

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA – Ausencia de clasificación previa a 1989 – Prestación estatal del servicio – Decreto Ley 1900 de 1990 – Definición de telecomunicaciones – Prestación directa o por concesión

En Colombia, antes de 1989, no existía una clasificación legal de los servicios de las telecomunicaciones. Esta ausencia se explicaba porque dichos servicios eran prestados casi en su totalidad por el Estado, mediante sus entidades descentralizadas por servicios.

Mediante la Ley 72 de 1989 se introdujeron, por primera vez, los lineamientos de una política general para el sector de las telecomunicaciones, así como la clasificación de sus servicios y redes, y se definió el régimen aplicable a los operadores encargados de su prestación. El artículo 1º de esa ley (L. 72 de 1989) estableció la obligación del Gobierno Nacional, por medio del Ministerio de Comunicaciones, de adoptar una política general que comprendiera las funciones de planeación, regulación y control de todos los servicios del sector.

Así, la Ley 72 de 1989 otorgó facultades extraordinarias al presidente de la República para desarrollar el régimen jurídico de estos servicios, las cuales fueron ejercidas mediante la expedición del Decreto Ley 1900 de 1990. El artículo 2º de dicho decreto definió las telecomunicaciones como «toda emisión, transmisión o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o electromagnéticos».

Asimismo, en su artículo 4º, el referido decreto definió que «Las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, que lo prestará por conducto de entidades públicas de los órdenes nacional y territorial en forma directa, o de manera indirecta mediante concesión (...)». En razón a la calificación de las telecomunicaciones como servicio público, el Estado mantuvo las funciones de fijar la política general del sector; de ejercer la regulación, vigilancia y control sobre su prestación y de garantizar el acceso de todos los ciudadanos a estos servicios de interés general.

TRANSFORMACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA – Constitución de 1991 – Nuevo servicio público competitivo – Servicios públicos como actividad económica – Servicios públicos domiciliarios – Régimen contractual de derecho privado – Ley 142 de 1994 artículos 317 y 328 – Ley 80 de 1993 artículo 33

La Constitución de 1991 introdujo un cambio radical en la regulación de los servicios públicos al apartarse de la noción tradicional de este como una extensión de la función administrativa y al adoptar un enfoque basado en un «nuevo servicio público» competitivo, aunque intervenido por el Estado en su papel de director de la economía (arts. 365 y 370 de la CN). Con esta regulación se superó la teoría clásica de los servicios públicos, que los asimilaba a una función administrativa, para reformularla como una actividad económica inherente a las finalidades sociales de nuestro Estado de Derecho.

La modificación sustancial de la concepción de los servicios públicos en el derecho administrativo conllevó cambios significativos en los instrumentos legales que los regulan. Con sujeción a esos postulados, la Ley 142 de 1994 dispuso que esa ley se aplicaba –entre otros– a los servicios públicos domiciliarios de telefonía fija pública

básica conmutada (TPBC) y la telefonía local móvil en el sector rural (art. 1º). Asimismo, los artículos 317 y 328 de la Ley 142 de 1994 dispusieron que los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se regirían por el derecho privado. En consonancia, el artículo 33 de la Ley 80 de 1993 ya había señalado un año antes que «para todos los efectos legales las actividades de telecomunicaciones se asimilan a servicios privados».

SECTOR DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – Ley 1341 de 2009 – Integración de telecomunicaciones al régimen TIC – Derogatoria parcial del Decreto 1900 de 1990 – Derogatoria de normas de la Ley 80 de 1993 – Exclusión de la Ley 142 de 1994 – Excepciones legales específicas – Ausencia de naturaleza domiciliaria – Cambio de régimen jurídico del sector

Posteriormente, se expidió la Ley 1341 de 2009 que buscó regular el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), incorporando en ese concepto general, el régimen de las telecomunicaciones.

En efecto, el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009 derogó parcialmente el Decreto Ley 1900 de 1990 y lo pertinente a las telecomunicaciones de los artículos 33, 34, 35 y 38 de la Ley 80 de 1993, entre otras normas. Asimismo, estableció que los servicios de telefonía pública conmutada, telefonía local móvil rural y larga distancia dejarían de estar sometidos a la Ley 142 de 1994, salvo algunas excepciones relativas al carácter esencial del servicio, la naturaleza jurídica de las empresas, el régimen tributario y las normas laborales.

Así las cosas, tal como lo reconoció expresamente esta Sección al analizar la naturaleza de las empresas que prestaban el servicio público de las telecomunicaciones a la entrada en vigencia de la Ley 1341 de 2009, «el efecto práctico de la nueva ley [1341 de 2009] es que el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones ya no se rige por la ley 142 de 1994, de manera que ningún servicio que lo comprende constituye, en adelante, un servicio público domiciliario, pero sí un servicio público –art. 10 de la Ley 1341–, o lo que es igual, un servicio público no domiciliario (...) las comunicaciones – particularmente las telecomunicaciones– ya no se rigen por la ley 142 de 1994 (...)».

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS Y CONTRATOS DE LOS PROVEEDORES DE TELECOMUNICACIONES – Ley 1341 de 2009 artículo 55 – Régimen de derecho privado --

Ahora bien, en cuanto al régimen general de los actos y contratos de las empresas que prestan el servicio de las telecomunicaciones, el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 estableció que «los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado».

[...]

Nótese, entonces, que el régimen aplicable a los actos y contratos de las empresas que prestan el servicio público de telecomunicaciones fue y sigue siendo el derecho privado. Así, independiente de las reglas de derecho aplicables a su creación y organización, el

régimen general de los actos y contratos de las empresas que conforman el sector de tecnologías de la información y las comunicaciones es el de derecho privado.

ACTOS CONTRACTUALES – No son actos administrativos – Acuerdo entre las partes – Derecho privado – No es función administrativa

[...] la terminación convenida en el contrato no constituye el ejercicio de función administrativa, tampoco implica la expedición de actos administrativos. En efecto, se trata de un asunto propio de la gestión contractual y de las cláusulas libremente pactadas entre las partes, en el cual la regla general aplicable es el derecho privado, conforme al régimen jurídico del contrato. En este escenario, ERT E.S.P actúa como un particular y, por ello, sus decisiones, al no involucrar el ejercicio de función administrativa, no pueden revestir la forma ni los efectos de un acto administrativo.

En la medida en que el régimen jurídico del contrato es el derecho privado, las decisiones adoptadas por la entidad durante la ejecución del contrato no son actos administrativos.

INTERPRETACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS CONFORME A LA INTENCIÓN DE LAS PARTES – Código Civil artículo 1618 – Prevalencia de la intención sobre lo literal – Voluntad real de las partes – Naturaleza del contrato – Circunstancias de celebración – Conducta en la ejecución – Reglas de interpretación contractual – Integración de la voluntad – Interpretación sistemática – Aplicación práctica del contrato – Terminación unilateral causa perjuicios – Deber de indemnizarlos

La intención de las partes [communis intentio] (art. 1618 del CC), que aparece exteriorizada en la cláusula 16.1 del contrato, permite concluir que estas pactaron la facultad de terminación unilateral a voluntad (ad nutum) de ERT E.S.P. Sin embargo, del sentido literal de la cláusula, por su brevedad, no es posible determinar de manera clara e inequívoca si las partes pactaron un requisito o condición para que ERT E.S.P pudiera terminar unilateralmente el contrato. Por el contrario, los términos en los que fue redactada son confusos, en la medida en que, si bien en la primera parte de la cláusula las partes acordaron la terminación unilateral, a continuación, incluyeron la expresión «sin causar perjuicios económicos ni morales».

La cláusula resulta ambigua, porque no permite determinar con precisión si la intención de las partes fue: i) pactar un requisito para la terminación unilateral, consistente en que ERT E.S.P solo podría terminar el contrato cuando dicha decisión no generara perjuicios económicos o morales al contratista, como lo sostuvo el actor en la demanda y en las comunicaciones atrás referidas; o si, por el contrario, ii) buscaban dejar claro que, a pesar de la terminación, no existía una exclusión de responsabilidad en favor del contratante y de causarse perjuicios estos debían ser indemnizados. En esa medida, la Sala debe interpretar dicha cláusula conforme a los siguientes lineamientos.

Es regla general de interpretación de los actos jurídicos que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras (art. 1618 del Código Civil). Esta intención puede desentrañarse tomando en consideración varios elementos, como lo son la naturaleza del contrato, las circunstancias que influyeron en su celebración y la aplicación práctica de las partes en la ejecución de las obligaciones derivadas del acuerdo, entre otros. En tal sentido,

cuando la voluntad de las partes no esté claramente expresada, se debe consultar su intención con fundamento en las reglas de interpretación establecidas para ese fin.

La voluntad de las partes se encaminó a autorizar una terminación unilateral a voluntad (ad nutum) de ERT E.S.P. Sobre esa facultad unilateral no hay duda en la cláusula pactada ni tampoco frente a la intención de las partes encaminada a permitir tal determinación por parte de la contratante. Por ello, la expresión «sin causar perjuicios económicos ni morales», debe ser interpretada en el sentido que permita dotar al pacto del efecto que, voluntariamente, persiguieron las partes.

[...]

El entendimiento de la cláusula en su dimensión práctica y de utilidad, entonces, es que, por un lado, ERT S.A. ESP podía terminar el contrato por voluntad (ad nutum) y, por otro, que en caso de causar perjuicios se hallaba en el deber de indemnizarlos.

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO – Ausencia de autorización general –Código Civil artículo 1602 – Pacta sunt servanda – Intervención judicial – Contratos incumplidos fenecen por mutuo disenso o por declaración judicial – Posición jurisprudencial - Fuerza normativa del contrato - Justificación para que las partes pacten potestad de terminación unilateral

El sistema legal colombiano de derecho privado no contiene una autorización general que faculte a los contratantes a terminar unilateralmente el contrato. De manera que la discusión, más allá de las normas especiales previstas en algunos contratos, como se verá a continuación, ha girado en torno a la tensión entre la visión tradicional sobre el principio de la autonomía privada de la voluntad y la tendencia actual que justifica un pacto en ese sentido.

El artículo 1602 del CC dispone que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, norma que constituye el fundamento del denominado pacta sunt servanda. Para un sector de la doctrina, esta fuerza normativa del contrato se explica, además, en principios fundamentales de derecho privado: la estabilidad y seguridad jurídica, la certeza en el tráfico jurídico y la buena fe, la confianza legítima y la autorresponsabilidad. La exigencia de la intervención judicial tiene su fuente en la visión de la Corte Suprema de Justicia del pacta sunt servanda, según la cual los contratos incumplidos fenecen por el mutuo disenso de las partes o por declaración judicial. Con esto la voluntad de una de ellas no puede tener por efecto poner fin al contrato.

Todas estas características rechazan la ruptura unilateral del contrato, so pena de que la parte renuente sea obligada a acatarlo y a indemnizar los perjuicios. Para algunos doctrinantes, la necesidad de garantizar la coherencia del sistema normativo excluye la posibilidad de la terminación unilateral sin la intervención judicial. Esta premisa se desprende de la interpretación armónica de varias normas que reafirman la fuerza normativa del contrato; es decir, se contemplan normas que excluyen el pacto de los modos de extinción de las obligaciones y que prohíben las cláusulas meramente potestativas.

VALIDEZ DE CLÁUSULAS DE TERMINACIÓN UNILATERAL EN CONTRATOS EXCEPTUADOS DE LA LEY 80 DE 1993 – Regímenes

Aplicación del derecho privado – Autonomía de la voluntad – Procedencia de cláusulas de terminación unilateral – Contratos sometidos a la Ley 80 de 1993

No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina se han inclinado por sostener que es la misma fuerza normativa del contrato la que justifica la posibilidad de que las partes se doten recíprocamente de la potestad de dar por terminado unilateralmente el acuerdo de voluntades.

[...]

En decisiones recientes de esta Subsección, en el ámbito de los llamados regímenes exceptuados de la Ley 80 de 1993, sometidos de manera exclusiva al derecho privado, la Sala ha considerado ajustado a derecho la posibilidad de pactar cláusulas de terminación unilateral, como expresión de la autonomía de la voluntad. Incluso, en fallos más recientes, la Subsección consideró que, en los contratos sometidos al régimen de la Ley 80 de 1993, también era posible pactos de esta naturaleza sin que, como en alguna oportunidad se consideró, fueran ilegales porque comportaban una regulación de las cláusulas excepcionales. Allí se explicó que la fuerza normativa del acuerdo es esencial en la regulación de los contratos a los que se aplica el Estatuto de Contratación de la Administración Pública y ello justifica ese tipo de pactos entre las partes.

TERMINACIÓN UNILATERAL AD NUTUM – Alcance – Terminación lícita o ilícita – Terminación lícita – Fundamento en las reglas legales o previstas en el contrato – Terminación ilícita – Desconocimiento de la l acuerdo entre las partes o ejercida con abuso del derecho

[...] conviene señalar que la terminación unilateral ad nutum es una figura jurídica que permite a una de las partes de una relación contractual dar por terminado el contrato de manera unilateral, sin necesidad de la aceptación o consentimiento de la otra parte. El término “ad nutum” proviene del latín y significa “a voluntad” o “al simple gesto”, lo que implica que la decisión de poner fin al vínculo contractual responde únicamente al deseo de la parte que ejerce este derecho. Ello quiere decir que no se requiere una causa que justifique la terminación, por ejemplo, el incumplimiento, puesto que opera por la sola voluntad de una de las partes sin necesidad de motivación.

Ahora, si bien la terminación unilateral es ad nutum, ello no significa que tal determinación pueda adoptarse de cualquier modo. En tal sentido, la doctrina ha entendido que dicha terminación puede ser lícita o ilícita. La primera corresponde a aquella terminación que fue adoptada por la parte habilitada por el pacto, conforme a las reglas legales o a las previstas en el contrato. Ejercida en tales condiciones, tiene como efecto producir la extinción del vínculo jurídico contractual hacia futuro, con lo cual las partes dejan de estar atadas al cumplimiento de sus obligaciones.

La segunda, por el contrario, es aquella que se aleja del acuerdo de las partes o que es ejercida con abuso del derecho o en contravía del principio de buena fe. En el primer caso, nos hallamos ante un incumplimiento contractual, con lo cual habrá que acreditar los elementos que se han exigido para efectos de la declaratoria correspondiente de responsabilidad. Particularmente, el daño causado, la desatención de la cláusula respectiva mediante la cual las partes habilitaron la terminación unilateral, en donde

habrá de analizarse si pactaron un procedimiento, un plazo respectivo o un preaviso y la relación de causalidad entre ese comportamiento y el daño.

PRINCIPIO DEL NO ABUSO DEL DERECHO– Ejercicio legítimo de derechos -- Buena fe objetiva –

El no abuso del derecho es un principio general que irradia el ordenamiento jurídico y orienta el ejercicio legítimo de los derechos. Así, no obstante que se trata de potestades reconocidas por el ordenamiento jurídico, su ejercicio no puede exceder la función que se les atribuye o el propósito que con ellas se persigue, en detrimento de los derechos ajenos y del interés general. En tal sentido, habrá abuso de un derecho cuando su ejercicio no se acompasa con la buena fe objetiva, la función natural atribuida por el ordenamiento jurídico y se contraría el principio de no causar daño a otro.

BUENA FE – Estandar objetivo de conducta – Deberes de lealtad y corrección de comportamiento – Cooperación para el cumplimiento de obligaciones – Información – No causar daño – Límite para ejercicio de derechos – Posibilidad de terminar contrato

Por su parte, la buena fe, también como principio fundamental del derecho, cumple una función esencial en la ejecución de los contratos. Dicho principio impone a las partes un estándar objetivo de conducta con miras a obtener la finalidad jurídica y económica que se persigue con el acuerdo de voluntades. De tal manera que dicho estándar de objetividad se traduce en deberes puntuales de lealtad y corrección en el comportamiento, de cooperación para el cumplimiento de las obligaciones, de información cuando haya circunstancias relevantes que pueden frustrar el contrato y de protección, es decir, de no causar daños. Adicionalmente, se convierte en un límite para el ejercicio de determinados derechos que se derivan del contrato, tales como la posibilidad de terminarlo.

ILICITUD DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO EN EL DERECHO PRIVADO – Falta de preaviso – Preaviso con falta de tiempo suficiente – Incumplimiento del preaviso pactado – Conducta contradictoria – Inducción a confianza o inversiones – Violación de la buena fe – Ejercicio abusivo del derecho – Finalidad de causar daño –

De tal manera que, con base en estos principios y, particularmente, teniendo en cuenta sus efectos integradores e interpretativos del ordenamiento jurídico, puede concluirse que la terminación unilateral del contrato resulta ilícita cuando:

(i) Sin preaviso pactado por las partes: Un primer evento, en el que se opta por romper el vínculo sin transición, es decir, sin permitir un tiempo real para que la parte del acuerdo se reorganice con miras a tomar las decisiones derivadas de la ejecución de la cláusula pactada. El cumplimiento del acuerdo de buena fe (artículo 1603 del CC y 871 del C.Co) impone que, aun cuando no se hubiera acordado en el contrato dicho preaviso, debe permitírsele al contratista un tiempo para reorganizarse económicamente en la ejecución de la cláusula a voluntad. Una segunda hipótesis es la que, aunque se preavisó sin que se hubiera pactado así en el contrato, el tiempo resultó insuficiente dada la naturaleza jurídica y la función económica del contrato.

(ii) Cuando se pacta preaviso por las partes: Un primer evento cuando el preaviso no se ajusta a las reglas pactadas en el contrato, de manera que constituye un incumplimiento del acuerdo. Una segunda hipótesis cuando el preaviso se comunica en el plazo pactado, pero antecedido de un comportamiento incoherente, de tal manera que, por ejemplo, se induce a inversiones o se genera la confianza que habrá continuidad o renovación y luego se decide romper el vínculo. Todas estas son actitudes de falta de lealtad en la ejecución del contrato.

(iii) En aquellos eventos en que, no obstante la facultad debidamente pactada y ejercida conforme al contrato, se ejerce con el simple fin de causar un daño.

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO – Verificación de la naturaleza del contrato – Función económica del contrato – Análisis del juez en determinar si se ajustó o es abusiva

Conviene señalar que, en el análisis de la terminación unilateral y su ejecución, juegan un papel determinante la naturaleza del contrato y su función económica. El tipo contractual, así como el contenido de las obligaciones, su alcance, los plazos pactados y la forma de cumplimiento son factores indispensables para estudiar el ejercicio de la cláusula de terminación. No resulta asimilable una terminación unilateral en un contrato de obra a una ocurrida en uno de prestación de servicios. También, dicho pacto de terminación, aunque depende del acuerdo de las partes, debe ser coherente con la función económica que tiene el contrato. La admisión de este pacto, desligado del alcance y fines económicos, puede, incluso, llevar a vaciar su contenido obligacional.

Con fundamento en la naturaleza jurídica del contrato, el juez podrá analizar si la terminación responde a la lógica jurídica y económica del negocio o si, al contrario, aunque su ejercicio es producto de una facultad reconocida por la regulación entre las partes, resulta abusiva. No existe un derecho general a terminar unilateralmente los contratos. Por el contrario, existen facultades de terminación funcionalmente justificadas y delimitadas por el tipo contractual, su duración, las obligaciones pactadas, su función económica y los principios de buena fe y equilibrio contractual.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: WILLIAM BARRERA MUÑOZ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil veintiséis (2026)

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Actor: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A. ESP
Proceso: Acción contractual

COPIAS SIMPLES-Valor probatorio. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES- Los actos y contratos de las entidades estatales que prestan el servicio público de telecomunicaciones se rigen por el derecho privado. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD-Pacto expreso de terminación unilateral. PACTO DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO-Su ejercicio no supone función administrativa ni la expedición de actos administrativos. TERMINACIÓN UNILATERAL PACTADA-Como no se adopta por acto administrativo la acción procedente es la de controversias contractuales. INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA-El juez puede readecuar la demanda, sin alterar los hechos en que se funda. CLÁSUSULA CONTRACTUAL DE TERMINACIÓN-Aplicación de las reglas de interpretación de los contratos del Código Civil. TESTIMONIO-Crítica testimonial. PERJUICIOS-Carga de la prueba de la demandante. COSTAS EN CCA-Imprudencia cuando no se actúa con temeridad o mala fe.

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 29 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda. La decisión fue la siguiente:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 4 de enero de 2010, GGGG Corporation y la Empresa de Recursos Tecnológicos S.A. E.S.P. celebraron un contrato de prestación de servicios para el alistamiento y renta mensual de series de numeración virtual correspondientes a redes de TPBC en el exterior –también denominados DID’s–. La Empresa de Recursos Tecnológicos S.A. E.S.P. terminó unilateralmente el contrato. GGGG Corporation alegó que la

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A. E.S.P.
Asunto: Acción contractual

terminación fue ilegal y que se incumplió el contrato, porque no se configuró la causal de terminación unilateral.

II. ANTECEDENTES

Pretensiones

El 15 de mayo de 2012¹, GGGG Corporation, por medio de apoderada judicial, formuló acción contractual contra la Empresa de Recursos Tecnológicos S.A. E.S.P. (en adelante ERT E.S.P). La demandante formuló las siguientes pretensiones declarativas y de condena:

1. *Que son nulos los siguientes oficios: No 0984 de julio 29 de 2010; sin número de agosto 31 de 2010 y No G-1745 de diciembre 9 de 2010, a través de los cuales la EMPRESA DE RECURSOS TECNOLÓGICOS S.A. ESP- ERT ESP dio por terminado unilateralmente el contrato de prestación de servicios de enero 4 de 2010, celebrado entre la entidad demandada y mi representada.*

2. *Que se declare que la EMPRESA DE RECURSOS TECNOLÓGICOS S.A. ESP- ERT ESP incumplió el contrato de prestación de servicios celebrado con GGGG CORPORATION el 4 de enero de 2010.*

3. *Que se declare que la EMPRESA DE RECURSOS TECNOLÓGICOS S.A. ESP- ERT ESP es administrativamente responsable de los perjuicios de orden material, daño emergente y lucro cesante que se detallan:*

DAÑO EMERGENTE	
• Gastos asumidos por el contratista por concepto honorarios (sic) por asesoría y representación jurídica en el proceso conciliatorio y en sede administrativa.	\$ 8.000.000
• Intereses y penalidades a proveedores, bancos y terceros para dar cumplimiento a obligaciones contractuales	\$12.038.640
LUCRO CESANTE	
• Reducción de las líneas de crédito, constitución de depósitos en garantía y reducción de capacidad para venta de servicios a terceros	\$77.047.296
TOTAL PERJUICIOS	\$97.085.936

4. *A la sentencia que le ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del CCA (fls. 80-81 c. 1)*

¹ Según da cuenta el sello de radicación de la Oficina de Administración de Apoyo Judicial para los Juzgados Administrativos de Cali (f. 109 c. 1).

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

Hechos

En apoyo de las pretensiones, la parte actora indicó que el 4 de enero de 2010, GGGG Corporation y ERT E.S.P celebraron un contrato de prestación de servicios para «*el alistamiento y renta mensual de series de numeración virtual correspondientes a redes de TPBC del exterior, o DID's*». El plazo del contrato era hasta el 31 de diciembre de 2010 y las partes acordaron una cantidad mínima mensual de DID's que ERT E.S.P debía rentar.

Indicó que el 29 de julio de 2010, ERT E.S.P comunicó su decisión de terminar unilateralmente el contrato a partir del 31 de agosto siguiente. La empresa adujo que la continuidad del contrato era inviable desde el punto de vista económico y, con ello, se configuró la causal de terminación unilateral prevista en la cláusula 16.1 del contrato de prestación de servicios, que le permitía terminar el contrato «*sin causar perjuicios económicos ni morales*».

Señaló que el 17 y 30 de agosto de 2010, GGGG Corporation envió dos comunicaciones a ERT E.S.P en respuesta a la decisión de dar por terminado el contrato unilateralmente. En ellas dejó consignado que la cláusula 16.1 exigía la ausencia de perjuicios para el contratista, lo cual no se cumplió, puesto que GGGG Corporation realizó inversiones y asumió compromisos con terceros para cumplir con el contrato hasta el 31 de diciembre de 2010.

Afirmó que el 31 de agosto de 2010, ERT E.S.P respondió dichas comunicaciones, pero se limitó a citar normas que, a juicio de la demandante, «*no aportaron claridad sobre la situación planteada*». Sostuvo que, pese a la terminación unilateral, GGGG Corporation decidió continuar con la ejecución del contrato y facturó el costo mensual del alquiler de los DID's hasta el 31 de diciembre de 2010.

Adujo que la terminación unilateral fue arbitraria, desconoció el debido proceso y que la cláusula era ventajosa en favor de la entidad demandada, toda vez que se trataba de una potestad propia de los contratos sujetos al EGCAP que únicamente procede en las causales previstas en el artículo 17 de ese estatuto. Agregó que no se le vinculó al trámite previo a la decisión, no fue escuchada, que no incumplió el contrato y que la terminación unilateral desconoció el plazo pactado, el valor mínimo mensual a pagar por el alquiler de los DID's y le ocasionó perjuicios.

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

Añadió que los actos demandados violaron los artículos 3, 4, 5, 14, 17 y 23 de la Ley 80 de 1993; 1602, 1603 y 1613 del CC; 3 y 36 del CCA 1, 2, 6 y 29 de la CP, porque no se siguió el procedimiento del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, no se garantizó el debido proceso, la cláusula fue ventajosa y no se respetó la buena fe.

Contestación de la demanda

El 16 de octubre de 2012 (f. 162 c. 1), ERT E.S.P, al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones. Señaló que el contrato de prestación de servicios no se rigió por la Ley 80 de 1993, sino por el derecho privado, de conformidad con los artículos 55 de la Ley 1341 de 2009 y 32 de la Ley 142 de 1994. Por ello, al estar la terminación unilateral pactada en el contrato, su ejercicio no supuso un incumplimiento contractual.

Afirmó que ERT E.S.P ejecutó el contrato hasta agotar los recursos disponibles y que, a partir de ese momento, los servicios de GGGG Corporation dejaron de utilizarse. Señaló que esta situación fue oportunamente informada al contratista y que, por la misma razón, también se puso fin al contrato con la firma Globatelco². Sostuvo, entonces, que no era cierto que los servicios prestados por la demandante hubieran permanecido disponibles después del 31 de agosto de 2010.

En relación con los perjuicios que reclama la demanda, sostuvo que se desconoce el costo real que GGGG Corporation pagó por los DID's y tampoco se aportaron elementos que permitan verificar los valores pagados a sus proveedores. Precisó que la única prueba que la demandante aportó de los presuntos perjuicios ocasionados por la terminación unilateral es un certificado de Publinet EAT, empresa que actúa como mandataria y representante legal de GGGG Corporation en Colombia, situación que le resta credibilidad.

Indicó que la demandante no entregó facturas, soportes contables, ni documentos que demostraran la prestación efectiva de los servicios con posterioridad a la terminación unilateral, ni contratos o comprobantes que acreditaran los gastos por alquiler de equipos o contratación de personal técnico. Reiteró que la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato fue acordada y aceptada por las partes y que dicha decisión no causó perjuicios a la demandante.

² Este contrato, obrante a folios 190 a 194 del cuaderno 1, fue celebrado entre Globatelco y ERT E.S.P, con la finalidad de brindar mantenimiento y soporte a la plataforma DID's.

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

Fundamentos de la providencia recurrida

El 29 de septiembre de 2014, el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda, al considerar que las partes pactaron la facultad unilateral en cabeza de ERT E.S.P de terminar el contrato.

Señaló que ERT E.S.P estaba habilitada contractualmente para dar por terminado el contrato, siempre y cuando no se causaran perjuicios económicos o morales al contratista, según la condición acordada por las partes en la cláusula 16.1 del contrato. Afirmó que GGGG Corporation tuvo la oportunidad de pronunciarse en sede del contrato una vez se le informó la terminación unilateral, pero no aportó ningún elemento que diera cuenta de los perjuicios que ahora reclama.

Estimó que la demandada no incumplió el contrato, porque pagó la totalidad de las facturas hasta la fecha de la terminación unilateral, es decir, hasta el 31 de agosto de 2010. En relación con las facturas posteriores a esa fecha, consideró que estas no constituían una obligación a cargo de la demandada, toda vez que el contrato ya había terminado y ERT E.S.P advirtió a GGGG Corporation que cualquier factura posterior al 31 de agosto de 2010 sería rechazada, por lo que la prestación del servicio con posterioridad a la terminación del contrato fue asumida por el contratista por su cuenta y riesgo.

Recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación, que fue concedido el 28 de octubre de 2014 (f. 310 c.p.pal). Esgrimió que, aunque el contrato se encontraba sometido al derecho privado, la cláusula 16.1 otorgó a la demandada una potestad exorbitante, motivo por el cual su ejercicio debió sujetarse a las disposiciones del EGCAP. Afirmó que ERT E.S.P debió seguir el procedimiento establecido en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 para terminar unilateralmente el contrato y que se violó el debido proceso.

Sostuvo que, aun si se aceptara que la cláusula resultaba válida en el marco de la autonomía privada de la voluntad, esta tampoco era procedente. Señaló que en el derecho privado la terminación unilateral se vincula al incumplimiento de obligaciones,

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

conforme a los artículos 1546 del CC y 870 del C.Co., con lo cual resultaba inadecuada en este caso, puesto que el contratista en ningún momento incumplió el contrato. A su juicio, pactar una terminación unilateral sin límites, sin un procedimiento previo y procedente por la mera voluntad de la Administración, transgrede el principio de la buena fe y configura un abuso del derecho.

Finalmente, insistió en que ERT E.S.P incumplió el contrato al desconocer el valor mínimo mensual de DID's pactado y que el Tribunal omitió valorar las pruebas que acreditan los perjuicios derivados de la terminación unilateral. Agregó que la terminación fue arbitraria, desconoció el debido proceso y ocasionó perjuicios al contratista.

Trámite de segunda instancia

El 19 de enero de 2015, el Despacho admitió el recurso de apelación (f. 314 c.p.pal) y, el 17 de febrero siguiente, se corrió traslado para alegar de conclusión en segunda instancia (f. 316 c. 1). Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

1. Como la demanda se presentó el 15 de mayo de 2012 (f. 109 c. 1), el régimen aplicable es el Código Contencioso Administrativo –en adelante CCA–. Conforme al artículo 266 del CCA, en los procesos iniciados antes de la vigencia de ese código, los recursos interpuestos, los términos que comenzaron a correr y las notificaciones en curso, se regían por la ley vigente al momento de esas actuaciones. Por su parte, el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –que empezó a regir desde el 2 de julio de 2012– prevé que las actuaciones administrativas, las demandas y procesos en curso a la vigencia de dicho código seguirían rigiéndose y culminarían conforme al régimen jurídico anterior, esto es, el CCA. Adicionalmente, conforme al artículo 267 del CCA, en los aspectos no regulados se seguiría el Código de Procedimiento Civil –en adelante CPC– en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

Jurisdicción y competencia

2. La jurisdicción administrativa conoce de las controversias derivadas de la actividad contractual de las entidades públicas, según el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006. El Consejo de Estado es competente en segunda instancia para estudiar este asunto de conformidad con el artículo 129 del CCA, según el cual conoce de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Así mismo, esta Corporación es competente en razón a la cuantía porque, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 20.2 del CPC, el valor de la suma de las pretensiones –\$552'044.092 (f. 80 c. 1)– supera los 500 SMLMV exigidos por el artículo 132.5 del CCA, esto es, \$283.350.000³

Acción procedente

3. Como se demandó la nulidad de los «*actos administrativos*» mediante los cuales se terminó unilateralmente el contrato y la sentencia apelada negó esa nulidad porque las decisiones se adoptaron con fundamento en las cláusulas del contrato, la Sala debe detenerse en este punto para determinar cuál es la acción procedente y si, en realidad, debió pedirse la nulidad de un «*acto administrativo*».

Con este fin, se debe determinar, a su vez, el régimen jurídico del contrato, la viabilidad del pacto de terminación unilateral, la naturaleza y los efectos de esa decisión. Así, se podrá determinar si la pretensión es la de nulidad de actos administrativos dictados durante la ejecución el contrato o si lo que se persigue en realidad es su incumplimiento.

El régimen jurídico del contrato

4. El régimen jurídico de los servicios de las telecomunicaciones se ha transformado con el paso del tiempo.

4.1. En Colombia, antes de 1989, no existía una clasificación legal de los servicios de las telecomunicaciones. Esta ausencia se explicaba porque dichos servicios eran

³ Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo de 2012 (\$566.700) por 500.

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

prestados casi en su totalidad por el Estado, mediante sus entidades descentralizadas por servicios⁴.

Mediante la Ley 72 de 1989 se introdujeron, por primera vez, los lineamientos de una política general para el sector de las telecomunicaciones, así como la clasificación de sus servicios y redes, y se definió el régimen aplicable a los operadores encargados de su prestación. El artículo 1º de esa ley (L. 72 de 1989) estableció la obligación del Gobierno Nacional, por medio del Ministerio de Comunicaciones, de adoptar una política general que comprendiera las funciones de planeación, regulación y control de todos los servicios del sector⁵.

Así, la Ley 72 de 1989 otorgó facultades extraordinarias al presidente de la República para desarrollar el régimen jurídico de estos servicios, las cuales fueron ejercidas mediante la expedición del Decreto Ley 1900 de 1990. El artículo 2º de dicho decreto definió las telecomunicaciones como *«toda emisión, transmisión o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o electromagnéticos»*.

Asimismo, en su artículo 4º, el referido decreto definió que *«Las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, que lo prestará por conducto de entidades públicas de los órdenes nacional y territorial en forma directa, o de manera indirecta mediante concesión (...)»*. En razón a la calificación de las telecomunicaciones como servicio público, el Estado mantuvo las funciones de fijar la política general del sector; de ejercer la regulación, vigilancia y control sobre su prestación y de garantizar el acceso de todos los ciudadanos a estos servicios de interés general.

4.2. La Constitución de 1991 introdujo un cambio radical en la regulación de los servicios públicos al apartarse de la noción tradicional de este como una extensión de la función administrativa y al adoptar un enfoque basado en un *«nuevo servicio público»* competitivo⁶, aunque intervenido por el Estado en su papel de director de la economía (arts. 365 y 370 de la CN). Con esta regulación se superó la teoría clásica

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 16 de mayo de 2018, rad. n.º. 2333 [fundamento jurídico I].

⁵ La ley se refirió a las siguientes clases de servicios: los servicios de telecomunicaciones; los servicios informáticos y de telemática; los servicios especializados de telecomunicaciones o servicios de valor agregado y los servicios postales.

⁶ María Teresa Palacio Jaramillo, *Parámetros Constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia*, en Revista de Derecho Público n.º. 14, junio de 2002, Universidad de los Andes.

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

de los servicios públicos, que los asimilaba a una función administrativa, para reformularla como una actividad económica inherente a las finalidades sociales de nuestro Estado de Derecho.

La modificación sustancial de la concepción de los servicios públicos en el derecho administrativo conllevó cambios significativos en los instrumentos legales que los regulan. Con sujeción a esos postulados, la Ley 142 de 1994 dispuso que esa ley se aplicaba –entre otros– a los servicios públicos domiciliarios de telefonía fija pública básica conmutada (TPBC) y la telefonía local móvil en el sector rural (art. 1º). Asimismo, los artículos 31⁷ y 32⁸ de la Ley 142 de 1994 dispusieron que los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se regirían por el derecho privado. En consonancia, el artículo 33 de la Ley 80 de 1993 ya había señalado un año antes que *«para todos los efectos legales las actividades de telecomunicaciones se asimilan a servicios privados»*⁹.

⁷ ARTÍCULO 31 (sin la modificación de la Ley 689 de 2011). *CONCORDANCIA CON EL ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.*

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁸ ARTÍCULO 32 (original). *RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce. Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas y todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares.*

⁹ **Artículo 33:** *Se entiende por actividad de telecomunicaciones el establecimiento de una red de telecomunicaciones, para uso particular y exclusivo, a fin de satisfacer necesidades privadas de telecomunicaciones, y sin conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de telecomunicaciones. Para todos los efectos legales las actividades de telecomunicaciones se asimilan a servicios privados. Se entiende por servicios de telecomunicaciones aquellos que son prestados por personas jurídicas, públicas o privadas, debidamente constituidas en Colombia, con o sin ánimo de lucro, con el fin de satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones a terceros, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior. Para efectos de la presente ley, la clasificación de servicios públicos y de las actividades de telecomunicaciones será la establecida en el Decreto ley 1900 de 1990 o en las demás normas que lo aclaren, modifiquen o deroguen. Las calidades de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y los requisitos y condiciones, jurídicos y técnicos, que deben cumplir los concesionarios de los servicios y actividades de telecomunicaciones, serán los previstos en las normas y estatutos de telecomunicaciones vigentes. (...)*

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

4.3. Posteriormente, se expidió la Ley 1341 de 2009 que buscó regular el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), incorporando en ese concepto general, el régimen de las telecomunicaciones¹⁰.

En efecto, el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009 derogó parcialmente¹¹ el Decreto Ley 1900 de 1990 y lo pertinente a las telecomunicaciones de los artículos 33, 34, 35 y 38 de la Ley 80 de 1993, entre otras normas. Asimismo, estableció que los servicios de telefonía pública conmutada, telefonía local móvil rural y larga distancia dejarían de estar sometidos a la Ley 142 de 1994, salvo algunas excepciones relativas al carácter esencial del servicio, la naturaleza jurídica de las empresas, el régimen tributario y las normas laborales¹².

Así las cosas, tal como lo reconoció expresamente esta Sección al analizar la naturaleza de las empresas que prestaban el servicio público de las telecomunicaciones a la entrada en vigencia de la Ley 1341 de 2009, *«el efecto práctico de la nueva ley [1341 de 2009] es que el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones ya no se rige por la ley 142 de 1994, de manera que ningún servicio que lo comprende constituye, en adelante, un servicio público domiciliario, pero sí un servicio público –art. 10 de la Ley 1341–, o lo que es igual, un servicio público no domiciliario (...) **las comunicaciones –particularmente las telecomunicaciones– ya no se rigen por la ley 142 de 1994** (...)»*¹³.

Ahora bien, en cuanto al régimen general de los actos y contratos de las empresas que prestan el servicio de las telecomunicaciones, el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 estableció que *«los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se registrarán por las normas del derecho privado»*.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 16 de mayo de 2018, rad. n.º. 2333 [fundamento jurídico II].

¹¹ *«exclusivamente en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la presente ley»*

¹² Art. 73 de la Ley 1341 de 2009 *«(...) a las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia **no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios**, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículos 4o sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral»*. En todo caso, el mismo artículo 73 previó que se *«respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público»*.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de diciembre de 2010, rad. n.º. 38344 [fundamento jurídico 1]. En el mismo sentido, Subsección A, sentencia de 19 de marzo de 2020, rad. n.º. 63572 [fundamento jurídico 3].

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

Al consultar los antecedentes legislativos de esta norma, se observa que en el texto original del proyecto se proponía en este artículo (art. 55) un segundo inciso, en el que se disponía que la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) podía autorizar, a petición de parte, la inclusión de cláusulas exorbitantes en algunos contratos. Sin embargo, en la ponencia de primer debate en el Senado de la República se decidió su retiro, con el siguiente análisis: *«Se propone eliminar la expresión que hace referencia a las cláusulas exorbitantes: Si se trata de una actividad económica en el marco de la libre competencia, no deberían establecerse cláusulas exorbitantes, pues estas tienen sentido cuando el Estado contrata o cuando son servicios públicos domiciliarios»*¹⁴.

En consecuencia, en el trámite legislativo se eliminó el mencionado inciso segundo, por cuanto los contratos de dichas empresas se deben regir exclusivamente por el derecho privado¹⁵, dejando además en claro, como se explicó antes, que las empresas y actividades a que se refiere la ley no hacen parte del régimen de servicios públicos domiciliarios.

En este orden de ideas, tal como reconoció la Sala de Consulta y Servicio Civil¹⁶ al pronunciarse sobre el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, *«la afirmación contenida en la disposición analizada, es suficientemente clara y explícita y coincide con los lineamientos contenidos en la ley 1474 de 2011 y en el decreto reglamentario 734 de 2012, en cuanto afirman que las empresas con participación estatal que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional, como ocurre con los proveedores de las tecnologías de la información y las comunicaciones, se regirán por las disposiciones de derecho privado aplicables a sus actividades económicas y comerciales»*.

Nótese, entonces, que el régimen aplicable a los actos y contratos de las empresas que prestan el servicio público de telecomunicaciones fue y sigue siendo el derecho privado. Así, independiente de las reglas de derecho aplicables a su creación y organización, el régimen general de los actos y contratos de las empresas que conforman el sector de tecnologías de la información y las comunicaciones es el de derecho privado¹⁷.

¹⁴ Gaceta del Congreso n°. 934, 12 de diciembre de 2008, pág. 31.

¹⁵ Gaceta del Congreso n°. 407, martes 2 de junio de 2009, pág. 20

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 25 de junio de 2012, rad. n°. 2102 [fundamento jurídico B].

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 25 de junio de 2012, rad. n°. 2102 [fundamento jurídico B].

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

5. La Empresa de Recursos Tecnológicos S.A. E.S.P. es una empresa de servicios públicos oficial, constituida como sociedad anónima por acciones de carácter comercial¹⁸, mediante escritura pública n°. 2730 de 13 de junio de 1991 de la Notaría Doce de Cali, inscrita en la Cámara de Comercio el 19 de julio siguiente (f. 221 c. 1). Tiene por objeto social «*la prestación de servicios de telecomunicaciones, tecnologías de la información y las comunicaciones, servicios de información y las actividades complementarias, relacionadas y/o conexas con ellos, pudiendo importar o exportar bienes o servicios relacionados con las señaladas tecnologías de la información y las comunicaciones*»¹⁹.

El 4 de enero de 2010, la Empresa de Recursos Tecnológicos S.A. E.S.P. y GGGG Corporation celebraron el contrato de prestación de servicios cuyo objeto era «*el alistamiento y renta mensual de series de numeración virtual correspondientes a redes de TPBC del exterior, o DID's*» (fls. 4-5 c. 1). ERT E.S.P celebró el contrato en vigencia de la Ley 1341 de 2009 (que entró a regir –salvo algunas excepciones– a partir del 30 de julio de 2009) y, por ello, su régimen corresponde al derecho privado. Asimismo, se reitera que el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 no previó la posibilidad de que la Comisión de Regulación de Comunicaciones autorizara la inclusión de las cláusulas excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

6. Está acreditado que las partes del contrato de prestación de servicios pactaron, en la cláusula 16, la terminación del contrato (f. 7 c. 1). Una de las causales (16.1) era la terminación unilateral a voluntad (*ad nutum*) de ERT E.S.P., como se explicará en detalle en el análisis del caso. Sobre la conducta que debían seguir las partes una vez aconteciera dicha hipótesis se guardó silencio. También se demostró que el 31 de agosto de 2010, ERT E.S.P dio por terminado unilateralmente el contrato con fundamento en la cláusula 16.1 (fls. 17 y 18 c. 1).

En tanto la terminación convenida en el contrato no constituye el ejercicio de función administrativa, tampoco implica la expedición de actos administrativos. En efecto, se trata de un asunto propio de la gestión contractual y de las cláusulas libremente

¹⁸ Señala el artículo 3 de los Estatutos Empresa de Recursos Tecnológicos S.A. E.S.P: *Naturaleza. La E.R.T. – E.S.P. es una Empresa de Servicios Públicos Oficial, constituida como sociedad anónima por acciones de carácter comercial, dotada de personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa, sometida al régimen jurídico que para las empresas de servicios públicos (...).*

¹⁹ Certificado de existencia y representación legal de ERT E.S.P (fls. 221-224 c. 1).

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

pactadas entre las partes, en el cual la regla general aplicable es el derecho privado, conforme al régimen jurídico del contrato. En este escenario, ERT E.S.P actúa como un particular y, por ello, sus decisiones, al no involucrar el ejercicio de función administrativa, no pueden revestir la forma ni los efectos de un acto administrativo.

En la medida en que el régimen jurídico del contrato es el derecho privado, las decisiones adoptadas por la entidad durante la ejecución del contrato no son actos administrativos. El daño no proviene de un acto administrativo ni lo que se pretende es adelantar un juicio de legalidad sobre una prerrogativa que refleje el ejercicio de función administrativa, sino determinar un incumplimiento del contrato por parte de ERT E.S.P que decidió terminar unilateralmente el contrato, pactada en el contrato. Por ello, la Sala se concentrará en la pretensión segunda de la demanda, según la cual, ERT E.S.P incumplió el contrato al terminarlo unilateralmente.

El estudio sobre los demás reproches alegados en la demanda sobre el debido proceso no resulta procedente, al no constituir actos administrativos. Lo esencial es verificar el contenido de la decisión de terminar unilateralmente el contrato de acuerdo con la regulación que, sobre el particular, impartieron las partes a esa posibilidad en favor de la entidad contratante.

Por ello, la acción contractual es la idónea para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño que se alega tiene su origen en la actividad contractual del Estado, específicamente en el incumplimiento del contrato (art. 90 de la CN y 87 del CCA).

Caducidad

7. El término para formular pretensiones de naturaleza contractual, de conformidad con el inciso primero del numeral 10 del artículo 136 del CCA, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, por regla general, es de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

Como la decisión definitiva mediante la cual se terminó unilateralmente el contrato, identificada como el oficio nº. 0984 de julio 29 de 2010, fue conocida por GGGG

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

Corporation el 2 de agosto del mismo año (fls. 17 y 18 c. 1) y la demanda fue presentada el 15 de mayo de 2012, se presentó dentro del término legal²⁰.

Legitimación en la causa

8. GGGG Corporation y ERT E.S.P están en legitimados en la causa por activa y por pasiva por ser las partes del contrato de prestación de servicios.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se incumple un contrato—que se rige por el derecho privado— y se abusa del derecho cuando la entidad contratante lo termina unilateralmente con fundamento en una cláusula de terminación *ad nutum*.

Análisis de la Sala

9. Como la sentencia fue recurrida por la parte demandante, la Sala estudiará el asunto de conformidad con el artículo 357 del CPC.

10. Las copias simples serán valoradas, porque la Sección Tercera de esta Corporación, en fallo de unificación, consideró que tenían mérito probatorio²¹.

11. Según la demanda, ERT E.S.P incumplió el contrato porque lo terminó unilateralmente, sin cumplir el requisito relativo a que ello solo procedía si no se causaban perjuicios -según su entendimiento de la cláusula 16.1-. Expuso que GGGG Corporation realizó inversiones y asumió compromisos con terceros para cumplir con el contrato hasta el 31 de diciembre de 2010, que era el plazo original del pacto. En la apelación insistió en sus argumentos. Sobre el particular está probado lo siguiente:

12.1. Está acreditado que el 4 de enero de 2010, ERT E.S.P y GGGG Corporation celebraron el contrato de prestación de servicios para el alistamiento y renta mensual de series de numeración virtual correspondientes a redes de TPBC en el exterior –

²⁰ El 2 de febrero de 2011 (fls. 55-67 c. 1) GGGG Corporation solicitó audiencia de conciliación prejudicial, conciliación parcial que fue aprobada por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca el 23 de agosto de 2011 (fls. 72-78 c. 1).

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, rad. n°. 25.022 [fundamento jurídico 1].

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

también denominados DID's— (fls. 4-8 c. 1). El contrato tenía un plazo de un poco menos de un año, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2010 [cláusula sexta].

12.2. A partir del 31 de agosto de 2010, ERT E.S.P terminó unilateralmente el contrato de prestación de servicios con GGGG Corporation, al considerar que se configuró una causal de terminación del contrato, puesto que el potencial de usuarios estaba por debajo del número mínimo de DID's alquilados, con lo cual el contrato ya no era «*viable financieramente*» y era necesario terminarlo para evitar causar perjuicios al contratista con el eventual impago de facturas. El contenido literal de la comunicación del 29 de julio de 2010, a través de la cual ERT E.S.P terminó unilateralmente el contrato, es el siguiente:

ASUNTO: TERMINACIÓN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS S/N de enero 04 de 2010

El presente tiene por objeto informarle que mediante acta de interventoría del 23 de julio de 2010 se me ha informado que a pesar de haberse reducido a partir de 01 de junio de 2010, el número de DID's a 6.508, de los cuales 5.800 corresponden a Estados Unidos y 708 a España de acuerdo a los reportes de utilización y de consumo de minutos enviados por el proveedor de la interconexión Globaltelco.

Aunado a lo anterior, nuestros competidores han optado por la misma estrategia de ofrecer una segunda línea en estos países y lo que antes constituía una ventaja comparativa, se ha convertido en un atributo sin relevancia.

Por las razones expuestas, debido a que el contrato ya no es viable financieramente para la empresa y para evitar causar perjuicios a su compañía con el eventual no pago de futuras facturas, nos vemos en la obligación de terminar unilateralmente el contrato a partir del 31 de agosto de 2010, para lo cual le estamos dando aviso con 30 días calendario de anticipación, amparados en el numeral 1 de la cláusula décima sexta que a la letra dice:

"16.1.- Por terminación unilateral de LA EMPRESA sin causar perjuicios económicos ni morales."

Con esta determinación, se protege a la ERT de un posible detrimento patrimonial, lo cual es obligación primordial de todo servidor público e igualmente se salvaguardan los intereses de GGGG Corp. pues el riesgo de entrar en cesación de pagos para este contrato era inminente.

Para proceder a realizar los pagos pendientes, es necesario acordar una reunión con el fin de suscribir el acta de liquidación del contrato, la cual podrá ser suscrita por un apoderado legalmente constituido y con autenticación realizada en el consulado colombiano.

Sea esta la oportunidad para agradecer el servicio prestado por su compañía, con la seguridad de que en el futuro podemos seguir realizando negocios que redunden en beneficio de ambas organizaciones. (fls. 17-18 c. 1).

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

12.3. El 9 de agosto de 2010, GGGG Corporation solicitó al contratante aclarar las causas de la terminación unilateral y advirtió que con dicha decisión se «*desconoce la condición pactada como era que esa decisión [terminación unilateral] no causa[ra] perjuicios económicos y morales*» al contratista (fls. 19-22 c. 1). En esta comunicación del 9 de agosto de 2010, GGGG Corporation advirtió al contratante que:

De ninguna manera pueden ustedes asumir que dichos perjuicios no se ocasionan cuando GGGG CORPORATION ha suscrito con ERT un contrato cuya vigencia es hasta el 31 de diciembre de 2010, y que por lo tanto GGGG CORPORATION ha contraído unos compromisos y realizado unas inversiones necesarias para dar cumplimiento al mismo; sin contar con que a partir del OTROSI DE ABRIL 26 ya nuestra empresa cuenta COMO MÍNIMO con los ingresos correspondientes a CINCO MIL OCHOCIENTOS DID's de EEUU como parte de su flujo de caja.

Este incumplimiento de la empresa contratante, lejos de ser legítimo, causa de manera directa a GGGG Corporation perjuicios en términos de daño emergente y lucro cesante, de acuerdo a la jurisprudencia de las Altas Cortes en las sentencias proferidas sobre relaciones contractuales entre el estado (sic) y los particulares. (f. 21 c. 1).

12.4. El 30 de agosto de 2010, GGGG Corporation reiteró las razones de la comunicación anterior y señaló que, a su juicio, el contrato seguía vigente y, por ello, seguiría teniendo todos los servicios activos y disponibles y seguiría «*facturando el valor correspondiente a la ERT ESP, de acuerdo a los valores y cantidades que venimos manejando hasta la fecha*» (fls 23-25 c. 1).

12.5. El 31 de agosto de 2010, ERT E.S.P contestó las comunicaciones del contratista en los siguientes términos:

Carece de buen juicio y de cualquier fundamento legal, su afirmación de que el contrato sigue vigente para la organización que usted regenta y que seguirán teniendo sus servicios disponibles para ERT, puesto que con la debida antelación se les informó acerca de la decisión de dar por terminado el contrato a partir de agosto 31 de 2010 y hasta esta fecha se reconocerá el valor económico estipulado en el contrato, cualquier servicio que GGGG tenga disponible será por su cuenta y riesgo y en ningún momento genera obligación alguna para ERT, pues las obligaciones finalizan el día 31 de agosto de 2010.

De lo contrario, ERT se verá obligada a rechazar la factura, dando aplicación al inciso tercero de la ley 1231 de 2008 dentro de los diez días calendario siguientes a la recepción de la misma. (fls. 26-27 c. 1).

12.6. El 16 de septiembre de 2010, GGGG Corporation insistió en los perjuicios causados con la terminación unilateral del contrato en los siguientes términos:

En este orden de ideas la empresa que represento ha acudido a las normas contractuales y por tanto la causal invocada por ustedes para dar por terminado el

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

contrato: "16.1.-Por terminación unilateral de LA EMPRESA sin causar perjuicios económicos ni morales", debe tomarse de manera integral razón por la cual se hace necesario evaluar la condición implícita de que la decisión no ocasione perjuicios económicos ni morales a la empresa que represento. Hemos considerado que no es clara la sustentación que ustedes han hecho de la causal invocada y de aceptarse de manera simple estaríamos ante el desconocimiento de la naturaleza del contrato, que como se dijo es bilateral y por tanto corresponde a un acuerdo de voluntades.

*La Administración Pública a través de entidades, cualquiera que sea la forma de las mismas, no puede actuar de manera arbitraria frente al particular con quien contrata y en este caso, como se manifestó en la comunicación anterior, GGGG CORPORATION ha suscrito un contrato cuya vigencia era hasta el 31 de diciembre de 2010, por lo tanto realiza inversiones para dar cumplimiento al mismo y planifica unos ingresos como resultado de su ejecución. Ante el incumplimiento de la empresa contratante, en materia contractual de acuerdo a la jurisprudencia de las Altas Cortes sobre el tema, significa que se producen perjuicios en términos de **daño emergente y lucro cesante**. Los perjuicios en este caso no sólo serían el eventual no pago de facturas, sino la pérdida de las inversiones previas a la ejecución del contrato, representadas en el alistamiento y compromisos adquiridos para la correcta prestación del servicio contratado (fls. 29-30 c. 1).*

12.7. El 5 de octubre de 2010, ERT E.S.P solicitó a GGGG Corporation acreditar los perjuicios presuntamente causados con la terminación unilateral del contrato de la siguiente manera: *«De manera reiterada en sus epístolas anteriores, usted hace alusión a que se ocasionan perjuicios para su empresa. Con el objetivo de dar solución al asunto, le solicito de la manera más atenta nos indique cuáles eran los compromisos adquiridos para dar cumplimiento al contrato con ERT, al igual que copia auténtica de los contratos que tenían suscritos para dar cumplimiento al mismo, el monto de las inversiones previas a la ejecución del contrato (sic), todo debidamente soportado documentalmente y cuantificado (...)*» (31-32 c. 1).

12.8. Finalmente, el 23 de noviembre de 2010, GGGG Corporation insistió en los perjuicios causados con la terminación unilateral y señaló que había mantenido disponibles los servicios para el contratante con posterioridad al 31 de agosto de 2010, fecha de la terminación unilateral del contrato (f. 33 c. 1). El 9 de diciembre siguiente, ERT E.S.P informó que, con ocasión de la terminación unilateral desde el 31 de agosto de 2010, el contrato *«fue dado de baja presupuestalmente y no era posible efectuar pago alguno con posterioridad a dicha terminación»* (f. 34 c. 1).

13. La cláusula decimosexta del contrato de prestación de servicios dispuso que este se terminaría, entre otras causas: *«16.1.- Por terminación unilateral de la EMPRESA sin causar perjuicios económicos ni morales»* (f. 7 c. 1).

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

La intención de las partes [*communis intentio*] (art. 1618 del CC), que aparece exteriorizada en la cláusula 16.1 del contrato, permite concluir que estas pactaron la facultad de terminación unilateral a voluntad (*ad nutum*) de ERT E.S.P. Sin embargo, del sentido literal de la cláusula, por su brevedad, no es posible determinar de manera clara e inequívoca si las partes pactaron un requisito o condición para que ERT E.S.P. pudiera terminar unilateralmente el contrato. Por el contrario, los términos en los que fue redactada son confusos, en la medida en que, si bien en la primera parte de la cláusula las partes acordaron la terminación unilateral, a continuación, incluyeron la expresión «*sin causar perjuicios económicos ni morales*».

La cláusula resulta ambigua, porque no permite determinar con precisión si la intención de las partes fue: *i*) pactar un requisito para la terminación unilateral, consistente en que ERT E.S.P. solo podría terminar el contrato cuando dicha decisión no generara perjuicios económicos o morales al contratista, como lo sostuvo el actor en la demanda y en las comunicaciones atrás referidas; o si, por el contrario, *ii*) buscaban dejar claro que, a pesar de la terminación, no existía una exclusión de responsabilidad en favor del contratante y de causarse perjuicios estos debían ser indemnizados. En esa medida, la Sala debe interpretar dicha cláusula conforme a los siguientes lineamientos.

14. Es regla general de interpretación de los actos jurídicos que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras (art. 1618 del Código Civil). Esta intención puede desentrañarse tomando en consideración varios elementos, como lo son la naturaleza del contrato, las circunstancias que influyeron en su celebración y la aplicación práctica de las partes en la ejecución de las obligaciones derivadas del acuerdo, entre otros²². En tal sentido, cuando la voluntad de las partes no esté claramente expresada, se debe consultar su intención con fundamento en las reglas de interpretación establecidas para ese fin.

La voluntad de las partes se encaminó a autorizar una terminación unilateral a voluntad (*ad nutum*) de ERT E.S.P. Sobre esa facultad unilateral no hay duda en la cláusula pactada ni tampoco frente a la intención de las partes encaminada a permitir tal determinación por parte de la contratante. Por ello, la expresión «*sin causar perjuicios económicos ni morales*», debe ser interpretada en el sentido que permita dotar al pacto del efecto que, voluntariamente, persiguieron las partes.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de junio de 1946, en *Gaceta Judicial*, Tomo LX, n°. 2034, 2035 y 2036, p. 656 a 666.

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

En esta dirección, dicha expresión suponía que en caso de que se produjeran tales perjuicios, como consecuencia de la decisión voluntaria de terminar el contrato, los mismos debían ser indemnizados al contratista. Esto explica que, desde la comunicación del 29 de julio de 2010 –en la que ERT SA E.S.P. terminó unilateralmente el contrato a partir del 31 de agosto siguiente– esta justificara su decisión en que el potencial de usuarios estaba por debajo del número mínimo de DID's alquilados, con lo cual el contrato ya no era «*viabile financieramente*» y que la terminación era la alternativa para evitar perjuicios.

Lo dicho también cobra certeza en la medida en que, en comunicación del 5 de octubre de 2010, la misma ERT E.S.P solicitó a GGGG Corporation acreditar los perjuicios que afirmó haber sufrido con la terminación unilateral. Solicitud que, en todo caso, cobra sentido en la medida en que ERT E.S.P entendía que la causación de perjuicios era relevante para determinar las consecuencias que podrían derivarse de su decisión autónoma y unilateral de dar por terminado el contrato.

El entendimiento según el cual no podía existir terminación de causarse perjuicios al contratista, y que sostuvo en sus comunicaciones GGGG Corporation y que se planteó en la demanda, no responde al efecto útil de la cláusula. De ser así, la misma estaría desprovista de aplicación real puesto que para poder adoptar la decisión, durante la ejecución del contrato, debía adelantarse un juicio de responsabilidad encaminado a demostrar que no se causarían perjuicios con la terminación unilateral. Tal circunstancia no supone sino desnaturalizar la terminación por voluntad de uno de los contratantes, que, se insiste, correspondía a la verdadera intención de las partes.

El entendimiento de la cláusula en su dimensión práctica y de utilidad, entonces, es que, por un lado, ERT S.A. ESP podía terminar el contrato por voluntad (*ad nutum*) y, por otro, que en caso de causar perjuicios se hallaba en el deber de indemnizarlos. Definido el punto, procede la Sala a realizar algunas consideraciones en relación con la terminación unilateral del contrato y los efectos que se derivan de una terminación (*ad nutum*).

El pacto de terminación unilateral en los contratos que se rigen exclusivamente por el derecho privado

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

15. El sistema legal colombiano de derecho privado no contiene una autorización general que faculte a los contratantes a terminar unilateralmente el contrato. De manera que la discusión, más allá de las normas especiales previstas en algunos contratos, como se verá a continuación, ha girado en torno a la tensión entre la visión tradicional sobre el principio de la autonomía privada de la voluntad y la tendencia actual que justifica un pacto en ese sentido.

El artículo 1602 del CC dispone que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, norma que constituye el fundamento del denominado *pacta sunt servanda*. Para un sector de la doctrina²³, esta fuerza normativa del contrato se explica, además, en principios fundamentales de derecho privado: la estabilidad y seguridad jurídica, la certeza en el tráfico jurídico y la buena fe, la confianza legítima y la autorresponsabilidad. La exigencia de la intervención judicial tiene su fuente en la visión de la Corte Suprema de Justicia²⁴ del *pacta sunt servanda*, según la cual los contratos incumplidos fenecen por el mutuo disenso de las partes o por declaración judicial. Con esto la voluntad de una de ellas no puede tener por efecto poner fin al contrato.

Todas estas características rechazan la ruptura unilateral del contrato, so pena de que la parte renuente sea obligada a acatarlo y a indemnizar los perjuicios. Para algunos doctrinantes, la necesidad de garantizar la coherencia del sistema normativo excluye la posibilidad de la terminación unilateral sin la intervención judicial. Esta premisa se desprende de la interpretación armónica de varias normas que reafirman la fuerza normativa del contrato; es decir, se contemplan normas que excluyen el pacto de los modos de extinción de las obligaciones y que prohíben las cláusulas meramente potestativas.²⁵

16. No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina se han inclinado por sostener que es la misma fuerza normativa del contrato la que justifica la posibilidad de que las

²³ Cfr. NAVIA FELIPE (2008) "La terminación unilateral del contrato en el derecho privado". En Revista de Derecho Privado (14). Bogotá: Universidad Externado. 35-76.

²⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencias de noviembre 5 de 1979. G.J. 2400 T. CLIX, p.306; de julio 16 de 1985, G.J. 2419 T. CLXXX, p.125; de junio 7 de 1989 G.J.2435 T. CXCVI, p. .162; de diciembre 1 de 1993, G.J. 2664 T. CCXXV, p.707; de septiembre 15 de 1998 G.J. 2494 T. CCLV, p. 588.

²⁵ Cfr Alessandri, A. (s.f). Teoría de las Obligaciones. Santiago de Chile: Ediar ConoSur LTDA.; Meza, R. (2007). Manual de Derecho Civil. Las Obligaciones. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile; Navia, F. (2008) "La terminación unilateral del contrato en el derecho privado". En Revista de Derecho Privado (14). Bogotá: Universidad Externado. 35-76. Ospina. G. (1994). Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. Bogotá: Temis.

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

partes se doten recíprocamente de la potestad de dar por terminado unilateralmente el acuerdo de voluntades.

Este es el entendimiento que la Corte Suprema²⁶ de Justicia ha dado a la cláusula de terminación unilateral en varias providencias en las que reconoció la posibilidad de la resolución del negocio jurídico sin la necesidad de intervención judicial. La primera, en el año de 1941, en un caso en el que se le permitía a una compañía terminar el contrato si no se encontraba petróleo y otros hidrocarburos, pacto frente al cual descartó que se configurara la prohibición del artículo 1535 del CC dado que no se trataba de una condición meramente potestativa.

Posteriormente, conoció de un caso en el que una compañía de productos químicos rescindió unilateralmente un contrato de distribución de suministros, con fundamento en la cláusula de terminación pactada en el contrato. Dijo la Corte que el juez no puede desconocer el acuerdo de voluntades, cuyo sentido es claro y determinante *“incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno sólo de los contratantes”*²⁷.

La Corte Suprema de Justicia estudió el incumplimiento contractual derivado de la terminación unilateral de un contrato de vinculación de vehículos. En esa oportunidad la Corte optó por considerar que ese pacto no se opone a la fuerza normativa del contrato, sino que la integra, por estar cobijada por el principio de la autonomía privada²⁸.

En decisiones recientes de esta Subsección, en el ámbito de los llamados regímenes exceptuados de la Ley 80 de 1993, sometidos de manera exclusiva al derecho privado, la Sala ha considerado ajustado a derecho la posibilidad de pactar cláusulas de terminación unilateral, como expresión de la autonomía de la voluntad²⁹. Incluso, en

²⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 3 de septiembre de 1941, Gaceta Judicial, tomo LII, número 1977, 36-46, 45 (1941).

²⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia octubre 27 de 1993. G.J.2462 T. CCXXV, p. 321.

²⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de agosto de 2011, Rad: 11001-3103-012-1999-01957-01 [fundamento jurídico 2]. En este mismo sentido los laudos arbitral 29 de febrero de 2000, Parque Central Bavaria S. A, contra Clínica la Sabana S. A. Árbitros Luis Fernando Salazar López, Arturo Posada Forero y Fabio Silva Torres; de 19 de agosto de 2005, Terpel de la Sabana contra Thetys Petroleum Company y Metapretóleum LTDA, árbitros Carlos Lleras de la Fuente, Felipe Navia Arroyo y Hernando Parra Nieto y de 4 de abril de 2014, Compañía de Electricidad del Cauca S.A. ESP contra Centrales Eléctricas del Cauca, árbitros Patricia Mier Barros, Rodrigo Noguera Calderón y Germán Gómez Burgos.

²⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 20 de febrero de 2017 Rad. 56562 [fundamento jurídico 1]; sentencia de 20 de febrero de 2017 Rad. 56939 [fundamento jurídico 1], y sentencia de 19

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

fallos más recientes, la Subsección consideró que, en los contratos sometidos al régimen de la Ley 80 de 1993, también era posible pactos de esta naturaleza sin que, como en alguna oportunidad se consideró³⁰, fueran ilegales porque comportaban una regulación de las cláusulas excepcionales. Allí se explicó que la fuerza normativa del acuerdo es esencial en la regulación de los contratos a los que se aplica el Estatuto de Contratación de la Administración Pública y ello justifica ese tipo de pactos entre las partes³¹.

En el mismo sentido la doctrina española³², chilena³³ y un sector importante de la nacional³⁴ se ha inclinado por la posibilidad de estimar que la terminación unilateral del contrato por una de las partes resulta viable cuando tiene su fuente en la ley -para los eventos en los que la regulación típica habilita esa posibilidad- y en el acuerdo de las partes. Sostienen que este pacto es válido en la medida en que no afecte el orden público y las buenas costumbres (arts. 15, 16, 1502 y 1519 del CC). Estos son los límites que el ordenamiento jurídico ha previsto a la autonomía privada.

Ahora bien, a pesar de la ausencia de norma general al respecto, en muchos contratos típicos sí se establece la facultad de terminación unilateral ya sea por incumplimiento o a voluntad (*ad nutum*). Por ejemplo: el transporte de cosas (art. 1034 C. Co.); el arrendamiento (art. 1995 y 2000 CC); el usufructo (art. 859 CC); el mandato (art. 2188 CC y 1279 C. Co.); el depósito (art. 2258 CC y 1177 C. Co.); el hospedaje (art. 1199 C. Co.); el comodato (arts. 2218 CC); el seguro (art. 1068 del C. Co.); el suministro (art. 973 del C. Co.); el de cajillas de seguridad (artículo 1420 del C. Co.); el de apertura de crédito y descuento (art. 1406 del C. Co.) y el de cuenta corriente (art. 1389 C. Co.),

de julio de 2017, Rad. 57394 [fundamento jurídico 7], sentencia de 21 de noviembre de 2017, Rad. 42408 [fundamento jurídico 3.4.1]

³⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 9 de mayo de 2012, Rad. 20968 [fundamento jurídico 4.2.2.1 núms (i) y (ii)].

³¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 10 mayo de 2021 [fundamento jurídico 11] y sentencia de 5 de abril de 2022, Rad. 36875 [fundamento jurídico 13]. La primera relativa al coexistencia de multas y, la segunda, del pacto de terminación con la potestad excepcional de terminación unilateral del contrato.

³² LUIS DÍEZ-PICAZO, Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, tomo II, Las relaciones obligatorias, 1087 (6ª ed., Thomson Civitas, Elcano, Madrid, 2008).

³³; Abeliuk, R. (2014). Las Obligaciones. Santiago de Chile: Legal Publishing; Peñailillo, D. (2003). Obligaciones. Teoría general y clasificación. Resolución por Incumplimiento. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

³⁴ RENGIFO GARCÍA, E. (2009). La terminación y la resolución unilateral del contrato. Recuperado de: <https://studylib.es/doc/4802324/la-terminaci%C3%B3n-y-la-resoluci%C3%B3n-unilateral-del-contrato?p=27>; MOLINA MORALES, RANFER, La terminación unilateral ad nutum, 10 Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia), 124-158 (2006). Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/586/553>; BOTERO-ARISTIZÁBAL LUIS FELIPE (2007), Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en el derecho privado colombiano, en La terminación del contrato, 365-390, 384-385 (JOSÉ ALBERTO GAITÁN-MARTÍNEZ & FABRICIO MANTILLA-ESPINOSA, dirs., Universidad del Rosario, Bogotá).

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

entre otros. De tal suerte, que no resulta extraño al derecho de los contratos que una de las partes pueda deshacer el vínculo contractual de forma unilateral.

La tendencia de la legislación internacional es permitir la terminación unilateral. Esta facultad se consagra en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, el Código Europeo de los contratos, en los principios UNIDROIT y en la Convención sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada por la Ley 518 del 4 de agosto de 1999.

Entonces, no hay obstáculo para la inclusión de una cláusula de terminación en favor de la entidad estatal contratante. Este pacto es propio de la autonomía de la voluntad de las partes y es, como lo sentó la Sala de un tiempo atrás, una forma de regular un efecto extintivo de las obligaciones, a través de una condición expresa cuya ocurrencia destruye el vínculo derivado del negocio jurídico y no supone, por supuesto, las prerrogativas derivadas de las cláusulas excepcionales al derecho común³⁵.

Finalmente, conviene dejar claro que la validez del pacto de terminación no significa que en casos puntuales la cláusula no pueda ser considerada por el juez del contrato como abusiva si se dan los elementos que la configuran. Tal circunstancia, sin embargo, es distinta a considerar de forma general la imposibilidad de pactarla porque atenta contra la fuerza vinculante del contrato³⁶.

17. Ahora bien, frente al caso, conviene señalar que la terminación unilateral *ad nutum* es una figura jurídica que permite a una de las partes de una relación contractual dar por terminado el contrato de manera unilateral, sin necesidad de la aceptación o consentimiento de la otra parte. El término “*ad nutum*” proviene del latín y significa “*a voluntad*” o “*al simple gesto*”³⁷, lo que implica que la decisión de poner fin al vínculo contractual responde únicamente al deseo de la parte que ejerce este derecho. Ello

³⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de junio de 2007, Rad. 31838 [fundamento jurídico 4.2.3].

³⁶ Cfr. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo arbitral, Punto Celular Ltda. contra Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A., 23 de febrero de 2007. En esa decisión se concluyó: “*En efecto, la circunstancia de que el contenido material de una estipulación sea válido, no excluye la posibilidad de que se configure una cláusula abusiva, puesto que, según se ha explicado, no es la transgresión a la ley imperativa, el orden público o las buenas costumbres, lo que torna abusiva una cláusula, sino la ventaja marcada que persigue, el notorio desequilibrio que genera, su irrazonabilidad y falta de justificación, así, en abstracto, el contenido material de la cláusula, individualmente considerado, no resulte censurable*”. En Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, 3PL Logistic Solutions Colombia S.A.S. contra VIRBAC Colombia Ltda., 2 de junio de 2016 se censuró la cláusula pactada porque fue incluida en una modificación del contrato sin que se respetara el deber de información.

³⁷ Dictionnaire Latin-Français, voz nutus <https://www.lexilogos.com/document/gaffiot.htm?q=nutus>; Oxford Latin Dictionary, voz nutus <https://archive.org/details/aa.-vv.-oxford-latin-dictionary-1968/page/1209/mode/2up>

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

quiere decir que no se requiere una causa que justifique la terminación, por ejemplo, el incumplimiento, puesto que opera por la sola voluntad de una de las partes sin necesidad de motivación.

Ahora, si bien la terminación unilateral es *ad nutum*, ello no significa que tal determinación pueda adoptarse de cualquier modo. En tal sentido, la doctrina³⁸ ha entendido que dicha terminación puede ser lícita o ilícita. La primera corresponde a aquella terminación que fue adoptada por la parte habilitada por el pacto, conforme a las reglas legales o a las previstas en el contrato. Ejercida en tales condiciones, tiene como efecto producir la extinción del vínculo jurídico contractual hacia futuro, con lo cual las partes dejan de estar atadas al cumplimiento de sus obligaciones.

La segunda, por el contrario, es aquella que se aleja del acuerdo de las partes o que es ejercida con abuso del derecho o en contravía del principio de buena fe. En el primer caso, nos hallamos ante un incumplimiento contractual, con lo cual habrá que acreditar los elementos que se han exigido para efectos de la declaratoria correspondiente de responsabilidad. Particularmente, el daño causado, la desatención de la cláusula respectiva mediante la cual las partes habilitaron la terminación unilateral, en donde habrá de analizarse si pactaron un procedimiento, un plazo respectivo o un preaviso y la relación de causalidad entre ese comportamiento y el daño.

En la hipótesis del abuso del derecho o el ejercicio de mala fe en la terminación unilateral, el desarrollo tuvo su origen en la doctrina francesa en lo relativo a los contratos de distribución, frente a los cuales se analizaron los límites que tiene el principio de terminación unilateral en los acuerdos de duración indefinida³⁹.

El principio de no abuso del derecho se forjó en la jurisprudencia francesa⁴⁰ como institución que se convertía en un límite para el ejercicio de los derechos dado que estos no son absolutos e ilimitados. Los derechos deben ejercerse de acuerdo con la

³⁸ MOLINA-MORALES, RANFER (2006), La terminación unilateral ad nutum, 10 Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia), 124-158. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/586/553>

³⁹ GUYÉNOT, Jean, "La rupture abusive des contrats à durée indéterminée", in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Paris, LGDJ, 1960, p. 235–299.

⁴⁰ Cour impériale (Cour d'appel) de Metz, 10 novembre 1808, publicado en Journal du Palais 1808–1809, p. 195. En un caso en el que, al resolver sobre las molestias causadas por dos máquinas de vapor, la Corte de Apelación de Metz ordenó a su propietario realizar las reparaciones necesarias o eliminar las máquinas y para fundar su decisión consideró que «se permite a cada uno disponer de su propiedad como le plazca, pero sin perjudicar a los demás». Al respecto consultar Bonnacase, Julien. Elementos de Derecho Civil. Tomo II, Puebla, Traducido por Caijca, 1945, texto en el que se hace el recuento de los fallos en el derecho francés.

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

finalidad que les corresponde y sin la intención de causar daños a otros. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁴¹ también tiene un importante desarrollo que se remonta a los años 30 del siglo pasado, incluso antes de que el ordenamiento jurídico colombiano -en el artículo 830 C. Co- positivizara el principio general de no abuso del derecho.

El no abuso del derecho es un principio general que irradia el ordenamiento jurídico y orienta el ejercicio legítimo de los derechos. Así, no obstante que se trata de potestades reconocidas por el ordenamiento jurídico, su ejercicio no puede exceder la función que se les atribuye o el propósito que con ellas se persigue, en detrimento de los derechos ajenos y del interés general. En tal sentido, habrá abuso de un derecho cuando su ejercicio no se acompasa con la buena fe objetiva, la función natural atribuida por el ordenamiento jurídico y se contraría el principio de no causar daño a otro⁴².

Por su parte, la buena fe, también como principio fundamental del derecho, cumple una función esencial en la ejecución de los contratos. Dicho principio impone a las partes un estándar objetivo de conducta con miras a obtener la finalidad jurídica y económica que se persigue con el acuerdo de voluntades. De tal manera que dicho estándar de objetividad se traduce en deberes puntuales de lealtad y corrección en el comportamiento, de cooperación para el cumplimiento de las obligaciones, de información cuando haya circunstancias relevantes que pueden frustrar el contrato y de protección, es decir, de no causar daños⁴³. Adicionalmente, se convierte en un

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia de 30 oct. 1935, G.J. t XLIII No. 1907-1908, pág. 310 a 316; de 5 ago. 1937, GJ. XLV No. 1927, pág. 418 a 422; de 21 feb. 1938, GJ. t. XLVI. No. 1933, pág. 56 a 63; de 24 ago. 1938. t. XLVII. No. 1940, pág. 54 a 60; de 24 mar, 1939. G.J. t. XLVII. No. 1940, pág. 742 a 748; de 28 sept. 1953. GJ. t. LXXVI. No. 2134, pág. 407 a 416; de 30 jun. 1955 GJ. t. LXXX. No. 2154, pág. 485 a 491; de 5 abr. 1962 G.J. t. XCVIII. No. 2251 a 2252, pág. 341 a 344; de 27 may. 1964, G.J. t. CVII. No. 2272, pág. 231 a 237; de 21 nov. 1969. GJ t. 2318, 2319 y 2320 p, 157 a 180; de 11 de octubre de 1973 GJ t. CXLVII no. 2372 a 2377, pags 79 a 86; de 2 dic. 1993, rad. 4159; de 2 ago. 1995, rad. 4159; de 13 ago, 1996, rad. 4570; de 8 oct. 1997, rad. 4818; de 6 feb. 1998, rad. 5007; de 17 sept. 1998, rad. 5096; de 27 nov. 1998, rad. 4909; de 23 jun. 2000, rad 5464; de 9 ago. 2000, rad, 5372; de 14 feb. 2001, rad.5976; de 1 abr. 2003, rad. 6499; de 22 oct. 2003, rad. 7451; de 30 jun. 2004, rad. 7130; de 24 ene. 2005, rad. 2131; de 27 ene. 2005, rad. 7653; de 2 feb. 2005, rad. 0464; de 30 jun. 2005, rad. 0040; de 14 mar. 2006, rad. 1996-13977-01; de 16 sep. 2010, rad. 2005-00590-01; de 1 nov. 2013, rad. 1994-26630; SC11770-2016; SC3840-2020 y SC3930-2020, entre otras.

⁴² La jurisprudencia arbitral ha indicado que el ejercicio de una cláusula de terminación puede resultar abusivo. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo arbitral, Autonal S.A. contra Sofasa S.A., 25 de abril de 2017. Allí se señaló: *El ejercicio de la facultad de terminación unilateral por parte de alguno de los contratantes no configura por sí mismo abuso del derecho en los términos del artículo 830 del Código de Comercio, aunque puede ocurrir el caso que dicha atribución se ejerza en detrimento de los derechos del otro contratante. Por consiguiente, el uso de este tipo de cláusulas o de potestades contractuales no puede hacerse en forma arbitraria o abusiva, caso en el cual, de llegar a causarse vulneración de los derechos del otro contratante, debe deducirse la responsabilidad por esa circunstancia (...)*

⁴³ A. Solarte Rodríguez. La Buena Fe Contractual y Los Deberes Secundarios de Conducta, Javeriana Revista Universitas, pags. 281 a 315.

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

límite para el ejercicio de determinados derechos que se derivan del contrato, tales como la posibilidad de terminarlo⁴⁴.

De tal manera que, con base en estos principios y, particularmente, teniendo en cuenta sus efectos integradores e interpretativos del ordenamiento jurídico⁴⁵, puede concluirse que la terminación unilateral del contrato resulta ilícita cuando:

(i) Sin preaviso pactado por las partes: Un primer evento, en el que se opta por romper el vínculo sin transición, es decir, sin permitir un tiempo real para que la parte del acuerdo se reorganice con miras a tomar las decisiones derivadas de la ejecución de la cláusula pactada. El cumplimiento del acuerdo de buena fe (artículo 1603 del CC y 871 del C.Co) impone que, aun cuando no se hubiera acordado en el contrato dicho preaviso, debe permitírsele al contratista un tiempo para reorganizarse económicamente en la ejecución de la cláusula a voluntad. Una segunda hipótesis en la que, aunque se preavisó sin que se hubiera pactado así en el contrato, el tiempo resultó insuficiente dada la naturaleza jurídica y la función económica del contrato.

(ii) Cuando se pacta preaviso⁴⁶ por las partes: Un primer evento cuando el preaviso no se ajusta a las reglas pactadas en el contrato, de manera que constituye un incumplimiento del acuerdo. Una segunda hipótesis cuando el preaviso se comunica en el plazo pactado, pero antecedido de un comportamiento incoherente, de tal manera que, por ejemplo, se induce a inversiones o se genera la confianza que habrá continuidad o renovación y luego se decide romper el vínculo. Todas estas son actitudes de falta de lealtad en la ejecución del contrato.

⁴⁴ "[E]l punto sensible no ha de ser la estipulación misma de tales cláusulas, sino los requisitos de su redacción y de su ejercicio por el acreedor, en lo cual la jurisdicción ha de poner especial atención, asentada en el principio de la buena fe" FERNANDO HINESTROSA, La terminación unilateral del contrato, en Responsabilidad civil, 429-462, 453 (AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, dir., Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007). En el mismo sentido RENGIFO GARCÍA, E. (2009). La terminación y la resolución unilateral del contrato. Recuperado de: <https://studylib.es/doc/4802324/la-terminaci%C3%B3n-y-la-resoluci%C3%B3n-unilateral-del-contrato?p=27>

⁴⁵ Sobre el papel que juegan los principios generales del derecho en los contratos ver Hinestroza, F. (2000). "De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato". En Revista de Derecho Privado (5), Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 3-22

⁴⁶ FERNANDO HINESTROSA, La terminación unilateral del contrato, en Responsabilidad civil, 429-462, 453 (AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, dir., Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007). El autor señala que el "preaviso" constituye una exigencia que debe cumplir la cláusula de terminación unilateral, sin perjuicio de que existan circunstancias que autoricen proceder de otra forma. En el mismo sentido, RENGIFO GARCÍA, E. (2009). La terminación y la resolución unilateral del contrato. Recuperado de: <https://studylib.es/doc/4802324/la-terminaci%C3%B3n-y-la-resoluci%C3%B3n-unilateral-del-contrato?p=27>; MOLINA-MORALES, RANFER, La terminación unilateral ad nutum, 10 Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia), 124-158 (2006). Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/586/553>.

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

(iii) En aquellos eventos en que, no obstante la facultad debidamente pactada y ejercida conforme al contrato, se ejerce con el simple fin de causar un daño.

Conviene señalar que, en el análisis de la terminación unilateral y su ejecución, juegan un papel determinante la naturaleza del contrato y su función económica. El tipo contractual, así como el contenido de las obligaciones, su alcance, los plazos pactados y la forma de cumplimiento son factores indispensables para estudiar el ejercicio de la cláusula de terminación. No resulta asimilable una terminación unilateral en un contrato de obra a una ocurrida en uno de prestación de servicios. También, dicho pacto de terminación, aunque depende del acuerdo de las partes, debe ser coherente con la función económica que tiene el contrato. La admisión de este pacto, desligado del alcance y fines económicos, puede, incluso, llevar a vaciar su contenido obligacional.

Con fundamento en la naturaleza jurídica del contrato, el juez podrá analizar si la terminación responde a la lógica jurídica y económica del negocio o si, al contrario, aunque su ejercicio es producto de una facultad reconocida por la regulación entre las partes, resulta abusiva. No existe un derecho general a terminar unilateralmente los contratos. Por el contrario, existen facultades de terminación funcionalmente justificadas y delimitadas por el tipo contractual, su duración, las obligaciones pactadas, su función económica y los principios de buena fe y equilibrio contractual.

El ejercicio de esta cláusula en cualquiera de estas condiciones, si bien produce la terminación del contrato, genera la responsabilidad del autorizado por el pacto de indemnizar los perjuicios que con su conducta le ocasione a la otra parte⁴⁷. Para que dicha responsabilidad exista deberán acreditarse los elementos que la componen. De tal manera que deberá probarse el daño sufrido por uno de los contratantes -la pérdida de inversiones no amortizadas, la frustración de expectativas legítimas, el lucro cesante (utilidad) o el daño emergente derivados de la ruptura intempestiva del vínculo contractual-. Además, debe demostrarse la terminación ilícita -en los términos ya expuestos-. Finalmente, debe acreditarse el nexo de causalidad entre ese daño y el

⁴⁷ En la doctrina española aún se discute si el incumplimiento de los deberes de conducta, que no tiene pacto expreso en el contrato, genera responsabilidad contractual. Sobre el particular DÍEZ-PICAZO, refiriéndose en particular a los deberes de protección, señaló que, “es mucho más correcta la tesis que preconiza la incardinación de los deberes de protección dentro de la órbita contractual estricta, (...), entre otras razones porque de otra manera quedaría sin contenido el precepto cardinal del artículo 1258 CC [español] y, además, porque los deberes nacidos de una relación contractual —sean unos y otros específicamente pactados— deben tener un tratamiento uniforme en sede contractual”. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, En el prólogo al libro Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, mercantil y en el laboral de ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, en A. Solarte Rodríguez. La Buena Fe Contractual y Los Deberes Secundarios de Conducta, Javeriana Revista Universitas, pags. 281 a 315.

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

ejercicio de la terminación ilícita, es decir, que aquel no se hubiera producido si la terminación se hubiera ejercido conforme a la buena fe y el no abuso del derecho.

18. Con fundamento en lo atrás expuesto procede la Sala a resolver los cargos de la apelación:

18.1. En la apelación, el actor insistió en que el pacto comportó una potestad excepcional que debió seguir los cauces del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 y respetar el debido proceso. Sobre el particular, conviene precisar que, como se indicó, la terminación pactada correspondió a una terminación *ad nutum* propia del derecho privado. Ello descarta que fuera necesario seguir las reglas de la terminación unilateral del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 y el procedimiento propio del debido proceso que invoca el contratista correspondiente al régimen sancionatorio contractual. Por lo demás estas normas, según se explicó no integran el régimen jurídico aplicable al contrato.

18.2. En la apelación también expuso que, si se trataba de un pacto regido por el derecho privado, tal circunstancia solo estaría habilitada en caso de incumplimiento del contratista. En los párrafos precedentes quedó suficientemente explicado que en el derecho privado no resulta extraña una cláusula unilateral de terminación, la cual puede tener una justa causa -como el incumplimiento-, y otra *ad nutum* que responde a la exclusiva voluntad de una de las partes. De suerte que tampoco resulta suficiente el argumento de la apelación para revocar la sentencia de primera instancia.

18.3. También esgrimió que el pacto de una cláusula de terminación unilateral sin límites, sin un procedimiento previo y procedente por la mera voluntad de la Administración, transgrede el principio de la buena fe y configura un abuso del derecho. Sobre esta consideración conviene señalar que la demanda no incluyó una pretensión de nulidad o ineficacia de la cláusula por estos motivos.

En apartes precedentes de este fallo se dejó claro que el solo hecho de que la terminación se pacte por la voluntad de uno de los contratistas, no la hace contraria a derecho. Debe pretenderse y probarse que durante la formación del contrato se contrarió la buena fe o se abusó del derecho, con el fin de imponer una cláusula en perjuicio de uno de los contratantes.

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

La demanda se limitó a pedir la nulidad del oficio de terminación unilateral, el incumplimiento del contrato y el pago de varias sumas de dinero derivadas de esa terminación. De manera que vía apelación no puede incluir aspectos no pedidos en la demanda, en la cual no indicó porqué esa cláusula sería abusiva bajo los parámetros ya referidos.

La demanda, en los hechos, señaló que se trataba de una cláusula desventajosa. Sobre este punto es importante señalar que el pleno de esta Corporación, en fallo del 14 de febrero de 1995, advirtió que el principio de *iura novit curia* tiene límites precisos. Así, en dicha oportunidad la Sala estableció que a través del *iura novit curia*:

«no se puede llegar a la modificación de los fundamentos fácticos de la pretensión, expuestos en el libelo, los cuales constituyen su causa petendi y son precisados por el actor, y no otros. Así en esta materia, lo importante es la realidad y naturaleza de los hechos y no la calificación jurídica que les puede dar el demandante, todo lo cual coincide con lo dispuesto por nuestra legislación positiva, concretamente por el artículo 170 del Código Contencioso administrativo, según el cual, la sentencia debe analizar “Los hechos en que se funda la controversia”»⁴⁸.

En la misma línea, esta Corporación señaló que *«so pretexto de la amplitud de los poderes del Juez y de las pretensiones posibles en la acción contractual, no se debe extralimitar lo que se pidió en la demanda ni aquello sobre lo cual fue llamada a responder la parte demandada, quien solo puede ser condenada en congruencia con las pretensiones de la demanda»⁴⁹.*

Por lo tanto, conforme con la jurisprudencia de esta Corporación, la Sala no podría, bajo la excusa de interpretar una afirmación relativa a la desventaja que implicaba la terminación unilateral, estudiar si se trataba de una cláusula abusiva sin que se hubiera pretendido de esa manera en la demanda. Lo contrario constituiría una modificación del *petitum*, lo cual transgrede el límite que ha definido la jurisprudencia para la aplicación del principio de *iura novit curia*.

18.4. En la apelación se indicó que el ejercicio de la cláusula fue abusivo y contrario a la buena fe.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 14 de febrero de 1995, rad. n°. S-123 [fundamento jurídico 4].

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de diciembre de 2015, rad. n°. 36285 [fundamento jurídico 5].

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

18.4.1. Como se indicó en precedencia, la terminación ilícita puede darse porque, aunque no se pacta preaviso, la naturaleza jurídica del contrato, su función económica y el principio de buena fe exigen un plazo razonable para que el contratista se prepare para la nueva realidad jurídica.

En cuanto al ejercicio de la cláusula, en el proceso se acreditó que en esta no se incluyó preaviso ni procedimiento adicional para su ejercicio. A pesar de ello, la entidad sí envió un preaviso de un mes de anticipación, dado que el 29 de julio de 2010 le informó al contratista que a partir del 31 de agosto siguiente se daría por terminado el contrato (fls. 17-18 c. 1), lo que demuestra que no fue inmediata, sino que se hizo en desarrollo de la buena conducta en la ejecución de la cláusula.

La naturaleza del contrato era de prestación de servicios para el alistamiento y renta mensual de series de numeración virtual en el exterior –también denominados DID’s–. Según el mismo contrato, los DID’s no emplean el sistema propio de comunicación de TPBC ni disponen de una infraestructura física, sino que se trata de un simple enrutamiento mediante codificación de protocolo, con destino a ser revendido (consideraciones generales del contrato). La obligación de la empresa contratista consistía en efectuar el alistamiento de los lotes de DID’s de acuerdo con las cantidades mínimas para cada país. Ello estaba atado a las órdenes de servicios que le dirigiera la Empresa (cláusula segunda fls 4 a 8 c. 1). Además, según el otrosí 2 al contrato, el valor era indeterminado porque dependía del número total de DID’s rentado (cláusula quinta fls. 14 a 15).

Se trataba, entonces, de un contrato en el que el proveedor no diseñaba un servicio, sino que asignaba, enrutaba y habilitaba números conforme a estándares técnicos preexistentes, que no requiere personalización del servicio y facilitaba la reasignación de recursos. Además, el ingreso dependía de las órdenes de servicio de la entidad. Por ello, la naturaleza y la función económica del contrato no permiten concluir, por sí solos, que un preaviso de un mes no fuera objetivamente razonable o suficiente para que el contratista adoptara medidas que mitigaran la decisión de la entidad, tales como reasignación de líneas o que contratara ese servicio con un tercero.

Esa circunstancia no resultaba alterada por la modificación que las partes introdujeron en el párrafo de la cláusula quinta en la cual la entidad se comprometió a una cantidad mínima mensual de DID’s (fl. 14 y 15 c.1). Ello, por cuanto dicha cláusula

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

perseguía un fin económico específico, esto es, asegurar un volumen de DID's durante la vigencia del contrato, pero no tenía como fin limitar o revocar la terminación unilateral pactada en el contrato. Un entendimiento contrario es afectar la autonomía de la voluntad y anular la efectividad de la cláusula de terminación unilateral.

Además, no obran pruebas que indiquen que ese plazo no fue razonable ni que impediría a la demandante ajustar su situación financiera o solventar los compromisos que adquirió con terceros, ante la nueva realidad jurídica derivada de ese hecho. Sobre el particular las pruebas que obran en el expediente y en las que se insistió en la apelación, son las siguientes:

(i) La demandante aportó una certificación suscrita por Claudia Victoria Lezama en calidad de representante legal de la sociedad Publinet E.A.T. Según el documento, durante el transcurso del año 2010 Publinet E.A.T. prestó el servicio de renta de racks de telecomunicaciones a la empresa GGGG Corporation para la *«prestación a la ERT ESP del servicio de suministro de series DID's internacional de USA y España (...) que la ERT ESP vende en el territorio Vallecaucano»* (f. 42 c. 1).

(ii) Obra también una certificación suscrita por Carlos Alberto Mendoza García, según la cual, entre los meses de septiembre a diciembre de 2010 prestó los servicios de ingeniero de soporte en el sistema DID's de Estados Unidos y España instalados por GGGG Corporation para la empresa ERT en Cali Colombia (f. 43 c. 1).

Estos documentos no permiten acreditar que, al momento de la terminación unilateral, el contratista hubiera realizado inversiones, el monto de estas, los plazos o las penalidades a pagar, con el fin de analizar si la terminación resultaba abrupta o si el preaviso era insuficiente. Tampoco permiten probar la existencia de los perjuicios reclamados en la demanda. En efecto, no dan cuenta de intereses, penalidades o incumplimientos con proveedores, entidades financieras o terceros. De igual forma no acreditan la reducción de líneas de crédito, la constitución de garantías o la disminución de capacidad para ofrecer o comercializar servicios a terceros.

Por el contrario, las certificaciones indican que Publinet E.A.T. y Carlos Alberto Mendoza García prestaron sus servicios a GGGG Corporation de manera ininterrumpida, lo cual evidencia que la demandante no entró en cesación de pagos

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

frente a sus proveedores o empleados como consecuencia de la terminación unilateral del contrato de prestación de servicios.

En efecto, los documentos no dan cuenta de algún perjuicio sufrido por la demandante. Inclusive, resultan insuficientes para determinar el valor que GGGG Corporation pagó por concepto de renta de racks de telecomunicaciones o por los servicios del ingeniero Mendoza. Dichos documentos no dan cuenta de ningún egreso y tampoco contienen información alguna de los montos efectivamente pagados por GGGG Corporation a proveedores o contratistas. No se evidencia, entonces, la relación que pueden tener estos documentos con los perjuicios alegados en la demanda.

(iii) Reposa un documento denominado «*registro de ingresos año 2011*». El documento contiene información general sobre GGGG Corporation para efectos de sus obligaciones tributarias en Estados Unidos (f. 47 c. 1).

(iv) Con la demanda se aportó un documento denominado «*cálculo de contadores públicos*» (fls. 51-52 c. 1). De conformidad con el documento, GGGG Corporation solicitó a la firma de contadores Hurtado & Vélez LLP realizar un cálculo de los perjuicios sufridos por la terminación unilateral del contrato. Según el documento, por intereses y penalidades a proveedores, bancos y terceros, se causaron sobrecostos por \$12'083.640. A su vez, por concepto de incumplimiento a proveedores, la reducción de las líneas de crédito, la constitución de depósitos en garantía y la reducción de capacidad para venta de servicios a terceros, los perjuicios ascendieron a \$77'047.296.

En lo que concierne a los presuntos perjuicios sufridos por la terminación unilateral del contrato, el documento se limitó a señalar que ascendieron a \$89'085.936. Sin embargo, no se halla explicación alguna que permita deducir con claridad cuáles fueron los documentos que sirvieron para el cálculo de los perjuicios. Se desconocen los fundamentos que soportan las conclusiones del documento y las razones que llevaron a considerar que esos fueron los perjuicios causados.

En efecto, el documento se limita a un cálculo económico de perjuicios que se dedujo de la terminación unilateral, sin que se explicara o detallara el análisis que, elaborados sobre los documentos que dan cuenta de tales perjuicios, condujeron a las conclusiones que se consignaron en el mencionado «*cálculo de contadores públicos*».

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

Por lo anterior, a partir de este único documento, no es posible concluir que la entidad demandada al terminar el contrato abusó de su potestad o actuó de mala fe al no permitirle al demandante ajustar su realidad económica. Ni siquiera es posible, de esta prueba, tener por sentado que los perjuicios que alega la parte demandante le fueron causados, estén demostrados y asciendan a la suma indicada en el documento denominado «*cálculo de contadores públicos*», en la medida en que, por las razones antedichas, el documento no da cuenta del origen de sus conclusiones.

(v) Reposa un documento denominado «registro de ingresos año 2011». Este contiene información general sobre GGGG Corporation para efectos de sus obligaciones tributarias en Estados Unidos (f. 47 c. 1), del cual no se puede derivar la existencia de compromisos y cómo pudieron verse afectados con la terminación unilateral del contrato.

(vi) Obran las comunicaciones dirigidas por GGGG a ERT E.S.P., posteriores a la carta de terminación, ya referidas, de 9 de agosto de 2010 (fls. 19-22 c. 1), de 30 de agosto de 2010 (fls. 23-25 c. 1), de 23 de noviembre de 2010 (fls. 33 c. 1), en las cuales señaló el efecto económico de la terminación. Dichas comunicaciones, además de provenir del demandante, no tiene soporte alguno que permita confirmar cuáles fueron los gastos en los que podría incurrir y si la conducta de la demandada fue desleal porque impidió ajustar la realidad financiera del contratista a la terminación del contrato.

(vii) Carlos Alberto García Franco –ingeniero de ERT E.S.P.– declaró que «*no conozco el modelo de compra o contratación que GGGG debió utilizar para el desarrollo del contrato, por ende, no puedo certificar si esto [la terminación unilateral] representó afectación financiero (sic) para GGGG Corporation*» (fls. 1-4 c. 1). En similar sentido, Jimmy Buriticá Londoño –ingeniero de la empresa Globatelco– declaró que desconocía si con la terminación unilateral se causaron perjuicios a GGGG Corporation (fls. 7-9 c. 1). Asimismo, Jonathan Calderón Guzmán –ingeniero de ERT E.S.P.– declaró que tampoco tenía conocimiento de perjuicios sufridos por GGGG Corporation con la terminación unilateral.

Uno de los aspectos esenciales del testimonio es que el declarante dé cuenta de las razones de tiempo, modo y lugar que permitieron advertir los hechos, tal cual los relata, de manera que se puedan constatar las razones de su dicho. Sobre los presuntos

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

perjuicios que sufrió GGGG Corporation con la terminación unilateral, los declarantes expresamente afirmaron que los desconocían o no les constaba. El relato de los testigos, entonces, no da cuenta del ejercicio abusivo de la cláusula ni de perjuicio alguno.

(viii) Carlos Alberto Mendoza García –ingeniero técnico de GGGG Corporation– declaró que *«habían (sic) varios terceros uno de ellos era publinet que era la encargada de comercializar los productos y servicios de GGGG en Colombia y las compañía (sic) que nos proveían los números DID para España y Estados Unidos. PREGUNTADO: Sírvase decirnos si la terminación anticipada del contrato por parte de la ERT ocasiono (sic) perjuicios a GGGG. RESPONDIO (sic): Si ocasiono (sic) perjuicios en cuanto GGGG tuvo que seguir pagándole a los proveedores de la numeración de los DID mensualmente por la utilización de ellos. PREGUNTADO: Sírvase manifestar si tuvo conocimiento que (sic) se hubiesen ocasionado perjuicios a terceros por la terminación anticipada el contrato. RESPONDIO (sic): Sí, uno de ellos fue Globatelco, porque a ellos también les cancelaron el contrato de manera unilateralmente (sic)»* (fls. 4-6).

Mendoza García trabajó para la demandante y, por ello, es un testigo sospechoso, en los términos del artículo 217 del CPC, puesto que era dependiente de la empresa demandante y tiene relación directa con los hechos de la demanda. El artículo 218 del CPC dispone que el juez apreciará los testimonios sospechosos de acuerdo con las circunstancias de cada caso y que no se pueden desechar de plano, sino que deben ser analizados con mayor rigurosidad⁵⁰.

Aunque el testigo afirmó que GGGG Corporation sufrió perjuicios con la terminación unilateral, el testigo no precisó cómo conoció que los perjuicios se causaron y en qué circunstancias se configuraron. Su testimonio tampoco detalló cuándo, cómo y a cuánto ascendieron los presuntos pagos a proveedores. Aunado a lo anterior, no es posible cotejar la declaración del testigo con el resto del acervo probatorio, para determinar su coincidencia con los demás medios de prueba recaudados, fundamentalmente porque no obra prueba alguna que dé cuenta de los perjuicios que se reclaman en la demanda. Así las cosas, su dicho se fundamenta en conjeturas y suposiciones y no en hechos constatables.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de febrero de 2011, Rad. n°. 20.262 [fundamento jurídico 2.3].

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

En tal virtud, las pruebas referidas no permiten concluir un uso abusivo o contrario a la buena fe durante la terminación del contrato. Ello por cuanto, se reitera, no permiten determinar con certeza los compromisos adquiridos -las condiciones de pago, los egresos que debió realizar la demanda, las penalidades que debía asumir-, y tampoco que el preaviso era insuficiente para ajustar su realidad financiera. Tampoco se refieren a conductas intencionadas o dirigidas a causar un daño. Las pruebas ni siquiera dan cuenta de los egresos o pagos derivados de dicha terminación.

18.4.2. Tampoco hay pruebas que permitan acreditar que las razones aducidas por ERT S.A., para terminar el contrato, relativas a la reducción de DID's y al hecho de que sus competidores ofrecieran una estrategia similar de mercado no fueran ciertas. Nada indica que la motivación relativa a la no viabilidad financiera del contrato no fuera verdadera o que la demandada pretendiera escudarse en esa realidad para causar daño al contratista.

Sobre este aspecto, la apelación se limitó a indicar que debió ser vinculada a la verificación previa que realizó la entidad sobre las condiciones financieras del contrato y que llevaron a su terminación. Frente a este señalamiento, se reitera que no se trataba de un proceso sancionatorio de los previstos en el EGCAP, sino que correspondió a la decisión voluntaria que fue habilitada por las partes en el contrato. Por ello, el no hacer partícipe de esa verificación previa a la decisión no constituye violación a la buena fe ni abuso del derecho.

18.5. Las razones de la apelación se contraen, también, a afirmar que el comportamiento de ERT SA. fue abusivo y contrario a la buena fe porque no respetó el contrato y el compromiso de pagar un mínimo de DID's. Sobre esta afirmación, la Sala considera que, precisamente, ese es el efecto de la terminación unilateral pactada: la liberación de las obligaciones de las partes. De manera que no puede estimarse abusiva la decisión de la entidad solo por el hecho de que los efectos del contrato se extinguieron porque esa fue la voluntad de las partes al pactar la posibilidad de que ERT SA., diera por terminado el contrato *ad nutum*.

De igual forma, el hecho de que el contrato se modificara para ajustar un número básico de DID's tampoco acredita una actitud desleal o que atentara contra la buena fe. La Sala reitera que no se trató de una modificación del plazo o de un acuerdo del cual pudiera derivarse la expectativa de no terminación, a pesar de la potestad

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

acordada libremente por las partes. Los argumentos del apelante se orientan, entonces, a justificar la abusividad de la conducta solo porque no obtuvo las expectativas económicas del contrato sin demostrar un comportamiento desleal o contrario a los deberes de corrección que obligan a las partes.

El ejercicio abusivo y contrario a la buena fe de la cláusula supone que no hubo el preaviso o el tiempo suficiente para ajustar la realidad económica de la parte afectada, que se generó una expectativa seria de ejecución o que se actuó con la intención de causar daño. La sola terminación y la consecuencia inevitable que de ello se deriva consistente en que el contrato no se ejecute, no es suficiente para tener por acreditado ese hecho.

De manera que la Sala no encuentra probada una violación a los deberes de corrección, lealtad, información o protección que se derivan de la buena fe ni que la terminación unilateral derivara en ilícita consecuencia de un uso abusivo de ese derecho.

Ahora bien, dado que, como se indicó, la interpretación de la cláusula permitía la terminación *ad nutum*, pero también que, en caso de perjuicios, estos fueran indemnizados, corresponde ahora analizar las pretensiones indemnizatorias reclamadas en la demanda.

El reconocimiento y pago de las facturas de septiembre a diciembre de 2010

19. Según la demanda, la indemnización de perjuicios por la terminación del contrato debía comprender el pago de las facturas correspondientes a los meses de septiembre a diciembre de 2010, por valor de \$425'173.303. La demanda explicó que estas facturas corresponden a los meses que hicieron falta para terminar el plazo inicial del contrato, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2010.

Conforme a la cláusula quinta del contrato, el valor de este sería «*indeterminado pero determinable*», mediante el pago mensual del valor obtenido a partir de multiplicar el número total de DID's rentados por el contratista a la empresa. Para el pago, de conformidad con la misma cláusula, el contratista entregaría el último día hábil de cada mes la correspondiente factura con el visto bueno del interventor (f. 5 c. 1). A su vez, a través del otrosí del 26 de abril de 2010 las partes acordaron una cantidad mínima

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

mensual de 5.800 DID's de USA que ERT E.S.P debía alquilar al contratista (fls. 14-15 c. 1).

La intención de las partes [*communis intentio*] (art. 1618 del CC), que aparece exteriorizada en la cláusula quinta del contrato, junto con la interpretación armónica del resto de las cláusulas, permiten concluir que ERT E.S.P debía alquilar una cantidad mínima de DID's al contratista. A su vez, el contratista debía entregar el último día de cada mes una factura que detallara los valores a pagar a cada corte y con el visto bueno del interventor.

20. De acuerdo con lo probado, ERT E.S.P terminó unilateralmente el contrato a partir del 31 de agosto de 2010 (fls. 17-18 c. 1). A su vez, está acreditado que GGGG Corporation presentó a la contratante las siguientes facturas con posterioridad a la terminación del contrato: *i)* n°. 10559 el 9 de septiembre de 2010; *ii)* n°. 10599 el 1 de octubre de 2010; *iii)* n°. 10600 el 1 de noviembre de 2010 y *iv)* n°. 10601 el 1 de diciembre de 2010 (fls. 35, 36 y 38-41 c. 1). Las cuatro facturas corresponden al alquiler de DID's en Estados Unidos y España, así como el «*acompañamiento pedagógico*» a los usuarios (fls. 36, 38-41 c. 1).

21. En este asunto, está demostrado que ERT E.S.P terminó unilateralmente el contrato a partir del 31 de agosto de 2010 (fls. 17-18 c. 1). A su vez, como el contrato no se rigió por la Ley 80 de 1993, no hay lugar a aplicar las disposiciones de ese estatuto frente a la liquidación del contrato. Tampoco del clausulado se desprende que las partes hubieran pactado la necesidad de liquidarlo. En consecuencia, ante la ausencia de una estipulación en tal sentido, la terminación unilateral supuso la extinción del plazo de ejecución y del vínculo contractual.

Una vez extinto el vínculo contractual, la demandante no podía continuar con la ejecución del contrato ni exigir su cumplimiento. Es decir, finalizada la vigencia del contrato, no es posible hablar de incumplimiento sobre prestaciones ejecutadas con posterioridad, pues para ese momento el vínculo se ha extinguido. En ese sentido, las facturas cuyo reconocimiento pretende la demanda –correspondientes a los servicios presuntamente prestados con posterioridad al 31 de agosto de 2010– no resulta procedente. Su pago equivaldría a reanudar el plazo de ejecución contractual y a desconocer la existencia del acto de terminación unilateral.

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

Es importante precisar que la terminación unilateral surtió plenos efectos. No es posible sostener, como sugiere la demandante, que la terminación unilateral no existió y que el contrato continuó ejecutándose hasta el plazo inicialmente previsto. Por el contrario, dado el régimen jurídico del contrato, la terminación unilateral supuso un acto de gestión contractual que produjo efectos.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que no resulta procedente reconocer las facturas sobre servicios presuntamente prestados con posterioridad a la terminación unilateral del contrato. Aunado a lo anterior, las facturas tampoco cumplieron con uno de los requisitos para su pago, es decir, no contaron con el visto bueno del interventor [cláusula quinta]. Razón adicional para negar el reconocimiento y pago de tales facturas.

22. La Sala no pasa por alto que la demandante, en el recurso de apelación, esgrimió que «*el desistimiento [es decir, la terminación unilateral del contrato] no puede propiciar el enriquecimiento sin causa de quien desiste el contrato*» (f. 292 c. p.pal.).

El artículo 305 del CPC, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del CCA, establece que la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades previstas en la ley, y prohíbe al juez condenar al demandado por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente a la invocada en esta [congruencia del fallo]. El recurso de apelación y los alegatos de conclusión no son una oportunidad que la ley prevé para formular nuevas pretensiones o sustituir una parte, pues ello solo es posible con la presentación de la demanda o su reforma (art.137.3 del CCA).

El enriquecimiento sin causa no fue mencionado en la demanda, ni mucho menos se planteó como una pretensión. El pago de las facturas correspondientes a los meses de septiembre a diciembre de 2010 se formuló como una pretensión de condena derivada de la terminación unilateral del contrato y así se debatió en el proceso.

El reconocimiento del daño emergente y el lucro cesante solicitados en la demanda

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
 Demandante: GGGG Corporation
 Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
 E.S.P.
 Asunto: Acción contractual

23. En este punto es importante señalar que la demanda se abstuvo de pedir el reconocimiento de las utilidades que esperaba recibir con la ejecución del contrato hasta el 31 de diciembre de 2010.

En efecto, la Sala encuentra que al presentar la demanda tendiente a obtener la declaratoria de incumplimiento, la parte demandante decidió no incluir dentro de las pretensiones indemnizatorias las utilidades que dejó de recibir con la terminación del contrato. Por el contrario, al formular las pretensiones de la demanda, como se indicó ya, pidió como pretensión condenatoria lo siguiente:

3. Que se declare que la EMPRESA DE RECURSOS TECNOLÓGICOS S.A. ESP- ERT ESP es administrativamente responsable de los perjuicios de orden material, daño emergente y lucro cesante que se detallan:

DAÑO EMERGENTE	
• <i>Gastos asumidos por el contratista por concepto honorarios (sic) por asesoría y representación jurídica en el proceso conciliatorio y en sede administrativa.</i>	<i>\$ 8.000.000</i>
• <i>Intereses y penalidades a proveedores, bancos y terceros para dar cumplimiento a obligaciones contractuales</i>	<i>\$12.038.640</i>
LUCRO CESANTE	
• <i>Reducción de las líneas de crédito, constitución de depósitos en garantía y reducción de capacidad para venta de servicios a terceros</i>	<i>\$77.047.296</i>
TOTAL PERJUICIOS	\$97.085.936

Valga precisar que si bien en el capítulo de «*concepto de violación*» se hizo alusión a «*las utilidades o ganancias que esperaba recibir por la imposibilidad de ejecutar total o parcialmente el proyecto (lucro cesante)*» (f. 106 c. 1), lo cierto es que dicha referencia fue genérica y no se refirió a los perjuicios presuntamente sufridos por GGGG Corporation. Dicha alusión a las utilidades fue utilizada en la demanda como una definición doctrinaria y jurisprudencial del concepto de lucro cesante⁵¹ y como

⁵¹ Dice la demanda: *La jurisprudencia y la doctrina se han ocupado del tema y podría afirmarse que el daño emergente (damnum emergens) es la disminución patrimonial inmediata a causa del hecho sometido a consideración de la justicia, representada en la pérdida económica del contratista, ya sea por los gastos que debió realizar para prestar el servicio contratado, o los gastos que debe efectuar para recuperarlos. El lucro cesante (lucrum cessans), es la frustración en la obtención de las utilidades, ventajas o lucro, por el mismo hecho, es decir, supone todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se reportarían. Tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden a su vez, sin que dejen de serlo, presentar las variantes de consolidado y futuro, según sea el momento en que se haga su valoración. Por otra contencamplicit del mismo por inexecución total, tardía o irregular de las obligaciones originadas en él, es una infracción sancionada por el ordenamiento jurídico porque el contrato es ley para las partes y el mismo debe ser ejecutado de conformidad con lo convenido y bajo el*

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

fundamento para alegar la transgresión del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, pero no como un perjuicio derivado de la terminación unilateral ni mucho menos como una pretensión de condena.

Tal como se indicó ya, las pretensiones de la demanda no incluyeron las utilidades que se esperaban recibir, lo que implica que si la demandante pretendía el reconocimiento de dicha expectativa debió formular una pretensión en ese sentido, o incluir dicho concepto en el rubro del lucro cesante, lo cual era indispensable para proceder con su reconocimiento.

Se reitera que en la pretensión antes transcrita los perjuicios se limitaron a: *i)* los intereses y penalidades a proveedores, bancos y terceros para dar cumplimiento a obligaciones contractuales; *ii)* la reducción de las líneas de crédito; *iii)* constitución de depósitos en garantía y *iv)* la reducción de capacidad para venta de servicios a terceros [pretensión tercera].

Como el juez no puede resolver sobre un asunto no pedido en la demanda, la Sala no analizará lo relativo a las utilidades. Corresponde, entonces, pasar a revisar si los perjuicios efectivamente solicitados en la demanda están acreditados con sujeción a las pruebas que obran en el expediente y en las cuales se insistió en la apelación.

24. La Sala empieza por señalar que los perjuicios deben ser ciertos, personales y directos, no puramente eventuales, indirectos o hipotéticos; por tanto, para emitir una condena los perjuicios, con las características mencionadas, deben estar plenamente probados.

25. Sobre los perjuicios que se reclaman en la demanda obran las siguientes pruebas, ya referidas con anterioridad:

25.1 certificación suscrita por Claudia Victoria Lezama en calidad de representante legal de la sociedad Publinet E.A.T. Según el documento, durante el transcurso del año 2010 Publinet E.A.T. prestó el servicio de renta de racks de telecomunicaciones a la empresa GGGG Corporation para la «prestación a la ERT ESP del servicio de

principio de la buena fe. Así, quien desconoce estos principios tiene la obligación de reparar los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) que con su conducta arbitraria ocasione al particular (f. 107 c. 1).

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

suministro de series DID's internacional de USA y España (...) que la ERT ESP vende en el territorio Vallecaucano» (f. 42 c. 1).

25.2. Obra también una certificación suscrita por Carlos Alberto Mendoza García, según la cual, entre los meses de septiembre a diciembre de 2010 prestó los servicios de ingeniero de soporte en el sistema DID's de Estados Unidos y España instalados por GGGG Corporation para la empresa ERT en Cali Colombia (f. 43 c. 1).

25.3. Reposa un documento denominado «registro de ingresos año 2011». El documento contiene información general sobre GGGG Corporation para efectos de sus obligaciones tributarias en Estados Unidos (f. 47 c. 1).

25.4. Se aportó un documento denominado «*cálculo de contadores públicos*» (fls. 51-52 c. 1).

25.4. Declaración de Carlos Alberto Mendoza García –ingeniero técnico de GGGG Corporation (fls. 4-6).

Sobre estas pruebas, basta reiterar lo ya expuesto por la Sala cuando se analizó el ejercicio abusivo de la cláusula, en donde concluyó que, ante las deficiencias en el contenido de las mismas, no resultan suficientes para acreditar el pago de los intereses y penalidades a proveedores, bancos y terceros para dar cumplimiento a obligaciones contractuales; la reducción de las líneas de crédito; constitución de depósitos en garantía y la reducción de capacidad para venta de servicios a terceros.

Los honorarios por los servicios jurídicos en sede del contrato y en el trámite de la conciliación prejudicial

26. Según la demanda, se deben reconocer los gastos asumidos por el contratista por concepto de honorarios por asesoría y representación jurídica en el proceso conciliatorio y en «sede administrativa».

Al respecto, la demandante aportó un contrato de prestación de servicios celebrado con la profesional del derecho Rocío Martínez Pineda el 27 de diciembre de 2010. Dicho contrato tuvo por objeto «*llevar la presentación judicial de la sociedad **GGGG CORPORATION** ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa para adelantar*

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

ACCIÓN CONTRACTUAL regulada en el Artículo 87 del CCA contra la EMPRESA DE RECURSOS TECNOLÓGICOS S.A. ESP» (f. 53 c. 1).

A su vez, obra otro contrato de prestación de servicios entre las mismas partes del 9 de diciembre de 2011, cuyo objeto consistió en *«llevar la representación judicial de la CONTRATANTE ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca para que en nombre y representación de la compañía que represento, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 87 del CCA, inicie y lleve hasta su terminación proceso encaminado a obtener la nulidad del Oficio sin número de julio 29 de 2010, acto administrativo contractual por el cual se declaró terminado unilateralmente el Contrato de Prestación de Servicios sin número, suscrito el 4 de enero de 2010»* (f. 54 c. 1).

Aunque la demandante solicitó el reconocimiento de honorarios por asesoría jurídica en sede del contrato, esto es, por las gestiones realizadas después de conocer la terminación unilateral, la Sala observa que no existe prueba que soporte dichos gastos. Los contratos antes referidos tienen por objeto la representación en la conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación y la formulación de la demanda contractual y no a la asesoría jurídica que supuestamente se brindó para la redacción de las comunicaciones del 9 de agosto de 2010 (fls. 19-22 c. 1); 30 de agosto de 2010 (fls. 23-25 c. 1); 16 de septiembre de 2010 (fls. 29-30 c. 1) y 23 de noviembre de 2010 (f. 33 c. 1), que son las gestiones que GGGG Corporation adelantó frente a la terminación unilateral. Adicionalmente, dichas comunicaciones fueron suscritas por la representante legal de la demandante, Gloria Puche. No obra prueba, entonces, que dé cuenta de que la elaboración de dichas comunicaciones implicó gastos por asesoría jurídica, más allá de las simples menciones contenidas en esas mismas comunicaciones.

En este orden de ideas, se echa de menos algún elemento que permita establecer con certeza si efectivamente hubo asesoría jurídica en esa etapa, en qué condiciones se prestó o cuál habría sido su costo. Valga reiterar que los contratos con la abogada Rocío Martínez Pineda no acreditan los perjuicios reclamados, puesto que, además de tener un objeto distinto, fueron celebrados con posterioridad a las comunicaciones antes mencionadas, que son precisamente las gestiones realizadas por la demandante tras la terminación unilateral del contrato, y tampoco obra prueba que acredite que GGGG Corporation efectivamente pagó los valores acordados en dichos contratos.

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

Sobre este punto, la Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia del 18 de julio de 2019⁵², al unificar su jurisprudencia en orden a definir criterios en torno al reconocimiento y a la liquidación de los perjuicios materiales, señaló que, tratándose de honorarios profesionales prestados por abogados, la factura o su documento equivalente es la prueba idónea para demostrar el pago. Sobre el particular se dijo:

Tratándose del reconocimiento del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales del abogado que intervino en defensa de quien fue privado injustamente de la libertad, esta Sección ha admitido como prueba de ese perjuicio la documental consistente en los recibos de pago que dan cuenta de la cancelación de los honorarios profesionales y, en su defecto, las certificaciones emitidas por los profesionales del derecho, acerca del pago de sus honorarios.

*Sin embargo, debe recordarse que el artículo 615 del Estatuto Tributario dispone que las **personas que ejercen profesionales liberales**, es decir, profesiones en las cuales "... **predomina el ejercicio del intelecto**, que han sido reconocidas por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico", **están obligadas** a "... **expedir factura o documento equivalente**, y conservar copia de la misma **por cada una de las operaciones que realicen**, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales".*

*En virtud de lo anterior, debe entenderse que, como el **derecho es una profesión liberal**, quienes lo ejercen **están obligadas a expedir la respectiva factura o su documento equivalente** (el cual debe satisfacer los requisitos previstos en el artículo 617 del mismo estatuto); por tanto, si los abogados están obligados a expedir una factura por el valor de sus honorarios profesionales, es dable concluir que ésta es la prueba idónea del pago.*

Finalmente, frente a los gastos por asesoría y representación en la conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación, basta con señalar que estos no corresponden a perjuicios ocasionados por la terminación unilateral del contrato. En efecto, según el auto del 23 de agosto de 2011 del Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, se aprobó la conciliación prejudicial entre ERT E.S.P y GGGG Corporation por el valor de las facturas de los meses de julio y agosto de 2010, las cuales no hacen parte de las pretensiones de esta demanda (fls 72-77 c. 1).

Ahora bien, en lo que respecta a los honorarios por las facturas de los meses de septiembre y diciembre de 2010, que también se solicitaron en la conciliación y hacen parte de las pretensiones de la demanda, es preciso señalar que, en la medida en que esta decisión es desfavorable a las pretensiones, resulta claramente improcedente

⁵² Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2019, rad. n°. 44572 [fundamento jurídico V.1].

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

reconocer una condena en costas a su favor, sin perjuicio de que, en vigencia del CCA, la normativa procesal exige al juez la valoración de la conducta asumida por las partes.

27. Al demandante es a quien le corresponde probar los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones (carga de la prueba)⁵³. En concordancia, el artículo 177 del CPC, aplicable por remisión expresa de los artículos 168 y 267 del CCA, prevé que las partes deben probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen. Toda vez que no se probó el incumplimiento o el ejercicio abusivo y de mala fe ni tampoco los perjuicios derivados de la terminación unilateral, la Sala confirmará la sentencia apelada.

Costas

28. De conformidad con el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas, porque no se evidencia que la parte haya actuado con temeridad o mala fe.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 29 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

53 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de febrero de 1936 [fundamento jurídico párr. 10] en *Gaceta Judicial*, Tomo XLIII n°. 1907 - 1908, pp. 334 - 336 y sentencia del 13 de enero de 1971 [fundamento jurídico IV párr. 4] en *Gaceta Judicial*, Tomo CXXXVIII, n°. 2340 a 2345, p. 24.

Radicación: 76001-23-31-000-2012-00576-01 (52.880)
Demandante: GGGG Corporation
Demandado: Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.
E.S.P.
Asunto: Acción contractual

WILLIAM BARRERA MUÑOZ

ADRIANA POLIDURA CASTILLO

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE⁵⁴
NICOLÁS YEPES CORRALES

⁵⁴ Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.
DAR/PT