más estuve 4 meses, con la empresa. PREGUNTO: Sabe usted de manera concreta si la EPS Risaralda le

quedó debiendo a la UTAM por concepto de la prestación del servicio. CONTESTO: Le quedó debiendo un dinero porque el contrato era inicialmente por un mes y luego se extendió debido a que la EPS no mandaba las facturas que eran documentos que se necesitaban para revisar las cuentas. (...) PREGUNTADO: Diga si sabe y le consta cuanto tiempo tardaron para organizar las facturas y los soportes de las mismas la UTAM. CONTESTO: Nos tardamos un mes en la organización de la papelería. PREGUNTADO: Diga cuentas personas más además de usted contrató la UTAM para la labor del auditaje de cuentas. CONTESTO: Entre 9 personas más, al mismo tiempo y luego otras personas estuvieron entre 8 y 9 meses mas.”

3). La sentencia de unificación en relación con la capacidad procesal de los consorcios y las uniones temporales para comparecer en juicio.

Teniendo en cuenta que la unión temporal Auditoría Médica compareció al proceso por conducto de su representante, quien a su vez otorgó poder a un profesional del derecho para ejercer la acción que dio lugar al presente proceso, la Sala estima pertinente precisar que aun cuando con sujeción a la línea jurisprudencial que anteriormente regía, los consorcios y las uniones temporales no tenían capacidad procesal para comparecer dentro de un proceso judicial, la Subsección estima necesario advertir que en reciente pronunciamiento¹¹ la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado recogió la postura jurisprudencial que imperaba en cuanto a la falta de capacidad procesal de los consorcios y uniones temporales para comparecer a juicio, ya fuere como integrantes de los extremos activo o pasivo de la litis o como terceros interesados o incluso como litisconsortes y replanteó sus consideraciones en torno al tema para adoptar la tesis según la cual si bien tanto la figura de los consorcios como la de las uniones temporales no constituyen personas jurídicas distintas de las personas naturales y/o jurídicas que las conforman, lo cierto es que en atención al expreso y especial reconocimiento que la ley hace y les otorga respecto de su capacidad contractual, cuestión que igualmente los habilita para ser titulares de los derechos y las obligaciones que emanan de los contratos estatales cuya celebración se les autoriza, también pueden actuar dentro de los procesos judiciales, a través de su representante legal.

Así quedó expuesto en la sentencia de unificación que a continuación se transcribe in extenso por resultar de plena aplicación en orden a analizar el debate que aquí debe resolverse:

¹¹ Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 25 de septiembre de 2013, Exp.19933, Demandante: Consorcio Glonmarex.

“Rectificación y unificación de la Jurisprudencia en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios y las uniones temporales para comparecer como parte en los procesos judiciales.

“A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales–, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –*legitimatío ad processum*–, por intermedio de su representante.

El planteamiento que acaba de esbozarse en modo alguno desconoce que el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil –C. de P. C.–, atribuye “(...) capacidad para comparecer por sí al proceso (...)”, a las personas, naturales o jurídicas, que pueden disponer de sus derechos, sin embargo se precisa que esa condición no se encuentra instituida en la norma como una exigencia absoluta, puesto que resulta claro que incluso la propia ley procesal civil consagra algunas excepciones, tal como ocurre con la herencia yacente¹² o con los patrimonios autónomos, los cuales, a pesar de no contar con personalidad jurídica propia, sí pueden ser sujetos procesales¹³, de lo cual se desprende que el hecho de que los

¹² Artículo 581 del C. de P. C.

¹³ Así lo ha sostenido la doctrina:

“El inciso primero del art. 44 del C.P.C., dispone: “Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso”: Esta noción ha quedado corta y debe ser completada por la doctrina, pues el legislador olvidó que existen otros sujetos de derecho que están en posibilidad de demandar y ser demandados, sin que sean personas naturales o personas jurídicas.

En efecto, la herencia yacente, la masa de bienes del quebrado, el patrimonio de la fiducia, la masa de bienes del ausente, son típicos ejemplos de patrimonios autónomos que pueden comparecer válidamente en juicio como demandantes, o demandados sin que tengan la calidad de personas naturales o jurídicas. Se trata de una categoría que, a pesar de no estar comprendida por el art. 44 debe tener cabida por interpretación extensiva de éste, pues negarles la calidad de parte es tanto como quitarles toda posibilidad de comparecer en un juicio, atributo éste inherente a todos los sujetos de derecho, tal como lo son los patrimonios autónomos.

Quienes representan esos patrimonios, como bien lo afirma REDENTI, no actúan, como representantes legales sino que su carácter o calidad de gestores, autónomos y autodeliberantes, en función de aquellos intereses objetivos previamente establecidos o de los intereses del titular desconocido o incierto. Por ello surge así una figura que no coincide, ni con el estar en el juicio a nombre propio, ni con el estar en el juicio a nombre ajeno.

No hay duda que los patrimonios autónomos constituyen una categoría especial de sujetos de derecho, y como tales pueden ser partes en los procesos, así su naturaleza no encuadre con lo que la normatividad que hoy nos rige, exige para que existan personas jurídicas.

Claro está la elaboración del concepto de “patrimonio autónomo” y su aceptación como sujeto de derechos, obedece más a la estrechez del alcance de la noción de persona jurídica que a una verdadera nueva categoría de sujetos de derecho”. Cfr. LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil*, Tomo I, pp. 294-295.

En el mismo sentido y a modo puramente ilustrativo, merece la pena tomar en consideración que los artículos 53 y 54 de la Ley 1564 de de 2012, Código General del Proceso recientemente aprobado, dejan expresamente abierta la posibilidad de que cuenten con capacidad para comparecer por sí mismos, en los procesos judiciales, sujetos que carecen de la condición de personas jurídicas. No otra cosa es lo que se desprende de la lectura de los preceptos en mención, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 53. Capacidad para ser parte. Podrán ser parte en un proceso:

1. Las personas naturales y jurídicas.
2. Los patrimonios autónomos.

consorcios y las uniones temporales carezcan de personalidad jurídica independiente, no constituye fundamento suficiente para concluir que carecen de capacidad para ser sujetos, activos o pasivos, en un proceso judicial.

La jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia puso de presente, desde hace varios lustros, que la capacidad para comparecer en juicio no se encuentra, en modo alguno, supeditada al requisito de la personalidad jurídica, tal como lo evidencian los pronunciamientos consignados en el fallo emitido por su Sala Plena, en agosto 23 de 1984, oportunidad en el cual sostuvo:

“2º). - Que las funciones de ejecución administrativa y de representación en juicio no están supeditadas a la circunstancia de que los entes respectivos sean personas jurídicas. (Se deja resaltado).

“3º). - Que la personalidad jurídica, así como la personería jurídica o de representación y para comparecer en juicio, son de mera estirpe legal pero no de rango constitucional y pueden por tanto ser modificadas por ley sin violar la constitución.

(...)

“4. - Y siendo la ley y no de Constitución la determinación de la personalidad jurídica, así como de ley es la facultad de modificar la ley y lo que por ésta se puede hacer, según lo previsto en el artículo 76-1 de la Carta, en la resulta se tiene que la mera circunstancia de que por norma con fuerza legal se invista a la Procuraduría de capacidad o aptitud para disponer del Presupuesto Nacional asignado al Ministerio Público, sin ser aquella persona jurídica, no depende sino del legislador; nadie se lo prohíbe, ni siquiera la Constitución ...

“Ante lo cual, atendidas las amplias facultades otorgadas al legislador extraordinario, según lo examinado atrás, era de su resorte, al reorganizar la Procuraduría, otorgar las funciones señaladas de ordenación del gasto, de contratación y de colaboración en la tarea de ejecución presupuestal, de que tratan los tres preceptos demandados, sin parar mientes en que la Procuraduría o el Ministerio Público sean o no personas jurídicas de derecho público, cosa que sólo atañe a la ley, acaso también a la técnica y a la estética, pero que no

3. El concebido, para la defensa de sus derechos.

4. Los demás que determine la ley.

Artículo 54. Comparecencia al proceso. Las personas que puedan disponer de sus derechos tienen capacidad para comparecer por sí mismas al proceso. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales”.

Como de la simple lectura de las disposiciones en mención fácilmente se desprende, el artículo 53 citado expresamente confiere la capacidad para ser parte en un proceso judicial a los patrimonios autónomos —numeral 2—, instituto jurídico éste que da lugar a la existencia de sujetos de derecho que no cuentan con personalidad jurídica; adicionalmente, la misma disposición, en su numeral 4, deja abierta la posibilidad a que los demás sujetos que determine la ley, con independencia de si gozan, o no, del atributo de la personalidad jurídica, puedan comparecer directamente al proceso.

De otro lado, el aludido artículo 54 de la Ley 1564 de 2012 tiene el mismo tenor literal que el ya citado inciso primero del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual al primero de los segmentos normativos en comento le resultan trasladables, *mutatis mutandi*, las apreciaciones a las cuales se viene de hacer alusión respecto de la necesidad de interpretar el segundo de los apartes normativos referido de manera armónica y sistemática con otras disposiciones legales que atribuyen capacidad procesal a sujetos que carecen de personalidad jurídica.

A este respecto, la previsión de la posibilidad de que al proceso comparezcan como partes sujetos de derecho que no se encuentren acompañados de la condición de personas jurídicas, se hace aún más evidente si se repara en lo preceptuado por el inciso primero del artículo 159 de la Ley 1437 de 2011:

“Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso-administrativos, por medio de sus representantes previamente acreditados” (se deja subrayado).

interfiere con la Constitución”¹⁴.

Las anteriores consideraciones y directrices fueron reafirmadas por esa misma Corporación, a través de las sentencias proferidas en febrero 28 de 1985¹⁵ y en mayo 29 de 1990¹⁶.

A la luz de la normativa procesal que regula, de manera especial, el actuar de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, resulta más claro aun que la exigencia de la personalidad jurídica no constituye requisito indispensable para asumir la calidad de parte dentro de un determinado proceso o para actuar dentro del mismo.

Así se desprende con claridad del contenido del artículo 149 del C.C.A., mediante el cual se determina que “[l]as entidades públicas y privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos (...)”, al tiempo que agrega que “[e]llas podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan”.

Téngase presente que la norma legal en cita condiciona la posibilidad de que las entidades públicas y privadas puedan obrar como demandantes, como demandadas o como intervinientes, en los procesos contencioso administrativos, al cumplimiento de funciones públicas por parte de las mismas, mas no a la exigencia de que cuenten con personalidad jurídica independiente.

A propósito de la facultad legal que el citado artículo 149 del C.C.A., atribuye a las entidades públicas, carentes o no de personalidad jurídica, para que puedan actuar en los procesos judiciales en calidad de demandantes, de demandadas o de intervinientes, resultan pertinentes e ilustrativas las anotaciones plasmadas en la providencia de julio 15 de 1994, en la cual el Consejo de Estado señaló:

“Procede la Sala en primer término, a resolver la excepción propuesta por el apoderado de la C.V.C. sobre indebida representación de la parte demandante, acogida por la agencia del Ministerio Público al opinar que no debe haber pronunciamiento de mérito sobre la controversia jurídica planteada dentro del proceso (fl. 207).

“Como se lee en el alegato presentado por la parte demandada (folio 189 a 202), dicha excepción se apoya en la circunstancia de que la Contraloría General de la República no representa a la Nación, cuando obra como demandante en procura de la nulidad de actos administrativos no expedidos por ella; pues a su juicio la representación de la Nación que le asigna a ese organismo fiscalizador el artículo 149 del C.C.A., no es absoluta, total y general para todos los eventos, sino sólo para los actos administrativos suyos y no los ajenos; dice que la Nación se representa por cada entidad, según sus actos, pero cuando el acto administrativo no es demandado por la misma entidad que lo expidió, sino por otra distinta, la representación de la Nación no queda radicada en cualquier otro organismo administrativo, ni en la Contraloría General de la República, sino única y exclusivamente en el Ministerio Público, que como su nombre lo indica, es el vocero de la Nación.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de agosto 23 de 1984. Expediente 1157. M. P. Dr. Manuel Gaona Cruz.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de febrero 28 de 1985. Expediente No. 1251. M.P. Dr. Manuel Gaona Cruz.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de mayo 29 de 1990. Expediente No. 1985. M.P. Dr. Hernando Gómez Otálora.

“Respecto de la excepción propuesta dirá en primer término la Corporación, que la acción pública de nulidad a la luz de lo dispuesto en el artículo 84 del C.C.A., puede ser instaurada por toda persona, por sí o por medio de apoderado, en cualquier tiempo. Acción, que tiene como finalidad no el restablecimiento o amparo de un derecho particular y concreto, sino la guarda del ordenamiento jurídico general y abstracto.

“Ahora bien, el artículo 149 del C.C.A. invocado por la CVC como sustento de la excepción, consagra en primer lugar la vocación que tienen las entidades públicas para "obrar como demandantes y demandadas o intervinientes en los procesos contencioso - administrativos, por medio de sus representantes"; en segundo término, las autoriza para "incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan". A renglón seguido, la misma norma determina con precisión cuáles son los funcionarios a quienes corresponde la representación de la Nación, e incluye dentro de ellos al Contralor General de la República.

“Fluye de lo anterior, que este funcionario puede representar a la Nación ya como demandante, ya como demandada, ya como interviniente; y en relación con lo primero, puede incoar todas las acciones previstas en el C.C.A.; incluida obviamente la de nulidad, "si las circunstancias lo ameritan".

“Respecto a esta última expresión -"si las circunstancias lo ameritan"-, la Sala considera que al haber sido incluida en la ley, el legislador extraordinario quiso introducir un factor de razonabilidad y de adecuado ejercicio de las acciones, de tal forma que el asunto a debatirse en los estrados judiciales tenga algún nexo con las funciones que le ha asignado el ordenamiento jurídico a la entidad que pretende accionar; y es lógico que así sea, dentro de una estructura armónica del Estado y una adecuada distribución de competencias.

“En el caso sub - lite al instaurar la Nación - Contraloría General de la República - la presente acción de nulidad, pretende que desaparezca de la vida jurídica una norma que tiene que ver con la liquidación de las cesantías a los empleados de la C.V.C.; vale decir, que se cuestiona la legalidad de una norma jurídica cuya aplicación tiene incidencia directa en el destino de los recursos de la entidad, cuyo manejo está sometido al control fiscal de la entidad demandante, de donde se concluye que esta "circunstancia" amerita el ejercicio de la acción incoada por el Contralor a nombre de la Nación.

“Por ende, al no haber duda acerca de la procedencia de que la acción pública de nulidad fuera incoada en el sub - júdice por dicha entidad fiscalizadora, en orden a obtener que el acto administrativo acusado desaparezca de la vida jurídica, no comparte la Sala la perspectiva expuesta por la excepcionante en el sentido de que ello corresponda única y exclusivamente al Procurador General de la Nación.

“Por lo expuesto, la aludida excepción propuesta no está llamada a prosperar”¹⁷.

*A lo anterior se suma la consideración, muy significativa por cierto, de que el mismo artículo 149 del C.C.A., a la altura de su parágrafo 1º, se ocupó de regular quién ha de llevar la representación de las **dependencias** en el curso de las acciones judiciales de índole contractual, para cuyo efecto hizo expresa referencia a los dictados de la letra b) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80, de conformidad con los siguientes términos:*

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 15 de julio de 1994. Consejero Ponente: Joaquín Barreto Ruiz; Radicación No. 4921. Actor: La Nación – Contraloría General de la República.

“Parágrafo 1º.- En materia contractual, intervendrá en representación de las dependencias a que se refiere el artículo 2º, numeral 1º, literal b) de la Ley 80 de 1993, el servidor público de mayor jerarquía en estas”.

Y ocurre que la representación judicial que en la norma transcrita se atribuye al servidor público de mayor jerarquía, se predica respecto de los siguientes entes y dependencias carentes de personalidad jurídica independiente, que la propia Ley 80 denomina como “entidades estatales”, a los cuales los dota de capacidad contractual:

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

Complementétese lo dicho con la referencia, entre otras, a las siguientes normas positivas:

i).- El numeral 7 del artículo 277 de la Carta Política, después de que otras disposiciones superiores han señalado con precisión que el Ministerio Público es un órgano constitucionalmente autónomo de control (artículos 113, 117 C.P.), y que su supremo director es el Procurador General de la Nación (artículo 275 C.P.), determina que al “Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes”, le corresponde “[i]ntervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales (...) cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales”.

ii).- De la misma manera, el último inciso del citado artículo 277 constitucional, determina que “[p]ara el cumplimiento de sus funciones, la Procuraduría (...) podrá interponer las acciones que considere necesarias”;

iii).- El inciso 3º del artículo 87 del C.C.A., al consagrar la acción de controversias contractuales, autoriza al Ministerio Público para que pueda demandar la declaratoria judicial de nulidad absoluta de los contratos estatales¹⁸;

iv).- El artículo 127 del C.C.A., dispone que “[e]l Ministerio Público es parte y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (...)”¹⁹.

v).- El artículo 1742 del Código Civil, faculta al Ministerio Público para demandar la declaratoria judicial de nulidad de cualquier acto o contrato, “(...) en interés de la moral o de la ley”.

vi).- El artículo 45 de la Ley 80, expedida en 1993, legitima al Ministerio Público para alegar, ante el juez competente, la nulidad absoluta de los contratos estatales.

¹⁸ Exactamente en el mismo sentido conviene mencionar, a modo puramente ilustrativo, lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, de conformidad con el cual “[E]l Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato”.

¹⁹ En similar dirección a la anotada, el artículo 303 de la Ley 1437 de 2011 establece lo siguiente: “El Ministerio Público está facultado para actuar como demandante o como sujeto procesal especial y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales”.

vii).- El artículo 3º de la Ley 144, expedida en 1994, prevé que el proceso de pérdida de investidura puede ser promovido por solicitud de la Mesa Directiva de la correspondiente Cámara, a la cual pertenezca el Congresista demandado;

viii).- Los numerales 2 y 3 del artículo 12 de la Ley 472, expedida en 1998, atribuyen la titularidad de las acciones populares tanto a “[l]as entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia (...)”, como al “Procurador General de la Nación, el defensor del pueblo y los personeros distritales y municipales (...)”, todo ello después de que en el numeral 1 de esa misma norma incluyó, en una categoría independiente, a “[t]oda persona natural o jurídica”.

ix).- Los numerales 1 y 2 del artículo 8 de la Ley 678, expedida en 2001, radican la legitimación para promover las acciones de repetición, en contra de servidores o exservidores públicos, en “[e]l Ministerio Público” y en “[e]l Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, cuando la perjudicada con el pago sea una entidad pública del orden nacional”.

Nótese que la característica común de las disposiciones antes aludidas estriba en el hecho de que las mismas prevén, autorizan o consagran funciones o facultades para que órganos, entidades o dependencias sin personalidad jurídica independiente, puedan ejercer acciones ante los jueces competentes o intervenir en los respectivos procesos.

Tiénesse de lo anterior que la personalidad jurídica no es exigida, en el ordenamiento jurídico colombiano, como un requisito absoluto, sine qua non, para el ejercicio de las acciones judiciales o, lo que a la postre es lo mismo, para actuar válidamente en los procesos, ora en calidad de demandante ora de demandado o, incluso, como tercero interviniente, según cada caso.

De otra parte, se impone hacer referencia a la capacidad que a los consorcios y a las uniones temporales les atribuyó, de manera expresa, el artículo 6 de la Ley 80, con el fin de que puedan celebrar contratos con las entidades estatales, asunto en relación con el cual la Corte Constitucional, en la Sentencia C-414 de 1994²⁰, sostuvo:

“Se ha discutido en la doctrina sobre la identidad jurídica de las uniones temporales y los consorcios, y a éstos últimos se los suele asimilar a la figura del “joint venture” del derecho americano o al “paternish” de los ingleses, y no pocos al de una sociedad de hecho por las informalidades que rodean su organización jurídica.

“En nuestro régimen legal, la capacidad es la aptitud que se tiene para ser sujeto de relaciones jurídicas, es decir, para realizar sin el ministerio de otra persona, actos con efectos válidos en la esfera del derecho, y si bien esa habilitación se vincula con la noción de persona, hasta el punto que toda persona, en principio, es capaz, salvo lo que en contrario disponga la ley, **no es requisito necesario ser persona para disponer de capacidad jurídica.**”

“Con relativa frecuencia en el derecho tributario se encuentran sujetos que no encuadran con exactitud en la noción de persona, y sin embargo pueden ser responsables de obligaciones tributarias. Es así como la ley eleva a la condición

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-414 de septiembre 22 de 1994. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

de sujetos pasivos de una obligación tributaria a ciertos "entes" colectivos sin personería jurídica o masas de bienes, como las sucesiones ilíquidas, las sociedades de hecho, la comunidad organizada y los consorcios, entre otros.

“La identificación de los sujetos tributarios, en los casos señalados, surge por razón de los fines de sus actividades, objetivamente consideradas y de la relativa autonomía funcional con que operan. La ausencia de personería, por lo mismo, no supone una dificultad para identificar a estos sujetos especiales pasivos del tributo.

“De los contenidos de la ley 80 resultan confirmadas las aseveraciones precedentes. El artículo 6o. autoriza para contratar con las entidades estatales a "... las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes". De igual modo señala que, "también podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales".

“En estos eventos el Estatuto no se refiere a una persona y sin embargo permite que los consorcios y a las uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual, en resumen significa que la ley les reconoce su capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales.

“El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.

(...)

“Se tiene de lo anterior que según la ley, el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

“Lo que se ha expresado para el consorcio puede aplicarse del mismo modo para la "unión temporal", si se tiene en cuenta el texto del numeral segundo del mismo artículo 7o. Sin embargo, la norma en cita introdujo a la figura una variante que justifica la diferencia con el consorcio y explica de paso su razón de ser”. (Las negrillas no corresponden al texto original).

La providencia que se deja parcialmente transcrita y, en especial, las normas legales que regulan la materia, permiten inferir con claridad que los consorcios y las uniones temporales se encuentran dotados de capacidad jurídica, expresamente otorgada por la ley, a pesar de que evidentemente no son personas morales, porque para contar con capacidad jurídica no es requisito ser persona.

Y acerca de la capacidad para contratar, la Corte Constitucional²¹ ha sostenido:

“4.3. La capacidad para contratar.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-178 de abril 29 de 1996. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

“La capacidad es la aptitud y la posibilidad de intervenir como sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Dicha capacidad, comprende tanto el poder para ser titular de derechos y obligaciones e igualmente la facultad de actuación o ejercicio para hacer reales y efectivos dichos derechos. Una especie concreta de aquella la constituye la capacidad para contratar.

“La ley 80 de 1993 reguló tanto la capacidad de los sujetos públicos como la capacidad o competencia de los sujetos privados que intervienen en las relaciones jurídicas a que dan lugar los contratos estatales. En tal virtud, estableció que están habilitadas para celebrar contratos con las entidades estatales las personas incapaces, las cuales, según el régimen de la contratación estatal, son quienes se catalogan como tales conforme a la ley civil o comercial u otros estatutos, e igualmente las que están incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad.

“Con respecto a la capacidad o competencia de los sujetos públicos, la referida ley señaló cuáles eran las entidades estatales, con personería jurídica, y los organismos o dependencias del Estado a los cuales se autoriza para celebrar contratos, obviamente en este último caso con referencia al respectivo sujeto de imputación jurídica (Nación, Departamento, Municipio, Distrito etc), así como los órganos que tienen la representación para los mismo fines (arts. 2 numeral 1º y 11).

“La competencia y la capacidad de los sujetos públicos y privados para celebrar contratos es una materia propia y de obligada regulación dentro de un estatuto de contratación estatal, porque tales materias atañen a las calidades o atributos específicos que deben tener dichos sujetos, con el fin de que puedan ser titulares y hacer efectivos los derechos y obligaciones que emanan de la relación contractual”.

Así pues, la capacidad de contratación que expresamente la Ley 80 otorgó y reconoció a los consorcios y a las uniones temporales, en modo alguno puede entenderse agotada en el campo de las actuaciones que esas organizaciones pueden válidamente desplegar en relación o con ocasión de su actividad contractual –incluyendo los actos jurídicos consistentes en la formulación misma de la oferta; la notificación de la adjudicación; la celebración, ejecución y liquidación del respectivo contrato estatal–, sino que proyecta sus efectos de manera cierta e importante en el campo procesal, en el cual, como ya se indicó, esas organizaciones empresariales podrán asumir la condición de parte, en cuanto titulares de derechos y obligaciones, al tiempo que podrán comparecer en juicio para exigir o defender, según corresponda, los derechos que a su favor hubieren surgido del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual o del propio contrato estatal, puesto que, según lo dejó dicho la Corte Constitucional, la capacidad de contratación que a los consorcios y a las uniones temporales les atribuyó el artículo 6 de la Ley 80 “(...) comprende tanto el poder para ser titular de derechos y obligaciones e igualmente la facultad de actuación o ejercicio para hacer reales y efectivos dichos derechos (...).”

Añádase a lo anterior que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo – C.C.A.–, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 expedida en 1998, disposición que aunque no resulta aplicable al presente asunto porque la demanda se presentó el día 30 de abril de 1997²², esto es antes de la vigencia de la aludida

²² En esa misma orientación lo preveía el aludido artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, aplicable al presente asunto, en cuya virtud se disponía que: <<**Cualquiera de las partes** de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad

Ley 446, lo cierto es que dicha normativa que mantiene en lo pertinente las mismas previsiones de la norma legal anterior, aplicable al presente caso y contenida en el Decreto-ley 2304 de 1989 –al establecer que “cualquiera de las **partes de un contrato estatal** podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas”²³– erigió en titulares de la acción contractual a las **partes del contrato**, entre las cuales se encuentran, precisamente y por expresa autorización del referido artículo 6 de la Ley 80, los consorcios y las uniones temporales, de lo cual se desprende con claridad que esas organizaciones empresariales, dotadas por ley de capacidad jurídica para actuar como **partes de un contrato estatal**, en su calidad de tales también se encuentran legitimadas para ejercer la correspondiente acción contractual.

Es la misma ley la que contempla y establece –como resulta apenas natural-, que **las partes de un contrato estatal** son las que están suficientemente facultadas para acudir a la vía judicial con el propósito de reclamar o de defender los derechos originados en el respectivo contrato, cuestión que permite señalar que cuando el contrato se celebra con un consorcio o con una unión temporal, se ha de entender que una de las partes está constituida por esta clase de agrupación, sin perjuicio de agregar que en esos eventos sus integrantes, individualmente considerados, también resultarán vinculados al respectivo contrato estatal y, por mandato de la ley, deberán responder en forma solidaria por la integridad de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.

No sobra señalar que el referido artículo 87 del C.C.A., es una norma procesal, de carácter especial en relación con la materia de los contratos estatales y posterior en el tiempo al citado artículo 44 del C. de P. C.²⁴, por manera que aún si se llegare a considerar que las exigencias de esta disposición pudieren constituir un obstáculo que impediría tener como sujetos procesales a las organizaciones empresariales que se han venido mencionando, en cuanto carecen de personalidad jurídica, habría que concluir igualmente que aquella norma legal – procesal, especial y posterior–, está llamada a prevalecer y contendría la autorización que anteriormente se echaba de menos.

Para abundar en razones que conducen a concluir que los consorcios y las uniones temporales se encuentran debidamente facultados para comparecer a los procesos judiciales que se promuevan u originen en relación con los procedimientos de selección o con los contratos estatales en los cuales aquellos pueden intervenir o asumir la condición de parte, según el caso, importa destacar que el inciso segundo del párrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que “[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, **para todos los efectos**, representará al consorcio o unión temporal (...)

podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones>>. (Negritas adicionales).

²³ En idéntica dirección, el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 preceptúa lo siguiente: “Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas” (se deja subrayado).

²⁴ El Código de Procedimiento Civil fue adoptado mediante los Decretos-leyes 1400 y 2019 del año 1970 y el texto vigente de su artículo 44 corresponde a la modificación que introdujo el Decreto-ley 2282 del año 1989, al paso que el Código Contencioso Administrativo corresponde al Decreto-ley 01 del año 1984 y el texto vigente de su artículo 87 fue acogido mediante la Ley 446 expedida en el año de 1998.

normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para **los solos efectos** relativos a la celebración y ejecución del contrato.

Así, en la medida en que la ley no hizo distinción alguna acerca de la **totalidad** de los efectos para los cuales se hará la designación del representante del consorcio o unión temporal, es claro que no podrá hacerlo el intérprete. De manera que al determinar que las facultades correspondientes comprenderán **todos los efectos**, en ellos deben entenderse incluidas las actuaciones de índole precontractual y contractual que puedan y deban desplegarse en sede administrativa, como por ejemplo aquellas encaminadas a definir los términos de la oferta y la presentación de la misma; notificarse de la decisión de declaratoria de desierta, si a ella hubiere lugar e interponer el correspondiente recurso de reposición; notificarse de la resolución de adjudicación; celebrar el correspondiente contrato; constituir y presentar, para aprobación, las garantías que aseguren su cumplimiento; formular cuentas de cobro o facturas; recibir los pagos; efectuar las entregas o cumplir las prestaciones a que hubiere lugar; convenir modificaciones, ajustes, adiciones o prórrogas; concurrir a la liquidación del contrato y acordar los términos de la misma; lograr acuerdos o conciliaciones; notificarse de los actos administrativos de índole contractual que expida la entidad contratante e impugnarlos en vía gubernativa, etc.

Como resulta apenas natural, ha de entenderse también que la representación del consorcio o de la unión temporal, en los términos de la ley, **para todos los efectos**, comprenderá por igual las actuaciones procesales que deban emprenderse o desplegarse con el propósito de reclamar o defender en juicio los derechos derivados de la propuesta o del contrato. Es más, resultaría contradictorio e inadmisibles suponer que el representante de una de esas agrupaciones empresariales pudiese celebrar el contrato, convenir su liquidación y hacer salvedades acerca de su contenido o notificarse válidamente de los actos administrativos contractuales e incluso recurrirlos en sede administrativa, pero que una vez agotada la vía gubernativa no pudiese demandar esos actos o el contrato mismo ante el juez competente o formular demandas en relación con las salvedades consignadas en el acta de liquidación final.

Surge aquí un efecto adicional que importa destacar, consistente en que la notificación que de los actos contractuales expedidos por la entidad estatal en relación o con ocasión de un contrato celebrado con un consorcio o una unión temporal, se realice con el representante de la respectiva agrupación, será una notificación que se tendrá por bien hecha, sin que resulte necesario entonces, para que el acto administrativo correspondiente produzca la plenitud de sus efectos, que la entidad contratante deba buscar y hasta 'perseguir', por el país o por el mundo entero, a los múltiples y variados integrantes del consorcio o de la unión temporal contratista.

Lo anterior porque el representante de los consorcios y de las uniones temporales, concebido y exigido por la ley **para todos los efectos**, es mucho más que un representante o mandatario de cada uno de los integrantes de la agrupación, individualmente considerados, al cual cada quien pudiese modificarle o revocarle su propio y particular mandato a través de actos igualmente individuales, situación que llevaría a admitir entonces que cada integrante de la agrupación podría iniciar, por su propia cuenta, gestiones ante la entidad contratante en relación con el contrato estatal o designar otro representante diferente para que vele por sus

propios y respectivos intereses particulares, de suerte que la entidad estatal contratante, en una situación que resultaría abiertamente contraria a los principios constitucionales y legales de economía, de eficacia y de eficiencia, tendría que entenderse, a propósito de un solo y único contrato estatal, con tantos representantes o interesados como integrantes tuviese el respectivo consorcio o unión temporal.

*Por el contrario, la norma legal en cita lo que pretendió es que en el caso de la celebración de contratos estatales con consorcios o con uniones temporales, por ella misma autorizados de manera expresa (artículo 6, Ley 80), la Administración Pública pueda contar con un solo y único interlocutor válido que, a la vez, disponga de facultades amplias y suficientes, esto es **para todos los efectos**, que le permitan, de manera ágil y eficiente, ventilar, discutir, convenir, decidir o notificarse de aquellos asuntos de índole contractual que por su naturaleza están encaminados a satisfacer el interés general, como es propio de los contratos de Derecho Público.*

*Así pues, el representante del consorcio o de la unión temporal, que por ley debe ser designado **para todos los efectos**, lo es de la agrupación empresarial en su conjunto, del ente al cual se refiere la ficción legal y no de cada uno de sus integrantes individualmente considerados, cuestión que se condensa en la máxima que enseña que el todo es más que la simple suma de sus partes.*

También hay lugar a señalar que si con sujeción a las previsiones de los artículos 6, 7 y 70 de la Ley 80, en un contrato estatal celebrado por un consorcio o por una unión temporal a través de su representante, se incorpora una cláusula compromisoria, la misma estará llamada a generar importantes efectos de índole procesal, como aquellos relacionados con la determinación del juez del contrato, por lo cual resultaría incompatible tener a esa cláusula, pactada por el representante del consorcio o de la unión temporal, como fuente de la habilitación y determinación de la competencia de los árbitros pero, a la vez, negarle a esa misma organización empresarial la posibilidad de promover o concurrir al respectivo proceso arbitral por intermedio de su representante.

*Para corroborar el sentido y el alcance de la norma legal que le atribuye al representante del consorcio o de la unión temporal la facultad de actuar en nombre de la respectiva agrupación **para todos los efectos**, además de lo dicho importa resaltar que la misma Ley 80, en su apartado 22.4, al regular aspectos relacionados con el registro de proponentes²⁵ determinó con claridad que “[c]uando se trate de personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas privadas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia (...) deberán acreditar en el país un apoderado domiciliado en Colombia debidamente facultado para **presentar la propuesta y celebrar el contrato**, así como **para representarlas judicial y extrajudicialmente**”.²⁶*

Lo anterior sirve de fundamento para destacar que aunque en el texto de la Ley 80

²⁵ Exigencia que igualmente resulta aplicable a toda actuación contractual que frente a entidades estatales desarrollen aquellas personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o las personas jurídicas privadas extranjeras sin sucursal en Colombia.

²⁶ La representación legal de los consorcios y uniones temporales no sufrió modificación especial con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que mantuvo vigentes los artículos 6, 7 y 70 de la Ley 80 de 1993. En cuanto al registro de proponentes, el artículo 6 del primero de los conjuntos normativos en mención estableció directrices para la acreditación y verificación de las condiciones de los proponentes ante las Cámaras de Comercio, a partir de las cuales el Gobierno Nacional reglamentó la materia por medio del Decreto 1464 de 2010, tanto para personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras con o sin domicilio en Colombia. El citado artículo 6 de la Ley 1150, posteriormente, sería modificado por el artículo 221 del Decreto-ley 019 de 2012.

se encuentran perfectamente claras las limitaciones generales que podrían afectar la representación en asuntos contractuales, al distinguir, de una parte, entre **la presentación de la propuesta** por oposición a **la celebración del contrato** y, de otra parte, la **representación judicial** frente a la **representación extrajudicial**, de todas maneras, y aquí radica la importancia de lo normado en el parágrafo 1º del artículo 7 de la Ley 80, ninguna diferenciación introdujo el mismo legislador en relación con el alcance de las facultades de los representantes de los consorcios y de las uniones temporales, comoquiera que determinó con precisión que quien sea designado llevará la representación de esas agrupaciones **para todos los efectos**, cuestión que involucra, precisamente, todas las actuaciones anteriormente aludidas, entre las cuales se encuentran –bueno es reiterarlo–, aquellas actuaciones tanto de índole judicial como extrajudicial.

Por si lo anterior no fuese suficiente, se agrega que el efecto útil, como criterio rector de interpretación normativa, impone admitir que los artículos 6 y 7 de la Ley 80 tuvieron el claro y evidente propósito de dotar a los consorcios y a las uniones temporales de la capacidad jurídica necesaria tanto para celebrar contratos estatales como para comparecer en juicio, cuando se debatan asuntos relacionados con los mismos; si ello no fuere así y no produjere tales efectos en el campo procesal, habría que concluir entonces que las disposiciones legales aludidas saldrían sobrando o carecerían de sentido, criterio hermenéutico que llevaría a negarles la totalidad o buena parte de sus efectos.

Ciertamente, si la parte final del aludido artículo 6 de la Ley 80 no produjere el efecto de dotar, a los consorcios y a las uniones temporales, de plena capacidad contractual frente a las entidades estatales, incluyendo la obvia facultad de que esas organizaciones puedan exigir o defender en juicio los derechos de los cuales son titulares y que se derivan de tales contratos, bien podría sostenerse entonces que ese segmento normativo ningún agregado habría aportado al ordenamiento colombiano, comoquiera que con base en las normas civiles y mercantiles cuya regulación incorpora el artículo 13 de la Ley 80 en el estatuto de contratación estatal respecto de los asuntos no reglados de manera especial, las entidades públicas perfectamente habrían podido celebrar contratos con pluralidad de contratistas como contraparte, puesto que al denominado Derecho Privado no resultan ajenas, en modo alguno, las relaciones contractuales en las cuales uno o varios de sus extremos se encuentran integrados por multiplicidad de personas, naturales o jurídicas (artículos 1568 y sts. C.C., y artículo 825 C. de Co.).

Obviamente en el campo regido de manera exclusiva por las normas de los Códigos Civil o de Comercio, en los cuales las agrupaciones respectivas también carecen de personalidad jurídica, la falta de regulación al respecto determina que la comparecencia en juicio deban hacerla, en forma individual, cada uno de los integrantes del respectivo extremo contractual.

Es allí donde radica la importante diferencia que se registra entre la inexistencia de regulación sobre la materia en los Códigos Civil y de Comercio, en contraste con la norma especial, de Derecho Público, que de manera expresa dota a los consorcios y a las uniones temporales de capacidad, suficiente y plena, para celebrar contratos con las entidades estatales, por manera que su significado va más allá de la simple previsión, en tal caso inane e innecesaria, de limitarse a contemplar la posibilidad de que en los contratos estatales la parte privada pueda estar integrada por más de una persona, natural o jurídica.

Estas mismas argumentaciones sirven para descartar la opción interpretativa encaminada a concebir a los consorcios y a las uniones temporales como simples

mecanismos o instrumentos de representación de cada uno de sus integrantes a través del representante común designado para el efecto, puesto que en esa perspectiva a la norma legal especial que se viene mencionando también se le estarían restando o anulando todos sus efectos, como quiera que la figura de la representación se encuentra ampliamente regulada tanto en el Código Civil – artículo 1505– como en el Código de Comercio –artículos 832 a 844–, sin que para su aplicación en la contratación estatal hubiere sido menester consagrar la autorización expresa que faculta a los consorcios y a las uniones temporales para celebrar contratos con las entidades del Estado, en la medida en que la ausencia de regulación especial se supliría con la aplicación de las normas aludidas, incorporadas, como ya se comentó, al Estatuto de Contratación Estatal por mandato de su artículo 13.

*Lo propio cabe comentar acerca de varios apartes del artículo 7 de la misma Ley 80; así por ejemplo, si la responsabilidad solidaria que expresamente consagró la norma respecto de los integrantes del consorcio o de la unión temporal, frente a “(...) todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato (...)” –artículo 7-1– o, en otros términos, “(...) por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado (...)” –artículo 7-2–, no tuviere propósitos y efectos especiales, amén de que su consagración expresa se justifica e impone en cuanto la propia ley partió del supuesto de que la oferta es formulada, en cada caso, por el respectivo consorcio o unión temporal y que esa ‘agrupación’ o ‘ente’ es la **parte** del contrato –que no los diversos integrantes individualmente considerados–, sencillamente habría podido prescindirse de la norma, puesto que en tal hipótesis y por la incorporación dispuesta en el aludido artículo 13 de la Ley 80, habría que concluir que a los contratos estatales a cuya celebración concurrieren uno o más comerciantes –artículo 22 C. de Co.– bajo la figura de consorcio o de unión temporal, sencillamente resultaría aplicable la presunción de solidaridad pasiva que el estatuto mercantil recoge en su artículo 825.*

Razonando de la misma manera habría lugar a sostener entonces que el segmento normativo del citado artículo 7 de la Ley 80, por cuya virtud se regulan la necesidad, las facultades y los efectos de la designación de un representante del consorcio o de la unión temporal, igual estaría sobrando y ningún efecto útil contendría en cuanto se entendiese, simplemente, que dichos apartes estarían limitados a concebir al representante de la agrupación como un representante más o mandatario común de los respectivos integrantes, individualmente considerados, comoquiera que para llegar a ese punto habría bastado con aplicar los preceptos del Derecho Privado que se ocupan de regular la figura de la representación, esto es los aludidos artículos 1505 del Código Civil o los que van del 832 al 844 del Código de Comercio, según el caso, los cuales, bueno es reiterarlo, se encuentran incorporados en lo pertinente al Estatuto de Contratación Estatal, por expreso mandato de su artículo 13.

*A todo lo anterior se añaden los importantes efectos que para corroborar la tesis aquí expuesta se desprenden del inciso segundo del artículo 52 de la misma Ley 80, norma que al regular la “RESPONSABILIDAD DE LOS **CONTRATISTAS**”, determinó:*

“Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7º de esta ley”.

Téngase presente que la norma legal transcrita distingue perfectamente entre los consorcios y las uniones temporales por un lado y los integrantes de tales organizaciones por el otro, al punto de hacer responsables a los primeros por las

actuaciones u omisiones de los segundos.

De otro lado es claro que si al ocuparse del tema de la responsabilidad civil de los **contratistas**, la ley determina con claridad que quienes deben asumirla serán los consorcios o las uniones temporales, según cada caso, obvio resulta que una de las maneras, previstas en el ordenamiento legal, para hacer exigible dicha responsabilidad civil será mediante el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales, cuestión que, naturalmente, supone la necesidad e importancia de permitir que dichas organizaciones empresariales puedan ser convocadas a los procesos judiciales y que en los mismos puedan desplegar sus actuaciones para ejercer sus derechos, como el fundamental de defensa.

En este orden de ideas se modifica la tesis que hasta ahora ha sostenido la Sala, con el propósito de que se reafirme que si bien los consorcios y las uniones temporales no constituyen personas jurídicas independientes, sí cuentan con capacidad, como sujetos de derechos y obligaciones (artículos 44 del C. de P.C. y 87 C.C.A.²⁷), para actuar en los procesos judiciales, por conducto de su representante, sin perjuicio, claro está, de observar el respectivo *jus postulandi*.

También debe precisarse que la tesis expuesta sólo está llamada a operar en cuanto corresponda a los **litigios derivados de los contratos estatales o sus correspondientes procedimientos de selección**, puesto que la capacidad jurídica que la Ley 80 otorgó a los consorcios y a las uniones temporales se limitó a la celebración de esa clase de contratos y la consiguiente participación en la respectiva selección de los contratistas particulares, sin que, por tanto, la aludida capacidad contractual y sus efectos puedan extenderse a otros campos diferentes, como los relativos a las relaciones jurídicas que, de manera colectiva o individual, pretendan establecer los integrantes de esas agrupaciones con terceros, ajenos al respectivo contrato estatal, independientemente de que tales vínculos pudieren tener como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento, total o parcial, del correspondiente contrato estatal.

➤ La noción de legitimación en la causa en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Sea lo primero advertir, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que ésta —o, más exactamente, la ausencia de la misma—, en los procesos ordinarios y según lo ha señalado la Sección Tercera, no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado.

Adicionalmente se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa²⁸. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, por

²⁷ Como de igual modo, según se ha indicado ya dentro de este pronunciamiento, lo establecen los artículos 141 de la Ley 1437 de 2011 y 53 y 54 de la Ley 1564 de 2012.

²⁸ Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01 (14.178).

*manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda*²⁹.

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de la(s) persona(s) demandante(s) y/o demandada(s) en los hechos que originaron el respectivo litigio, independientemente de que dicha(s) persona(s) haya(n), o no, demandado o sido demandada(s). De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala,

«[L]a excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

*La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —**modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante**— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.*

La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado» (negrillas en el texto original, subrayas fuera de él)³⁰.

Lo anterior lleva a concluir que en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable respecto de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda. En consecuencia, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquélla propone, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra³¹. De manera ilustrativa, así lo ha explicado la Sección Tercera:

«La legitimación ad causam material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo:

- A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si

- A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452).

Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda»³².

En similar sentido y complementando lo anteriormente expuesto, se ha afirmado lo siguiente:

*“La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; **si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante**”³³ (Énfasis añadido).*

Finalmente, la Sala estima necesario precisar y enfatizar que la rectificación jurisprudencial que mediante la presente decisión se efectúa en relación con la capacidad procesal que les asiste a los consorcios y a las uniones temporales para comparecer como sujetos en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen en razón de su condición de contratistas de las entidades estatales o de interesados o participantes en los procedimientos de selección contractual, de ninguna manera debe considerarse como una cortapisa para que los integrantes de los respectivos consorcios o uniones temporales, individualmente considerados –sean personas naturales o jurídicas– puedan comparecer al proceso –en condición de demandante(s) o de demandado(s)–.

Ciertamente, la modificación de la Jurisprudencia que aquí se lleva a cabo apunta únicamente a dejar de lado aquella tesis jurisprudencial en cuya virtud se consideraba, hasta este momento, que en cuanto los consorcios y las uniones temporales carecen de personalidad jurídica propia e independiente, no les resultaba dable comparecer a los procesos judiciales porque esa condición estaba reservada de manera exclusiva a las personas –ora naturales, ora jurídicas–, por lo cual se concluía que en los correspondientes procesos judiciales únicamente podían ocupar alguno de sus extremos los integrantes de tales organizaciones empresariales.

En consecuencia, a partir del presente proveído se concluye que tanto los consorcios como las uniones temporales sí se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de junio de dos mil (2000); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 10171.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15.352).

de selección de contratistas o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés, cuestión que de ninguna manera excluye la opción, que naturalmente continúa vigente, de que los integrantes de tales consorcios o uniones temporales también puedan, si así lo deciden y siempre que para ello satisfagan los requisitos y presupuestos exigidos en las normas vigentes para el efecto, comparecer a los procesos judiciales –bien como demandantes, bien como demandados, bien como terceros legitimados o incluso en la condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda–, opción que de ser ejercida deberá consultar, como resulta apenas natural, las exigencias relacionadas con la debida integración del contradictorio, por manera que, en aquellos eventos en que varios o uno solo de los integrantes de un consorcio o de una unión temporal concurren a un proceso judicial, en su condición individual e independiente, deberán satisfacerse las reglas que deban aplicarse, según las particularidades de cada caso específico, para que los demás integrantes del correspondiente consorcio o unión temporal deban o puedan ser vinculados en condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda.”

En consecuencia, con sujeción a los fundamentos y conclusiones expuestos en la sentencia de unificación que se deja parcialmente transcrita, la Sala encuentra que la unión temporal Auditoría Médica, en cuanto compareció al proceso a través de su representante, quien a su vez otorgó poder en debida forma a un profesional del derecho para que acudiera a la instancia judicial en ejercicio de la acción contractual objeto del presente pronunciamiento, se encuentra legitimada para integrar el extremo activo de la presente controversia.

4-. De la celebración de contratos por entidades promotoras de salud de naturaleza pública que se encuentran en proceso de liquidación y su régimen jurídico.

En atención al caudal probatorio acopiado, evidencia la Sala que el Contrato No. 002 del 12 de abril de 2000 fue celebrado por la unión temporal Auditoría Médica y la entidad demandada, cuando respecto de esta última ya había sido ordenada la toma de posesión por parte de la Superintendencia Nacional de Salud con el propósito de iniciar su proceso de liquidación, decisión que se adoptó mediante Resolución No. 1940 del 13 de diciembre de 1999.

Es más, el Contrato No. 002 en cuyo interior se produjo de manera unilateral la decisión que ahora es objeto de impugnación, fue celebrado con el preciso propósito de ejecutar labores propias del proceso liquidatorio, tales como la auditoría y revisión, desde los puntos de vista médico y contable, de las reclamaciones presentadas por los acreedores de la E.P.S., intervenida.

Se impone puntualizar, tal y como se anotó en acápite anterior, que dado que la

E.P.S. Risaralda S.A.³⁴, correspondía a una entidad promotora de salud de naturaleza pública, el proceso de liquidación del cual la misma fue objeto desde el mes de diciembre de 1999, en modo alguno transformó o alteró su carácter estatal, en tanto que la finalidad de dicho procedimiento administrativo no era otra distinta que la de solventar la universalidad de activos en cabeza de la entidad con miras a saldar gradualmente las acreencias a su cargo, teniendo en cuenta la prelación de créditos, de modo que al momento en que se extinguiera su existencia jurídica, en lo posible no perduraran obligaciones pendientes por reconocer y pagar; todo lo anterior sin perjuicio de que mientras se prolongara el proceso de disolución, subsistiera la obligación de garantizar la continuidad de la prestación del servicio esencial de salud a los afiliados al sistema.

Por contera y teniendo en cuenta que el propósito del procedimiento administrativo adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud en el caso concreto, no consistía en la inyección de capital nuevo o de recursos provenientes de los particulares para lograr su recuperación como podría ocurrir eventualmente en los procesos de toma de posesión con fines de administración, cuyo cometido radica principalmente en enfrentar los hechos que motivaron su desestabilización económica y adoptar medidas encaminadas a restablecer y fortalecer a la entidad o sociedad para viabilizar la continuidad en el desarrollo de su objeto social y preservar su existencia jurídica, se impone entonces concluir que la entidad intervenida E.P.S. Risaralda S.A., en liquidación, hasta el momento mismo de su extinción mantuvo su naturaleza estatal.

Siguiendo el lineamiento trazado es de concluir que el contrato de prestación de servicios profesionales No. 002/2000 en cuanto fue celebrado por una entidad estatal, corresponde a un contrato estatal.

Así pues la Ley 80, en su artículo 32, al tratar de definir el concepto de contrato estatal, señaló:

“Artículo 32. Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación.

De la literalidad de la norma en cita se extrae con claridad que el criterio básico de

³⁴ La Ley 100 de 1993, estableció en el artículo 179 que las EPS, en orden a garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, prestarían directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales.

identificación de un contrato estatal lo constituye un elemento orgánico o subjetivo, por manera que tal clasificación se predicará de todo vínculo contractual en el cual uno de sus extremos lo integre una entidad estatal.

Sobre el particular la jurisprudencia de esta Corporación de antaño ha precisado que la naturaleza del contrato estatal no obedece al régimen jurídico o legal que lo informa, sino a la naturaleza pública de la cual participa la entidad que lo suscribe:

“De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”³⁵

En línea con este planteamiento se impone destacar que para determinar la naturaleza jurídica de un contrato será necesario esclarecer primero la naturaleza de las partes que concurren a su celebración, de tal manera que si una de ellas se encuentra integrada o conformada por una de las entidades que la misma Ley 80 califica como estatales en el numeral 2 de su artículo 2, el contrato en cuestión corresponderá a la categoría de los estatales, independientemente de que su régimen específico o su tipificación se encuentren consagrados en el propio Estatuto de Contratación Estatal, en las normas del derecho privado, en disposiciones especiales o incluso si perteneciere a la clasificación de los atípicos y/o innominados.

En consecuencia, los contratos celebrados por las entidades enunciadas en el artículo segundo de la Ley 80 de 1993, en cuanto corresponden a la categoría de los contratos estatales, por regla general deberán regirse en su integridad, esto es en los aspectos relacionados con su formación, perfeccionamiento, ejecución y liquidación, por las disposiciones contenidas en el Estatuto de Contratación Estatal y en lo que allí no se encuentre expresamente regulado se incorporarán las disposiciones comerciales y civiles pertinentes. Así lo dispone con claridad el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80, a cuyo tenor:

“Artículo 13º.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.”

Con todo, en aquellos asuntos en que la propia Ley 80 o disposiciones legales

35 Sección Tercera del Consejo de Estado, 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández.

posteriores, de manera específica y expresa, excluyan del ámbito del Estatuto de Contratación Estatal, total o parcialmente, se registrarán entonces por las normas a cuya aplicación haya lugar.

Así pues, ocurre que la Ley 80 de 1993 adicionalmente consagró reglas de exclusión en cuanto a la aplicación de su propio articulado y de manera expresa determinó cuáles serían las entidades que, a pesar de ser de naturaleza estatal, en su actividad contractual no se encontrarían sometidas a las normas de dicho estatuto.

Tal es el caso, por citar algunos, del régimen de contratación de las entidades de crédito, de seguros y financieras de carácter estatal respecto de los cuales el párrafo primero del artículo 32³⁶ de dicho estatuto precisó que los actos y contratos relacionados con el giro ordinario de las funciones de las aludidas entidades estatales se someterían a las normas que regían dichas actividades, esto es las normas propias del derecho civil, mercantil y financiero. Así mismo, en su artículo 76³⁷ exceptuó de la aplicación de sus normas a los contratos de exploración y explotación de recursos naturales respecto de los cuales dispuso que continuarían rigiéndose por la legislación especial que les fuere aplicable.

Así también lo dispuso el Estatuto de Contratación Estatal en relación con los contratos que celebraran las entidades estatales en el sector salud y para la prestación de ese servicio, respecto de los cuales estableció una excepción al procedimiento administrativo de licitación consagrado como regla general para la selección de los contratistas, así:

“Artículo 24. Del Principio de transparencia.

³⁶ “Artículo 32.

“(…)”.

Parágrafo primero. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.”

³⁷ **Artículo 76º.-** *De los Contratos de Exploración y Explotación de los Recursos Naturales. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse.*

Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta Ley.

En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos.

En virtud de este principio:

1. *La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de la licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en que se podrá contratar directamente.”*

...

“l) Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de los servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios.”

De igual forma es claro que existen regímenes especiales de contratación de entidades estatales que escapan al ámbito de la Ley 80, en tanto otras normas o disposiciones posteriores de raigambre legal así lo han dispuesto. Tal es el caso, entre muchos otros, de los contratos que celebre la Nación para edición e impresión de los medios de comunicación impresos, los cuales, de conformidad con los dictados del artículo 33 de la Ley 98 de 1993, sólo podrán celebrarse con empresas editoriales e impresoras establecidas legalmente en Colombia. Así mismo, la Ley 99 de ese mismo año, mediante la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente, dispuso la creación de corporaciones civiles sin ánimo de lucro, de carácter estatal, pero cuyo régimen contractual se sometería a las normas del derecho privado.

En igual sentido, al expedir la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el sistema de seguridad social integral, se introdujeron varias reglas exceptivas a la aplicación del estatuto de contratación estatal en esa materia.

En primer lugar, en su artículo 195³⁸, se consagró que el régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado, en el sector salud, se rige por las normas del derecho privado, aun cuando podrían incluirse y ejercerse las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública; no obstante cabe aclarar que tal exención no se hizo extensiva a las Empresas Promotoras de Salud de carácter público, sino hasta la expedición de la

³⁸ De conformidad con la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, el régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado³⁸ en el sector salud se determinó así:

“ARTICULO. 195.- Régimen jurídico. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

“(…)”

“6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto de la administración pública.”

Posteriormente, la Ley 1122 de 2007, en su artículo 45, dispuso: *Régimen de contratación de EPS públicas*. Las Empresas promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y Contributivo Públicas tendrán el mismo régimen de contratación que las Empresas Sociales del Estado.

Ley 1122 de 2007, en virtud de la cual se contempló que el régimen de contratación de las E.P.S., públicas sería el previsto para las Empresas Sociales del Estado.

En segundo lugar, la Ley 100 de 1993 en sus artículos 215 y 216³⁹ creó un régimen especial para la contratación entre las direcciones locales, distritales o departamentales de salud y las entidades administradoras del régimen subsidiado, cuya naturaleza, dicho sea de paso, se identifica con la de la EPS demandada, habida consideración de que de conformidad con su certificado de existencia y representación legal, dentro de su objeto social se incluyó que la sociedad podría *“actuar como administradora del régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, mediante la contratación con las entidades responsables del subsidio.”*

El ámbito de aplicación de esta regla exceptiva al régimen de contratación estatal ha sido explicado por la doctrina en los siguientes términos:

³⁹ ARTÍCULO 215. ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO. Las direcciones locales, Distritales o Departamentales de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.

Las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el Plan de Salud Obligatorio.

ARTÍCULO 216. REGLAS BÁSICAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN DE SUBSIDIOS EN SALUD.

“(..).

2. Cuando la contratación se haga con una entidad que no sea propiedad de los usuarios como las Empresas Solidarias de Salud, la contratación entre las direcciones seccionales o locales de salud con las Entidades Promotoras de Salud se realizará mediante concurso y se registrará por el régimen privado, pudiendo contener cláusulas exorbitantes propias del régimen de derecho público

3. Un representante de los beneficiarios del régimen subsidiado participará como miembro de las juntas de licitaciones y adquisiciones o del órgano que hace sus veces, en la sesión que defina la Entidad Promotora de Salud con quien la Dirección Seccional o Local de Salud hará el contrato. El Gobierno Nacional reglamentará la materia especialmente lo relativo a los procedimientos de selección de los representantes de los beneficiarios.

4. Si se declara la caducidad de algún contrato con las Entidades Promotoras de Salud que incumplan las condiciones de calidad y cobertura, la entidad territorial asumirá la prestación del servicio mientras se selecciona una nueva Entidad Promotora.

5. Los beneficiarios del sistema subsidiado contribuirán a la financiación parcial de la organización y prestación de servicios de salud, según su condición socioeconómica, conforme a la reglamentación que expida el Consejo de Seguridad Social en Salud.

6. Las Direcciones locales de Salud, entre sí o con las direcciones seccionales de salud podrán asociarse para la contratación de los servicios de una Entidad Promotora de Salud.

7. Las Entidades Promotoras de Salud que afilien beneficiarios del régimen subsidiado recibirán de los fondos seccionales, distritales y locales de salud, de la cuenta especial de que trata el párrafo del artículo 214, por cada uno de los afiliados hasta el valor de la unidad de pago por capitación correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 de la presente Ley. Durante el período de transición el valor de la Unidad de Pago por Capitación será aquel correspondiente al plan de salud obligatorio de que trata el párrafo 2 del artículo 162 de la presente Ley.

PARÁGRAFO 1o. Los recursos públicos recibidos por las Entidades Promotoras de Salud y/o las instituciones prestadoras de servicios se entenderán destinados a la compra y venta de servicios en los términos previstos en el artículo 29 de la Ley 60 de 1993.

PARÁGRAFO 2o. El 50% de los recursos del subsidio para ampliación de cobertura se distribuirá cada año entre los beneficiarios del sector rural y las comunidades indígenas, hasta lograr su cobertura total.

“Ahora bien, en cuanto al régimen jurídico aplicable a los mencionados contratos para la administración de los recursos del subsidio, el artículo 216 de la Ley 100 de 1993 dispone que las direcciones seccionales o locales de salud deben contratar preferencialmente dicha administración con Empresas Promotoras de Salud de carácter comunitario tales como las empresas solidarias de salud (num. 1). Si la contratación se pretende efectuar con entidades promotoras de salud que no tengan el carácter comunitario, debe realizarse mediante concurso y se regirá por el régimen privado, pudiendo contener cláusulas exorbitantes propias del régimen del derecho público (num. 2°).

(...).

“En síntesis, la prestación de los servicios de salud propios del régimen subsidiado se financian con los referidos recursos y la contratación para la administración de los mismos por parte de las entidades públicas para garantizar dicha prestación con Empresas Promotoras de Salud, está sometida al régimen especial previsto en el artículo 216.”⁴⁰

Finalmente, el artículo 286 de la Ley 100 de 1993 previó que cuando una entidad pública de seguridad social decidiera enajenar o arrendar bienes muebles o inmuebles debería ofrecer condiciones preferentes a las personas jurídicas conformadas por sus exfuncionarios o en los cuales ellos formaren parte, a lo cual agregó que debían ofrecer condiciones especiales de crédito y plazos que faciliten la operación.

Sin embargo, si bien los ejemplos descritos con anterioridad, entre otros, constituyen reglas de excepción a la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal, ello no equivale a afirmar que en tales casos las entidades de naturaleza pública o estatal se encuentren relevadas de observar y acatar los principios constitucionales que abarcan todas las actuaciones del Estado, incluidas las de carácter eminentemente contractual.

Tal imperativo resulta palmario por cuanto la Constitución Política consagra diversas reglas y principios que irradian la actividad del Estado, los cuales sin duda resultan de obligatoria observancia para todas las entidades públicas que forman parte de su estructura, independientemente de que el régimen de contratación de algunas de ellas lo constituyan las normas del derecho privado.

Desde esta perspectiva, aun cuando el Estatuto de Contratación Estatal se haya

⁴⁰ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal”. Segunda Edición. 2003. Legis Editores. Pag. 843.

encargado de excluir la aplicación de sus propias normas para la contratación de algunas entidades, esa exclusión por ningún motivo se puede entender como una patente para inobservar los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, entre otros, en todas las actividades encaminadas a desarrollar las funciones asignadas por la Ley y aquellas que se requieran para el cabal cumplimiento de su objeto principal.

En suma, debe agregarse que los principios que están llamados a gobernar las actividades de este tipo de entidades, como las de todas las entidades de carácter estatal, además de aquellos recogidos en el artículo 209 constitucional, son todos aquellos que emanan de la Carta Política, tales como el principio de legalidad, el del debido proceso, el de libre concurrencia y el de buena fe, entre muchos otros.

Ahora bien, expuesto lo anterior y en punto a la particularidad que rodea el caso concreto, en cuanto se trata de un contrato celebrado por la E.P.S. Risaralda S.A., en liquidación, entidad que aunque de naturaleza estatal, para el momento de su celebración se encontraba en proceso de liquidación, por manera que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 1922 de 1994⁴¹, la toma de posesión para liquidar una EPS se debía regir por los procedimientos administrativos previstos en el artículo 116⁴² del Decreto–ley 663 de 1993, por el

⁴¹ Artículo 32 del Decreto 1922 de 1994. Procedimientos de la intervención para liquidar. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto-ley 1259 de 1994, los procedimientos administrativos para la intervención o toma de posesión para liquidar una entidad promotora de salud, serán en lo que sea pertinente, los previstos en el artículo 116 del Decreto-ley 663 de 1993 y las demás normas que lo complementen o modifiquen.

⁴² ARTICULO 116. TOMA DE POSESION PARA LIQUIDAR. Artículo modificado por el artículo 22 de la Ley 510 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:

La toma de posesión conlleva:

a) La separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida. En la decisión de toma de posesión la Superintendencia Bancaria podrá abstenerse de separar determinados directores o administradores, salvo que la toma de posesión obedezca a violación a las normas que regulan los cupos individuales de crédito o concentración de riesgo, sin perjuicio de que posteriormente puedan ser separados en cualquier momento por el agente especial;

b) La separación del revisor fiscal, salvo que en razón de las circunstancias que dieron lugar a la intervención, la Superintendencia decida no removerlo. Lo anterior sin perjuicio de que posteriormente pueda ser removido por la Superintendencia Bancaria. El reemplazo del revisor fiscal será designado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. En el caso de liquidación Fogafin podrá encomendar al revisor fiscal el cumplimiento de las funciones propias del contralor;

c) La improcedencia del registro de la cancelación de cualquier gravamen constituido a favor de la intervenida sobre cualquier bien cuya mutación está sujeta a registro, salvo expresa autorización del agente especial designado. Así mismo, los registradores no podrán inscribir ningún acto que afecte el dominio de los bienes de propiedad de la intervenida, so pena de ineficacia, salvo que dicho acto haya sido realizado por la persona antes mencionada;

d) La suspensión de los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la entidad objeto de toma de posesión por razón de obligaciones anteriores a dicha medida. A los procesos ejecutivos se aplicarán en lo pertinente las reglas previstas por los artículos 99 y 100 de la Ley 222 de 1995, y cuando allí se haga referencia al concordato se entenderá que se hace relación al proceso de toma de posesión. La actuación correspondiente será remitida al agente especial;

e) La cancelación de los embargos decretados con anterioridad a la toma de posesión que afecten bienes de la entidad. La Superintendencia Bancaria libraré los oficios correspondientes;

cual se actualizó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas que lo complementaran o modificaran, es decir, se sometería a las normas de liquidación de las entidades financieras.

Las disposiciones que complementan todo el aspecto concerniente al procedimiento de liquidación forzosa, se encuentran recogidas dentro del mismo estatuto orgánico en los artículos 293 a 301, en los cuales se contempla las finalidades del proceso concursal y determina que la realización de activos y de los demás actos de gestión se regirán por las normas del derecho privado aplicables por la naturaleza del asunto.

Así mismo en el numeral noveno del artículo 293 se establece que el Liquidador tendrá como función principal la guarda y administración de los bienes que se encuentren en poder de la intervenida y, según el literal i) de dicho numeral, en desarrollo de la misma podrá celebrar todos los actos y contratos requeridos para

f) La suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión, cuando así lo disponga la Superintendencia Bancaria, en el acto de toma de posesión. En el evento en que inicialmente no se hayan suspendido los pagos, la Superintendencia Bancaria en el momento en que lo considere conveniente, podrá decretar dicha suspensión. En tal caso los pagos se realizarán durante el proceso de liquidación, si ésta se dispone, o dentro del proceso destinado a restablecer la entidad para que pueda desarrollar su objeto social de acuerdo con el programa que adopte el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras o se acuerde con los acreedores. No obstante, la nómina continuará pagándose normalmente, en la medida en que los recursos de la entidad lo permitan;

g) La interrupción de la prescripción y la no operancia de la caducidad respecto de los créditos a cargo de la entidad que hayan surgido o se hayan hecho exigibles antes de la toma de posesión. En el evento en que se decrete la cesación de pagos o la liquidación de la entidad, o se reduzca su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito, la misma dejará de estar sujeta al régimen de la renta presuntiva;

h) El que todos los depositantes y los acreedores, incluidos los garantizados, quedarán sujetos a las medidas que se adopten para la toma de posesión, por lo cual para ejercer sus derechos y hacer efectivo cualquier tipo de garantía de que dispongan frente a la entidad intervenida, deberán hacerlo dentro del proceso de toma de posesión y de conformidad con las disposiciones que lo rigen. En relación con los créditos con garantías reales se tendrá en cuenta la preferencia que les corresponde, según sea el caso, esto es, de segundo grado si son garantías muebles y de tercer grado si son inmuebles.

PARAGRAFO. La separación de los administradores y del revisor fiscal por causa de la toma de posesión, al momento de la misma o posteriormente, da lugar a la terminación del contrato de trabajo por justa causa y por ello no generará indemnización alguna.

2. Término. Dentro de un término no mayor de dos (2) meses prorrogables contados a partir de la toma de posesión, la Superintendencia Bancaria, previo concepto del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, determinará si la entidad debe ser objeto de liquidación, si se pueden tomar medidas para que la misma pueda desarrollar su objeto conforme a las reglas que la rigen o si pueden adoptarse otras medidas que permitan a los depositantes, ahorradores o inversionistas obtener el pago total o un pago parcial de sus créditos de conformidad con este artículo. En los dos últimos casos, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras presentará a la Superintendencia Bancaria el programa que aquél seguirá con el fin de lograr el cumplimiento de la medida y en el cual se señalarán los plazos para el pago de los créditos. Dicho programa podrá ser modificado cuando las circunstancias lo requieran, evento que se comunicará a la Superintendencia Bancaria y a los interesados. Lo anterior sin perjuicio de que pueda haber acuerdos entre los acreedores y la entidad objeto de la toma de posesión.

En el evento de que se disponga la liquidación de la entidad por parte de la Superintendencia Bancaria, la toma de posesión se mantendrá hasta que termine la existencia legal de la entidad o hasta que se entreguen los activos remanentes al liquidador designado por los accionistas, una vez pagado el pasivo externo. Si se decide adoptar las medidas necesarias para que la entidad pueda desarrollar su objeto social de acuerdo con las normas que la rigen u otras medidas que permitan obtener el pago total o parcial de los créditos de los depositantes, ahorradores e inversionistas, en la forma prevista en este artículo, la toma de posesión se mantendrá hasta que la Superintendencia Bancaria, previo concepto del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, determine la restitución de la entidad a los accionistas.

Cuando no se disponga la liquidación de la entidad, la toma de posesión no podrá exceder del plazo de un (1) año, prorrogable por la Superintendencia Bancaria, por un plazo no mayor de un año; si en ese lapso no se subsanaren las dificultades que dieron origen a la toma de posesión, la Superintendencia Bancaria dispondrá la disolución y liquidación de la institución vigilada. Lo anterior sin perjuicio de que el Gobierno por resolución ejecutiva autorice una prórroga mayor cuando así se requiera en razón de las características de la entidad.

el debido desarrollo de la liquidación, incluidos los negocios o encargos fiduciarios que faciliten su adelantamiento, restituir bienes recibidos en prenda, cancelar hipotecas y representar a la entidad en las sociedades en que sea socia o accionista, así como transigir, comprometer, compensar o desistir, judicial o extrajudicialmente, siempre que no se afecte la igualdad de los acreedores de acuerdo con la ley;

En cuanto al régimen aplicable a las actuaciones del Liquidador el numeral primero del artículo 295 dispone que dicho funcionario ejercerá funciones públicas administrativas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad de las reglas del derecho privado a los actos de gestión que deba ejecutar con ocasión del proceso liquidatario.

Seguidamente, los numerales 2 y 3 del artículo 295 se encargan de establecer la naturaleza de los actos del Liquidador y en tal virtud dispone que *“las impugnaciones y objeciones que se originen en las decisiones del liquidador relativas a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y, en general, las que por su naturaleza constituyan actos administrativos, corresponderá dirimirlos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”* A continuación consagra que también podrá adelantar actos de gestión en relación con los cuales determina que las controversias que se originen en ese tipo de actuaciones o en los contratos que celebre será resueltos por la jurisdicción ordinaria.

Finalmente, el numeral once del mismo artículo textualmente reza:

“11. Contratación. *Para el cumplimiento de las finalidades de la liquidación, las entidades intervenidas podrán contratar entre sí la prestación de servicios administrativos relacionados con la gestión de la liquidación, así como celebrar convenios con el mismo fin, o contratos de mandato con terceros, incluido el Fondo de Garantías.* (Subraya la Sala).

De la normativa en referencia se desprende con claridad que el funcionario Liquidador, en desarrollo de su ejercicio, está facultado legalmente para proferir actos administrativos, cuya expedición en todo caso estará condicionada a que la materia que allí se recoja verse sobre aspectos íntimamente ligados a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos o a decisiones proferidas

en ejercicio de la función administrativa de la cual está dotado transitoriamente⁴³ y así mismo podrá realizar actos de gestión.

También se colige de dicha normativa que todos los actos del Liquidador encaminados a realizar los activos de la entidad y los actos de gestión cuya finalidad radique en culminar el proceso liquidatorio, estarán gobernados por las normas del derecho privado. Cabe agregar al respecto, como se evidencia de la misma norma legal en mención, que dentro del marco y contexto del procedimiento de liquidación, los actos de gestión no los constituyen únicamente aquellas actuaciones unilaterales del funcionario, desplegadas con ocasión de la liquidación de la entidad, pues tal concepto sin duda abarca igualmente los contratos que se celebren con el preciso propósito antes señalado.

Ese ha sido el entendimiento que esta Corporación ha prohiado a propósito de la naturaleza y el alcance de los actos del Liquidador:

“2.3.1.- Constituyen *actos administrativos*, los que resultan de una actuación administrativa que adelante el Liquidador, la cual, siguiendo el artículo 4º del C.C.A. puede darse por el ejercicio del derecho de petición en interés general, por ejercicio del derecho de petición en interés particular, en cumplimiento de un deber legal o de oficio, cuyo conocimiento por la autoridad competente comporte ejercicio de la función administrativa, según lo establece el artículo 1º del dicho Código.

De esas cuatro formas de actuación administrativa, se puede decir que la más viable en el caso de la actividad del Liquidador en la liquidación forzosa o administrativa es la que se inicia por ejercicio del derecho de petición de interés particular, puesto que ese es el carácter de los intereses y derechos que usualmente involucra dicho proceso, mientras que los asuntos objeto de las otras actuaciones no encuadran en las funciones administrativas de éste, según puede apreciar más adelante.

*Al fin y al cabo, según el artículo 293, numeral 1, del estatuto Financiero. “**El proceso de liquidación forzosa administrativa** de una entidad vigilada por la*

⁴³ Sentencia T-258 de 2007 de la Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández: “Dado que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º. del art. 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el liquidador “ejercerá funciones públicas administrativas transitorias”, los actos del liquidador, de que trata el inciso 1º. del artículo 7º del Decreto-Ley 254 de 2000 (modificado por el art. 7º. de la Ley 1105 de 2006), en cuanto resulten manifiestamente contrarios a la ley, pueden llegar a ser subsumibles dentro de la hipótesis típica contenida en el artículo 413 del Código Penal, que describe el delito de prevaricato por acción.

“De igual forma, en razón del ejercicio de funciones públicas administrativas transitorias por parte del liquidador, resulta aplicable a sus acciones y omisiones la Ley 734 de 2002, (Código Disciplinario Único), que establece la responsabilidad disciplinaria derivada de la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo (art. 48, numeral 1º.), erige como falta disciplinaria el incumplimiento de los deberes y la extralimitación en el ejercicio de los derechos y funciones (art. 23), y alude en forma expresa a la imparcialidad que el sujeto disciplinable ha de observar en el desempeño de las funciones propias de su cargo (art. 22). En el inciso final del párrafo segundo del artículo 6º. del Decreto-Ley 254 de 2000 se establece que “El liquidador enviará a la Contraloría General de la República copia del informe correspondiente, para los efectos relacionados con su responsabilidad como liquidador”.

Superintendencia Bancaria es un proceso concursal y universal, tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores sin perjuicio de las disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos.”

*De allí que el previamente transcrito numeral 2 del mismo artículo centre los actos administrativos en las **decisiones** del liquidador relativas a la **aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos**, pues todas ellas se producen para responder a peticiones en interés particular, usualmente de los acreedores, por lo que es dable concluir que son actos administrativos del Liquidador todas las decisiones relativas a peticiones en interés particular que le corresponde resolver en relación con la liquidación a su cargo.*

2.3.2. Actos preparatorios y de trámite, por su parte, son los que se profieren para sustentar o fundamentar las decisiones y darle impulso a las mismas, tales como el que ordena la publicación del emplazamiento de los acreedores, la citación o requerimientos de personas, cuando sea del caso, entre otros.

2.3.3. Actos de gestión del Liquidador vienen a ser tanto los unilaterales como los plurilaterales que se rigen por el derecho privado y que usualmente no están relacionados con peticiones de interés particular, sino con el cumplimiento oficioso de sus facultades y deberes para la debida realización o finalización del respectivo proceso, señaladas principalmente en el citado artículo 295, numeral 9, del Estatuto citado, pudiéndose extraer de ellos, a guisa de ilustración, los relativos a la guarda y administración de los bienes en poder de la intervenida, los de formación y guarda de la masa de la liquidación, lo que implica la elaboración y contabilización del inventario de éstos, según el artículo 180 de la Ley 222 de 1995; la contabilización de activos y pasivos de la empresa liquidada; recuperación, celebración de contratos para enajenación o arrendamiento, entrega de los mismos, efectuar pagos, adicionar o modificar el inventario por inclusión o exclusión de bienes de la masa, presentación de cuentas.”⁴⁴ (subraya la Sala)

Descendiendo el derrotero argumentativo que antecede al caso concreto, la Sala precisa que el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales celebrado el 12 de abril del año 2000, entre la E.P.S. Risaralda en Liquidación y la Unión Temporal Auditoría Médica, en cuanto su objeto consistió en la auditoría y revisión de las reclamaciones presentadas por los acreedores de la entidad dentro del proceso liquidatorio en orden a proceder a su aceptación o rechazo, para la Sala se impone concluir que el referido negocio jurídico está llamado a enmarcarse dentro de las denominadas actividades o actos de gestión en la medida en que con su celebración no se persiguió cosa distinta que inventariar y revisar las acreencias a cargo de la entidad para posteriormente satisfacer las reclamaciones que resultaran procedentes y negar las que no cumplieran con las exigencias normativas.

⁴⁴ Sección Primera del Consejo de Estado, 14 de diciembre de 2009, Exp. 2003-00708, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Concatenado con lo expuesto resulta imperativo concluir que el Contrato No. 002 de 2000 materia de debate, al corresponder a una actuación de gestión adelantada dentro del proceso liquidatorio del cual era objeto la EPS contratante, en su celebración, ejecución y terminación debía regirse por las normas propias del derecho privado.

Habiendo despejado la cuestión relativa al régimen contractual aplicable al negocio jurídico en examen, el análisis que por contera corresponde abordar a continuación se contrae a establecer si las decisiones enjuiciadas a través de la presente demanda, vertidas en las Resoluciones No. 151 y 152 del 30 de julio y 30 de agosto de 2001, respectivamente, en realidad constituyen verdaderos actos administrativos.

5.- La naturaleza de las decisiones acusadas.

De entrada la Sala estima pertinente poner de presente, como lo ha sostenido de tiempo atrás, que independientemente del ropaje que lo revista o el título que se le otorgue, ya sea resolución, auto u oficio, el acto de la Administración adquirirá el carácter de acto administrativo siempre que el mismo entrañe los siguientes elementos:

- Manifestación unilateral de voluntad de la Administración;
- Expedida en ejercicio de una función administrativa;
- Que cree, modifique o extinga una situación jurídica de carácter general o particular, y
- Que produzca efectos jurídicos vinculantes para la Administración y su (s) destinatario (s).

Así pues, observa la Sala que a través de la Resolución No. 0151 de 30 de julio de 2001, cuya anulación se solicita, la E.P.S. Risaralda S.A., en liquidación, actuando a través de su Liquidador, dispuso la liquidación unilateral de un contrato de prestación de servicios que, según se dejó advertido anteriormente, corresponde a un negocio jurídico que a pesar de haber sido celebrado por una entidad de naturaleza estatal, lo cierto es que en todos sus aspectos se encuentra sometido a las normas del derecho privado, razón por la cual los extremos cocontratantes en su celebración, ejecución y culminación, no contaban con algún tipo de

prerrogativa distinta que las propias del derecho común.

Ciertamente, resulta de especial relevancia advertir que la liquidación unilateral de un contrato constituye una figura propia y exclusiva del Estatuto de Contratación Estatal, de manera que no corresponde a una actuación negocial o conjunta de las partes, sino a una decisión que adopta la entidad estatal contratante de manera unilateral, esto es sin necesidad de contar con la voluntad o con el consentimiento del respectivo contratista particular, modalidad a la cual habrá lugar en los eventos y con las exigencias establecidas para esos casos por la ley; esta modalidad de *liquidación* ha sido concebida y regulada como subsidiaria de la *liquidación bilateral o conjunta*.

El carácter subsidiario que le corresponde a la liquidación unilateral, respecto de la bilateral o conjunta, lo evidencia la norma legal que la consagra en cuanto supedita su procedencia a una cualquiera de las siguientes hipótesis fácticas: i) que el contratista particular no se presente a la liquidación, con lo cual imposibilita la realización de una liquidación bilateral o conjunta, ó ii) que las partes no lleguen a acuerdo sobre el contenido de la liquidación, cuestión que igualmente impide la adopción conjunta del respectivo corte de cuentas.

Así las cosas, sólo si se configura una de las circunstancias enunciadas, la Entidad Estatal quedará facultada para practicar la liquidación correspondiente de manera directa y unilateral, caso en el cual procederá a adoptarla mediante la expedición de un acto administrativo debidamente motivado, el cual será pasible del recurso de reposición en vía gubernativa.

Retomando el punto en debate, ha de advertirse que si bien el funcionario Liquidador de la E.P.S. Risaralda S.A., por virtud del artículo 295 de Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estaba investido de funciones administrativas transitorias, lo cierto es que, según se desprende de la misma disposición legal, su ejercicio evidentemente se encontraba reglado. No se puede perder de vista que los actos administrativos para cuya expedición se encontraba facultado, son aquellos directamente relacionados con las decisiones de aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos o decisiones proferidas en ejercicio de función administrativa, tales como las respuestas que debiere proferir a las peticiones presentadas por las personas que se hicieran parte dentro del trámite liquidatorio.

No obstante, en lo que toca con los actos de gestión dentro de los cuales se encontraban incorporados los contratos celebrados y ejecutados para impulsar el procedimiento liquidatorio y llevarlo hasta su etapa final, como quedó anotado, no puede comportar en modo alguno el ejercicio de una función administrativa, por manera que las relaciones negociales entabladas por el Liquidador de la entidad pública con el fin prescrito, si bien deben estar permeadas por los principios que orientan todas las actuaciones del Estado, no por tal razón en su ejercicio cuenta con facultades para emplear o acudir a la liquidación unilateral del contrato, que aun cuando no constituye una potestad excepcional, su implementación sin duda corresponde al ejercicio de una función administrativa que en todo caso está reservada para las entidades estatales que celebren contratos sometidos al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o a las disposiciones que expresamente lo permitan.

En términos similares y en torno a la naturaleza de los actos de gestión la Sección Primera de esta Corporación, en la sentencia referida anteladamente, reflexionó:

*“En ese contexto, la Sala encuentra que el oficio acusado no es un acto administrativo, puesto que está relacionado con la contabilización de los activos de la deudora en liquidación y, correlativamente, con la modificación de la masa o del inventario de la misma, y no con aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos, como el mismo demandante lo pone de presente, ni, en general, con ejercicio de función administrativa o actuación administrativa del Liquidador, pues no responde a petición en interés particular del solicitante, sino a lo que sustancialmente constituye una denuncia de bienes supuestamente de propiedad de la deudora en liquidación, prevista en el artículo 180 de la Ley 222 de 1995, como atrás se constató, tanto así que en la demanda se invoca dicha disposición como fundamento de esa solicitud. Recuérdese que en tal disposición se contempla que **“Con los mencionados inventarios se abrirá un cuaderno, el cual quedará a disposición de los socios, acreedores y terceros, con el objeto de que en cualquier tiempo denuncien bienes de propiedad del deudor”**.*

Se trata entonces de una manifestación relacionada con una actividad de gestión del Liquidador, cual es la de contabilización de los activos de la liquidadora y, consiguientemente, de modificar o no el inventario;(…)”

“Por lo demás, lo plasmado en el oficio no hace más que indicar la improcedencia de la contabilización solicitada, sin tener efecto jurídico directo o inmediato alguno de forma que cree, modifique, extinga o impida una situación jurídica determinada.

“En consecuencia, el referido oficio no es susceptible de control por esta jurisdicción, luego la demanda carece de objeto que le corresponda a la misma para decidir de fondo, de allí que de oficio, se deba declarar probada la excepción de falta de jurisdicción, y la Sala se deba inhibir para pronunciarse sobre el fondo del asunto, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia, para lo cual revocará la sentencia en cuanto bajo la premisa de que el oficio

demandado era acto administrativo, examinó el fondo de la demanda."⁴⁵

Se tiene entonces que en cuanto el Contrato No. 002 de 2000 de Prestación de Servicios Profesionales, corresponde a un acto de gestión bilateral sometido a las normas del derecho privado, que no consulta el ejercicio de una función administrativa⁴⁶ y que para el particular no existe una previsión legal que autorice su liquidación unilateral por parte de uno de los extremos contratantes, es del caso concluir que la Resolución No. 0151 de 30 de julio de 2001 expedida por el liquidador de la E.P.S Risaralda S.A., en liquidación no constituyó un verdadero acto administrativo y en tal virtud no pasó de ser una manifestación unilateral de la voluntad del órgano liquidador que no estaba llamada a producir efecto jurídico alguno.

En otras palabras, la Resolución No. 0151 de 30 de julio de 2001 contiene una manifestación de la voluntad de la Administración que aun cuando en apariencia correspondía a un acto administrativo, lo cierto es que no logró adquirir tal calidad al ser proferido por un funcionario que si bien estaba investido transitoriamente de función administrativa, no puede olvidarse que dicha función había sido conferida legalmente para ser ejercida respecto de unas precisas y específicas materias que nada tenían que ver con los contratos celebrados por la entidad en liquidación y menos con las actuaciones desarrolladas en relación con los mismos; de ahí que ninguna decisión o manifestación de la voluntad emanada de la entidad que tuviera directa relación con los contratos por ella celebrados dentro y con ocasión del procedimiento liquidatario puede entenderse expedida en ejercicio de función administrativa y por esa precisa razón no podía constituir un acto administrativo.

Como consecuencia lógica de lo anterior, la misma conclusión habrá de predicarse respecto de la Resolución No. 152 del 30 de agosto de 2001 por la cual se resolvió

⁴⁵ Sección Primera del Consejo de Estado, 14 de diciembre de 2009, Exp. 2003-00708, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

⁴⁶ En relación con la naturaleza de las decisiones emanadas de la entidad estatal dentro de un procedimiento contractual sometido a las normas del derecho privado, esta Sección se ha pronunciado:

"Menos aún tiene vocación de prosperidad la pretensión consistente en que se declare nulo el oficio n.º 25000205-001604 del 23 de junio de 1999, puesto que en forma alguna tal documento, emanado de la entidad, constituye un acto administrativo. Telecom, dentro del marco de las relaciones establecidas con el contratista se encontraba sometido, como se advirtió con anterioridad, a las normas civiles y comerciales, y obraba en condición de contratante por fuera de la Ley 80 de 1993, de suerte que la comunicación que dirigió al contratista para informar que no prorrogaría el contrato, no constituía ejercicio de función administrativa alguna y no tenía la naturaleza jurídica de acto administrativo. De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina nacionales, el acto administrativo es la declaración unilateral, proferida en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos, directos y vinculantes; en el caso concreto si bien es cierto que corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer del caso y, por ende, juzgar la actuación de la entidad, no se configura un acto administrativo porque no se ejerce función administrativa en términos generales y porque, en términos específicos, ninguna norma ha calificado la comunicación a través de la cual se informa a un contratista la decisión de no prorrogar un contrato, como administrativa." (Sección Tercera del Consejo de Estado, 29 de agosto de 2012, Exp: 25390, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

el recurso de reposición formulado por la unión temporal, pues resulta irrefutable que si la decisión recurrida no constituyó un verdadero acto administrativo, tampoco adquirió tal naturaleza la decisión del recurso impetrado en su contra, el cual, desde un principio y por la misma razón advertida, ni siquiera procedía.

Todo lo expuesto impone concluir acerca de la imposibilidad de proferir una decisión de fondo respecto de las pretensiones encaminadas a obtener la declaratoria Judicial de nulidad de las Resoluciones Nos. 151 y 152 de 2001, puesto que no se trata de actos administrativos y por tanto no están sujetos al control jurisdiccional.

6. De la procedencia de abordar el estudio de fondo de las demás pretensiones.

Recuerda la Sala que las demás pretensiones de la demanda se centraron en solicitar el reconocimiento y pago de los perjuicios causados a la unión temporal demandante con ocasión de la expedición de las resoluciones impugnadas y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor total del contrato por el incumplimiento del mismo. Según se observa del respectivo acápite, la formulación del petitum se elevó de manera consecencial, de modo que las pretensiones de condena prosperaran como resultado de la declaratoria de nulidad de las decisiones acusadas.

Ahora bien, como se dejó expuesto, la Sala se encuentra en imposibilidad de abordar el análisis en torno a la nulidad de unas decisiones que no están sujetas al control jurisdiccional por no tener la condición de actos administrativos y, por ende, en teoría, no producir efectos jurídicos.

No obstante, sucede que aun cuando en el mundo jurídico la liquidación unilateral del contrato emanada de la entidad estatal no tuvo la virtualidad de crear, extinguir o modificar una situación jurídica de carácter particular y concreto, lo cierto es que ello, que solo en apariencia constituyó un acto administrativo, en el terreno práctico constituyó un obstáculo evidente para que la unión temporal contratista pudiera acceder directamente a elevar ante el Juez del contrato la reclamación que en efecto correspondía, esto es la declaratoria judicial de incumplimiento contractual o la ruptura del equilibrio económico del contrato, que es lo que en últimas, a partir de una interpretación armónica y sistemática del texto

demandatorio, se revelan como puntos en debate.

Ciertamente, la conducta asumida por la unión temporal contratista no refleja cosa distinta que la sana intención de acogerse a los lineamientos que de tiempo atrás y de forma reiterada y uniforme ha impartido esta Corporación respecto de la obligatoriedad de perseguir la nulidad del acto administrativo mediante el cual la entidad estatal contratante liquida unilateralmente el contrato como presupuesto fundamental e indispensable para también demandar la declaratoria judicial del incumplimiento del mismo.

Sumado a ello, resulta irrefutable para la Sala que tal convencimiento frente a la real y efectiva existencia de un verdadero acto administrativo, sin duda fue provocado por la misma entidad de donde emanó la decisión, la que no sólo le dio la apariencia de una manifestación unilateral de tal naturaleza, sino que pretendió derivar de la misma los efectos propios y connaturales a la expedición de un acto de contenido particular y concreto al advertir que contra la resolución procedía el recurso de reposición el cual debía ser presentado dentro de los cinco días siguientes a su notificación personal. Tanto así lo entendió el extremo contratista que en el término señalado acuciosamente procedió a presentar el correspondiente recurso de reposición contra la Resolución No. 151, el cual, para acabar de consumir la apariencia que se desprendía en torno a su naturaleza fue desatado por la entidad estatal a través de la Resolución 0152 del 30 de agosto de 2003 mediante la cual confirmó en todas sus partes la decisión controvertida.

Todo lo expuesto permite concluir que la entidad estatal contratante, a través de sus actuaciones, generó al contratista una confianza legítima cuyos efectos en modo alguno pueden ser ignorados por esta autoridad judicial.

Como resulta apenas natural, la entidad pública contratante, en sus actuaciones entraña el desarrollo, entre muchos otros, del principio general de confianza legítima cuya materialización no es otra diferente que la de amparar de legalidad y legitimidad actuaciones desplegadas por la Administración.

En relación con la aplicación de este principio en materia de contratación estatal, la doctrina nacional ha considerado que:

“... la confianza legítima se explica en la necesidad de proteger situaciones que se

encuentran en mitad de camino entre los conceptos de derechos adquiridos y meras expectativa obedece a la necesidad de amparar situaciones a partir de las cuales jamás se podría consolidar un derecho porque pueden llegar incluso a calificarse como ilegales pero que merecen protección del Estado en razón a la actuación de buena fe de quien se encuentra en esa situación así como los signos externos de parte del Estado que le han permitido pensar que su situación se encuentra cubierta por la Ley.

“En razón a una actuación de buena fe dentro de la cual no ha existido negligencia reprochable que influya en la situación en la que se encuentra el individuo, sumada a signos externos los suficientemente idóneos para generar la confianza, respecto del estar amparada por la legalidad, se concluye que el mismo Estado debe acudir en su protección y que jamás podrá desconocerse su situación ya que esto sería tanto como ir contra sus propios actos.”⁴⁷

A su turno, esta Corporación también ha prolijado la configuración de este principio en diversas actuaciones del sector público, en materia de contratación estatal:

“La omisión del Director del IDU, consistente en no efectuar un procedimiento previo para verificar la verdad real de los hechos, tal como lo había manifestado en la audiencia pública de adjudicación, muestra que el Agente del Estado actuó contra su propio acto, en trasgresión al principio constitucional de la buena fe, que protege la confianza que los particulares han depositado al deber de coherencia en el actuar del funcionario, quien tiene la carga de respetar y someterse a una situación creada anteriormente por su propia conducta.

“La Sala advierte que la conducta del demandado no solamente vulneró el principio de buena fe, sino que trasgredió además otros principios que rigen la función pública, puesto que no tuvo en cuenta el derecho fundamental al debido proceso que gobierna las actuaciones administrativas, pues hizo caso omiso de las afirmaciones de los proponentes denunciados que encontraron sustento en pruebas que hicieron llegar al Director oportunamente, ni investigó si la denuncia correspondía a la realidad, y mucho menos comparó los precios de las propuestas con aquellos contenidos en la relación de precios del SISE, desvalorando el trabajo efectuado por el Comité Asesor que se encargó de evaluar las propuestas desde el punto de vista legal y técnico - económico.”⁴⁸

Por su parte, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de explicar el alcance del principio de confianza legítima en los siguientes términos:

“Este principio pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el

⁴⁷ DE VIVERO ARCINIEGAS Felipe, Revista de Derecho Público No. 17 de Mayo de 2004. Universidad de los Andes. Pag. 123 y 124.

⁴⁸ Sección Tercera, del Consejo de Estado, 26 de febrero de 2009, Exp. 30329, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege.”⁴⁹

A propósito de la relación existente entre la teoría de los actos propios y el principio de la confianza legítima, debe precisarse que de ambos se deriva para los administrados la garantía de que las autoridades del Estado no van a sorprenderlos con actuaciones o decisiones contrarias a aquellas que anteladamente emanaron de la misma entidad pública y en virtud de las cuales se generó un convencimiento frente a determinadas materias.

Es así cómo la aplicación del principio de confianza legítima en las eventualidades en donde se alega su vulneración, de manera inescindible debe estar acompañada del principio de buena fe, el cual a su turno tiene una doble dimensión, según la perspectiva desde la cual se exija.

Como primera medida se encuentra la buena fe que debe observar el administrado, quien confiando de manera sana y transparente en las actuaciones de la Administración, desplegó actividades o asumió conductas con el convencimiento de estar amparadas jurídicamente, pero que finalmente fueron desconocidas por la misma entidad estatal a pesar de haber emitido signos externos que dieron lugar a que el particular adquiriera esa certeza.

Así lo entendió en pasada oportunidad la Sección Tercera de esta Corporación, la cual además precisó los requisitos de orden fáctico que debía reunirse para acreditar la vulneración del principio de confianza legítima:

“Los principios de confianza legítima del particular en las actuaciones del Estado o de la buena fe en las actuaciones de los administrados, derivadas de los principios de legalidad, igualdad y seguridad jurídica propios del Estado Social de Derecho, limitan las decisiones discrecionales de la administración cuando se dirigen a modificar de manera abrupta, aunque válida y legítima, derechos de particulares.

“(..)

“De este modo, resulta evidente que la aplicación de la buena fe en las actuaciones de los particulares y del Estado no sólo es un principio general del derecho y de ética de comportamiento, sino que es un precepto de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, la constitucionalización de este principio en el artículo 83 de la Carta evidencia su carácter correlativo o recíproco, pues supone, de un lado, la garantía para el administrado de que el Estado presuma que así actúa frente a él y a los demás particulares y, de otro, el deber de comportarse de buena

⁴⁹ Corte Constitucional T-417 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

fe en todas las relaciones, de tal forma que tanto la administración como el administrado deben adoptar comportamientos leales en el desenvolvimiento de sus relaciones.

“En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han concluido que, para que la confianza del particular sea digna de protección jurídica, es necesario que reúna las siguientes condiciones principales: i) La estabilidad que modifican los poderes públicos debió generar una expectativa razonable y cierta, pues debió apoyarse en signos externos y concluyentes de que la actuación era válida ii) el conflicto entre la necesidad de preservar el interés público y el interés privado de quien se encuentra amparado por los principios de seguridad jurídica y legalidad, debe resolverse a favor del primero, iii) “se exige una antijuricidad, no tanto como conducta ilegal, sino en el sentido de que el sujeto que sufre los daños y perjuicios por la actuación administrativa no tiene el deber de soportar los mismos y, a este respecto, la jurisprudencia ha admitido la quiebra de la confianza en las expectativas legítimas como una causa adecuada e idónea para el resarcimiento de daños y perjuicios, pero rechaza con idéntica fuerza aquellos supuestos en que la confianza del ciudadano obedece a un puro subjetivismo”, iv) el comportamiento previo a la constitución de las relaciones debe ser claro, inequívoco y veraz.”⁵⁰

Desde una segunda óptica, igualmente el principio constitucional de buena fe funge como elemento esencial de todas las actuaciones que debe adelantar la Administración en materia de contratación estatal, durante todas las etapas que la conforman, so pena de incurrir en responsabilidad por los daños antijurídicos resultantes de su inobservancia:

“El principio de la buena fe que se sustenta en el valor ético de la confianza constituye la base de las relaciones jurídicas, que impone a los sujetos de derecho determinados comportamientos y reglas de conducta, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones.

“La buena fe ha sido considerada por la doctrina como el tipo de conducta social que se expresa en la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente que supone necesariamente no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, guardar fidelidad a la palabra dada y conducirse de forma honrada en cada una de las relaciones jurídicas⁵¹; también ha señalado que todo comportamiento de una de las partes (deudor o acreedor, autoridad o súbdito), contrario a la honestidad, a la lealtad, a la cooperación, etc., entraña una infracción del principio de la bona fides porque defrauda la confianza puesta por la otra parte, que es el fundamento del tráfico jurídico.⁵²

“El principio general de la buena fe tiene consagración constitucional en el artículo 83⁵³, norma suprema que introduce el postulado de la “bona fides” en el ámbito del

⁵⁰ Sección Tercera del Consejo de Estado, 5 de diciembre de 2005, Exp. 12558, C.P Alíer Hernández Enríquez.

⁵¹ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Editorial Legis, 2003, página 662.

⁵² ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría General de los contratos de la Administración Pública, Editorial Legis, Bogotá, 2000, página 459.

⁵³El artículo 83 constitucional reza: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

derecho público para regular las relaciones entre el Estado y los administrados, imponiendo cierto límite a las potestades de que está investida la Administración para evitar que se tornen en arbitrariedad.

“El Código Civil no fue indiferente ante tan cardinal principio, por lo cual dispuso en su artículo 1603 que los contratos celebrados entre los particulares, “deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solo en lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”; igualmente, el artículo 871 del Código de Comercio, reiteró este principio en similares términos al disponer: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural”, reconociendo así la dimensión e importancia que a dicho principio le corresponde en el ámbito contractual.

“En el campo de la contratación estatal, la Ley 80, consagra la buena fe como principio orientador de las relaciones contractuales en varias de sus disposiciones; así, el artículo 23 ordena que las actuaciones de quienes intervienen en la contratación estatal se desarrollen con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa (art. 209 de la C.P.), con aplicación de las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

“Por su parte, el artículo 25-2 de la misma ley, impone el deber, a los contratistas, de obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y entrambamientos en el desarrollo del contrato y el artículo 28 prescribe que las normas y cláusulas contractuales habrán de ser interpretadas bajo los mandatos de la buena fe.”⁵⁴

Así pues, el principio de buena fe impone a las partes una actitud de lealtad mutua, de fidelidad, honestidad y permanente colaboración en la relación contractual, con el fin de garantizar la ejecución óptima y eficiente del objeto contractual.

Con sujeción a lo expuesto, se impone concluir que el contratista tanto durante el procedimiento contractual, como ante la instancia judicial obró de buena fe, con el recto convencimiento, provocado por la misma entidad estatal contratante de que existían unos actos administrativos que por ser desfavorables a sus intereses económicos debían ser removidos del ámbito jurídico y con tal propósito empleó los mecanismos administrativos que creyó procedentes para solicitar su revocatoria y así mismo, en sede judicial, procuró su declaratoria de nulidad.

Analizada la cuestión desde una óptica diferente o si se quiere inversa, a la luz de

⁵⁴ Sección Tercera del Consejo de Estado, 29 de agosto de 2007, Exp: 15469.

la cual se llegara a concebir la hipótesis de que las decisiones demandadas, en efecto, constituirían verdaderos actos administrativos y el demandado, atendiendo a su propia convicción, no los hubiera impugnado bajo el entendido de que no lo eran, esclarecimiento que por demás no era de su resorte, hubiese corrido un riesgo inminente de obtener como resultado un fallo inhibitorio en el evento de que ante la existencia de unas decisiones que en apariencia y sin mayor exploración sobre su contenido el operador judicial hubiera estimado que constituirían verdaderos actos administrativos y, por lo tanto, advirtiera que ha debido demandarlos. Desde esa perspectiva sin duda la conducta más prudente del demandante consistió en acusar la nulidad de dichas decisiones, ya que aparentemente resultaba lo más ajustado y no le era exigible por el contrario arribar de entrada a la conclusión de que no eran enjuiciables y abstenerse de formular la pretensiones encaminadas a removerlos del orden jurídico.

Visto lo anterior, bajo ninguna lógica jurídica resultaría ajustado a derecho que el desenlace de la presente controversia corresponda a un fallo inhibitorio so pretexto de que al no existir actos administrativos que anular no resultaría posible estudiar la procedencia de las pretensiones de condena consecuenciales a dicha declaratoria, pues tal proceder sin lugar a dudas acarrearía una sanción injustificada a la parte demandante y equivaldría a una denegación de justicia que en todo aspecto resulta contraria a la función que se demanda del estamento jurisdiccional.

Por ningún motivo puede dejarse de lado la responsabilidad que entraña el ejercicio de administrar justicia, que entre muchos otros deberes y/o facultades determina al fallador la necesidad de realizar una interpretación armónica y sistemática de todo el texto demandatorio con el propósito de desentrañar el propósito real del libelista y la fuente de su reclamación, so pena de quebrantar el principio constitucional que impone la prevalencia de lo sustancial sobre la forma, todo aquello naturalmente sin poner en riesgo el debido proceso

Así pues, analizado con detenimiento el caso concreto se evidencia con claridad que la *causa petendi* de la demanda, esto es los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones, más allá de aludir a la existencia de unos actos administrativos de liquidación unilateral del contrato, se centran en referir, por un lado, que la E.P.S. Risaralda S.A., en liquidación, incumplió el texto contractual al desconocer el régimen tarifario pactado como honorarios en favor del contratista y

de otro lado que inobservó la obligación relativa a la entrega oportuna y en debida forma de los documentos sometidos a revisión y auditoría y posteriormente a su celebración impuso obligaciones adicionales a la unión temporal, lo cual motivó la extensión del plazo contractual a través de la suscripción de tres otrosíes del contrato y de esta manera le había causado mayores costos al contratista.

Con fundamento en los hechos descritos, el *petitum* de la demanda, además de solicitar la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 151 y 152 cuyo análisis de fondo, como se ha dejado expuesto a lo largo de esta providencia, no procede por no corresponder a actos administrativos y en tal virtud no encontrarse sujetos al control jurisdiccional, se centró en solicitar el reconocimiento y pago de los perjuicios causados los cuales fueron discriminados en el acápite de estimación razonada de la cuantía, conforme pasa a transcribirse:

“PERJUICIOS.

“La síntesis de los perjuicios causados por daño emergente y lucro cesante es la siguiente:

“A.- DAÑO EMERGENTE.

1) *Sobrecostos por el pago de salarios a los profesionales contratados por un lapso de 10 meses en que se prorrogó en el tiempo de ejecución del contrato para restablecer el equilibrio económico por un valor de \$60'096.000.00, o lo que se pruebe dentro del proceso. (cuadro No. 1).*

2) *Sobrecostos por el pago de hospedaje, alimentación y transporte y otros durante los 10 meses que duró la ejecución del contrato equivalente a la suma de \$46'569.960.00, o lo que se pruebe en el transcurso del proceso. (cuadro No. 2).*

3) *Diferencia entre el valor estimado del contrato por la suma de \$180.000.000,00 y el real o mayor valor resultante, equivalente a la suma de \$207'079.612.00, donde queda un saldo insoluto de \$63'079.612.00.*

4) *Total de daño emergente, equivalente a la suma de \$169'745.572.00.*

“B.- LUCRO CESANTE.

“Utilidades dejadas de percibir por trabajos no realizados por los doctores JUAN CARLOS DANIELS Y MARIANO UGARRIZA, por utilizar todo su tiempo laboral durante 8 meses más de ejecución del contrato. Valor estimado por los 8 meses, para ambos, la suma de \$72'000.000.00, (cuadro No. 1)

Así las cosas, teniendo en cuenta que en el marco de la demanda presentada en el subexamine en ejercicio de la acción contractual es posible ventilar los hechos y pretensiones que en efecto fueron invocados en el texto demandatorio que se somete a consideración de la Sala, consistentes en la existencia de un incumplimiento contractual imputable a la parte contratante como los perjuicios derivados del mismo, circunstancia que además consulta el principio de congruencia⁵⁵ que debe orientar todas las decisiones judiciales, con el propósito de garantizar la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y advirtiendo que todos los hechos alegados en la demanda y las pruebas aportadas al plenario fueron conocidas y controvertidas por la parte demandada y que, por tanto, se observó a plenitud el derecho al debido proceso de las partes, la Sala, a la luz de los argumentos expuestos en el recurso de apelación, abordará el estudio de fondo del asunto respecto de las pretensiones encaminadas a configurar el incumplimiento contractual de la E.P.S., contratante o la ruptura del equilibrio económico que se alega, atendiendo a las precisiones que enseguida se abordarán.

7) Precisiones conceptuales en torno a las diferencias existentes entre las figuras del incumplimiento contractual y del desequilibrio económico del contrato.

El argumento central expuesto tanto en la demanda como en el recurso de apelación se encaminó a advertir la configuración del incumplimiento contractual imputable a la entidad estatal, lo cual según su parecer trajo consigo la ruptura del equilibrio económico del contrato. Dicha ruptura se atribuyó esencialmente a tres hechos:

⁵⁵ A partir de su observancia, entre otras limitantes, se encuentra la imposibilidad para el fallador de modificar las pretensiones de la demanda, en el sentido de exceder los límites cuantitativos demarcados en el respectivo acápite o alterar el concepto en que se fundan o incurrir en omisión al no resolver alguna cuestión puesta a su consideración.

Frente a este principio, la Corporación ha precisado:

“La presentación de la demanda en debida forma es una carga procesal que recae en el demandante y por ello le corresponde soportar las consecuencias de los defectos que ella contenga, puesto que no puede el juez, sin atentar contra el principio de congruencia, proceder a modificar lo pedido, (...).”

De acuerdo con el principio de congruencia de las sentencias, consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1° numeral 135 del Decreto 2282 de 1989), la decisión del juez debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, por lo tanto el juez debe pronunciarse con fundamento en las pretensiones expresamente planteadas en la demanda y los hechos descritos en la misma, debiendo existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, que resulta afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (ultra petita); o cuando concede puntos no sometidos al litigio (extra petita), o cuando deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (infra o citra petita).” (Sección Tercera, Subsección B, Consejo de Estado, 9 de diciembre de 2011, Exp. 20410, C.P. Danilo Rojas Betancourth).

El primero relativo al desconocimiento de la entidad estatal de la cláusula cuarta del texto contractual de conformidad con la cual el valor de los honorarios correspondería al 1.2% calculado sobre la facturación total auditada, suma que en el caso concreto ascendió a \$17.256'634.332.00 por lo cual el porcentaje a favor del contratista debía haber correspondido al valor de \$207'079.612.00, y no a la suma inflexible de \$180'000.000.00 como erradamente lo entendió la entidad estatal contratante.

El segundo aspecto se hizo consistir en la suscripción de varios otrosíes motivados por el estado de desorden y la demora con que eran entregadas las facturas y documentos sometidos a revisión, lo cual, según manifiesta la parte actora, habría ocasionado mayores costos en la ejecución del contrato pues llevó a ampliar su plazo y con ello a aumentar el pago de salarios del personal que debió cumplir dicha labor por un período mayor al previsto inicialmente, entre otros pagos adicionales a los cuales se habría visto avocada a sufragar.

En tercer lugar, específicamente se refiere a la suscripción del otrosí No. 3 por cuya virtud la entidad habría impuesto obligaciones adicionales al contratista que no estaban relacionadas en el contrato inicial ni en la oferta, tales como la auditoría médica y la revisión contable de las reclamaciones extemporáneas, la de los servicios de salud prestados dentro del proceso y la de aquellos pasivos no reclamados pero que aparecían debidamente justificados en los libros y comprobantes de la entidad, circunstancia en virtud de la cual igualmente se debió ampliar el plazo y la carga de trabajo se incrementó notablemente por lo que debió asumir mayores costos en su ejecución.

En los términos expuestos se evidencia que el manejo jurídico de la situación fáctica que se presentó en el caso en examen respecto de los dos primeros cargos, esto es la falta de pago de los honorarios pactados y la falta de entrega en debida forma y oportunidad de los documentos, facturas y soportes sometidos a revisión, ambas situaciones constitutivas de incumplimiento contractual atribuido a la entidad estatal por la inobservancia de los deberes y obligaciones derivadas del contrato, se alegaron como causas de la ruptura del equilibrio económico, circunstancia que impone a la Sala la necesidad de efectuar algunas puntualizaciones.

La doctrina extranjera ha definido el equilibrio financiero del contrato como *la* “....

relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes.”⁵⁶

Para la doctrina nacional autorizada, la equivalencia económica del contrato debe entenderse como *“la garantía que el derecho le otorga a la órbita patrimonial del contratista, como un justo límite a la supremacía que ostenta la Administración Pública en sus relaciones jurídicas, como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés público.”⁵⁷*

En el campo de la contratación estatal se ha considerado que *“es cierto que el pacto de las partes recibe todo el poder que la ley le trasladó en cuanto a vehículo de regulación de las relaciones sociales. Sin embargo ese acuerdo se estructura en unas determinadas y concretas situaciones, que justifican explican y condicionan los términos económicos que se convienen. En tanto esas situaciones se mantengan inalterables durante sus ejecuciones económicas se conservarán. Pero la modificación de ellas incluso por hechos no imputables a ninguna de las partes, comporta la alteración de la economía del contrato y el deber, generalmente a cargo del Estado, de recuperar esas condiciones a un nivel semejante al existente al momento del negocio.”⁵⁸*

Pues bien, al respecto cabe señalar que en sus orígenes la figura de la ecuación económica del contrato estuvo orientada a otorgar una garantía en favor contratista como protección frente al poder de la Administración, dado que ésta concurría a la relación contractual investida de poderes o prerrogativas excepcionales o exorbitantes que inevitablemente descartaban alguna posibilidad de igualdad entre las partes de la relación contractual, garantía que de ninguna manera podía o debía entenderse como un seguro de ingreso o utilidades a favor del contratista.

Posteriormente esa concepción sufrió una mutación en cuanto se admitió que la noción del equilibrio económico estaba llamada a prosperar en favor de cualquiera

⁵⁶ MARIENHOFF, Miguel. “Contratos Administrativos Teoría General.” En tratado de Derecho Administrativo. Tomo III –A.4. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Pag. 469.

⁵⁷ ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública; editorial Legis Editores, Bogotá. 20000, Pág. 401.

⁵⁸ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal”. Segunda Edición. 2010. Legis Editores. Pag. 489

de las partes del contrato, cuestión que incluye también como beneficiaria de dicha institución a la entidad estatal contratante y no sólo al contratista particular, variación que encontró apoyo normativo en el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, según el cual, cuando hubiere lugar a la modificación unilateral del contrato “c) *Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes*”; de la misma manera la Ley 80 de 1993, actualmente vigente, dispuso en su artículo 27 que si alguna de las partes de la relación contractual resultare afectada con el rompimiento del equilibrio financiero del contrato podría acudir a su restablecimiento adoptando las medidas necesarias, a lo cual se adiciona la previsión consignada en el numeral 3 del artículo 4º de la misma Ley 80, por cuya virtud se faculta expresamente a las entidades estatales para -o incluso les impone el deber de- solicitar la actualización o revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato.

Este enfoque del equilibrio financiero del contrato permite concebir esa institución como un derecho o facultad del cual son titulares, en igual medida, las dos partes de la relación contractual.

Al aproximar con esa perspectiva el fundamento del equilibrio económico de los contratos estatales, resulta posible identificar en esa figura una doble dimensión: la primera relacionada con la equivalencia objetiva que debería existir entre las correspondientes y correlativas prestaciones y la segunda referida al respeto y mantenimiento de las condiciones existentes que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración⁵⁹.

Del contenido conceptual puesto de presente, debe entenderse que el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el procedimiento de la licitación o de contratar cuando se hubiere acudido a la modalidad de contratación directa; en ese contexto resulta evidente que dicha equivalencia puede verse afectada o por factores externos a las partes que están llamados a encuadrarse dentro de la Teoría de la Imprevisión o por diversas

⁵⁹ HOYOS DUQUE, Ricardo. “El Equilibrio Económico del Contrato Estatal: La Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Propuesta de Reforma a la Ley 80 DE 1993”. Artículo en “Contratación Estatal: Aspectos Controversiales – Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal”. Compilador Felipe De Vivero Arciniegas. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Ediciones Uniandes. Bogotá, D. C. Septiembre de 2007. Página 103.

causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad.

Ahora bien, sea que se trate de un contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o sea que se trate de aquellos que por corresponder a una regla de excepción a su aplicación, como ocurre en el caso que ahora se examina, se encuentre sometido a las normas del derecho privado o a disposiciones especiales, lo cierto es que la equivalencia económica de las prestaciones contractuales constituye un principio medular que se encuentra inmerso en la legislación en materia de contratación estatal y que además lo recogen varias disposiciones del aludido derecho privado⁶⁰, razón por la cual debe estar presente en todas las relaciones negociales⁶¹, máxime cuando uno de los extremos que la integran es una entidad de naturaleza estatal por cuya intervención se desprende que el negocio envuelve una finalidad pública, de manera que por vía de principio el equilibrio económico del contrato también está llamado a permear las relaciones contractuales sometidas al régimen de los particulares⁶² en donde una de ellas sea una persona jurídica de derecho público.

⁶⁰ "ARTÍCULO 868. REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea." (Código de Comercio).

⁶¹ BENITEZ CAORCI, Juan J. "La Revisión del Contrato". Segunda Edición 2010. Editorial Temis Bogotá Pag. 71-72. "A través de una referencia panorámica se detecta que la tutela del débil aparece como una de las más significativas líneas evolutivas del derecho civil contemporáneo. Por consiguiente ha surgido una nueva moral contractual mediante la intervención del juez en el contrato para hacer reinar un mínimo de equidad en las relaciones negociales. En el nuevo concepto de contrato, la equidad y la justicia vienen a ocupar el centro de gravedad en sustitución del mero juego de fuerzas volitivas e individualistas que en la sociedad de consumo, comprobadamente son llevadas al predominio, de la voluntad del más fuerte sobre el más vulnerable, resultando inaceptable el desequilibrio irrazonable de la ingeniería contractual, valorizándose el equilibrio intrínseco de la relación en su totalidad, redefiniéndose por tanto lo que es razonable en materia de concesiones del contratante más débil permitiendo así la existencia de un equilibrio mínimo en la relación contractual".

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de febrero de 2012, Exp. 2006-00537, M.P. William Namén Vargas. "A la revisión del contrato mercantil refiere el artículo 868 del Código de Comercio, sin definirla. El aspecto para caracterizarla atañe a sus condiciones, requisitos o presupuestos y consecuencias normativas.

*En torno a sus exigencias, delantadamente requiere la existencia y validez del contrato. La inexistencia y la invalidez excluyen la teoría de la imprevisión y la revisión contractual por desequilibrio prestacional en tal virtud, sin perjuicio de los ajustes pertinentes en las prestaciones consecuenciales por nulidad.
(...).*

El artículo 868 del Código de Comercio, dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación. Exceptúa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea. De suyo, los eventos alteradores de la simetría prestacional, han de acontecer después de celebrado el contrato, durante su ejecución y previamente a su extinción. Por esto, el precepto excluye el de ejecución instantánea, al agotarse en un solo acto coetáneo, simultáneo, sincrónico e inmediato con su existencia, coincidiendo celebración y cumplimiento. Empero, el contrato puede crear prestaciones instantáneas, otras sucesivas, y los contratantes podrán diferir el cumplimiento mientras no contradigan el tipo contractual, ni la ley lo prohíba, ad exemplum, en el mutuo la obligación a cargo del mutuario de restituir el préstamo y pagar intereses, puede ejecutarse al celebrarse o en lapso posterior. La revisión del contrato, en rigor se justifica por una prestación de cumplimiento futuro, cuya ejecución se hace después, en lapso ulterior a

Realizadas las anteriores precisiones conceptuales en torno a la figura del restablecimiento del equilibrio económico, conviene agregar que el tratamiento jurisprudencial en torno al tema de incumplimiento contractual, como causal generadora de la ruptura de dicho equilibrio económico, ha sido pendular en cuanto en algunas oportunidades se han adoptado posturas encaminadas a aceptar su ubicación en el terreno de la responsabilidad contractual⁶³, entendiendo así la inobservancia del contenido obligacional de uno de los extremos contratantes como causa eficiente de dicho quebranto, mientras que en otras tantas se ha hecho y se ha mantenido la distinción para efectos de identificar el equilibrio económico y su ruptura como un fenómeno ajeno por completo a las nociones de incumplimiento y/o de responsabilidad contractual⁶⁴.

Sobre ese particular se impone agregar que esta disparidad en modo alguno ha obedecido al arbitrio o al desconocimiento del tema por parte de la Jurisprudencia aludida, sino que puede explicarse en cuanto ha sido la misma legislación la que quizá sin propiedad o de manera equívoca sobre la materia, se ha ocupado de generar la confusión en cuanto ha identificado el incumplimiento contractual como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico del contrato, tal como lo refleja el tenor literal del numeral primero del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 en cuanto establece que ***“si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”***.

su existencia, así la determinación del desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad derive no de esa prestación unitaria sino de todo el contrato. Compréndase, entonces, la imposibilidad práctica de una alteración sobrevinida cuando la prestación se cumple o ejecuta al instante de su existencia, extinguiéndose en el mismo acto, también revisar o terminar lo que no existe. En torno a los contratos aleatorios, la realidad muestra la probable alteración sobrevinida de la equivalencia prestacional, o su excesiva onerosidad en el cumplimiento. Contraría la lógica descartar su presencia ulterior, en especial, tratándose de aleas anormales, ajenas o extrañas al tipo concreto de contrato aleatorio o a su estructura, disciplina legal o a la negociación, previsión, dosificación, distribución y asunción de los riesgos. En estos eventos, procede corregir toda alteración ulterior, imprevista e imprevisible, por fuera o más allá del riesgo propio o alea normal de estos negocios, naturalmente no bajo la regla comentada sino a través de los otros mecanismos singulares (v. gr., la revisión ex art. 1060 del C. de Co, en el seguro), ya los inherentes a la definición o regulación del tipo contractual específico, ora los generales de la buena fe, la equidad y justicia contractual, por cuanto en ningún contrato puede imponerse a una parte soportar al infinito todos los riesgos, menos los anormales so pretexto de la incertidumbre prestacional, el azar, albur o contingencia.

Dentro de los requisitos, está la sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La sobreviniencia de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción (p.ej., art. 6.2.2, “(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;” Principios Unidroit, 2010), envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son “posteriores a la celebración de un contrato”.

⁶³ Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 15 de febrero de 1999, Exp. 11194, C.P Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 21 de junio de 1999, Exp. 14943, C.P Daniel Suárez Hernández; sentencia del 31 de agosto de 2011, Exp.18080, C.P Ruth Stella Correa Palacio.

⁶⁴ Sobre el particular pueden leerse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 26 de febrero de 2004, Exp: 14043, C.P Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 4 de septiembre de 2003, Exp. 10883, C.P Alier Hernández Enríquez; sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

En igual sentido se encuentra la disposición contenida en el numeral octavo del artículo 4 del mismo estatuto, en cuanto consagra:

“Artículo 4.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

“(..).”

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

De ahí que la Sala estime necesario puntualizar que si bien algunas normas legales vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una de las génesis del desbalance de la ecuación contractual, lo cierto es que el instituto del equilibrio económico en la contratación estatal tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo, sin que haya lugar a confundir esa institución con la materia propia de la responsabilidad contractual.

Precisamente con ese fin el ordenamiento positivo faculta hoy a las entidades contratantes para que, en sede administrativa, adopten los mecanismos encaminados a preservar esas condiciones y las dotó de instrumentos útiles tendientes a lograrlo, tales como la aplicación de los mecanismos de ajuste, actualización y revisión de precios, cuya materialización podrá y deberá efectuarse directamente por la Administración Pública contratante.

Muy por el contrario, cuando se examina el incumplimiento de uno los extremos del negocio jurídico por razón de la inobservancia o del cumplimiento tardío o defectuoso del contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre, voluntaria y vinculante acordaron las partes al tiempo de su celebración, naturalmente ello debe realizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, lo que a la postre faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido con las obligaciones a su cargo o que hubiera estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda

solicitar la resolución del respectivo vínculo comercial o su cumplimiento, en ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados o incluso, si a ello hubiere lugar, autoriza a la entidad estatal contratante para sancionar al contratista particular incumplido mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato⁶⁵, o para declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato, tal como lo dispone el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, normativa que encuentra antecedente positivo en los artículos 71 y 72 del entonces vigente Decreto-ley 222 de 1983.

En esta misma línea, en reciente oportunidad esta Subsección se ocupó de puntualizar una vez más las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que se desprenden en uno y otro caso:

“Para la Sala los supuestos de hecho alegados no son constitutivos de ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato, sino del incumplimiento contractual.

“La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación comercial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

“La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe”, y “potestas ius variandi” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y paralelamente en la “teoría de la previsibilidad”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

“El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento general la obligación de indemnizar

⁶⁵ Artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993.

integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

“(…)

“Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no solo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno u otro caso.

“En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos casos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo dispone el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.”⁶⁶

Retomando el análisis del caso en estudio en punto tanto a los supuestos fácticos que sirven de sustento de las pretensiones de la demanda, como a la formulación del petitum, se advierte que la invocada ruptura del equilibrio económico del contrato respecto de las dos primeras situaciones examinadas, en realidad se atribuyó a un incumplimiento de la entidad pública por inobservancia de las cláusulas del contrato relativas al pago de los honorarios, así como al incumplimiento de su obligación de entregar en debida forma y oportunamente las facturas y reclamaciones objeto de auditoría, todo lo cual dio lugar a la suscripción de tres otrosíes que determinaron la prórroga del plazo y con ello se causaron mayores costos al contratista y no a causas exógenas a las partes.

En consecuencia, a pesar de que la unión temporal contratista hizo alusión a la ruptura del equilibrio económico, lo cierto es que, se reitera, sus pretensiones y los fundamentos fácticos que le sirven de sustento se centran en alegar el incumplimiento contractual en que incurrió la entidad pública por las razones antes advertidas, cuestión que le ocasionó perjuicios al contratista, en razón de lo cual la Sala abordará el análisis de los primeros eventos desde la óptica del incumplimiento contractual. No obstante, en lo que toca al reproche consistente en que a través de la suscripción del tercer otrosí a partir del cual se impusieron nuevas obligaciones a la unión temporal contratista que derivaron también en

⁶⁶ Sección Tercera Subsección A, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Becerra.

mayores costos en la ejecución del contrato, resulta claro que el mismo no configura una causal de incumplimiento del contrato sino de ruptura del equilibrio económico y en tal virtud así será analizada.

8) Del caso concreto.

8.1) Del incumplimiento contractual por inobservancia de las cláusulas del contrato relativas al pago de los honorarios.

Del recuento fáctico que se extrae del caudal probatorio, la Sala evidencia que la interpretación de la cláusula cuarta del texto contractual fue materia de un debate constante entre las extremos contratantes en la medida en que, por un lado, la entidad estatal consideró que el valor de los honorarios del contratista se pactó en el 1.2 % del valor de las cuentas y reclamaciones revisadas, tomando como base de liquidación unas acreencias de \$12.500'000.000.oo y que la suma de \$180'000.000 constituyó el tope máximo a reconocer; advirtió además que para pagar un monto superior, las partes se encontraban en el deber de suscribir un otrosí y contar con la respectiva apropiación presupuestal, lo cual no había ocurrido.

Por otro lado, la parte actora reiteradamente sostuvo que la facturación entregada por el Liquidador para ser auditada y revisada ascendió a una suma total de \$17.256'634.322.oo a la cual debía aplicarse el pactado 1.2% cuestión que arrojaba como resultado el monto de los honorarios causados equivalentes, por tanto, a la suma de \$207'079.612.oo, por lo cual quedaba un saldo pendiente de reconocer y pagar en su favor de \$63'079.612.oo; señaló así mismo que la suma de \$180'000.000 no pasó de ser un valor estimado pues en realidad los honorarios debían calcularse sobre el valor total de la facturación entregada y revisada.

Así pues, con miras a dilucidar el verdadero alcance de las cláusulas relacionadas con el pago de la contraprestación en favor del contratista por los servicios contratados, para la Sala se impone la necesidad de acudir a las reglas de interpretación de los contratos.

8.1.2. Del alcance y contenido de la cláusula cuarta del contrato No. 002 de 2000 relativa al pago de los honorarios.

A propósito del tema relativo a la interpretación de los contratos estatales a la luz de las normas del derecho común, esta Sala en pronunciamiento de la pasada anualidad consideró:

“Las reglas de interpretación de los contratos, obligatorias para el juez en la medida en que el ordenamiento jurídico pretende que la voluntad de las partes —y no la del intérprete— sea escrupulosamente respetada al momento de aplicar o de establecer los alcances del acto o negocio del cual se trate⁶⁷, especialmente cuando el tenor literal de éste no resulta suficientemente esclarecedor respecto de dicha intención de los sujetos, se encuentran consagradas, como se ha expresado, en el Código Civil y resultan aplicables a la contratación estatal en casos como el sub judice, pese a que la contratista del Estado tiene la condición de comerciante —lo cual determina la aplicación preferente de las disposiciones del Estatuto Mercantil—, por virtud de lo normado tanto en el artículo 822 del Código de Comercio⁶⁸ como en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993⁶⁹.

“Estima la Sala pertinente precisar que las precitadas reglas legales de interpretación de los contratos resultan válidamente aplicables en el ámbito de la contratación estatal puesto que, como se explicará a continuación, los principios orientadores que recoge y consagra el artículo 28 de la Ley 80 para la correcta aplicación de las reglas de hermenéutica en materia contractual, cuando de un vínculo de naturaleza estatal se trata, en realidad no se ocupan de desarrollar con detalle y de manera específica la forma en la cual han de ser interpretados los aludidos contratos estatales y, por ello mismo, no habría lugar, en los términos del artículo 13 de la citada Ley 80, a excluir por completo la aplicación de las normas legales correspondientes que sobre esas precisas materias contienen los estatutos mercantil y civil sobre la base, que obviamente resultaría equivocada, de considerar que el tema en cuestión estaría debida y completamente regulado a través de la norma propia del Estatuto de Contratación Pública (Artículo 28).

Ciertamente, el texto del aludido artículo 28 de la Ley 80 es el siguiente:

“[E]n la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a los procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá[n] en consideración los fines y los principios de los que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

⁶⁷ A ese respecto se ha sostenido lo siguiente: “La ley quiere, pues, que la voluntad de las partes sea respetada y estrictamente observada; y por lo mismo, que las convenciones sean religiosamente cumplidas.

Con este fin ha dictado reglas de interpretación que el juez debe observar. No ha dejado entregada la interpretación de las convenciones a la arbitrariedad judicial; no ha dado al juez simples consejos para ilustrar su criterio en esta interpretación; sino que le ha fijado reglas que está obligado a observar y que, hallándose consignadas en preceptos legales, no pueden ser infringidas sin incurrir en una violación de ley que puede y debe ser corregida por la vía de la casación”. Cfr. CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. XII. Obligaciones y contratos, Editorial Nascimento, Santiago, 1939, p. 16.

⁶⁸ Disposición que establece lo siguiente: “Artículo 822. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”.

⁶⁹ Precepto cuyo tenor literal se transcribe a continuación: “Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

De todos modos, en aquellos casos —como el sub lite— en los cuales el Juez deba valerse de distintas herramientas interpretativas con el fin de dar claridad a pasajes oscuros en el contenido de las estipulaciones del contrato estatal o cuando se pretende desentrañar la voluntad o la intención real de los sujetos de dicho vínculo comercial, lo cierto es que los parámetros hermenéuticos provistos por el aludido artículo 28 del Estatuto de Contratación Estatal resultan insuficientes para acometer la anotada labor, pues si bien es verdad que dicho precepto consagra unos principios de interpretación que orientan, inspiran o informan la referida actividad, no es menos cierto que tales previsiones no constituyen reglas interpretativas precisas como las que sí se encuentran plasmadas en el Código Civil; esta materia, por tanto, no es desarrollada detalladamente y menos agotada, por el multicitado artículo 28 de la Ley 80 de 1993, el cual debe ser aplicado, consiguientemente, de manera complementaria con las disposiciones del Código Civil que se ocupan del tema, sin que con ello se desconozca lo normado por el artículo 13 de la Ley 80 en comento, por cuya virtud los contratos estatales se regirán exclusivamente por lo preceptuado en este último cuerpo normativo en las materias particularmente reguladas en él.

En ese orden de ideas, las referidas reglas de interpretación, cuya aplicación a los contratos estatales debe llevarse a cabo atendiendo a los principios enunciados en el varias veces aludido artículo 28 de la Ley 80 de 1993, son aquellas que se hallan previstas entre los artículos 1618 y 1624 del Código Civil...”.⁷⁰

Visto lo anterior, las reglas de interpretación que se aplicarán a continuación corresponden a las siguientes: a) La prevalencia de la intención o voluntad de las partes⁷¹; b) La interpretación por la naturaleza del contrato⁷²; c) La interpretación lógica⁷³ y sistemática del contrato⁷⁴.

a). La intención de las partes.

En cuanto a la intención de las partes respecto del sentido y alcance de la remuneración, debe tenerse en cuenta que desde la presentación de la oferta para la revisoría integral de cuentas médicas se propuso como valor de la propuesta el

⁷⁰ Sección Tercera, Subsección A, Consejo de Estado, 9 de mayo de 2012, Exp.22.714, Actor: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

⁷¹ Artículo 1618. PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN. “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”

⁷² Artículo 1621. INTERPRETACION POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO. “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.”

“Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.”

⁷³ Artículo 1620. INTERPRETACION LÓGICA. “El sentido en que una de las cláusulas pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.”

⁷⁴ Artículo 1622. INTERPRETACIONES SISTEMÁTICA, POR COMPARACIÓN Y POR APLICACIÓN PRÁCTICA “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.”

1.2% sobre el valor total de la facturación entregada, así:

“Siendo este trabajo de acompañamiento a las funciones propias del Liquidador nos permitimos proponer el valor porcentual del 1.2%, sobre el total de la facturación entregada.” (folio 31, cuaderno 1B)

Al suscribir el contrato No. 002 de 2000 se evidencia que la entidad acogió el valor propuesto por la unión temporal Auditoría Médica y en ese sentido en la cláusula cuarta del negocio jurídico acordaron como sistema de cálculo de los honorarios la medida porcentual del 1.2 % sobre el total de la facturación entregada y revisada efectivamente. En esa misma cláusula, las partes fijaron el valor del contrato en una suma estimada de \$180.000.000,00, tomando como base de liquidación unas acreencias por cuantía de \$12.500'000.000.00. A renglón seguido las partes pactaron que en el evento de que el valor de las reclamaciones fuere mayor o menor el presente contrato se ajustaría a dicha medida, mediante la suscripción de otrosí, previa sujeción presupuestal.

En adelante, de los documentos contractuales que militan en el proceso tales como la correspondencia cruzada entre las partes, se observa que la posición uniforme y reiterada de la unión temporal Auditoría Médica fue la de advertir que el valor de sus honorarios correspondía al 1.2% del valor total de las reclamaciones auditadas cuyo monto ascendió a \$17.594'747.754 y por ello sostuvo constantemente que el valor reclamado como suma final de honorarios equivalía a \$207'079.612. Por su parte, la entidad contratante indicó que el valor de los honorarios correspondía a la suma máxima de \$180'000.000, pues para reconocer un monto superior al indicado era necesario suscribir previamente un otrosí con esa finalidad lo cual no aconteció.

Al respecto, la Sala advierte que en cuanto a la parte final de la cláusula cuarta, referente a la necesidad de suscribir un otrosí para ajustar el contrato en caso de que el valor de las reclamaciones fuere mayor o menor, no se revela con claridad a qué medida de ajuste se refiere el texto, esto es si la formalidad aludida se convino como requisito para aquellos eventos en los cuales se pretendía modificar o variar la medida porcentual inicialmente pactada para calcular los honorarios o si la observancia de tal solemnidad cobijaba las hipótesis en las cuales por la sola aplicación del acordado porcentaje del 1.2% resultaba modificado el valor total aproximado del contrato o el plazo de su ejecución.

No obstante lo anterior, lo que sí resulta claro para la Sala es que el valor de \$180'000.000 no constituyó un tope máximo o una suma inflexible que las partes hubieren convenido como fija o inmodificable, tal como con posterioridad a la suscripción del contrato lo sostuvo la entidad estatal en liquidación. Por el contrario, la referida cantidad de \$180'000.000 correspondía a un valor apenas estimado de lo que eventualmente podrían representar los honorarios de la unión temporal. Ello se explica así por cuanto el aumento o disminución de los mismos estaba íntimamente ligado a una medida porcentual que dependiendo del monto total de las reclamaciones podía aumentar o disminuir el valor de los honorarios, por manera que si la intención conjunta de las partes hubiese sido la de fijar la suma única, máxima e inamovible de \$180'000.000, no habría existido entonces razón alguna para estipular unas tarifas porcentuales que permitieran la fluctuación de la misma.

b). La naturaleza del contrato.

Desde la perspectiva de la naturaleza del contrato, la Sala conviene la necesidad, para fines ilustrativos, de citar un pronunciamiento⁷⁵ reciente en el cual esta Subsección analizó las diferencias existentes entre un contrato de prestación de servicios sometido al régimen de Estatuto de Contratación Estatal y otro celebrado por una entidad de carácter estatal pero sometido al régimen del derecho privado como el que ahora ocupa la atención de esta instancia:

Contrato de prestación de servicios en la Ley 80 de 1993⁷⁶	Contrato de prestación de servicios con una empresa social del estado que se rige por el Derecho Privado
<i>“a) Pueden ser celebrados por cualquier entidad estatal que tenga capacidad para contratar, según lo previsto en el artículo 2</i>	Se requiere igualmente capacidad legal de la entidad estatal para contratar el respectivo servicio, por aplicación de los principios constitucionales, teniendo en

⁷⁵ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 27 de febrero de 2013, Exp. 25590, demandante: Martha Cecilia Reyes Pardo Vrs E.S.E. Hospital de Kennedy.

⁷⁶ Se citan textualmente en esta columna las notas características del contrato tomadas de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 22.822, 16 de agosto de 2012, Actor: Carlos Ernesto Pérez Garzón, Demandado: Empresa Nacional de Telecomunicaciones –TELECOM–.

<p><i>numeral 1. de la Ley 80 de 1993.”</i></p>	<p>cuenta que ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución o la Ley y que los servidores públicos sólo pueden actuar dentro del marco legal de sus funciones. (artículos 6º, 121 y 123 C.P.)</p>
<p><i>“b) Es posible su celebración con personas naturales o con personas jurídicas. Con personas naturales cuando se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad que no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Y, no obstante que la norma no lo señala, es conforme a derecho concluir que también es admisible suscribir este tipo de contratos con personas jurídicas, como así lo indica el artículo 24, numeral 1º, letra d), en el cual se señala la posibilidad de acudir a los mismos “[p]ara la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas (...).”</i></p>	<p>Igualmente es posible que los contratos de prestación de servicios que se rigen por el derecho privado se celebren con personas naturales o personas jurídicas. Al igual que en los contratos bajo la Ley 80 de 1993, aplican respecto del contratista prestador de los servicios los requisitos de origen constitucional establecidos legalmente para el ejercicio de determinadas profesiones u oficios (artículo 26 C.P.) y también la exigencia de licencias, permisos o registros requeridos para prestar determinados servicios, como sucede en la contratación del sector salud.</p>
<p><i>“c) Tienen por objeto desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones a cargo de la entidad contratante, con la condición de que tales actividades o funciones no puedan cumplirse con el personal de planta por ser insuficiente o porque se requieran conocimientos especializados.”</i></p>	<p>Se aplica igualmente la restricción en cuanto a que las actividades contratadas deben estar relacionadas con las funciones de la entidad contratante y que no puedan cumplirse a través de la planta pública, esto último toda vez que la regulación constitucional de la función pública impide la creación de empleos públicos que no estén previstos en la ley. (artículo 122 C.P.).</p>
<p><i>“d) La relación que se genera entre entidad contratante y contratista no goza del carácter de relación laboral.”</i></p>	<p>Aplica el principio del contrato realidad, de manera que con independencia de la denominación del contrato, habrá lugar a un contrato de trabajo si en el caso concreto se dan efectivamente los requisitos de la relación laboral, entre la entidad contratante y una persona natural.</p>

<p><i>“e) No pueden pactarse por término indefinido, sino por el plazo estrictamente necesario e indispensable (inciso 2o. del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993).”</i></p> <p><i>“Precisamente, la naturaleza excepcional de este negocio jurídico de la administración y las dos últimas características anotadas previenen que no se utilice el contrato de prestación de servicios para establecer plantas paralelas con carácter permanente en las entidades públicas, en desconocimiento del régimen laboral, tal y como lo ha advertido esta Corporación al recalcar que no puede suplirse la vinculación de los servidores públicos a los cuadros del servicio oficial a través de estos contratos.”⁷⁷ “</i></p>	<p>En el derecho privado se permite el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales a término indefinido, pero con respecto a los recursos de presupuestos públicos no resulta posible el compromiso de la entidad estatal a término indefinido, pues aplica el principio de la anualidad, lo que impone la contratación del servicio por vigencias fiscales. Ahora bien, aunque el recurso comprometido no provenga del presupuesto público, no cabría el pacto de duración a término indefinido, toda vez que la entidad estatal debe identificar la imputación presupuestal, asunto que va de la mano del principio de la planeación del gasto, de manera que la entidad estatal no puede obligarse a futuro por valor indeterminado.</p>
--	---

En suma puede decirse que más que las diferencias son los rasgos característicos que los asemejan y que en síntesis y como punto principal se concreta en que las labores contratadas deben estar relacionadas con las funciones asignadas a la entidad estatal contratante pero que no puedan prestarse por personal de planta. Es así como en el caso subexamine, el objeto del contrato lo constituyó la revisión y auditoría de cuentas y reclamaciones de los acreedores de la E.P.S. Risaralda S.A., en liquidación, dentro del proceso liquidatorio, actividad que sin duda correspondía adelantar a la entidad pública con ocasión de su propia liquidación, la cual debió emprenderse desde que se dispuso su toma de posesión mediante Resolución 1940 del 13 de diciembre de 1999.

En este panorama y dadas las particularidades que envuelve cualquier proceso de intervención con fines liquidatorios de una entidad, ya sea de carácter estatal o privado, resulta indiscutible que las labores que demanda el procedimiento mismo de liquidación no constituyen una tarea fácil en cuanto todas ellas tienen como

⁷⁷ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 1 de noviembre de 1994, Exp. 7960. También la Corte Constitucional, en Sentencia C-154 de 1997, al declarar exequible el numeral 3º del inciso 2º del artículo 32, distinguió los contratos de prestación de servicios de los laborales y precisó que los primeros podía devenir en los segundos cuando se presentaran sus elementos (contrato realidad: subordinación, dependencia, etc), cualquiera que fuera la denominación que le haya dado la entidad pública. Sobre las limitaciones al contrato de prestación de servicios véase la sentencia del Consejo de Estado, Sala de la Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 15 de junio de 2011, Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10), Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Actor: Manuel Alejandro Fula Rojas. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil,

cometido principal la realización de los activos para saldar en lo posible todas las acreencias causadas durante la vida jurídica de la entidad intervenida, hasta culminar de manera efectiva con su existencia.

De ahí que un contrato de prestación de servicios profesionales como el que corresponde al que fue celebrado con el No. 002 de 2000, por la esencia misma del trámite administrativo liquidatorio, afrontaba un escenario incierto en cuanto al número de acreedores que concurrirían a presentar sus reclamaciones y por contera a la cantidad de cuentas y facturaciones que debían someterse al proceso de revisión y auditoría.

A juicio de la Sala, precisamente esa incertidumbre en torno a la dimensión del objeto contractual justificaba e imponía por razones de equidad, de igualdad, de buena fe y de equivalencia, equilibrio o conmutatividad entre las prestaciones recíprocas de las partes, según las previsiones del citado artículo 28 de la Ley 80 de 1993, la necesidad de acudir a una fijación de honorarios gradual y flexible en proporción con el valor total de las reclamaciones que debían ser revisadas. Una interpretación contraria distanciaría mucho de consultar el principio de conmutatividad que debe gobernar todos los vínculos negociales, indistintamente del régimen jurídico de prevalente aplicación.

Si lo anterior no fuera suficiente resultaría aún menos equitativo admitir que los honorarios debían corresponder a una cifra equivalente a \$180'000.000.00, si sumado al escenario incierto que implicaba el desconocimiento de la totalidad de reclamaciones al momento de celebrar el contrato, se agrega que a través de la suscripción del otrosí 3 se establecieron obligaciones adicionales a cargo del contratista, tales como revisar facturas y reclamaciones en condiciones distintas a las previstas en inicio, a saber: reclamaciones extemporáneas, las correspondientes a los servicios prestados dentro del proceso y las de aquellos pasivos no reclamados pero que aparecían debidamente justificadas en los libros y comprobantes de la entidad.

En esa medida, a todas luces resultaría inequitativo asumir que si la entidad decidió imponer nuevas obligaciones al contratista que sin lugar a dudas requerían emplear un mayor esfuerzo y tiempo para su cumplimiento, se insistiera en que la suma total de los honorarios correspondiera al valor inflexible e inmutable de \$180'000.000, el cual, por demás, se había pactado apenas como una cifra

estimativa mucho antes de que emergieran dichas nuevas obligaciones.

c) La interpretación sistemática.

En este punto se impone agregar que durante la ejecución del contrato No. 002 de 2000, las partes suscribieron tres otrosíes que deben ser interpretados dentro del contexto mismo del contrato, cuya suscripción en su totalidad se motivó por la dificultad que entrañó el desarrollo del objeto contractual debido al estado de desorganización en que se encontraban las facturas y reclamaciones sometidas a revisión y la imposibilidad de obtener todos sus soportes, lo cual implicó la necesidad de ampliar el plazo inicialmente convenido. De igual forma, a solicitud del contratista se modificó la forma de pago, lo cual se justificó en el hecho de que ante la ampliación del plazo se requería un manejo constante del flujo de caja para que pudiera cumplir con las obligaciones contraídas para desarrollar el objeto contractual.

En cuanto al valor de los honorarios, de la mayor importancia resulta señalar que nada se anotó en ese sentido. Solamente en el otrosí No. 3 se estableció que *“las adiciones al contrato mediante el presente otrosí no podrán alterar las condiciones iniciales pactadas respecto del valor máximo del contrato y de su respaldo presupuestal.”* No obstante, a juicio de la Sala, el propósito de esta última anotación no podría ser otro que el de ratificar el sentido de la cláusula cuarta del contrato No. 002 anteriormente desentrañado, esto es que el valor máximo de los honorarios sería el equivalente al 1.2% del valor total de las reclamaciones revisadas.

Cabe agregar además que aun cuando la unión temporal Auditoría Médica, en las solicitudes elevadas ante el interventor para que se procediera a la suscripción de los otrosíes con el fin de prorrogar el plazo del contrato, se limitó a pedir la modificación de la forma de pago sin llegar a mencionar el aspecto relativo a la variación o aumento del valor de sus honorarios, lo cierto es que tal silencio se impone como una razón más para concluir acerca del estado de convencimiento en que se encontraba el contratista frente a los términos en que quedó pactado el tema concerniente al pago y monto de sus honorarios, de tal suerte que no existía necesidad de recabar sobre aspecto, cuestión que así concebida, como era natural, solo podría totalizarse al culminar el plazo contractual y la ejecución de su objeto, puesto únicamente en ese momento final se podría tener conocimiento del

monto total de las reclamaciones revisadas y, por ende, del valor porcentual que debía reconocerse en su favor.

Otra circunstancia que refuerza este entendimiento alude al hecho de que en el párrafo de la cláusula segunda del otrosí No. 3, se estipuló que *“En el evento que de la liquidación del contrato resultare un menor valor a reconocer al contratista se descontará de este último contado”*. De allí resulta evidente entonces que la suma de \$180'000.000 nunca se entendió y menos se pactó como un valor fijo e inamovible del contrato, sino apenas como un monto aproximado que bien podía aumentar o disminuir dependiendo directamente del valor total de las facturas y reclamaciones efectivamente realizadas, tanto así que en el otrosí que se analiza se acordó que si la suma final auditada arrojaba un menor valor a reconocer en favor del contratista, sencillamente se le descontaría a lo que ya se le había reconocido o pagado, sin ninguna necesidad de suscribir un otrosí para ajustar la medida del contrato.

Lo anterior entraña un efecto interpretativo muy distinto del que ahora pretende entender a su conveniencia la entidad pública contratante, pues si su interpretación de la cláusula cuarta hubiere consistido en que para reconocer un mayor valor se requería la suscripción de un otrosí, en consonancia con esa apreciación igual habría debido entenderse que para reconocer uno menor, cuestión que sin duda comportaría una modificación de la suma de \$180'000.000, naturalmente con esa interpretación, también habría requerido de la misma solemnidad, formalidad que amén de la lectura sistemática y armónica del contrato No. 2 y el otrosí No. 3 no fue pactada.

Conclusión.

En consecuencia, para la Sala se impone concluir que el alcance y contenido de la cláusula cuarta del contrato No. 002 atendía a la interpretación según la cual el valor de los honorarios a cargo del contratista correspondía al 1.2% del monto total de las facturas y reclamaciones revisadas por la unión temporal.

Así las cosas, se tiene que según el informe final del contrato de fecha 27 de abril de 2001 elaborado por el contratista, en armonía con lo registrado en el escrito con el cual se pretendió constituir el acta de liquidación bilateral del contrato, documento este suscrito solamente por el órgano liquidador en el cual se consignó

que según el informe presentado por la unión temporal, que contenía una relación de las actividades desarrolladas desde el 18 de abril a febrero de 2001, hay lugar a concluir que el valor total de las facturas estudiadas ascendió a la suma de \$17.256'634.322, sin que sobre el particular la entidad haya formulado reparo alguno en ese documento.

A partir de lo expuesto, la Sala tiene por cierto entonces que el monto indicado (\$17.256'634.322) es el valor que efectivamente resultó del total de las facturas revisadas y por tal razón correspondía a la suma base para calcular el 1.2% correspondiente a los honorarios, operación que evidentemente arroja la suma de \$207'079.611.

Ahora bien, según los documentos obrantes en el plenario la suma que en efecto fue reconocida en favor del contratista correspondió al valor de \$180'000.000, circunstancia de la cual se deriva que la entidad estatal en liquidación incurrió en incumplimiento contractual habida consideración de que inobservó la cláusula relativa al valor de los honorarios en favor del contratista y en su lugar procedió a reconocer y pagar una suma inferior a la que realmente adeudaba. Así las cosas, en acápite posterior, la Sala procederá a realizar el cálculo respectivo al perjuicio deprecado en la modalidad de lucro cesante adeudado por el concepto antes señalado.

8.2. Del incumplimiento de la entidad estatal respecto de su obligación de entregar en debida forma y oportunamente las facturas y reclamaciones objeto de auditoría.

Sostuvo la parte demandante que la E.P.S. Risaralda S.A., en liquidación incumplió su obligación de entregar oportunamente y en debida forma las facturas y reclamaciones objeto de revisión y auditoría, pues además de estar incompletas, se encontraban en un estado de desorganización que impedía el desarrollo del objeto contractual, todo lo cual determinó la necesidad de suscribir tres otrosíes por cuya virtud se prolongó el término de ejecución que inicialmente se había pactado en 2 meses, a 10 meses.

Con fundamento en lo anterior, la unión temporal alegó que tales prórrogas le habían generado mayores costos en la ejecución del contrato pues debió permanecer más tiempo en las instalaciones de la entidad y, por tanto, debió asumir sumas superiores por salarios al personal empleado para la ejecución de

las labores, gastos de alimentación, hospedaje y transporte por el tiempo que se prolongó su ejecución, así como las utilidades dejadas de percibir por los miembros de la unión temporal al haber dispuesto mayor tiempo en la ejecución del Contrato No. 002, cuando hubiesen podido ejecutar otros proyectos que les generaran otros ingresos.

En lo que atañe a este aspecto recuerda la Sala que una de las obligaciones contraídas por la entidad estatal contratante, con sujeción a la cláusula tercera del negocio jurídico, consistía en *“2) Suministrar al CONTRATISTA la relación de las cuentas reclamadas con sus correspondientes soportes y de aquellas presentadas anteriormente al 13 de diciembre de 1999, fecha de toma de posesión para liquidar a la entidad. 3) Prestar la colaboración oportuna en el suministro de la información y documentación relacionada con el contrato”*.

Del análisis del material probatorio arrimado al proceso la Sala efectivamente evidencia que la celebración de los tres otrosíes de que fue objeto el contrato No. 002, se debió al estado de desorden en que se encontraban las facturas y cuentas que debían revisarse, al punto que muchas de ellas no estaban completas, no contaban con los soportes respectivos o se encontraban indebidamente archivadas, circunstancias que claramente retardaron el cumplimiento de las actividades contratadas pero por causas no imputables a la unión temporal contratista.

De lo anterior dan cuenta tanto el texto mismo de los tres otrosíes, como toda la correspondencia sostenida por las partes a lo largo de la ejecución del contrato, de la cual se desprende que de manera constante se presentaban tropiezos en relación con los documentos sometidos a revisión, situación que hizo más compleja la realización del trabajo encomendado, al tiempo que requirió extender el plazo para su culminación. Visto el panorama puesto de presente, resulta válido concluir que la entidad contratante en liquidación incurrió en incumplimiento de su obligación relacionada con el suministro oportuno y en debida forma de los documentos materia de revisión.

Conclusión.

Como consecuencia de las prórrogas del plazo del Contrato No. 002, que inició el 12 de abril de 2000, pactado inicialmente en dos meses y cuyo vencimiento según

el otrosí No. 2 se convino en el mes de octubre del mismo año, se desprende que dicho término de ejecución se prolongó por cuatro meses más. No obstante, de conformidad con la prueba documental que reposa en el plenario, se colige que en la práctica fue hasta el mes de febrero de 2001 cuando se finalizó la ejecución del objeto contractual, esto es 8 meses adicionales, al término inicialmente acordado.

Como colorario de todo lo expuesto, resulta claro para la Sala que los perjuicios que pudo sufrir el contratista, derivados del mayor tiempo que se prolongó la ejecución del objeto contractual, evidentemente resultan imputables en su mayoría a la conducta de la entidad pública contratante.

8.3. De la ruptura del equilibrio económico por cuenta de la imposiciones de obligaciones adicionales a cargo del contratista.

Sostuvo la parte actora que la entidad estatal a través de la suscripción del otrosí No. 3 le impuso obligaciones adicionales al contratista en desarrollo de las cuales debió revisar reclamaciones extemporáneas, las correspondientes a los servicios prestados dentro del proceso y las de aquellos pasivos no reclamados pero que aparecían debidamente justificadas en los libros y comprobantes de la entidad.

Observa la Sala que en efecto el objeto de la suscripción del otrosí No. 3 consistió en adicionar nuevas obligaciones a cargo de la unión temporal auditoria médica por cuya virtud debieron someter a revisión documentos y facturación que se encontraban en situaciones distintas a las previstas inicialmente en el contrato y a raíz de lo cual la contratista debió destinar mayor tiempo a la ejecución del contrato.

En relación con las obligaciones adicionales impuestas al contratista mediante la suscripción del tercer otrosí, si bien resulta claro para la Sala que las mismas eran necesarias para llevar a cabalidad el proceso liquidatorio, también resulta pertinente observar que no encuentra fundamento que permita justificar la razón por la cual dichas obligaciones no se hubieran incluido dentro del contrato inicial, pues si se observa con detenimiento ninguna constituyó una circunstancia nueva, abrupta o intempestiva que no se hubiera podido pactar desde el mismo inicio del acuerdo. Así, por citar un ejemplo, para la entidad estatal era de pleno conocimiento que con independencia del proceso de liquidación en el que se encontraba, subsistía la obligación de seguir prestando el servicio de salud a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud, tanto del régimen

subsidiado como del régimen contributivo, hasta tanto se dispusiera el respectivo traslado, pues ese fue uno de los efectos de la decisión de su toma de posesión; por manera que desde la misma suscripción del contrato se sabía que existirían reclamaciones correspondientes a los servicios de salud prestados dentro del proceso de liquidación.

Sin embargo, al no haberse pactado la obligación de someter dichas cuentas a revisión desde un inicio, sino hasta la suscripción del otrosí No. 3, a cuya celebración se procedió sólo cuatro meses después de haber suscrito el Contrato No. 002, de alguna forma se retardó y se prolongó la finalización de la revisión y auditoría objeto del contrato, pues se hacía indispensable un nuevo cronograma de trabajo. En consecuencia, a juicio de la Sala dicha circunstancia eventualmente habría podido configurar una causal generadora de ruptura del equilibrio económico del contrato en detrimento del contratista; no obstante, la Sala anticipa que ello no fue materia de demostración como se analizará en acápite posterior.

9) Indemnización de perjuicios.

9.1. Por incumplimiento en el pago de los honorarios.

Recuerda la Sala que de conformidad con lo acreditado en el proceso, en congruencia con lo solicitado en la demanda, el valor total de los honorarios en favor del contratista al tenor de lo pactado en el Contrato No. 002 de 2000 ascendió a la suma de \$207'079.611, distinto a la suma que en efecto reconoció la entidad estatal contratante de \$180'000.000.oo. A esta última suma se le dedujo el valor correspondiente a la retención en la fuente y al IVA, por lo cual finalmente se le entregó al contratista la suma de \$144'000.000.oo.

Sobre el particular debe advertirse que aun cuando en la demanda se expuso que el descuento del IVA había causado un desequilibrio económico, puesto que dentro de su valor no se encontraba incluido el pago de este impuesto por lo cual no resultaba viable deducirlo de la suma adeudada al contratista, lo cierto es que en el recurso de apelación que ahora se decide la parte demandante no hizo referencia alguna a dicho descuento, ni expuso argumento encaminado a controvertir ese cobro.

No obstante, en esta oportunidad la Sala, de manera sucinta, habrá de referirse a la procedencia de descontar de la suma adeudada el valor correspondiente al IVA, sin que ello riña con el principio de congruencia, en tanto si bien no constituyó materia de alzada, ciertamente es una cuestión que de manera directa incide en el cálculo de la indemnización que en este punto se debe abordar.

En relación con este aspecto la doctrina tributaria ha precisado que cuando se hace referencia al valor total de la operación o valor del contrato debe entenderse que dicho monto incluye el impuesto sobre las ventas generado, salvo que este se excluya expresamente.⁷⁸

De igual forma la Sección Tercera de esta Corporación, de antaño, ha acompañado la anterior posición en cuanto ha considerado que el IVA se entiende incorporado dentro del valor total del contrato, a menos que exista expresa salvedad que indique lo contrario:

*“La Sala estima que de esos pactos, **suscritos por LABELCO sin reparo no dejan duda que el precio del contrato incorporó los costos indirectos por el IVA;** y como el contrato es acto jurídico que se presume válido y con él sus cláusulas, estas son obligatorias mientras el contrato no se anule. Si LABELCO consideró que su consentimiento estuvo afectado por error de hecho al suscribir los contratos debió demandar la nulidad parcial de dichas cláusulas; el consentimiento viciado es situación que sólo puede ser alegada por el afectado.”⁷⁹*

De la misma manera, en providencia del año pasado se reiteró la postura expuesta, así:

“En anteriores oportunidades, la jurisprudencia de la Corporación ha considerado que cuando no se demuestre por parte del contratista que los precios ofrecidos no incluían el impuesto sobre las ventas, no tiene derecho a que el contratante le pague de forma adicional el gasto del mismo al igual que se ha aceptado también que el referido tributo puede considerarse como un costo indirecto del contrato de obra.

“(…).

“Corolario de lo anterior se concluye que a pesar de no haberse consignado expresamente, en realidad el IVA estaba incluido en el valor total de la propuesta presentada por el consorcio contratante, razón por la cual la pretensión dirigida a obtener su reembolso por parte de la entidad contratante no tiene vocación de prosperidad y, en consecuencia, el fallo apelado habrá de confirmarse.”⁸⁰

Así las cosas, resulta apropiado concluir que a la suma materia de reclamación habrá de descontarse el monto del IVA, toda vez que en el caso concreto no existió salvedad alguna que lo excluyera del valor del contrato.

⁷⁸ DIAN. Conc.23712 abril.13/98.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera; Sentencia del 3 de mayo de 2001, rad12083, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁸⁰ Subsección C, Sección Tercera, Consejo de Estado, 23 de mayo de 2012, Exp.22897, C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

Se aclara entonces que el valor que se adeuda corresponde a la diferencia entre \$207'079.611 menos \$180'000.000 y no menos \$144'000.000 como lo sostiene el libelista, pues como ya se anotó, la deducción del IVA resultaba procedente. En consecuencia, el monto que se adeuda asciende al valor de \$27'079.611, suma en la cual, de conformidad con todo lo expuesto, igualmente se encuentra incluido el porcentaje correspondiente al IVA que debe estar a cargo del contratista.

También se tiene presente que el sistema antedicho opera en los contratos que se rigen por la Ley 80, *“en caso de no haberse pactado intereses moratorios”*.

Por lo tanto, se reconocen dos sistemas de liquidación de la condena en tratándose del incumplimiento en el pago de sumas de dinero adeudadas con ocasión de los contratos celebrados por entidades del Estado: **i)** el que corresponde a los contratos que se rigen por la Ley 80 de 1993 a falta de pacto contractual de intereses, para los cuales aplica la norma legal del artículo 4 citado y **ii)** el de los contratos en que resulta aplicable el artículo 884 del Código de Comercio⁸¹, bien sea por la existencia del pacto contractual bajo la égida de la Ley 80 de 1993 o por la norma legal especial que somete a los contratos celebrados por entidades estatales al régimen del derecho privado⁸².

i) En tratándose del incumplimiento contractual en el pago de obligaciones dinerarias en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993, a falta de pacto contractual, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterada en la liquidación de las condenas con base en la sumatoria de los montos liquidados conjugando los dos conceptos: la indexación o actualización del valor del capital adeudado (valor actualizado) realizada con aplicación de la variación del índice de precios certificado por el DANE para el período transcurrido entre la fecha de exigibilidad y el de la sentencia, más el valor de los intereses liquidados para el

⁸¹ *“Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.*

Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia”

⁸² Sin perjuicio de la aplicación de los principios de la función pública, existen múltiples normas que han permitido a determinadas entidades estatales acogerse a un régimen contractual de derecho común, como el caso de la Ley 100 de 1993 –comentado en esta providencia-, el artículo 461 del Código de Comercio y el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 para el caso de las sociedades de economía mixta y más recientemente el artículo 14 de la ley 1150 de 2007 aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta *“que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público.”*

mismo período con base en la tasa moratoria equivalente al doble del interés legal civil establecido en el artículo 1617 del Código Civil que regula la indemnización por mora en obligaciones de dinero⁸³, es decir el interés moratorio del 12% anual, el cual se calcula por períodos anuales sobre el valor histórico actualizado a cada corte anual, de acuerdo con las normas ya citadas.

ii) En relación con los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 en los cuales existe el pacto contractual de intereses liquidados a la tasa máxima de mora del artículo 884 del Código de Comercio y en tratándose de aquellos contratos celebrados por las entidades estatales cuya contratación no se rige por la Ley 80, en los cuales cobra vigencia del artículo 884 ante el silencio de las partes o por expreso pacto contractual, tiene lugar la aplicación de una tasa de interés que está fijada con referencia al interés bancario corriente, es decir que está atada a la situación del mercado financiero -a diferencia de la tasa de interés legal que deviene de la tarifa fijada por el legislador- y además se encuentra constituida como un máximo legal con carácter mandatorio.

No obstante en este segundo escenario la posición de la Jurisprudencia ha presentado un dicotomía en cuanto que en algunos casos se ha admitido acumular la actualización del capital con la tasa de interés moratorio del artículo 884 del Código de Comercio, al paso que en otras oportunidades se ha reconocido el capital por su valor histórico más la suma resultante del interés moratorio a la tasa máxima legal permitida; esta última formulación en el entendido de que la tasa moratoria comercial incluye o comprende el concepto de indexación o ajuste del dinero, para el evento de los perjuicios derivados del no pago de una obligación dineraria.

En esta oportunidad la Sala considera conveniente aplicar la última de las dos metodologías mencionadas, esto es reconocer los perjuicios con base en la máxima tasa de interés moratorio, por cuanto engloba todo perjuicio derivado del incumplimiento en el pago de una suma de dinero pactada contractualmente, teniendo en cuenta que no se probó daño distinto del causado por no haber recibido en su oportunidad el dinero correspondiente y que no existe base legal para acudir a otros conceptos de daño o perjuicio adicional.

⁸³ *“Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:*

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.”

Para la Sala la posición anterior resulta ser la más equitativa en relación con las obligaciones dinerarias de los contratos en que aplica el artículo 884 del Código de Comercio, si se tiene en cuenta que la tasa máxima de mora establecida con base en certificación de la Superintendencia Financiera de Colombia es comprensiva o incluyente del concepto de indexación o actualización del capital, por lo cual no procede acumular la liquidación de esta última suma por dos vías.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Tercera que se reitera en esta oportunidad se precisa que el intereses moratorio debe ser liquidado con la aplicación de la tasa máxima de mora vigente al momento de la respectiva mora, siguiendo las voces del artículo 38, numeral 2, de la Ley 153 de 1887, esto es de acuerdo con la tasa que haya regido para cada periodo del tiempo⁸⁴, de conformidad con las correspondientes certificaciones de la Superintendencia Financiera de Colombia, antes Superintendencia Bancaria⁸⁵.

Finalmente hay lugar a destacar que la anterior posición encuentra sólido fundamento en lo siguiente:

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 14 de abril de 2010, radicación número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214), actor: Federico Saúl Sánchez Malagón, demandado: Distrito Capital de Bogotá -Secretaría de Obras Públicas.

“En síntesis, de acuerdo con el criterio jurisprudencial vigente, se tiene que: (i) Ante el silencio de las partes al respecto, de conformidad con el artículo 38, numeral 2, de la Ley 153 de 1887, y en armonía con la figura de la mora, los intereses de mora deben liquidarse de conformidad con la norma vigente al momento de la infracción, de suerte que si la conducta incumplida y tardía del deudor se proyecta en el tiempo y existe durante ese lapso cambio de legislación, es menester aplicar la norma vigente que abarque el período o días de mora de que se trate. (ii) Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la tasa del interés de mora aplicable en cada contrato que celebren las entidades públicas, ante el silencio de las partes, es la establecida en el citado numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, con independencia de que la actividad ejercida sea o no de carácter civil o comercial, sin perjuicio de que ellas puedan estipular otro tipo de tasa incluso la civil o comercial sin incurrir en interés de usura. (iii) En los contratos celebrados por las entidades públicas con antelación a la Ley 80 de 1993, en los cuales no se pactaron intereses de mora ante el incumplimiento, la norma aplicable para sancionar a la parte incumplida y liquidar intereses de mora por el período anterior a su entrada en vigencia, será el artículo 884 del Código de Comercio, si la parte afectada tiene la condición de comerciante o el acto es para éste de carácter mercantil (arts. 1, 10, y 20 y ss C. Co.); o el artículo 1617 del Código Civil si ninguna de las partes (contratista o entidad) tiene esa condición; y por el período posterior a la fecha de vigor de la citada Ley 80 de 1993, le será aplicable la establecida en el numeral 8º del artículo 4 ibidem para liquidar el interés de mora.⁸⁴ (La negrilla no es del texto).

⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de Julio de 2013, radicación: 25000232600020020114701, expediente: 26.937, actor: Federación Colombiana de Tiro y Caza, Demandado: IDR, referencia: acción contractual – apelación sentencia.

“Preliminarmente resulta útil reiterar que en el presente caso las partes pactaron un plazo para el pago de la suma adeudada y una tasa de interés moratorio que se tendría en cuenta en el evento de no pago, cláusula que se encuentra ajustada a la libertad negocial permitida a las partes contratantes bajo los dictados de la Ley 80 de 1993, la cual resultaba aplicable para la fecha en que se suscribió el Acuerdo de Reconocimiento de Mejoras con el respectivo convenio de intereses moratorios.

Por lo anterior se aplicará para la presente liquidación de intereses moratorios la tasa de interés que corresponda de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria -hoy Superintendencia Financiera de Colombia- para el respectivo período de mora y, por lo tanto, se ajustará la fórmula de cálculo utilizada por el Tribunal a quo, toda vez que en ella se tomó únicamente la tasa de interés certificada para el mes de junio de cada año, cuando lo cierto es que para esta clase de eventos deben tomarse todas y cada una de las tasas de interés que fueron certificadas en cada período.”

- el artículo 884 del Código de Comercio establece la tasa *máxima* que está permitido cobrar sobre las obligaciones dinerarias y por otra parte, con arreglo a la legislación penal, esa misma tasa sirve de fundamento para el cálculo del límite por encima del cual el cobro constituye un ilícito penal, bajo los supuestos de la respectiva tipificación del delito de usura, lo cual lleva a concluir que el límite es mandatorio, es decir que el Juez no puede reconocer sobre el incumplimiento de una obligación en dinero una tasa de interés más alta que la que fija la Ley, máxime cuando su cobro podría dar lugar a la configuración de la usura.

- la metodología que sigue la Superintendencia Financiera de Colombia para determinar la tasa de interés utilizada como referente en la respectiva certificación tiene en cuenta la información de las tasas que los establecimientos de crédito están cobrando en cada período⁸⁶, de manera que la certificación recoge la condición de costos y precios del dinero en forma actualizada, a diferencia de lo que sucede con el interés legal que obedece a una definición estática sin consideración a las condiciones del mercado financiero. De lo anterior se debe concluir que la tasa de interés moratorio prevista en el artículo 884 del Código de Comercio comprende todo concepto en relación con el costo del dinero que puede ser incorporado como título del perjuicio por el no pago de la obligación dineraria, cualquiera que sea la denominación que se adopte y, en consecuencia, se advierte que el resarcimiento establecido con base en la mora de la citada norma - como el que se ha de aplicar en el presente caso-, incluye el concepto de indexación o actualización del capital.

La anterior interpretación coincide con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y con las regulaciones que la propia Superintendencia Financiera ha expedido en materia de los límites a la tasa de interés que les está permitido cobrar en las operaciones de crédito de sus vigilados⁸⁷.

⁸⁶ "(...) dado que los intereses son réditos de un capital, debe entenderse incluido en ellos tanto lo que se cobra por ceder el beneficio de hacer uso del dinero, como por asumir el riesgo que ello representa y en general todas las cargas de tipo accesorio que se derivan para el acreedor respectivo" Superintendencia Financiera de Colombia, Circular 07, Título Segundo, Capítulo 1, cobros que conforman intereses.

⁸⁷ "Cas.civ. sentencia de 24 de enero de 1990: "en materia comercial, dado el sistema de fijación del interés legal moratorio que consagran los artículos 883 y 884 cuando los jueces condenan al pago de intereses de esta naturaleza se están remitiendo a una tasa que, también, comprende el resarcimiento por la pérdida del poder adquisitivo del dinero"; cas.civ. sentencia de 19 de noviembre de 2001, Exp. 6094. "Cuando el pago, a manera de segmento cuantitativo, involucra el reconocimiento de intereses legales comerciales, no pueden los jueces, con prescindencia de toda consideración especial, ordenar igualmente el ajuste monetario de la suma adeudada, específicamente cuando los réditos que el deudor debe reconocer son de naturaleza comercial, puesto que, sean ellos remuneratorios o moratorios, el interés bancario corriente que sirve de base para su cuantificación (C. de Co., art. 884), ya comprende, per se, la aludida corrección (...). Por su importancia, es conveniente acotar que las tasas en cuestión, en la realidad económica actual —así como en lo tocante con el pasado reciente—, son tasas positivas, en cuanto exceden —notablemente— el índice de inflación registrado, de modo que ellas cubren, in integrum, la pérdida del poder adquisitivo del dinero, pues se insiste en que el componente inflacionario es uno de

Por último, con un propósito simplemente pedagógico vale la pena recordar las conclusiones acerca del carácter resarcitorio de los intereses de mora y las condiciones para su exigibilidad a la luz de la Ley 80 de 1993:

“En conclusión, con apoyo en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y las normas de los Códigos Civil y de Comercio, el Consejo de Estado ha reconocido los siguientes aspectos en relación con los intereses moratorios:

i) La posibilidad de pactar válidamente el reconocimiento de intereses en los contratos estatales;

ii) La naturaleza resarcitoria de los intereses de mora fijados en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993;

iii) La tasa de interés aplicable a los contratos estatales será la prevista en el respectivo pacto contractual –la cual debe encontrarse dentro de los límites legales- y en ausencia de pacto contractual se reconoce la aplicación de una tasa de interés de mora equivalente al doble del interés fijado en el Código Civil, esto es del 12% anual, tasa que se ha determinado con apoyo en el numeral 8 del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994 y de acuerdo con el artículo 1617 del Código Civil que fija el interés legal en 6% anual.

En el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil en 2006⁸⁸ se

los eslabones que, articulados, integran la cadena del interés bancario corriente (...). Más aún, dado que el interés tiene como frontera inquebrantable la tasa de usura (C. Penal, art. 305), según lo ha expresado esta corporación en forma repetida (vid: cas. civ. de 30 de mayo de 1996, CCXL, pág. 709 y cas. civ., mayo 11 de 2000; exp. 5427), esta limitación viene a confirmar la regla relativa a la incompatibilidad de los intereses legales comerciales con una indexación complementaria, pues el reconocimiento de ésta, a la par con aquellos, se traduciría de algún modo, en un desbordamiento de tales réditos, lo que colocaría al acreedor en situación de infringir la ley penal, sin perjuicio de los conocidos efectos patrimoniales previstos en el ordenamiento jurídico. Por supuesto que en frente de obligaciones de linaje civil y, puntualmente, en aquellos casos en que tan sólo se reconoce el denominado interés puro, como sucede con el interés legal civil (C.C., art. 1617, num. 1º, inc. 2º, art. 2232, inc. 2º), nada obsta para que se disponga que el pago se realice incluyendo, además de dichos réditos, la corrección monetaria, pues en este evento la tasa en cuestión únicamente refleja el precio adeudado por el uso del dinero, sin miramiento a su poder adquisitivo (...). Y si ese es el mecanismo adoptado por el legislador comercial, entonces debe aceptarse, igualmente, que cuando las partes de un negocio jurídico de esa naturaleza —en una economía signada por la inflación—, acuerdan el pago de un interés inferior al bancario corriente, no podrá luego el acreedor reclamar la corrección monetaria de la obligación, so capa de ser insuficiente la tasa pactada, como quiera que, en esa hipótesis, debe respetarse la voluntad de los contratantes, en desarrollo del principio pacta sunt servanda, máxime si se tiene en cuenta que, pudiendo hacerlo, no establecieron tasas que cubrieran el riesgo de pérdida del poder adquisitivo del dinero, lo que devela —implícitamente— que su voluntad fue la de no incluir ese factor (total o parcialmente) en la determinación de la prestación”; “el deudor no puede ser forzado a extender —o ensanchar— su deber de prestación, con miras a cobijar conceptos que, como la desvalorización, ya se encuentra comprendida en aquellos, habida cuenta que en este punto impera el criterio prohijado por el legislador mercantil (corrección indirecta), como tal excluyente de otro tipo de metodología enderezada a propiciar ajustes o actualizaciones de los signos monetarios, todo como corolario de la política legislativa adoptada en esta específica materia, la que es necesario respetar” (cas. civ. de 19 de noviembre de 2001; exp. 6094; Cfme: cas. civ. de 18 de septiembre de 1995, CCXXXVII, pág. 911)”. El art. 64 de la Ley 45 de 1990, preceptúa: “Aplicación de las normas sobre límites a los intereses. Para los efectos del artículo 884 del Código de Comercio, en las obligaciones pactadas en unidades de poder adquisitivo constante (UPAC) o respecto de las cuales se estipule cualquier otra cláusula de reajuste, la corrección monetaria o el correspondiente reajuste computará como interés. En cualquier sistema de interés compuesto o de capitalización de intereses se aplicarán los límites previstos en el mencionado artículo. Sin embargo, dichos límites no se tendrán en cuenta cuando se trate de títulos emitidos en serie o en masa, cuyo rendimiento esté vinculado a las utilidades del emisor”. Art. 121, 3. E.O.S.F.” Nota tomada de “El Régimen de Intereses en la Jurisprudencia Civil”. Intervención realizada por el Doctor William Namén Vargas en el VIII Congreso de Derecho Financiero, Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, octubre 22 de 2009, Cartagena, Colombia.

⁸⁸ Concepto acerca de la tasa de interés que se estableció en la Ley 598 de 2000, Consejo de Estado, Radicación 1711 de 9 de febrero de 2006, Magistrado Ponente Gustavo Aponte Santos.

advierte la posibilidad de una tasa aplicable por legislación especial, de donde se precisa que pueden existir normas legales especiales para la fijación de la tasa de mora sobre determinados contratos en las cuales se regule específicamente una tasa de interés moratorio diferente a la de la Ley 80 de 1993, como ha sucedido con la Ley 1122 de 2007 y la Ley 1438 de 2011 aplicable a los convenios de las entidades del sector salud, con independencia de la naturaleza pública o privada de los contratantes;

iv) La pretensión de intereses moratorios debe ser planteada en la demanda y en el recurso respectivo en su caso, por la parte que pretende su reconocimiento, - salvo tratándose de los intereses moratorios sobre las condena y valores conciliados, por cuanto en estos últimos casos el derecho a los intereses está establecido legalmente, de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-;

v) La carga de la prueba de las obligaciones sobre las que se pretende invocar intereses de mora corre a cargo de quien demanda su incumplimiento, lo cual implica que la parte que demanda los intereses debe aportar al proceso las pruebas para determinar el valor de la obligación.

vi) La carga de la prueba de la mora –que implica la fecha de exigibilidad de la obligación- para obtener la condena a la indemnización de perjuicios en el contrato estatal corre a cargo de la parte que la invoca, para lo cual sólo requiere probar el plazo de la obligación de conformidad con el artículo 1608 del Código Civil. No obstante, si la obligación es pura y simple, la parte que pretende el reconocimiento de los intereses moratorios podrá acudir al plazo fijado en el artículo 885 del Código de Comercio o el de la norma legal aplicable al respectivo contrato.”⁸⁹

De acuerdo con lo anterior, no se procederá a actualizar valor adeudado y, en su lugar, se liquidará la tasa de mora máxima legal permitida.

Intereses moratorios.

Comoquiera que en la demanda se solicitó el reconocimiento de los intereses moratorios, resulta del caso recordar que en cuanto el Contrato No. 002 de 2000 se encuentra sometido en todo aspecto al imperio del derecho privado, no hay lugar a la aplicación de la norma sobre intereses moratorios contenida en la Ley 80 de 1993, concerniente al 12% anual o proporcional por fracción de tiempo.

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Sentencia de 3 de abril de 2013, Expediente No. 24.513, radicación No.25 000 23 26 000 2001 01480 01, actor: Eusalud limitada, demandado: Instituto de Seguros Sociales ISS.

Por tanto y ante la ausencia de pacto expreso sobre su cálculo, resulta necesario para su tasación acudir a los dictados del Código de Comercio⁹⁰, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales que sobre el particular se han decantado.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que en el negocio jurídico que se ha examinado no se estipuló con precisión cuál sería el término para proceder al pago de la totalidad de los servicios prestados, esta Sala acudirá al criterio jurisprudencial de conformidad con cual se entenderá que la entidad estatal contratante incurre en mora en el cumplimiento de la contraprestación dineraria a su cargo vencidos los treinta días siguientes a aquel en que hubiere recibido a satisfacción las obras ejecutadas o los servicios prestados por el contratista o aquel en que el contratista radique la respectiva cuenta de cobro o factura, lo que ocurra primero.⁹¹

Sobre el particular, se impone precisar que aun cuando, según se advirtió en

⁹⁰ (...)

“Teniendo en cuenta todo lo expresado, concluye la Sala que, tratándose de contratos estatales celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en los que no se ha incluido estipulación alguna en relación con los intereses que deben pagarse en caso de incumplimiento, cuando la persona afectada tiene la condición de comerciante o el acto es para ella de carácter mercantil, no existe justificación alguna para aplicar una tasa distinta a la regulada en el artículo 884 del C. de Co., a fin de sancionar la mora en que ha incurrido uno de los contratantes, aun cuando éste es una entidad estatal.

Distinta, sin duda, es la situación en la que el contratista no tiene la condición de comerciante, o el contrato celebrado no tiene para él carácter mercantil, evento en el cual sería aplicable el artículo 1617 del Código Civil, o aquella en la que el contrato en el que se guardó silencio se celebró después de que la Ley 80 de 1993 comenzó a regir, o aun antes, siempre que la mora se hubiere presentado durante su vigencia, caso en el cual, según lo explicado, su aplicación estaría autorizada por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del nueve (9) de octubre de dos mil tres (2003); Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 25000-23-26-000-1993-03412-01(13412).

⁹¹Sección Tercera del Consejo de Estado, 30 de julio de 2008, Exp. 23003. *“Atendiendo a lo expuesto, con fundamento en los principios generales ampliamente aludidos, así como consultando las amplias facultades legales con que cuentan las Entidades Estatales para efectos de configurar y diseñar tanto los pliegos de condiciones como los respectivos proyectos de contratos y acudiendo a la referencia que constituye la regulación relativamente próxima de un asunto similar que contiene el artículo 885 del Código de Comercio, por las razones expuestas, la Sala acude nuevamente a los parámetros establecidos en dicha norma legal para efectos de considerar, entonces, que en aquellos contratos estatales en los cuales no se hubieren establecido o estipulado, de manera expresa o precisa, plazos específicos para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la respectiva Entidad Estatal Contratante y en especial cuando se trate de obligaciones de contenido dinerario, las respectivas Entidades Estatales contarán con un plazo de treinta (30) días para la realización del pago correspondiente, por manera que incurrirán en mora a partir del vencimiento de ese plazo, el cual habrá de contarse i) bien a partir de la fecha en la cual la Administración hubiere recibido, a satisfacción, los bienes, las obras, los servicios o, en general, las prestaciones a cargo del contratista particular o ii) bien -y contando como presupuesto con el cumplimiento de las obligaciones a cargo del particular contratista-, a partir de la fecha de presentación o entrega de la correspondiente cuenta de cobro o factura, lo que ocurra primero, tesis que en buena medida corresponde a aquella que ya en ocasiones anteriores había adoptado la propia Sala, al sostener que:*

“Radicada la cuenta, la entidad contaba con el término prudencial de un mes para pagarla y a partir del vencimiento de ese término se considera que la entidad incurrió en mora. Esta práctica mercantil, con respaldo legal en el art. 885 del Código de Comercio⁹¹, puede válidamente aplicarse en el contrato estatal cuando se guarda silencio sobre el término para el pago de las actas al contratista,⁹¹ como sucedió en el presente caso”⁹¹.

acápites anteriores, el documento contentivo de la cifra total resultante de la suma de todas las facturas y documentos auditados lo constituyó el informe final elaborado por el contratista, el cual fue calendarado el 27 de abril de 2001, lo cierto es que dicho escrito no cuenta con la respectiva constancia de radicación ante la entidad estatal contratante, circunstancia que impide obtener certeza acerca del momento en que fue presentado ante la E.P.S. Risaralda en liquidación, para su correspondiente reconocimiento y pago.

Sin embargo, reposa en el plenario el documento que habría de constituir el acta de liquidación final bilateral del contrato en examen, el cual si bien fue suscrito por la entidad estatal contratante al mes siguiente de la fecha del informe final elaborado por el contratista, esto es el 29 de mayo de 2001, lo cierto es que lo consignado en el mismo no fue aceptado y por contera no fue firmado por el representante de la unión temporal por encontrarse en desacuerdo con las sumas allí reconocidas en su favor. Con todo, a partir del contenido del acta en referencia se desprende con claridad que el contratista efectivamente allegó ante la entidad el informe final al que se ha hecho alusión, en tanto en el acta en mención se dejó expresa constancia de su presentación por parte de la unión temporal demandante.

Así las cosas y comoquiera que sólo a partir de la fecha de la suscripción del documento que habría de constituir el acta de liquidación bilateral del contrato se tuvo plena certeza de que el contratista efectivamente presentó ante la entidad estatal contratante el respectivo informe final que contenía el monto total de la suma a reconocer en su favor como contraprestación de la ejecución contractual, la Sala tendrá en cuenta esta última fecha, esto la del 29 de mayo de 2001 como punto de referencia para a partir de allí contar los 30 días siguientes con el fin de calcular los respectivos intereses de mora causados a favor de la contratista, en los términos de la postura jurisprudencial que se ha reseñado.

Resolución No. 92	Vigente desde	Vigente hasta	Tasa de interés bancario corriente (anual), certificado en la respectiva resolución	Una vez y media la tasa de interés bancario corriente	Tasa una vez y medio/100	Tasa una vez y medio/100/Número de días del año)	Días del período	Días del año	Capital x (tasa efectiva/No. días año)	Capital	Capital(tasa efectiva/días años)x número de días ⁹³
536	29-jun-01	30-jun-01	25,17 %	37,76 %	0,3776	0,010	1	365	27079,61	27.079.611	27.079,61
669	01-jul-01	31-jul-01	26,08 %	39,12 %	0,3912	0,011	31	365	29023,41	27.079.611	899.725,64
818	01-ago-01	31-ago-01	24,25 %	36,38 %	0,3638	0,009	31	365	24371,65	27.079.611	755.521,15
954	01-sep-01	30-sep-01	23,06 %	34,59 %	0,3459	0,009	30	365	25662,57	27.079.611	769.877,05
1090	01-oct-01	31-oct-01	23,22 %	34,83 %	0,3483	0,010	31	365	25840,63	27.079.611	801.059,41
1224	01-nov-01	30-nov-01	22,98 %	34,47 %	0,3447	0,009	30	365	25573,54	27.079.611	767.206,18
1380	01-dic-01	31-dic-01	22,48 %	33,72 %	0,3372	0,0	31	365	25017,11	27.079.611	775.530,3

⁹² Fuente: Superfinanciera.gov.co/cifras/informaciónmensual/intereses.

⁹³ Equivale a la fórmula de liquidar el interés moratorio diariamente a la tasa efectiva diaria equivalente, así: **Interés de mora = Capital (tasa de interés efectiva pactada / 365 o 366 según número de días del año) x número de días del período que se liquida.** Se tiene en cuenta que la tasa de interés se divide por 100 en cuanto se encuentra expresada en términos porcentuales. Esta fórmula es similar a la adoptada en la Circular 003 de 2013 de la DIAN, la cual en ese caso se expresa en términos de tasa diaria equivalente con base en períodos de 366 días, así: Interés de mora = Capital x (tasa efectiva/366) x n, aplicable en ese caso para obligaciones tributarias que se liquidan a la tasa máxima de usura de acuerdo con el actual artículo 635 del E.T.

			%	%		009						8
1544	01-ene-02	31-ene-02	22,81%	34,22%	0,3422	0,0009	31	365	25384,35	27.079.611	786.914,95	
93	01-feb-02	28-feb-02	22,35%	33,53%	0,3353	0,0009	28	365	24872,44	27.079.611	696.428,24	
239	01-mar-02	31-mar-02	20,97%	31,46%	0,3146	0,0009	31	365	23336,69	27.079.611	723.437,37	
366	01-abr-02	30-abr-02	21,03%	31,55%	0,3155	0,0009	30	365	23403,46	27.079.611	702.103,83	
476	01-may-02	31-may-02	20,00%	30,00%	0,3000	0,0008	31	365	22257,21	27.079.611	689.973,65	
585	01-jun-02	30-jun-02	19,96%	29,94%	0,2994	0,0008	30	365	22212,70	27.079.611	666.381,00	
726	01-jul-02	31-jul-02	19,77%	29,66%	0,2966	0,0008	31	365	22001,26	27.079.611	682.038,95	
847	01-ago-02	31-ago-02	20,01%	30,02%	0,3002	0,0008	31	365	22268,34	27.079.611	690.318,64	
966	01-sep-02	30-sep-02	20,18%	30,27%	0,3027	0,0008	30	365	22457,53	27.079.611	673.725,88	
1106	01-oct-02	31-oct-02	20,30%	30,45%	0,3045	0,0008	31	365	22591,07	27.079.611	700.323,25	
1247	01-nov-02	30-nov-02	19,76%	29,64%	0,2964	0,0008	30	365	21990,13	27.079.611	659.703,84	
1368	01-dic-02	31-dic-02	19,69%	29,54%	0,2954	0,0008	31	365	21912,23	27.079.611	679.279,06	
1557	01-ene-03	31-ene-03	19,64%	29,46%	0,2946	0,0008	31	365	21856,58	27.079.611	677.554,12	
69	01-feb-03	28-feb-03	19,78%	29,67%	0,2967	0,0008	28	365	22012,39	27.079.611	616.346,78	
195	01-mar-03	31-mar-03	19,49%	29,24%	0,2924	0,0008	31	365	21689,66	27.079.611	672.379,32	
290	01-abr-03	30-abr-03	19,81%	29,72%	0,2972	0,0008	30	365	22045,77	27.079.611	661.373,13	
386	01-may-03	31-may-03	19,89%	29,84%	0,2984	0,0008	31	365	22134,80	27.079.611	686.178,80	
521	01-jun-03	30-jun-03	19,20%	28,80%	0,2880	0,0000	30	365	21366,93	27.079.611	641.007,7	

			%	%		008						8
636	01-jul-03	31-jul-03	19,44%	29,16%	0,2916	0,0008	31	365	21634,01	27.079.611	670.654,39	
772	01-ago-03	31-ago-03	19,88%	29,82%	0,2982	0,0008	31	365	22123,67	27.079.611	685.833,81	
881	01-sep-03	30-sep-03	20,12%	30,18%	0,3018	0,0008	30	365	22390,76	27.079.611	671.722,73	
1038	01-oct-03	31-oct-03	20,04%	30,06%	0,3006	0,0008	31	365	22301,73	27.079.611	691.353,60	
1152	01-nov-03	30-nov-03	19,87%	29,81%	0,2981	0,0008	30	365	22112,54	27.079.611	663.376,28	
1315	01-dic-03	31-dic-03	19,81%	29,72%	0,2972	0,0008	31	365	22045,77	27.079.611	683.418,90	
1531	01-ene-04	31-ene-04	19,67%	29,51%	0,2951	0,0008	31	366	21830,16	27.079.611	676.735,02	
68	01-feb-04	29-feb-04	19,74%	29,61%	0,2961	0,0008	29	366	21907,85	27.079.611	635.327,63	
155	01-mar-04	31-mar-04	19,80%	29,70%	0,2970	0,0008	31	366	21974,44	27.079.611	681.207,59	
257	01-abr-04	30-abr-04	19,78%	29,67%	0,2967	0,0008	30	366	21952,24	27.079.611	658.567,26	
1128	01-may-04	31-may-04	19,71%	29,57%	0,2957	0,0008	31	366	21874,55	27.079.611	678.111,19	
1228	01-jun-04	30-jun-04	19,67%	29,51%	0,2951	0,0008	30	366	21830,16	27.079.611	654.904,85	
1337	01-jul-04	31-jul-04	19,44%	29,16%	0,2916	0,0008	31	366	21574,90	27.079.611	668.822,00	
1438	01-ago-04	31-ago-04	19,28%	28,92%	0,2892	0,0008	31	366	21397,33	27.079.611	663.317,29	
1527	01-sep-04	30-sep-04	19,50%	29,25%	0,2925	0,0008	30	366	21641,49	27.079.611	649.244,77	
1648	01-oct-04	31-oct-04	19,09%	28,64%	0,2864	0,0008	31	366	21186,47	27.079.611	656.780,45	
1753	01-nov-04	30-nov-04	19,59%	29,39%	0,2939	0,0008	30	366	21741,38	27.079.611	652.241,29	
1890	01-dic-04	31-dic-04	19,49%	29,24%	0,2924	0,0008	31	366	21630,39	27.079.611	670.542,2	

			%	%		008					2
2037	01-ene-05	31-ene-05	19,45%	29,18%	0,2918	0,0008	31	365	21645,14	27.079.611	670.999,37
266	01-feb-05	28-feb-05	19,40%	29,10%	0,2910	0,0008	28	365	21589,50	27.079.611	604.505,95
386	01-mar-05	31-mar-05	19,15%	28,73%	0,2873	0,0008	31	365	21311,28	27.079.611	660.649,77
567	01-abr-05	30-abr-05	19,19%	28,79%	0,2879	0,0008	30	365	21355,80	27.079.611	640.673,92
663	01-may-05	31-may-05	19,02%	28,53%	0,2853	0,0008	31	365	21166,61	27.079.611	656.164,94
803	01-jun-05	30-jun-05	18,85%	28,28%	0,2828	0,0008	30	365	20977,42	27.079.611	629.322,74
948	01-jul-05	31-jul-05	18,50%	27,75%	0,2775	0,0008	31	365	20587,92	27.079.611	638.225,63
1101	01-ago-05	31-ago-05	18,24%	27,36%	0,2736	0,0007	31	365	20298,58	27.079.611	629.255,97
1257	01-sep-05	30-sep-05	18,22%	27,33%	0,2733	0,0007	30	365	20276,32	27.079.611	608.289,67
1487	01-oct-05	31-oct-05	17,93%	26,90%	0,2690	0,0007	31	365	19953,59	27.079.611	618.561,38
1690	01-nov-05	30-nov-05	17,81%	26,72%	0,2672	0,0007	30	365	19820,05	27.079.611	594.601,49
8	01-dic-05	31-dic-05	17,49%	26,24%	0,2624	0,0007	31	365	19463,93	27.079.611	603.381,96
290	01-ene-06	31-ene-06	17,35%	26,03%	0,2603	0,0007	31	365	19308,13	27.079.611	598.552,14
206	01-feb-06	28-feb-06	17,51%	26,27%	0,2627	0,0007	28	365	19486,19	27.079.611	545.613,36
349	01-mar-06	31-mar-06	17,25%	25,88%	0,2588	0,0007	31	365	19196,85	27.079.611	595.102,27
633	01-abr-06	30-abr-06	16,75%	25,13%	0,2513	0,0007	30	365	18640,42	27.079.611	559.212,51
748	01-may-06	31-may-06	16,07%	24,11%	0,2411	0,0007	31	365	17883,67	27.079.611	554.393,83
887	01-jun-06	30-jun-06	15,61%	23,42%	0,2342	0,0000	30	365	17371,76	27.079.611	521.152,6

			%	%		006						8
1103	01-jul-06	31-jul-06	15,08%	22,62%	0,2262	0,0006	31	365	16781,94	27.079.611	520.240,13	
1305	01-ago-06	31-ago-06	15,02%	22,53%	0,2253	0,0006	31	365	16715,17	27.079.611	518.170,21	
1468	01-sep-06	30-sep-06	15,05%	22,58%	0,2258	0,0006	30	365	16748,55	27.079.611	502.456,62	
1715	01-oct-06	31-dic-06	15,07%	22,61%	0,2261	0,0006	31	365	16770,81	27.079.611	519.895,15	
2441	01-ene-07	04-ene-07	11,07%	16,61%	0,1661	0,0005	4	365	12319,37	27.079.611	49.277,47	
8	05-ene-07	31-mar-07	13,83%	20,75%	0,2075	0,0006	26	365	15390,86	27.079.611	400.162,46	
428	01-abr-07	30-jun-07	16,75%	25,13%	0,2513	0,0007	91	365	18640,42	27.079.611	1.696.277,96	
1086	01-jul-07	30-sep-07	19,01%	28,52%	0,2852	0,0008	92	365	21155,48	27.079.611	1.946.304,38	
1742	01-oct-07	31-dic-07	21,26%	31,89%	0,3189	0,0009	91	365	23659,42	27.079.611	2.153.007,13	
2366	01-ene-08	31-mar-08	21,83%	32,75%	0,3275	0,0009	90	366	24227,37	27.079.611	2.180.463,60	
474	01-abr-08	30-jun-08	21,92%	32,88%	0,3288	0,0009	91	366	24327,26	27.079.611	2.213.780,40	
1011	01-jul-08	30-sep-08	21,51%	32,27%	0,3227	0,0009	92	366	23872,23	27.079.611	2.196.245,24	
1555	01-oct-08	31-dic-08	21,02%	31,53%	0,3153	0,0009	91	366	23328,42	27.079.611	2.122.886,13	
2163	01-ene-09	31-mar-09	20,47%	30,71%	0,3071	0,0008	89	365	22780,26	27.079.611	2.027.443,06	
388	01-abr-09	30-jun-09	20,28%	30,42%	0,3042	0,0008	91	365	22568,82	27.079.611	2.053.762,21	
937	01-jul-09	30-sep-09	18,65%	27,98%	0,2798	0,0008	92	365	20754,85	27.079.611	1.909.446,43	
1486	01-oct-09	31-dic-09	17,28%	25,92%	0,2592	0,0007	91	365	19230,23	27.079.611	1.749.951,23	
2039	01-ene-	31-mar-	16,14%	24,21%	0,2421	0,0	89	365	17961,57	27.079.611	1.598.579,	

ADOS											
-------------	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Intereses Moratorios: \$93'959.373,21.

Capital Histórico: \$27'079.611.00

Total: \$121'038.984,21

En conclusión, la suma que se condena a pagar a la E.P.S. Risaralda S.A., en liquidación, o a quien haga sus veces, en favor de la unión temporal Auditoría Médica por los honorarios dejados de reconocer, asciende al valor total de: **CIENTO VEINTIÚN MILLONES TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON VEINTIUN CENTAVOS (\$121'038.984,21).**

9.2. Perjuicios causados por el incumplimiento de entregar oportunamente y en debida forma las facturas y reclamaciones sometidas a revisión y por adicionar obligaciones a cargo de la entidad en virtud de lo cual se prolongó el plazo contractual.

Sostuvo la demandante que tanto la ejecución de obligaciones adicionales como la permanencia en la entidad por un plazo superior al previsto inicialmente en virtud de las prórrogas de que fue objeto le ocasionó serios perjuicios en la medida en que se incrementó el valor de los salarios que debía reconocer al personal empleado para la ejecución de dichas labores durante diez meses; también alegó que se aumentaron los gastos de manutención del personal en la ciudad de Pereira tales como alojamiento, hotel, alimentación. Y por último agregó que se redujo la posibilidad de los miembros de la unión temporal de obtener utilidades que habrían podido alcanzar si durante dicho período se hubieran dedicado a realizar otros trabajos.

Al respecto encuentra la Sala que en el acápite de pruebas de la demanda se anunció que los documentos relacionados con el pago de alojamiento alimentación y transporte de los contratistas, así como los concernientes al pago de honorarios de los profesionales médicos contratados se harían llegar durante el curso del proceso. No obstante a lo largo del trámite procesal no fue allegada y practicada

prueba alguna tendiente a demostrar la causación de los perjuicios deprecados, como tampoco la ruptura de la ecuación contractual por haber incurrido en erogaciones que excedieran de manera especial y significativa las previstas desde un inicio.

No hay evidencia indicativa de que los contratistas hubieran residido en una ciudad diferente a Pereira y que con ocasión de la celebración del contrato se hubieran visto en la necesidad de cambiar su residencia temporalmente y asumir gastos extra por concepto de alojamiento y alimentación.

Tampoco se allegaron pruebas dirigidas a establecer los valores de la nómina de los trabajadores que fueron contratados para la ejecución de las tareas de auditoría y revisión de las reclamaciones, o los montos que efectivamente fueron girados para hacer los pagos de salarios y prestaciones en su favor, o los documentos de afiliación al sistema de seguridad social.

Todo ello debió establecerse a partir de diversos elementos de prueba como por ejemplo sus libros de contabilidad, los documentos que deben hacer parte del archivo del contratista para establecer si hubo erogaciones o consignaciones por concepto de pago de personal, nómina, prestaciones sociales, parafiscales u otros documentos que permitieran probar los gastos que efectivamente se hubieran hecho por estos conceptos.

Del mismo modo se advierte que no existe evidencia alguna de que los miembros de la unión temporal Auditoría Médica hubieran rechazado alguna oportunidad de realizar otros trabajos que les significaran obtención de utilidades por dedicar su tiempo a la ejecución del Contrato No. 002 o hubieran perdido el chance de participar y concurrir a la celebración de algún otro contrato.

Por último, en cuanto a los perjuicios causados por el incumplimiento de entregar en forma debida y oportuna la documentación objeto de auditaje, la Sala considera necesario precisar que aun cuando en la pretensión cuarta la parte demandante solicitó condenar a la entidad contratante al pago de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato en cuantía de \$20'707.961, no puede perder de vista el

libelista que si bien en la cláusula novena⁹⁴ del contrato No. 002 efectivamente se convino la existencia de la cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor total del contrato, lo cierto es que su exigibilidad se condicionó a que el incumplimiento que pretendía resarcir proviniera del contratista y no de la entidad pública, por lo tanto, en observancia del principio de autonomía de la voluntad y atendiendo a los términos en que la misma fue libremente pactada por las partes, se impone concluir acerca de la improcedencia de hacer efectivo su cobro por el contratista.

En conclusión, aunque se encuentra probado el hecho que dio lugar a la extensión del plazo contractual y, por ende, a la mayor permanencia en las instalaciones de la entidad contratante y una prolongación en la ejecución de las actividades, el demandante, a quien corresponde la carga de la prueba, no logró demostrar que este hecho le hubiere ocasionado perjuicios. Así también aun cuando se encuentra acreditada la imposición de obligaciones adicionales al contratista distintas a las previstas inicialmente, no se demostró que por ese hecho se haya alterado o desequilibrado la economía del contrato, por lo cual su reconocimiento no tiene vocación de prosperidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala habrá de revocar la sentencia impugnada para en su lugar inhibirse de emitir pronunciamiento de fondo en relación con las pretensiones 1 y 2 mediante las cuales se solicitó la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 151 y 152; declarará que la E.S.P. Risaralda S.A., en liquidación, incurrió en incumplimiento del Contrato No. 002 y como consecuencia de dicha declaratoria condenará a dicha entidad o quien haga su veces a pagar los perjuicios causados al contratista y que fueron discriminados y tasados en acápite precedente.

10. La condena en costas.

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

⁹⁴ CLAUSULA NOVENA.- PENAL PECUNIARIA: EL CONTRATISTA, pagará al CONTRATANTE como cláusula penal pecuniaria una (1) suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, la cual se hará exigible por el incumplimiento de las obligaciones aquí pactadas.

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

F A L L A

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el tres (03) de marzo de dos mil cinco (2005), y en su lugar se dispone:

PRIMERO.- Inhíbese la Sala para resolver de fondo sobre las pretensiones 1 y 2 de la demanda mediante las cuales se solicitó la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 1051 y 1052 del 30 de julio de 2001 y 30 de agosto del mismo año, respectivamente, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Declarar que la E.P.S. Risaralda S.A., en Liquidación incurrió en incumplimiento del Contrato No. 002 de 2000 en detrimento de los intereses del contratista unión temporal Auditoría Médica, atendiendo la motivación que antecede.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaratoria se condena a la E.P.S. Risaralda S.A., en liquidación, o a quien haga sus veces a pagar a la unión temporal Auditoría Médica, la suma de **CIENTO VEINTIÚN MILLONES TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON VEINTIUN CENTAVOS (\$121'038.984,21) por concepto de perjuicios materiales.**

CUARTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO.- Sin condena en costas.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA