

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejero ponente (E): HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá D.C., primero (01) de octubre de dos mil catorce (2014)

RADICACIÓN: 470012331000199705315 01
EXPEDIENTE: 35250
ACTOR: CONSORCIO SOMESA LTDA. – CUIDADOS INTENSIVOS LTDA.
DEMANDADO: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL – CAJANAL
REFERENCIA: CONTRACTUAL – APELACIÓN SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada CAJANAL contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el tres (03) de julio de dos mil siete (2007), mediante la cual se dispuso:

“1.- DECLARASE la nulidad de la resolución número 5825 del 30 de diciembre de 1994, mediante la cual se da por terminado unilateralmente el contrato 1487 del 28 de diciembre de 1993 suscrito entre la Caja Nacional de Previsión y el Consorcio Somesa Ltda.- Cuidados Intensivos Ltda., y la nulidad de la resolución número 391 del 15 de febrero de 1995, que confirmó la decisión, ambas expedidas por el Director General de la Caja Nacional de Previsión Social.

“2.- CONDENAR EN ABSTRACTO a la demandada a pagar los perjuicios causados con razón o con ocasión de la terminación unilateral del contrato 1487 del 28 de diciembre de 1993, restableciendo plenamente los derechos económicos del consorcio y dejados de percibir en el lapso que faltaba por ejecutar el referido contrato, constituidos por los daños directos e indirectos, en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante, así como los perjuicios materiales. Así mismo condenar al pago de los perjuicios sufridos en el “Goodwill” o buen nombre empresarial del Consorcio y que se ocasionaron directamente por la terminación del contrato. Valor que se indexará conforme a la fórmula expuesta en la parte considerativa, y conforme a las bases indicadas.

“Las sumas se determinará mediante la liquidación incidental en los términos previstos en los artículos 172 y 178 del C.C.A y 137 del C. de P.C., según lo indicado en la parte motiva de este fallo.

“El incidente para la liquidación deberá promoverse por los interesados dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, o de la fecha de notificación del auto de obediencia del superior, según fuere el caso.

“3.- NIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

"4.- La parte demandada deberá dar cumplimiento a este fallo conforme a lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

"5.- Sin costas a la parte demandada.

"6.- Consúltese, si a ello hubiese lugar por razón de la cuantía."

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 30 de enero de 1996, por el consorcio Somesa Ltda. – Cuidados Intensivos Ltda., por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción contractual, (folios 2 a 23 cuaderno 1), se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.-Que se declare que la Caja Nacional de Previsión Social incumplió el contrato número 1487 del 28 de diciembre de 1993 celebrado con el CONSORCIO SOMESA LTDA.- CUIDADOS INTENSIVOS LTDA., cuyo objeto es la prestación de los servicios integrales de salud en el Departamento del Magdalena.

"SEGUNDA.- Que se declare la nulidad de la resolución número 5825 del 30 de diciembre de 1994, expedida por el Director General de la Caja Nacional de Previsión Social, mediante la cual se da por terminado unilateralmente el contrato 1487 del 28 de diciembre de 1993 suscrito entre la Caja Nacional de Previsión y el Consorcio Somesa Ltda. – Cuidados Intensivos Ltda., para la prestación de los servicios integrales de salud en el Departamento de Magdalena.

"TERCERA.- Que se declare la nulidad de la resolución número 391 del 15 de febrero de 1995, expedida por el Director General de la Caja Nacional de Previsión Social, mediante la cual se confirma en todas sus partes la resolución 5825 del 30 de diciembre de 1994 a que nos referimos en la pretensión anterior.

"CUARTA.- Que se condene a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL restablecer plenamente los derechos del CONSORCIO SOMESA LTDA.- CUIDADOS INTENSIVOS LTDA., e indemnizarle los perjuicios causados con razón o con ocasión del incumplimiento contractual, constituidos, entre otros, por los daños directos e indirectos, en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante; los perjuicios materiales y los sufridos en el "Goodwill" o buen nombre empresarial de las sociedades.

"QUINTA.- Que la indemnización de perjuicios sea pagada debidamente actualizada e incluya los intereses moratorios, calculados desde el momento de la terminación unilateral del contrato hasta la fecha de pago de la misma.

"SEXTA -. Que se liquide el contrato 1487 de 1993, y en dicha liquidación se incluyan las sumas debidas por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL al CONSORCIO SOMESA LTDA.- CUIDADOS INTENSIVOS LTDA., debidamente

actualizados y con los correspondientes intereses, así como las indemnizaciones que resulten a favor del CONSORCIO SOMESA LTDA. – CUIDADOS INTENSIVOS LTDA.

“SEPTIMA.- Que para el caso en que la Caja Nacional de Previsión no diere cumplimiento inmediato a la sentencia que ponga fin al proceso que se inicia, se le condene al pago de los intereses sobre el monto de la condena líquida señalados en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

2. Los hechos.

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

2.1.- El 28 de diciembre de 1993 la Caja Nacional de Previsión Social y el consorcio Somesa Ltda. – Cuidados Intensivos Ltda., celebraron el contrato No. 1487 con el objeto de prestar los servicios integrales de salud en el departamento del Magdalena, para la población integrada por los afiliados forzosos, facultativos, pensionados y beneficiarios, indicados en un listado que CAJANAL suministraría antes de iniciar la prestación del servicio y renovaría permanentemente durante la ejecución del contrato. El plazo se acordó en 24 meses a partir del 16 de enero de 1994 y el valor en \$125'212.500.00, el cual se pagaría por el sistema de fiducia, dentro de los primeros 5 días del mes siguiente a aquel en que se prestara el servicio.

2.2.- Se refiere en la demanda que para la ejecución del contrato, el consorcio debió subcontratar personal médico, asistencial y administrativo y, del mismo modo, se vio obligado a celebrar contratos con hospitales y clínicas, arrendar instalaciones, equipos y mobiliario.

2.3.- Cajanal no cumplió su obligación contractual consistente en entregar al contratista, previo al inicio de la ejecución del contrato, el listado con el nombre y apellido de los usuarios del servicio de salud, ni la obligación relativa a la renovación de dichos listados, lo que le generó al consorcio la imposibilidad de conocer la cantidad exacta de personas que debía atender y de aquellos que ya no estaban amparados por el servicio. También incumplió la obligación de pagar los servicios prestados en el término señalado en el contrato.

2.4.- La Caja Nacional de Previsión Social, mediante Resolución No. 5825 del 30 de diciembre de 1994, declaró terminado unilateralmente el contrato No. 1487, ordenó hacer efectiva la cláusula penal en cuantía de \$34'873.101,84 y ordenó la liquidación del contrato. Dicha decisión tuvo como fundamento las inconsistencias en las Licencias Sanitarias de la Clínica Mar Caribe, quejas presentadas por varios usuarios, negativa a la entrega de varias historias clínicas, fallos de tutela en contra de Cajanal y

supuesto maltrato a los interventores del contrato.

2.5.- La anterior decisión fue confirmada en todas sus partes a través de resolución No. 391 del 15 de febrero de 1995.

2.6. A la fecha de presentación de la demanda, el contrato no había sido liquidado.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante invocó como vulneradas los artículos 2, 6, 29 y 58 de la Constitución Política; artículos 1495, 1546, 1602, 1603, 1609, 1610, 1613, 1626 y 1627; artículos 1, 18, 19 y 293 del Decreto 222 de 1983; artículo 78 de la Ley 80 de 1993; artículos 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo; y finalmente el contrato No. 1487 del 28 de diciembre de 1993.

Como sustento de los cargos de violación, sostuvo que el nuevo estatuto contractual contenido en la Ley 80 de 1993 entró en vigencia el primero de enero de 1994 con excepción de algunos temas por ella previstos, tales como contratos de concesión, fiducia pública y encargo fiduciario y actividades de telecomunicaciones, registro, clasificación y calificación de proponentes.

De conformidad con lo anterior concluyó que el contrato de prestación de servicios integrales de salud, suscrito el 28 de diciembre de 1993 por la Caja Nacional de Previsión Social y el consorcio Somesa Ltda. – Cuidados Intensivos Ltda., se celebró dentro de la vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, en cuyo artículo 19 disponía que la terminación unilateral debía basarse únicamente en razones de orden público o coyuntura económica crítica, circunstancias que fueron desconocidas por la Resolución que se acusa por cuanto la misma no se fundamentó en ninguna de las dos causales anteriormente previstas. En este punto agregó que se pretermitió la consulta al Consejo de Ministros, como medida previa para la declaratoria de terminación unilateral del contrato.

Así mismo añadió que en el mismo acto de terminación unilateral ha debido disponerse el pago de los perjuicios que tal medida le ocasionaba al contratista, tal

como lo disponía el estatuto de contratación aplicable. No obstante ese aspecto no se tuvo en cuenta en la decisión objeto de censura.

Todo lo anterior, en criterio del consorcio actor, generó dos vicios de nulidad consistentes en violación de la ley y vicio de forma.

De otro lado sostuvo que los actos administrativos demandados revelaban una desviación de poder y ausencia de motivos de hecho y de derecho para proceder a la terminación unilateral del vínculo contractual. Como soporte de su dicho alegó que, previo a adoptar dicha decisión, resultaba fundamental revisar si la auditoria médica que le servía de soporte había sido realizada o no por personas que se encontraran incursas en causales de incompatibilidad o tuvieran conflicto de interés frente al consorcio y al contrato.

Recalcó que el ejercicio de los poderes exorbitantes por la Administración demandaba extremo cuidado y responsabilidad en cuanto están previstos en procura del interés general y no para dar cabida a una actuación caprichosa o voluntariosa.

Precisó que el consorcio tenía a su cargo la atención de más de siete mil usuarios de la Caja Nacional de Previsión, de modo que pretextar supuestos retrasos y deficiencias en el servicio prestado a alrededor de diez pacientes, con base en informes cuya objetividad e imparcialidad había sido cuestionada, para hacer uso de una potestad excepcional, evidenciaba una desviación de poder. Sin perjuicio de esto último, añadió que los pacientes en cuestión sí fueron atendidos como se demuestra con las pruebas aportadas al proceso.

Por otra parte indicó que existió incumplimiento contractual atribuible a la Caja Nacional de Previsión Social, el cual se materializó en la no entrega, antes de la iniciación del contrato, del listado que contuviera la información de los usuarios del servicio y en la no renovación permanente de dicho listado. Se señala que tampoco cumplió con sus obligaciones de pagar oportunamente las sumas de dinero a favor del consorcio contratista por los servicios prestados.

Por último sostuvo que se incumplió el término contractual estipulado toda vez que se terminó unilateralmente antes de que se venciera.

4. Coadyuvancia de la demanda por parte de la Sociedad Médica de Santa Marta Somesa- Clínica del Prado.

La sociedad Somesa Ltda. – Clínica El Prado, miembro del consorcio Somesa Ltda.- Cuidados Intensivos Ltda., través de apoderado judicial, presentó escrito de coadyuvancia a la demanda presentada por el representante del consorcio y además formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la resolución NO. 004258 de septiembre 21 de 1994 “por el cual se declara el incumplimiento parcial de un contrato y se impone una multa”, proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL; acto administrativo expedido contra el Consorcio SOMESA LTDA.-CUIDADOS INTENSIVOS, por ser injusta arbitraria e ilegal.

“SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la resolución número 005488 del 22 de diciembre de 1994, “por la cual se resuelve los recursos de reposición interpuestos por el consorcio SOMESA LTDA. – CUIDADOS INTENSIVOS LTDA. y la COMPAÑÍA DE SEGUROS CARIBE ...” proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL por ser contraria a la Constitución y a la Ley y ser injusta y arbitraria.

“TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior se condene a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, a pagar a título de restablecimiento las siguientes sumas:

“1.) A pagarle a título de devolución la suma de SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y UN MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO, CINCUENTA CENTAVOS (6'181.798.50), valor que le correspondió cancelar al consorcio Somesa Cuidados Intensivos a título de multa, valor que le fue descontado en el mes de junio de 1994.

2).- A cancelarle al Consorcio SOMESA LTDA. – CUIDADOS INTENSIVOS la indexación desde la fecha en que se produjo el pago hasta cuando el mismo se realice; teniendo en cuenta el certificado que al efecto expida el Banco de la República.

Además de coadyuvar los hechos de la demanda inicial agregó que el 21 de septiembre de 1994 CAJANAL profirió la Resolución No. 04258 por la cual declaró el incumplimiento parcial del contrato e impuso una multa, decisión que sustentó en el hecho de que el contratista carecía de licencia sanitaria de funcionamiento, vinculación de profesionales sin registros, inoportunidad en la asignación de citas médicas, falta de prestación del servicio de odontología, ineficiencia en los procedimientos de remisión, suspensión del servicio médico asistencial, no entrega de la totalidad de medicamentos formulados, negativa al suministro de información para la evaluación de servicios, ausencia del Director en horas hábiles y deficiencias de recursos físicos en el servicio de urgencias de la clínica Mar Caribe.

No obstante, según el coadyuvante, todos los cargos de la resolución acusada carecían de veracidad, toda vez que a medida que se fue ejecutando el contrato, la prestación del servicio se hacía más eficiente, pues los posibles incumplimientos en que incurrió fueron subsanados, razón por la cual consideró que la decisión fue injusta y arbitraria.

En adición, señaló que con ocasión de la ejecución del contrato No. 1487 se creó un comité de vigilancia por cuanto funcionarios de Cajanal y auditores médicos de dicho contrato, que a su turno fueron oferentes dentro del procedimiento de selección que dio como resultado la celebración del mismo, obstaculizaron la gestión del comité y obraron de manera malsana en contra de los intereses del consorcio Somesa Ltda. – Cuidados Intensivos Ltda.

De otro lado, coadyuvó los fundamentos de derecho y los cargos de violación respecto de la resolución que terminó unilateralmente el contrato y aquella que la confirmó. En cuanto a la decisión de declaratoria de incumplimiento e imposición de multa, el coadyuvante manifestó que adolecía de nulidad por haberse expedido con desviación de poder, falsa motivación y abuso de autoridad y violó los artículos 2, 6, 29 y 58 de la Constitución Política, los artículos 1, 18, 19 y 293 del Decreto-ley 222 de 1983 y los artículos 2, 3 y 36 del Código Contencioso Administrativo.

Como sustento de los cargos de violación adujo que la entidad estaba obligada a observar el debido proceso, el derecho de defensa, la imparcialidad en la gestión administrativa, la efectividad de los derechos individuales y colectivos y acatar las formalidades señaladas en la ley para la expedición de los actos administrativos, cargas que, en sentir del coadyuvante, fueron desatendidas al proferir la resoluciones acusadas.

Advirtió que el contrato No. 1487 de 1993 estuvo gobernado por el Decreto 222 de 1983 y no por la Ley 80 por lo que para la terminación del contrato debieron observarse las disposiciones contenidas en aquel estatuto.

Señaló que quien incumplió el contrato fue la entidad estatal contratante por no haber colaborado con el contratista, a través de la remisión oportuna del listado de afiliados y por abstenerse de renovar el referido listado, circunstancia que causó traumatismo en el desarrollo del contrato. A ello sumó que la entidad incumplió con su obligación de pagar el valor del contrato.

5. Contestación de la demanda – Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL.

Mediante escrito allegado dentro del término de ley, la Caja Nacional de Previsión Social, a través de apoderado judicial, contestó la demanda.

En esa oportunidad, la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos legales.

En cuanto a los hechos de la demanda adujo que la expedición del acto administrativo que terminó unilateralmente el contrato de prestación de servicios se debió al incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista contempladas en el mismo, con lo cual dio lugar a que se presentaran las causales contempladas en la Resolución No. 5457 de 1993 dictada por CAJANAL para proceder a su terminación.

Respecto a los fundamentos de derecho anotó que el artículo 1546 del Código Civil consagra la condición resolutoria contractual consistente en que si uno de los extremos incumple sus obligaciones contractuales, procede el ejercicio por parte de la otra de la facultad resolutoria del vínculo.

En criterio de la entidad, el Decreto-ley 222 de 1983 no resultaba aplicable al contrato en referencia, pues el mismo se celebró con arreglo a lo dispuesto en la Ley 10 de 1990 y la Resolución 5457 del 27 de diciembre de 1993 expedida por CAJANAL, tal y como se dejó consignado en el contrato.

También advirtió que no se daban los supuestos facticos y jurídicos para alegar una desviación de poder.

En adelante se refirió frente a cada uno de los casos de los usuarios que presentaron inconvenientes respecto de su atención para concluir que en todos ellos existió incumplimiento de las obligaciones del contratista por diversas causas. En relación con el incumplimiento que se le atribuyó a la entidad consistente en la no entrega del listado de usuarios, advirtió que según certificación del 28 de febrero de 1994 suscrita por el Director de la Seccional Magdalena, el Jefe de la División de Salud, el funcionario de Auditoria y el Asesor Jurídico, durante el mes de enero de ese mismo año el número de usuarios fue de 7.327, a lo cual el demandante nunca se opuso. De igual forma todos los meses se expedieron las certificaciones correspondientes al número de usuarios y, con base en ellas, se efectuaron los pagos correspondientes sin que el consorcio objetara las certificaciones. A partir de lo anterior concluyó que la no entrega del listado de usuarios no causó perjuicios al contratista, concernientes al pago de los servicios prestados.

De otro lado consideró desajustado el monto de los perjuicios deprecados por el contratista si se tiene en cuenta que fue la entidad la que resultó afectada por la

inobservancia de las obligaciones por parte del consorcio, lo que a la postre dio lugar a la terminación unilateral del negocio jurídico.

Igualmente solicitó tener en cuenta en la liquidación del contrato, las sumas adeudadas por el contratista por concepto de cláusula penal pecuniaria y reembolsos.

En escrito separado, la entidad estatal demanda aportó la contestación a la coadyuvancia a la demanda presentada por la sociedad Somesa Ltda.- Clínica El Prado, en relación con el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones por carecer de validez jurídica, habida consideración de que las resoluciones acusadas fueron expedidas conforme a derecho sin que obrara en el expediente elementos de prueba que las desvirtuaran.

Adujo que en la resolución que declaró el incumplimiento del contratista se expusieron de manera clara y precisa en que consistió la inobservancia de las obligaciones por parte del consorcio y cada caso se soportó en las pruebas correspondientes. Agregó que el contratista en ningún momento objetó los pagos que se le efectuaron por la atención a los usuarios del servicio de salud. En lo atinente a los reembolsos que debía realizar el contratista, anotó que varios afiliados solicitaron el pago de los mismos a CAJANAL, lo cual a su turno generó demandas en contra de dicha entidad.

Reiteró que el régimen de contratación aplicable al caso concreto no correspondía al previsto en el Decreto-ley 222 sino al contemplado en la Ley 10 de 1990 y el Decreto 2147 de 1992.

6. Actuación procesal.

6.1. Mediante auto del 12 de marzo de 1996, el Tribunal Administrativo del Magdalena admitió la demanda (fl. 131 c1).

6.2. En providencia del 16 de octubre de 1996, se admitió la corrección de la demanda y se citó como litisconsorte a la sociedad Médica de Santa Marta Ltda. Somesa Ltda. (fl. 2 c2).

6.3. A través de proveído del 29 de abril de 1997 se abrió el debate probatorio (fl. 19-21 c2).

6.5. En providencia del 15 de noviembre de 2000 se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y rendir concepto. (fl. 337 c1). En el término concedido la parte demandante y el litisconconsorte por activa allegaron sus respectivos escritos de alegaciones en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en etapas procesales precedentes. La entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo del Magdalena profirió sentencia el día 3 de julio de 2007, a través de la cual resolvió el litigio en los términos que fueron transcritos al inicio de esta providencia.

En primer lugar abordó el estudio relativo a régimen legal vigente al tiempo de celebración del contrato No. 01487 del 28 de diciembre de 1993, propósito con el cual sostuvo que, en materia de salud, se encontraban vigente la Ley 10 de 1990 y la Resolución No. 5457 expedida por Cajanal. De igual forma sostuvo que cuando se suscribió el negocio jurídico ya había entrado a regir la Ley 80 de 1993, y, por tanto, atendiendo la máxima normativa prevista en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 de conformidad con la cual a todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, concluyó que esta última constituía el régimen legal que gobernaba el contrato objeto de análisis.

Al respecto consideró que en atención a lo dispuesto en el número 2 del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, si los hechos objeto de demanda ocurrieron bajo el imperio de la Ley 80 de 1993, entonces esa era la norma desde cuya óptica debía resolverse el caso concreto, por cuanto la infracción, o, en el caso concreto, el incumplimiento, que generó la terminación unilateral tuvo lugar en 1994, fecha para la cual estaba en vigor la Ley 80. Adicionalmente estimó que para ese entonces ya habían vencido los 6 meses de plazo con que contaba CAJANAL, según lo había dispuesto la misma Ley 80 en su artículo 80, para adecuar sus estatutos a dicha normativa, de manera que a la entidad no le asistía la facultad para imponer unilateralmente las cláusulas comunes en los contratos por ella celebrados y que estaban previstas en sus estatutos recogidos en la Resolución No. 5457 del 27 de diciembre de 1993.

En esa misma línea advirtió que la Ley 80 reguló de manera especial el ejercicio de las potestades excepcionales, tales como la terminación unilateral del contrato, al punto que restringió su adopción a los precisos eventos consagrados por esa misma norma, sin que fuese posible implementarlas por causas distintas a las señaladas por el Estatuto

de Contratación Estatal. A la par sostuvo que la terminación del contrato no procedía por causas de incumplimiento ya que esa circunstancia no daba lugar a declarar la terminación unilateral del contrato, pues no se invocaron las causales que establecía la norma para la procedencia de dicha decisión.

En consonancia con lo expuesto afirmó que si las infracciones que generaron la terminación unilateral de un contrato, ocurrieron en vigencia de la Ley 80, los cargos de nulidad habrían de resolverse bajo las disposiciones de la Ley 80.

Agregó también que la Ley 80 no estableció facultad a las entidades contratantes para estipular como cláusulas excepcionales las multas o la pena pecuniaria, a lo cual añadió que las causales invocadas por CAJANAL para terminar unilateralmente el contrato no correspondieron a las previstas en los artículos 17, 18, 44 y 45 de ese cuerpo normativo.

Advirtió que, si bien el estudio abordado en la sentencia no correspondía estrictamente a los cargos de nulidad planteados en la demanda en donde se recalcaba la ausencia de una causa legal y un desviación del poder tras argumentar que se debió aplicar el Decreto-ley 222 y no la Ley 80 de 1993, lo cierto es que en aplicación del principio de legalidad con sujeción al cual los servidores públicos solo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución o en la Ley, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el Juez Administrativo debe propender por la protección de la Carta Política, tal y como acontece en el caso concreto en donde se evidencia una falta de competencia material de CAJANAL para terminar el contrato que se alude.

Agregó que la Ley 80 no facultó a las entidades estatales contratantes para incluir como cláusulas excepcionales la de multas y la penal pecuniaria e imponerlas unilateralmente, pues dichas potestades quedaron derogadas al retirarse del mundo jurídico el Decreto-ley 222 de 1983. Por lo anterior coligió que la resolución que declaró unilateralmente la terminación del contrato e impuso la cláusula penal adolecía de nulidad para falta de competencia material.

De otra parte consideró que en el caso bajo estudio no resultaba procedente acceder a la liquidación del contrato por cuanto la misma se había formulado como una pretensión subsidiaria, del tal modo que ante la prosperidad de las pretensiones principales, no era posible emitir pronunciamiento frente a la solicitud de la liquidación judicial del contrato.

En cuanto a la liquidación de los perjuicios, el Tribunal *a quo* consideró procedente acceder a dicha pretensión por cuanto su prosperidad emanaba directamente de la declaratoria de nulidad del acto que terminó unilateralmente el contrato siempre que se probara el derecho a recibir la indemnización por los perjuicios causados por el incumplimiento contractual.

En este punto advirtió que aun cuando la parte demandante no acreditó con medio idóneo la cuantía de los perjuicios deprecados, resultaba del caso condenar en abstracto. Para esos efectos, debían tenerse en cuenta los derechos económicos dejados de percibir por la indebida terminación del contrato, tomando como sustento el período que faltaba por ejecutarlo, es decir, desde el 17 de febrero de 1995 hasta el 16 de enero de 1996.

También estimó que debía considerarse como base la utilidad percibida durante el tiempo de ejecución del contrato y, así, proyectar la que percibirían en el período no ejecutado. Con ese propósito habrían de tenerse en cuenta las facturas, declaraciones de renta, créditos bancarios, estados financieros, a partir de cuyo contenido pudiera concluirse los perjuicios reales producidos por la terminación anticipada del contrato.

En relación con el *good will*, el Tribunal de primera instancia sostuvo que se reconocerían solamente los perjuicios que se demuestre que fueron causados directamente por la terminación del contrato, si con ello se afectó las suscripción de otros contratos que como consorcio tuvieran previsto celebrar en la época que en se expidió el acto administrativo viciado de nulidad.

Por último se pronunció frente a la objeción por error grave formulada por Cajanal contra el dictamen rendido al interior el plenario a petición de la parte actora. En esa oportunidad, sostuvo que teniendo en cuenta que el dictamen se dirigió a determinar los intereses sobre las sumas dejadas de cancelar por CAJANAL al consorcio demandante y no se orientó a la demostración de los otros perjuicios solicitados, el Tribunal advirtió que la experticia no resultaba idónea para demostrar las causación de los mismos, no solo por no haber incluido los valores objetados por CAJANAL, sino porque no se siguieron los parámetros fijados por la parte y ordenados en el auto que decretó su práctica. A ello sumó la falta de claridad respecto del número real de usuarios a quienes se prestó el servicio.

Dicho lo anterior, señaló que el dictamen practicado no cumplía con las exigencias necesarias para su apreciación y consiguiente valoración probatoria.

8. El recurso de apelación.

La parte demandada solicitó que se revocara la decisión del Tribunal *a quo*, propósito en relación con el cual expuso los siguientes planteamientos:

En primer lugar sostuvo que aun cuando la demanda se interpuso en ejercicio de la acción contractual, el Tribunal *a quo* adecuó oficiosamente el trámite y la convirtió en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, olvidándose de que el término de caducidad de esta última era de cuatro (4) meses, por lo que el tiempo de su presentación fue extemporáneo.

De otro lado argumentó que de conformidad con el artículo 1494 del Código Civil, el contrato es una fuente de obligaciones y según el artículo 1495 de esa misma legislación el negocio jurídico es un concierto de voluntades. A ello sumó que dentro de los requisitos de validez del contrato se encuentra la capacidad legal de los extremos contratantes para poderse obligar. Descendiendo lo expuesto al caso concreto, advirtió que el contrato No. 1487 suscrito entre las partes se celebró por la libre voluntad de las partes, sin algún tipo de constreñimiento, de tal forma que mal podría afirmarse que CAJANAL impuso obligaciones o cargas al contratista respecto del régimen normativo que imperaba en el contrato, pues el pacto en ese sentido fue incluido expresamente en el texto contractual. Es así como se estipuló que el contrato se encontraba sujeto a las normas de la Ley 10 de 1990, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 2147 de 1993 y la Resolución 5457 del 24 de diciembre de 1993 expedida por la Caja Nacional de Previsión Social. Así pues, consideró desajustado a la realidad afirmar que CAJANAL impuso unilateralmente las cláusulas comunes a los contratos por ella celebrados.

De esta manera concluyó que la entidad estatal contratante estaba facultada para proceder a la terminación del contrato ante la verificación del incumplimiento contractual por parte del contratista.

Por último señaló que los perjuicios reclamados no se encontraban probados y, por esa razón, de cara a su falta de demostración no era posible condenar en abstracto.

9. Actuación en segunda instancia.

9.1. Por auto del 3 de agosto de 2007 el Tribunal de primera instancia concedió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada y por la coadyuvante de la parte demandante.

9.2. Mediante auto del 20 de junio de 2008, la Sección Tercera de esta Corporación concedió a los apelantes el término de tres (3) días para que sustentara el recurso de alzada.

9.2. En decisión del 12 de septiembre de 2008 el Consejo de Estado admitió el recurso de apelación impetrado por la demandada CAJANAL y declaró desierto el recurso de apelación presentado por la coadyuvante del extremo activo.

10. Alegatos de conclusión.

10.1. A través de proveído del 7 de noviembre de 2008, se dispuso el traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

10.2. La parte demandante alegó de conclusión oportunamente en escrito mediante el cual reiteró los argumentos expuestos en oportunidades procesales precedentes.

10.3. El Agente del Ministerio Público, en uso del traslado especial, rindió concepto en el cual solicitó revocar la sentencia apelada. En primer lugar manifestó que para la época en que se suscribió el contrato No. 1487 de 1993 no había entrado en vigencia la Ley 80 de 1993, a la par de lo cual sostuvo que en el texto contractual expresamente se plasmó que el negocio se regiría por la Ley 10 de 1990 y la Resolución No. 5457 de diciembre de 1993 expedida por CAJANAL por la cual se adoptaron cláusulas comunes en los contratos para la prestación de servicios integrales de salud celebrados por esa entidad pública.

De otro lado consideró que al contrato que dio origen a la presente controversia no le resultaba aplicable el Decreto-ley 222 de 1983 por expresa exclusión que de dicha tipología contractual realizaron los artículos 163, 164 y 80 del referido estatuto, premisa a partir de la cual concluyó que las normas que lo gobernaron correspondieron a la Ley 10 de 1990, el Decreto 2147 de 1992 y la Resolución 5457 del 27 de diciembre de 1993.

Con fundamento en lo expuesto advirtió que las causales de terminación unilateral del contrato No. 1487 de 1993 debían guardar perfecta consonancia con el régimen

normativo que lo sustentaba. Dicho lo anterior anotó que los actos administrativos acusados reflejaban la cabal sujeción a las causales de terminación previstas en las normas aplicables, las cuales se centraron esencialmente en el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, de tal suerte que el cargo de ausencia de causa legal y desviación de poder no estaba llamada a prosperar.

Tampoco halló demostrado el cargo de falsa motivación que se le endilgaba a las resoluciones impugnadas, pues su contenido presentó una relación detallada de los incumplimientos e irregularidades imputables al contratista que tuvieron lugar a lo largo de la relación contractual, sin que la parte actora hubiese aportado alguna prueba tendiente a desvirtuarlas.

De otra parte consideró que en el caso no se encontraba demostrado el incumplimiento que se le atribuía a la entidad pública; contrario sensu, ésta acreditó el cumplimiento de los pagos a favor del demandante por los servicios prestados.

Por último, advirtió que no se contaba con los soportes necesarios para proceder a la liquidación judicial del contrato.

10.4. La entidad demandada guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado.

Previo a analizar y decidir sobre el asunto que ha sido propuesto, resulta necesario establecer la competencia de la Sala para conocer del mismo, pues sólo de esta manera podrá pronunciarse sobre el recurso de apelación impetrado por la parte demandada.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del litigio entablado en relación con la nulidad de la decisión que terminó unilateralmente el contrato de prestación de servicios de salud No. 1487, suscrito el 28 de diciembre de 1993 por la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal¹, entidad de naturaleza estatal,

¹ La Caja Nacional de Previsión Social, entidad demanda en este proceso, fue creada como Establecimiento Público del orden nacional, de conformidad con la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1600 de 1945, modificado, entre otros, por los Decretos 3391 de 1982, 3128 de 1983, 614 de 1984 y 2147 de 1992, con el objeto de pagar y atender las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales, tales como el pago de pensiones de jubilación y la prestación de los servicios integrales de salud.

En cumplimiento del artículo 236 de la Ley 100 de 1993 se modificaron sus estatutos con el fin de que siguiera prestando los servicios de salud y atendieron las funciones de una Entidad Promotora de Salud, modificación que fue aprobada por el Gobierno Nacional mediante Decreto 1736 de 1995, para lo cual fue autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución No. 0959 de 22 de diciembre de 1995.

actualmente liquidada, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993,² contentiva del Régimen de Contratación Estatal, el cual estableció las reglas y principios de los contratos estatales y definió cuáles se han de tener como entidades estatales para efectos de la citada Ley³.

Sobre la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de las controversias originadas en contratos celebrados por entidades estatales se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado, así:

“Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

*“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’**, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”⁴ (Negrilla fuera del texto).*

La Ley 490 de 30 de diciembre de 1998 transformó dicha entidad en “Empresa Industrial y Comercial del Estado” (art. 1º) y le asignó como objeto el de operar en el campo de la salud como Entidad Promotora de Salud (E.P.S.), autorizándola para desarrollar y administrar otras prestaciones económicas y de salud, así como servicios complementarios en los términos de la Ley 100 de 1993 (art. 2º), al tiempo que en lo concerniente a pensiones sólo le dejó las funciones de tramitarlas y reconocerlas, así como de recaudar las cotizaciones en los términos establecidos por la ley y girarlas mensualmente al FOPEP.

La sociedad Cajanal S.A. E.P.S., entró en liquidación el 30 de diciembre de 2004, de conformidad con el Decreto No. 4409.

² Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”*

³ *“Artículos 2º. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:*

Se denominan entidades estatales:

Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. (...)” (La subraya no es del texto).

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

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.”⁵

2. Las pruebas aportadas al proceso.

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

2.1. Documentales.

2.1.1. Copia auténtica del contrato No. 1487 celebrado el 28 de diciembre de 1993 entre CAJANAL y el consorcio SOMESA LTDA. – CUIDADOS INTENSIVOS LTDA., del cual se destaca el siguiente articulado, por ser de especial interés para el proceso (fls. 84-86 c1):

“... hemos convenido celebrar contrato de prestación de servicios integrales de salud que se regirá por la Ley 10 de 1990 y la Resolución No. 5457 de Diciembre 27 de 1993 y por las cláusulas que más adelante se señalan, previas las siguientes consideraciones: a) Que para el cumplimiento de sus funciones, el artículo tercero del Decreto 2147 de 1992, estableció que CAJANAL contratará con sujeción al régimen previsto en la Ley 10ª de 1990 la prestación de los servicios integrales de salud;”

El objeto del contrato se acordó en los siguientes términos:

“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.- EL CONTRATISTA prestará los servicios integrales de salud a la población descrita en la cláusula segunda del contrato, en forma directa, o a través de subcontratación conforme a su propuesta y a los términos de referencia los cuales hacen parte integral del contrato.”

La cobertura del cumplimiento del objeto de pactó así:

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de 20 de agosto de 1998, expediente: 14.202. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, expediente 14519; auto de 7 de octubre de 2004. expediente. 2675.

⁵ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, radicado 8500123310002000001980, expediente 20.968, Demandante: Luis Carlos Pérez Barrera, Demandado Caja Nacional de Previsión.

“CLAUSULA SEGUNDA: POBLACIÓN.- La población que EL CONTRATISTA se compromete a cubrir es la correspondiente a los afiliados forzosos facultativos, pensionados y beneficiarios conforme al Decreto 3128 de 1983 y demás disposiciones legales vigentes, la cual estará indicada en un listado con nombres, apellidos, documento de identificación, tipo de vinculación y de fecha de ingreso o retiro, que CAJANAL hará llegar antes de iniciar la prestación del servicio y que actualizará y renovará en forma permanente durante la ejecución del contrato. PARAGRAFO PRIMERO: EL CONTRATISTA se compromete, además, a prestar el servicio médico de urgencias a los usuarios de CAJANAL que se encuentren fuera de su área de cubrimiento quedando facultado para exigir el reembolso de los gastos ocasionados al CONTRATISTA que cubre al usuario, para lo cual deberá dar cumplimiento a la obligación consagrada en el numeral 14 de la cláusula primera de la Resolución.”

En cuanto a la duración del contrato las partes estipularon:

“CLAUSULA CUARTA: TERMINO.- la duración del contrato es de VEINTICUATRO (24) MESES contados a partir del diez y seis (16) de enero de 1994. PARAGRAFO.- Dicho término se prorrogará automáticamente por períodos iguales al inicialmente pactado, si con antelación no menor a tres (3) meses ninguna de las partes manifiesta por escrito su intención de darlo por terminado. No obstante, CAJANAL podrá darlo por terminado en cualquier momento, cuando las exigencias del servicio público de salud así lo requieran.”

En lo atinente al valor del contrato se convino:

“Para los efectos fiscales el valor mensual aproximado del presente contrato será la suma de CIENTO VEINTICINCO MILLONES DOSCIENTOS DOCE MIL QUINIENTOS PESOS (\$125'212.500.00) M/CTE., resultante de multiplicar EL VALOR PER CAPITA, por la POBLACION USUARIA mencionada en la cláusula segunda, durante un (1) mes de duración, de conformidad con el listado inicial que se anexa a este contrato., y que actualizará permanentemente CAJANAL mientras dure éste. PARAGRAFO.- El valor del contrato variará en la medida en que haya movimientos de personal, por razones de retiro y/o ingreso de usuarios. El valor per capita se aumentará de acuerdo con el índice de precios al consumidor (I.P.C.) certificado por el DANE a partir del 1º. De enero de 1994, anualmente. La liquidación mensual del valor se hará sobre el número de usuarios que efectivamente cubiertos en ese mes, que se respalda en el listado que CAJANAL deberá entregar al contratista.

La forma de pago quedó pactada de la siguiente manera:

“CAJANAL pagará al CONTRATISTA el valor mensual mencionado en la presente cláusula, teniendo en cuenta las fracciones de mes que se cause, con ocasión de las afiliaciones en fecha diferente del primero de cada mes, y de desvinculaciones antes de la finalización del mismo.”

2.1.2. Copia auténtica del acta de constitución del consorcio SOMESA LTDA.- CUIDADOS INTENSIVOS LTDA. (fls. 89-93 c1).

2.1.3. Copia auténtica del otro si del acta de constitución del consorcio SOMESA LTDA.- CUIDADOS INTENSIVOS LTDA. (fls. 94-95 c1).

2.1.4. Original del certificado de existencia y representación de la sociedad CUIDADOS INTENSIVOS LTDA., expedido por la Cámara de Comercio de Santa Marta (fl. 96-98 c1).

2.1.5. Original del certificado de existencia y representación de la sociedad SOMESA LTDA., expedido por la Cámara de Comercio de Santa Marta (fl. 99-102 c1).

2.1.6. Original del acta de reunión celebrada el 17 de octubre de 1995 entre CAJANAL y el consorcio SOMESA LTDA.- CUIDADOS INTENSIVOS LTDA., con la finalidad de llevar a cabo la liquidación del contrato. No obstante no se logró acuerdo (fl. 43-45 c1).

2.1.7. Copia auténtica de la Resolución No. 5825 del 30 de diciembre de 1994 por la cual resolvió dar por terminado unilateralmente el contrato No. 1487 del 28 de diciembre de 1993. La anterior decisión se adoptó luego de realizar un descriptivo recuento de los hechos constitutivos de incumplimiento en que incurrió el contratista, tales como inoportunidad en la prestación de los servicios integrales de salud en práctica de cirugías especializadas, prestación de servicios especializados, entrega de medicamentos, atención hospitalaria gineco-obstétrica, ayudas diagnósticas, suspensión del servicio de cirugía general, falta de prestación del servicio de odontología, suministro incompleto de medicamentos, manipulación inadecuada de medicamentos, vinculación de profesionales sin registro, no prestación integral de los servicios médicos asistenciales y relacionando las pruebas que aducía frente a cada uno de los cargos, frente a lo cual se concluyó (fl.46-92 c1):

“De acuerdo con la evaluación efectuada a los servicios que viene prestando el CONSORCIO SOMESA LTDA. – CUIDADOS INTENSIVOS LTDA. se puede establecer que el contratista ha incumplido las obligaciones derivadas del contrato, además se ha comprobado que existen problemas entre los miembros del consorcio, los cuales han generado entre otros, los siguientes perjuicios a la Caja Nacional de Previsión Social, y motivos de inconveniencia para el interés público, imposibilitando por ello la ejecución del referido contrato:

Deterioro de la imagen de Cajanal: El consorcio SOMESA LTDA. – CUIDADOS INTENSIVOS LTDA., tal como quedó evidenciado a lo largo de la presente acta, ha prestado deficientemente los servicios integrales de salud de la población usuaria del Departamento de Magdalena, en razón a la inconformidad manifestada por la misma en reiteradas oportunidades, lo cual ha generado un deterioro progresivo de la imagen de CAJANAL.

“IMPLICACIONES LEGALES:

La ejecución indebida del contrato de prestación de servicios integrales de salud por parte del consorcio, ha traído como consecuencia que algunos de sus usuarios hayan instaurado acciones de tutela en procura de obtener un adecuado servicio, las cuales en su totalidad han sido falladas en favor de los demandantes. De continuar con esta situación CAJANAL podría ser objeto de demandas ante las jurisdicciones contenciosa – administrativa y ordinaria, toda vez que finalmente la responsabilidad cae en cabeza de la Caja.

Desafiliación de la población usuaria:

Debido a la deficiente prestación de los servicios por parte del contratista y teniendo en cuenta que la Ley 100 de 1993 consagró como uno de los principios fundamentales el de la libre escogencia de las entidades promotoras y prestadoras de los servicios de salud, puede ocasionar la desafiliación de gran parte de su población, situación que redundarían en un perjuicio económico y social con graves implicaciones para CAJANAL.

"(...).

"Que los miembros del Comité Seccional de Interventoría de la Caja Nacional de Previsión Social del Magdalena, según certificación expedida el 19 de diciembre de 1994, sugieren al Director Seccional, en su calidad de interventor del contrato, dar por terminado unilateralmente el contrato celebrado con el consorcio SOMESA LTDA.- CUIDADOS INTENSIVOS LTDA., por cuanto ha incumplido las obligaciones derivadas del contrato, comprobando además que existen problemas entre los miembros del consorcio, los cuales han generado perjuicios a CAJANAL y motivo de inconveniencia de interés público, imposibilitando con ello la continuación en la ejecución del mismo:

"(...).

"Que el artículo primero, numeral 7º de la Resolución 5457 de 1993, emanada de la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión Social, contentiva de las cláusulas comunes de los contratos celebrados por la Caja para la prestación de los servicios integrales de salud, estableció 'PENAL PECUNIARIA.- en caso de declaratoria de incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, CAJANAL podrá imponerle mediante Resolución motivada una sanción penal pecuniaria hasta del 10% del valor total del contrato.

Que según consta en el acta No. 008 del 19 de diciembre de 1994, del Comité Seccional de Interventoría al certificación del 19 de diciembre emanada del mismo, la certificación expedida por el Director Seccional del Magdalena en su calidad de interventor del contrato objeto de sanción, el acta No. 013 del 29 de diciembre de 1994, del Comité Nacional de Interventoría y la certificación del 29 de diciembre de 1994, expedida por el mismo comité, se demuestra el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, lo cual genera a su vez consecuencias que imposibilitan la ejecución del contrato, perjuicios para la Caja y graves motivos de inconveniencia para el interés público, lo cual redundan en la necesidad de dar por terminado unilateralmente el contrato suscrito con el consorcio, atendiendo los parámetros consagrados en el numeral 8º, del artículo primero de la Resolución 5457 de 1993.

Que el artículo primero, numeral 9 de la Resolución NO. 5457 de 1993, emanada de la Dirección General de la Caja, contentiva de las cláusulas comunes a los contratos integrales de salud, consagró: "EFECTOS DE LA TERMINACION.- Ejecutoriada la Resolución de terminación producirá los siguientes efectos: a) Terminación y liquidación del contrato en el estado en que se encuentre; b) se hará efectivas las multas, la cláusula penal pecuniaria y la garantía de cumplimiento; c) Liquidación del contrato y pago de las contraprestaciones que resultaren a favor o a su cargo de las partes y reconocimiento de la ejecución que hasta el momento se haya efectuado.

Que el Comité Nacional de Interventoría en su sesión del 29 de diciembre de 1994, según consta en el Acta No. 013 sugirió a la Dirección General la aplicación de una sanción a título de valor mensual promedio cancelado al consorcio, incluido en el mes de diciembre de 1994, sin exceder de esta forma el tope máximo del diez por ciento (10%) del valor total del contrato, consagrado

en el numeral 7° de la Resolución 5457 de 1993, por cuanto se estipula en el contrato original, este será aproximado o lo que es lo mismo, de cuantía indeterminada, pues el mismo variará en la medida en que haya ingresos o egresos de usuarios para obtener el monto total aproximado del contrato, y de esta forma porcentualizar la sanción a aplicar al contratista por concepto de la cláusula penal pecuniaria, se aplicará el siguiente mecanismo: se efectúa la suma de lo pagado al contratista y se divide por doce (12), los meses de duración real del contrato, el promedio mensual obtenido se multiplica por el 30%, el cual arrojará como resultado final el valor total aproximado del contrato.(...).

“RESUELVE

“ARTICULO PRIMERO.- Dar por terminado unilateralmente el contrato No. 1487 del 28 de diciembre de 1993, suscrito entre la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL y el CONSORCIO SOMESA LTDA.- CUIDADOS INTENSIVOS LTDA.- para la prestación de los servicios integrales de salud en el Departamento del Magdalena, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

“ARTICULO SEGUNDO.- CLAUSULA PENAL PECUANIARIA.- Imponer al contratista por concepto de cláusula penal pecuniaria la suma de TREINTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MIL CIENTO UN PESOS CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$34'873.101.84), equivalente aproximadamente al 30% del valor mensual del contrato, en todo conforme con el artículo primero, numeral 7° de la Resolución 5457 de 1993, contentiva de las cláusulas comunes a los contratos integrales de salud, y los consideraciones de la presente.

“ARTICULO TERCERO.- LIQUIDACION DEL CONTRATO.- dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación del contrato, se procederá a la liquidación del mismo de común acuerdo, pero si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a un acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la Caja Nacional de Previsión Social mediante acto administrativo motivado.

“PARAGRAFO PRIMERO.- En caso de que resultaren en la liquidación definitiva obligaciones a cargo del contratista por un valor superior a lo pagado por concepto de multas y cláusula penal pecuniaria deberán cubrirse en el exceso, descontando dicho valor de los saldos a favor del contratista existentes en la entidad, haciendo efectiva la garantía de cumplimiento.

“PARAGRAFO SEGUNDO.- La liquidación del contrato deberá efectuarse por parte del Director Seccional, en su calidad de interventor del contrato, en un todo conforme con el artículo segundo, numeral 9° de la Resolución No. 005222 del 14 de diciembre de 1994, emanada de la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión Social.”

2.1.8. Copia auténtica de la Resolución No. 00391 del 15 de febrero de 1999 por la cual CAJANAL resolvió el recurso de reposición impetrado por el consorcio contratista en contra de la decisión que terminó unilateralmente el contrato, confirmándola en todas sus partes (fls. 94-128 c1).

2.1.9. Listado de honorarios médicos desembolsados por el consorcio demandante durante el mes de septiembre de 1994 (fl.146 a 154 c1).

2.1.10. Copia simple de la Resolución No. 004258 del 21 de septiembre de 1994 por la cual la Caja Nacional de Previsión Social declaró el incumplimiento parcial del contrato No, 1487, por causas imputables al contratista e impuso multa equivalente a \$6'181.798.50 (fls. 168-187 c1).

2.1.11. Resolución No. 5488 del 22 de diciembre de 1994 por la cual CAJANAL confirmó en todas sus partes la declaratoria de incumplimiento (fls. 185-203 c1).

2.1.12. Oficio No. 64 del 28 de febrero de 1994 por el cual el auditor y el asesor jurídico de CAJANAL informaron al Subdirector Administrativo y financiero de esa entidad lo siguiente (fl. 234 c19:

"En el informe reportado por el COMITÉ DE INTERVENTORIA DE LA SECCIONAL MAGDALENA sobre el número de afiliados atendidos por el contratista SOMESA LTDA.- CUIDADOS INTENSIVOS LTDA., durante el mes de enero retroproximo (sic) no fue el correcto. Hecho directamente el censo de usuarios por funcionarios de la seccional, encontramos que el número real es de usuarios es de SIETE MIL TRESCIENTOS VEINTISIETE (7.327) y el dato reportado fue de CUATROMIL DOSCIENTOS (4.255) usuarios lo que da un desfase a favor del contratista de TRES MIL SETENTA Y DOS (3.072) usuarios al comparar el dato reportado con el número real de usuarias."

2.1.13. Copia simple de la certificación expedida el 5 de abril de 1994, por el Comité de Interventoría de la Seccional Magdalena en la cual hace constar que el consorcio SOMESA –TDA. – CUIDADOS INTENSIVOS LTDA. prestó los servicios médicos asistenciales a 7.571 usuarios de la seccional Magdalena en el período comprendido entre el 1 al 31 de marzo de 1994 (fl. 236 c1).

2.1.14. Copia simple de la certificación expedida el 5 de abril de 1994 por el Comité de Interventoría de la Seccional Magdalena en la cual hace constar que en el mes de marzo no fueron reportados 201 usuarios debido a la mala información de las entidades afiliadas (fl. 237 c1).

2.1.15. Oficio No. 95 del 29 de abril de 1994 por el cual el Comité de Interventoría informó a la Coordinación de Seccionales de CAJANAL que los usuarios en la Seccional Magdalena en el mes de abril fueron 5.320 afiliados, 2.087 pensionados, 362 beneficiarios (fl. 238 c1).

2.1.16. Copia simple de la certificación expedida el 26 de mayo de 1994 por el Comité de Interventoría de la Seccional Magdalena en la cual hace constar que en el mes de mayo el consorcio contratista prestó los servicios médicos integrales a 7.496 afiliados y pensionados y a 508 beneficiarios (fl. 239 c1).

2.1.17. Copia simple de la certificación expedida el 1 de julio de 1994 por el Comité de Interventoría de la Seccional Magdalena en la cual hace constar que en el mes de junio el consorcio contratista prestó los servicios médicos integrales a 7.303 afiliados y pensionados y a 572 beneficiarios (fl. 240 c1).

2.1.18. Copia simple de la certificación expedida el 29 de julio de 1994 por el Comité de Interventoría de la Seccional Magdalena en la cual hace constar que en el mes de julio el consorcio contratista prestó los servicios médicos integrales a 7.151 afiliados y pensionados y a 616 beneficiarios (fl. 241 c1).

2.1.19. Copia simple de la certificación expedida el 30 de agosto de 1994 por el Comité de Interventoría de la Seccional Magdalena en la cual hace constar que en el mes de agosto el consorcio contratista prestó los servicios médicos integrales a 7.196 afiliados y pensionados y a 754 beneficiarios (fl. 242 c1).

2.1.20. Copia simple de la certificación expedida el 28 de septiembre de 1994 por el Comité de Interventoría de la Seccional Magdalena en la cual hace constar que en el mes de septiembre el consorcio contratista prestó los servicios médicos integrales a 7.214 afiliados y pensionados y a 774 beneficiarios (fl. 243 c1).

2.1.21. Copia simple de la certificación expedida el 25 de octubre de 1994 por el Comité de Interventoría de la Seccional Magdalena en la cual hace constar que en el mes de octubre el consorcio contratista prestó los servicios médicos integrales a 7.224 afiliados y pensionados y a 754 beneficiarios (fl. 244 c1).

2.1.22. Copia simple de la certificación expedida el 23 de noviembre de 1994 por el Comité de Interventoría de la Seccional Magdalena en la cual hace constar que en el mes de noviembre el consorcio contratista prestó los servicios médicos integrales a 7.224 afiliados y pensionados y a 873 beneficiarios (fl. 245 c1).

2.1.23. Copia simple de la certificación expedida el 17 de diciembre de 1994 por el Comité de Interventoría de la Seccional Magdalena en la cual hace constar que en el

mes de diciembre el consorcio contratista prestó los servicios médicos integrales a 7.327 afiliados y pensionados y a 770 beneficiarios (fl. 246 c1).

2.1.24. Copia simple de la resolución No. 5457 del 27 de diciembre de 1998 por la cual CAJANAL adoptó cláusulas comunes a los contratos celebrados por esa entidad para la prestación de servicios integrales de salud, dentro de las cuales se resalta la siguiente (fls. 247 a 256 c1):

"8.- TERMINACION DEL CONTRATO.- CAJANAL se reserva el derecho de terminar el contrato mediante resolución motivada por las siguientes causales: a) Disolución de la persona jurídica del contratista; b) Incapacidad financiera del CONTRATISTA; c) Incumplimiento de las obligaciones por parte del CONTRATISTA si de el se derivan consecuencias que imposibiliten la ejecución del contrato o se causen perjuicios a CAJANAL, lo cual deberá ser debidamente certificado por el COMITÉ DE INTERVENTORIA; d) cuando se presenten graves motivos de inconveniencia para el interés público, posteriores a su iniciación, CAJANAL podrá darlo por terminado mediante resolución motivada."

2.1.25. Acta de fecha de 30 de agosto de 1993, de cierre a la convocatoria abierta por CAJANAL para contratar la prestación de servicios integrales de salud (fls. 270-273 c1).

2.1.25. Control de pagos realizados por CAJANAL al consorcio SOMESA LTDA. – CUIDADOS INTEGRALES LTDA., por el período comprendido entre enero a diciembre de 1994 por valor de \$1.301'828.041 (fls. 285 c1).

2.1.26. Copia simple de la Resolución No. 5462 del 31 de diciembre de 1993 por la cual se crearon los comités de interventorías de los contratos integrales de salud suscritos por CAJANAL (fls. 209-2011 c3).

2.1.27. Copia simple de la Resolución No. 3174 del 9 de junio de 2004 por la cual se crea el comité nacional de interventoría de los contratos de servicios integrales de salud de CAJANAL (fl. 206-207 c3).

2.1.28. Copia simple de la Resolución No. 5222 del 14 de diciembre de 1994 por la cual se unificó la normatividad interna para los contratos integrales de salud suscritos por CAJANAL, en materia de interventoría, pagos y procedimientos a efectuar a través de las fiduciarias (fls. 197-205 c3).

2.1.29. Copia simple del listado realizado por la Coordinación de Seccionales de CAJANAL, de los pagos realizados a los contratistas integrales de salud durante 1994 por concepto de afiliados y pensionados (fls. 524 c3).

2.1.30. Copia simple del listado de los beneficiarios de atendidos por el contratista de servicios de salud integrales de la Seccional Magdalena atendidos durante enero a diciembre de 1994 (fls. 521- 523 c3).

2.1.31. Copia simple del acta de reunión No. 013 celebrada el 29 de diciembre de 1994 por el Comité Nacional de Interventoría (fl. 121- 124 c3).

2.1.32. Copia simple del acta de reunión No. 010 celebrada el 9 de noviembre de 1994 por el Comité Nacional de Interventoría (fl. 107-108 c3).

2.1.33. Copia simple del acta de reunión No. 008 celebrada el 24 de octubre de 1994 por el Comité Nacional de Interventoría (fl. 104-106 c3).

2.1.34. Copia simple del acta de reunión No. 006 celebrada el 6 de octubre de 1994 por el Comité Nacional de Interventoría (fl. 88-89 c3).

2.1.35. Copia simple del acta de reunión No. 005 celebrada el 27 de septiembre de 1994 por el Comité Nacional de Interventoría (fl. 82-85 c3).

2.1.36. Copia simple del acta de reunión No. 004 celebrada el 16 de septiembre de 1994 por el Comité Nacional de Interventoría (fl. 78-81 c3).

2.1.37. Copia simple del acta de reunión No. 002 celebrada el 26 de julio de 1994 por el Comité Nacional de Interventoría (fl. 68-72 c3).

2.1.38. Copia simple del acta de comité de interventoría celebrada el 11 de agosto de 1994 (fl. 23-25 c3).

2.1.35. Copia simple del informe de visita realizada el 12 de mayo de 1994 por CAJANAL al consorcio SOMESA LTDA. - CUIDADOS INTENSIVOS LTDA. (fls. 13-20 c3).

2.2. Pruebas testimoniales.

2.2.1. Declaración rendida por el testigo Adolfo Charris Castañeda, quien desempeñó como director administrativo del consorcio contratista durante el año 1994 y sobre los hechos depuso (fls. 55-61 c2):

“Recuerdo que con motivo de la presentación de dicha propuesta se presentaron además otros proponentes para dichos servicios en el departamento del Magdalena entre los cuales figuraba ASISTIR y sin que pueda precisar exactamente la Clínica General del Norte. Adjudicado el al consorcio SOMESA LTDA. – CUIDADOS INTENSIVOS LTDA., el contrato en mención inició su

desarrollo en el mes de enero de 1994. Para el efecto se tomó en arrendamiento algunas áreas disponibles en el edificio de la Caja Nacional de Previsión sede de Santa Marta y allí se habilitaron los consultorios odontológicos, la farmacia y las oficinas administrativas. Posteriormente el consorcio tomó la determinación de tomar en arrendamiento una casa situada entre la calle 22 entre carrera 3ª y 4ª con el fin de prestar desde allí los servicios médicos integrales correspondientes. Recuerdo así mismo que se procedió a la contratación de 4 médicos generales, dos odontólogos y los especialistas en las diferentes ramas necesarias para la atención en cirugía general, traumatología, medicina interna, urología, nefrología, psiquiatría, ginecología y obstetricia, pediatría y en general las demás requeridas para la atención integral. Así mismo se procedió a contratar en los diferentes municipios del Departamento a médicos generales que cumplieran tareas de asistencia y coordinación de servicios para los pacientes ubicados en esas localidades. De igual forma se procedió a contratar el servicio de suministro de drogas tanto en los municipios como en la sede de Santa Marta con farmacias privadas."

2.2.2. Testimonio rendido por la bacterióloga Isabel Castañeda de Charris (fls. 277-279 c2).

"Conocí el contrato yo fui contratada para prestar mis servicios como bacterióloga en la clínica del Prado para la atención de prestación de servicio de laboratorio clínico a los afiliados a CAJANAL. EL contrato era un contrato integral de salud se prestaba consulta externa, hospitalización, urgencias médico - quirúrgicas, drogas, tanto ambulatorias como hospitalarias. Se prestaron los servicios durante el año 1994 y finalizó cuando CAJANAL le retiró el contrato al consorcio en enero de 1995."

2.3. Prueba pericial.

2.3.1. Dictamen rendido por los auxiliares de la justicia Víctor Alias Noguera, administrador de empresas, y María Zawady de Masip, contadora, practicado para calcular el monto de los perjuicios sufridos por el consorcio demandante por causa de la decisión de terminación unilateral del contrato No. 1487 (fls. 74-79 c2).

3. De la cláusula compromisoria

Previamente a adentrarse al estudio de fondo del asunto, la Sala estima relevante poner de presente que en el contrato de prestación de servicios integrales de salud No. 1487 del 1993 que fue terminado unilateralmente, a través de la decisión que en esta oportunidad se enjuicia, en su aparte introductorio expresamente se pactó que a sus estipulaciones contractuales se incorporaría la Resolución 5457, expedida por CAJANAL el 27 de diciembre de 1993 por la cual se adoptaron las cláusulas comunes en los contratos para la prestación de servicios integrales de salud que celebrara dicha entidad pública. Así pues, por disposición de los extremos cocontratantes, el clausulado de dicha Resolución formaría parte integrante del contrato No. 1487.

Ahora bien, la Sala observa que en el numeral 11 de la resolución a la que se ha hecho mención y que hace parte del contrato No. 1487, se estableció:

“11.- CLAUSULA COMPROMISORIA.- Las partes convienen en que en el evento en que surja alguna diferencia entre las mismas por razón o con ocasión del contrato, será resuelta por un tribunal de arbitramento cuyo domicilio será la ciudad de Santa Fe de Bogotá, integrado por tres (3) árbitros designados conforme a la ley, los cuales fallarán en derecho de acuerdo con lo alegado y probado en el respectivo proceso arbitral.”

Del contenido de la cláusula en referencia viene a ser claro para la Sala que las partes del negocio jurídico terminado unilateralmente mediante acto administrativo que es objeto de censura, de manera libre y voluntaria acordaron una cláusula compromisoria para someter las diferencias surgidas con ocasión del contrato a la decisión de la justicia arbitral, circunstancia que determina la necesidad de emprender las siguientes reflexiones:

La Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en decisión de la pasada anualidad, unificó su postura jurisprudencial en relación con la naturaleza vinculante de la cláusula compromisoria, aspecto frente al cual consideró que ante la introducción libre y voluntaria de un acuerdo expreso en cuya virtud las partes convenían en conferir la competencia y jurisdicción a un tribunal de arbitramento en derecho para que sea ese el órgano decisorio de las controversias que pudieran presentarse en punto a la celebración, ejecución y liquidación de los respectivos contratos estatales, ese acuerdo desde ninguna óptica podría ser desconocido por las partes a través de la renuncia tácita.

Sobre ese punto, discurrió:

“Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que va a decidir el conflicto entre ella presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas pueden conocer y decidir sobre el particular.”⁶

En lo que concierne a este mismo tema, esta Sección en decisión de la pasada calenda, igualmente consideró que la Justicia Arbitral está revestida de facultades en orden a decidir acerca de la validez de actos administrativos expedidos con ocasión

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 18 de abril de 2013, exp. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

del contrato, siempre que ellos no comporten el ejercicio de las potestades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, dado que de lo contrario la justicia institucional tendría la competencia privativa para conocer del respectivo asunto. Al respecto, sostuvo⁷:

"Posteriormente, en sentencia del 10 de junio de 2009⁸, la Sala volvió sobre el tema y precisó, con toda claridad, el ámbito de los poderes excepcionales a los cuales se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000:

*'... la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir: **a)** interpretación unilateral del contrato; **b)** modificación unilateral del contrato; **c)** terminación unilateral del contrato; **d)** sometimiento a las leyes nacionales; **e)** caducidad y **f)** reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión ...'.*

*"Así, pues, la Sala precisó que, si bien los 'poderes excepcionales' con los cuales cuenta la administración pública en desarrollo de la acción contractual comprenden no sólo el ámbito del ejercicio de las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, sino que abarcan '... la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes –en la esfera de los contratos de derecho público– para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública ...'⁹, **lo cierto es que los únicos actos administrativos cuyo control se encuentra excluido de la competencia arbitral son, en vigencia de la Ley 80 de 1993, aquellos dictados en ejercicio de las potestades consagradas exclusivamente por el artículo 14** (en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 eran los señalados en el artículo 76), pues así lo entendió la Corte Constitucional al pronunciar la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, **de modo que los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no se hallan excluidos de la competencia arbitral** (...).*

Conforme a lo expuesto, el control de legalidad de los actos administrativos cuestionados en el presente proceso no se halla excluido del conocimiento de la justicia arbitral y, desde luego, el pronunciamiento acerca del incumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, por la ocurrencia de hechos jurídicos que, en opinión de la demandante, son constitutivos del mismo, tampoco lo está, de manera que el pacto arbitral incluido en la cláusula "DÉCIMO QUINTA" del contrato de interventoría DAVM-05-93 tiene plena eficacia en este caso y ello se traduce en que el conocimiento del asunto se halle excluido de la jurisdicción del Estado, por voluntad de las partes". (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de 27 de febrero de 2013, exp. 20.521, M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 36.252.

⁹ *Ibidem*.

Descendiendo las tesis jurisprudenciales en referencia al caso concreto, la Sala estima de esencial importancia puntualizar que, según se observa en el *sub examine*, la decisión de terminación unilateral del contrato de prestación de servicios integrales de salud No. 1487 celebrado el 28 de diciembre de 1993, no fue adoptada por CAJANAL en ejercicio de alguna de las potestades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, por cuanto para la época de suscripción del negocio jurídico dicho estatuto aún no había entrado en vigor¹⁰, y tampoco en desarrollo de su antecesor normativo, el artículo 76 del Decreto – Ley 222 de 1983, pues el referido acuerdo comercial no se encontraba cobijado por dicho estatuto de contratación por las razones que en acápite posterior serán explicadas con mayor detalle, pero cuyas conclusiones deben traerse anticipadamente a este acápite de la providencia por resultar de capital importancia.

Del contenido del acto de terminación que se acusa, la Sala evidencia que la génesis para el ejercicio de dicha potestad unilateral se halló en la Resolución 5457 expedida el 27 de diciembre de 1993 por CAJANAL, por la cual se adoptaron las cláusulas comunes a los contratos de prestación de servicios integrales de salud celebrados por esa entidad, en cuyo artículo 8 la Caja Nacional de Previsión Social se reservó el derecho de terminar unilateralmente el contrato mediante resolución motivada por varias causales, entre ellas, la que aparentemente tuvo lugar en este asunto consistente en el *“incumplimiento de las obligaciones por parte del CONTRATISTA si de él se derivan consecuencias que imposibiliten la ejecución del contrato o se causen perjuicios a CAJANAL ...”*.

Ahora bien, sobre los efectos de esa terminación unilateral, la Resolución en comento, que, como se anotó anteladamente, integra el contenido del contrato No. 1487, en su artículo 9 dispuso: *“Ejecutoriada la resolución de terminación producirá: a) Terminación*

¹⁰ Debe tenerse en cuenta que para efectos del régimen normativo del contrato de prestación de servicios, la Ley 80 de 1993 entró a regir el 1 de enero de 1994, es decir, ese aspecto no se encuentra dentro de los casos de excepción en que la Ley 80 de 1993 entró en vigor desde su promulgación (octubre de 1993).

“Artículo 81°.- De la Derogatoria y de la Vigencia. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados el Decreto ley 2248 de 1972; la Ley 19 de 1982; el Decreto ley 222 de 1983, excepción hecha de los artículos 108, 109, 110, 111, 112 y 113; el Decreto ley [591](#) de 1991, excepción hecha de los artículos 2o., 8o., 9o., 17 y 19; el Decreto ley 1684 de 1991; las normas sobre contratación del Decreto 700 de 1992, y los artículos 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263 y 264 del Código Contencioso Administrativo; así como las demás normas que le sean contrarias.

A partir de la promulgación de la presente ley, entrarán a regir el parágrafo del artículo 2o.; el literal l) del numeral 1o. y el numeral 9o. del artículo 24; las normas de este estatuto relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8o. del artículo 25; el numeral 5o., del artículo 32 sobre fiducia pública y encargo fiduciario; y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38, sobre servicios y actividades de telecomunicaciones.

Las demás disposiciones de la presente ley, entrarán a regir a partir del 1o. de enero de 1994 con excepción de las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciará un año después de la promulgación de esta ley. “

y liquidación del contrato en el estado en que se encuentre; b) se harán efectivas las multas, la cláusula penal pecuniaria y la garantía de cumplimiento; c) Liquidación del contrato y pago de las contraprestaciones que resultaren a favor o a cargo de las partes y reconocimiento de la ejecución que hasta el momento se haya efectuado."

Obsérvese como entonces a pesar de que dicha facultad de la entidad contratante no emanó del Decreto-ley 222 de 1983, Estatuto de Contratación Estatal vigente para la época de celebración del contrato de prestación de servicios integrales de salud, lo cierto es que su ejercicio obedeció a un exorbitancia atribuida unilateralmente por la entidad pública a través de un acto administrativo expedido por ella misma, que sin duda alguna la situaba en una posición dominante y superior frente al contratista particular que, por contera, resultaba excepcional al derecho común y que procedía por similares causas y efectos, aunque de manera mixta, de las potestades de caducidad y terminación unilateral previstas en el estatuto de contratación pública de entonces¹¹, dado que implicaba la fractura del vínculo contractual, daba lugar a la efectividad de la cláusula penal pecuniaria y la garantía por razón del incumplimiento,

¹¹ Decreto – ley 222 de 1983.

Artículo 76. De la cláusula compromisoria. Salvo disposición en contrario, en los contratos podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato.

Los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho.

La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral. Tampoco lo serán las cláusulas que contengan los principios previstos en el Título IV.

Artículo 19. Terminación unilateral. Cuando graves motivos posteriores al perfeccionamiento del contrato o sobrevinientes dentro de su ejecución, determinen que es de grave inconveniencia para el interés público el cumplimiento del objeto del contrato, éste podrá darse por terminado mediante resolución motivada. Contra esta resolución procede solamente el recurso de reposición, sin perjuicio de las acciones contencioso administrativas que pueda intentar el contratista.

En firme la resolución, se procederá a la liquidación del contrato, para la cual se tomará en cuenta el estimativo del valor compensatorio que el artículo 8º de la Ley 19 de 1982 ordena que se reconozca al contratista.

En ningún caso la resolución de terminación podrá dictarse sin previa consulta al Consejo de Ministros.

Parágrafo 1º. La resolución que decrete la terminación unilateral deberá basarse, únicamente, en consideraciones de:

- a) Orden público;
- b) Coyuntura económica crítica.

Artículo 62. De las causales de caducidad. Como causales de caducidad, además de las especiales, previstas en este estatuto y de las que se tenga por conveniente establecer en orden al exacto cumplimiento del contrato, deben figurar las siguientes:

(...).

f) Si a juicio de la entidad contratante, del incumplimiento de las obligaciones del Contratista se derivan consecuencias que hagan imposible la ejecución del contrato o se causen perjuicios a dicha entidad.

Artículo 64. De la declaratoria de caducidad. La declaratoria de caducidad deberá proferirse por el jefe de la entidad contratante mediante resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dieron lugar a ella y se ordenará hacer efectivas las multas, si se hubieren decretado antes, y el valor de la cláusula penal pecuniaria convenida, si fuere el caso.

conducía a la liquidación del contrato y al pago de las contraprestaciones a que hubiere lugar hasta ese momento.

Con lo anterior, y sin el ánimo de apartarse o de alterar la tesis jurisprudencial unificada de esta Sección, la Sala pretende significar que no obstante no haberse dictado la resolución de terminación unilateral del contrato en ejercicio de los poderes exorbitantes que en ese entonces confería directamente el Decreto – ley 222 de 1983, no por ello puede concluirse -esto claro está sin convenir *a priori* sobre su validez- que su implementación estuvo desprovista de la naturaleza exorbitante que caracteriza tales facultades, pues como se anotó, además de la estrecha similitud existente entre las causas de su ocurrencia y sus efectos, y aquellos supuestos regulados por la ley de contratación del Estado, ciertamente su adopción desplazó a la Administración del terreno de igualdad que debe imperar en el ámbito de las relaciones negociales gobernadas por el derecho privado, como el que ocupa la atención de la Sala, y la situó en un plano de supremacía que resulta propio y concordante con el ejercicio de ese tipo de prerrogativas públicas y privativas de los órganos que forman parte de la estructura del Estado.

Lo expuesto impone concluir que pese a haberse introducido una cláusula compromisoria en un documento que formaba parte integral del contrato de prestación de servicios de salud No. 1487, dicha estipulación no tiene la virtualidad necesaria para sustraer de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el conocimiento y decisión de la controversia que aquí se examina, comoquiera que los puntos en debate aluden a la legalidad de un acto administrativo que entraña el ejercicio de una exorbitancia atribuida por la misma entidad pública, que en este caso corresponde a la terminación unilateral del vínculo contractual.

En el orden de ideas expuesto, la Sala concluye que es competente para resolver el recurso de alzada sometido a estudio.

4. Del régimen legal que informó el contrato de prestación de servicios de salud integrales No. 1487 celebrado el 28 de diciembre de 1993 entre la Caja Nacional de Previsión Social y el consorcio Somesa Ltda. – Cuidados Intensivos Ltda.

Previo a analizar los argumentos de alzada, la Sala estima necesario previamente determinar cuál fue el régimen normativo que informó el contrato de prestación de servicios integrales de salud No. 01487, a efectos de establecer el legal ejercicio de la terminación unilateral cuya declaratoria de nulidad se reclama, con el propósito de resolver los puntos de la impugnación.

En este punto la Sala parte por reiterar que la entidad estatal contratante CAJANAL, fue creada como Establecimiento Público del orden nacional, de conformidad con la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1600 de 1945, modificado, entre otros, por los Decretos 3391 de 1982, 3128 de 1983, 614 de 1984, con el objeto de pagar y atender las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales, tales como el pago de pensiones de jubilación y la prestación de los servicios integrales de salud. Así pues, resulta evidente la naturaleza pública que ha revestido a la Caja Nacional de Previsión Social desde la época de su creación.

De otro lado, el Decreto-ley 222 de 1983, por el cual se expidieron normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas, en su artículo 80 se ocupó de regular el ámbito de su cobertura frente a varias tipologías contractuales, a saber: de obras públicas, de consultoría, de suministro, de compraventa y permuta de muebles, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, prestación de servicios, donación, para recuperación de bienes ocultos, concesión de servicios públicos, de correos, acuñación de moneda metálica y de billetes, empréstito y seguros. Así mismo dispuso que los demás contratos continuarían rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos.

A su turno, el contrato de prestación de servicios fue definido por dicha normativa en su artículo 163, como aquel celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallaran a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pudieran cumplirse con personal de planta.

Seguidamente, el Estatuto de Contratación recogido en el Decreto-ley 222, en su artículo 164, agrupó las clases de contratos de prestación de servicios, así:

“Artículo 164. De las clases de contratos de prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios, entre otros, los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, servicios de salud distintos de los que celebren las entidades de previsión social, edición, publicidad, sistemas de información y servicios de procesamiento de datos, agenciamiento de aduanas, vigilancia, aseo, mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos, instalaciones y similares.”

Así pues, de este último artículo se colige con claridad que aun cuando los contratos de prestación de servicios de salud encajaban dentro de la tipología amparada por la aplicación del Decreto-ley 222 de 1983, lo cierto es que por disposición expresa de dicho estatuto los contratos de prestación de servicios de salud celebrados por las

entidades de previsión social, como lo sería Cajanal, no estarían cobijados por ese cuerpo normativo, y, en tal virtud, habría de entenderse que se regirían por las normas generales o especiales sobre la materia.

Es así como en el año de 1990 se expidió la Ley 10, cuyo propósito consistió en reorganizar el sistema Nacional de Salud, texto legal que en el artículo 24 reguló los aspectos relativos a la contratación de las entidades públicas prestadoras de servicios de salud:

Artículo 24º.- *Contratación o asociación para la prestación de servicios de salud. Previa autorización del Ministerio de Salud, cuya competencia podrá ser delegada en las direcciones seccionales, o locales, todas las entidades públicas que tengan la responsabilidad de prestar servicios de salud, podrán contratar con personas privadas especializadas en servicios de salud, inscritas en el registro especial que, para el efecto se organizará, en desarrollo de las facultades de que trata el artículo 1 de esta Ley, la prestación del servicio público de salud, siempre y cuando, se respeten los principios consagrados en el artículo 3. Estos contratos, no requerirán requisito distinto a los exigidos para la contratación entre particulares.*

Posteriormente, el Decreto 2147 de 1992 por el cual el Gobierno Nacional reestructuró a la Caja Nacional de Previsión Social, en su artículo 3 dispuso:

“Artículo 3. PRESTACION DE SERVICIOS. Para el cumplimiento de sus funciones, la Caja Nacional de Previsión Social contratará, con sujeción al régimen previsto en la Ley 10 de 1990, la prestación de los servicios integrales de salud, cuyos recursos se manejarán por sistemas de fiducia o cualquier otro mecanismo que garantice la eficiencia y oportunidad en los mismos.

Parágrafo. *Dentro del año siguiente a la fecha de vigencia del presente decreto, la junta directiva adoptará las decisiones que fueren necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo.”*

De lo expuesto en precedencia, la Sala evidencia que el régimen de contratación de CAJANAL, hasta ese entonces, se informaba por las normas del derecho privado, tal cual lo dispuso la Ley 10 de 1993 a cuyo amparo se remitió el Decreto 2147 que reorganizó la estructura de la Caja Nacional de Previsión Social.

Ahora bien, al año siguiente de la expedición del Decreto 2147 de 1992, esto es, el 28 de octubre de 1993 fue promulgada la Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Estatal cuyas normas, en principio y por regla general, entraron a regir el 1 de enero de 1994.

Al respecto vale precisar que el criterio básico de identificación de un contrato estatal a la luz de la Ley 80, lo constituyó un elemento orgánico o subjetivo, por manera que tal clasificación se predicaría de todo vínculo contractual en el cual uno de sus

extremos lo integrara una entidad estatal, en consonancia con lo cual cabe advertir que la Ley 80 de 1993 adicionalmente consagró reglas de exclusión en cuanto a la aplicación de su propio articulado, y, de manera expresa determinó cuáles serían las entidades que, a pesar de ser de naturaleza estatal, en su actividad contractual no se encontrarían sometidas a las normas de dicho estatuto.

Tal cual acontece en el régimen de contratación de las entidades de crédito, de seguros y financieras de carácter estatal respecto del cual el párrafo primero del artículo 32¹² de dicho estatuto distinguió que los actos y contratos relacionados con el giro ordinario de las funciones de las aludidas entidades estatales se someterían a las normas que regían dichas actividades, esto es las normas propias del derecho civil, mercantil y financiero. Igual ocurrió, en su artículo 76¹³ cuando exceptuó de la aplicación de sus normas a los contratos de exploración y explotación de recursos naturales que continuarían rigiéndose por la legislación especial que les cobijara.

Así también lo dispuso el Estatuto de Contratación Estatal en relación con los contratos que celebraran las entidades estatales en el sector salud y para la prestación de ese servicio, en relación con los cuales estableció una excepción al procedimiento administrativo de licitación consagrado como regla general para la selección de los contratistas. No obstante, esta última excepción no se hizo extensiva a la normatividad que debía orientar la celebración, ejecución y liquidación de los contratos de prestación de servicios de salud celebrados por entidades públicas, pues la restricción en su cobertura se centró únicamente en lo que atañe a la forma de selección del contratista, pues en todos los demás aspectos cobraría plena vigencia la Ley 80 de 1993.

¹² "Artículo 32.
"(...).

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

¹³ **Artículo 76°.-** *De los Contratos de Exploración y Explotación de los Recursos Naturales. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse.*

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

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

Con todo, de esto último se exceptuaron los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado, habida consideración de que de conformidad con la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, el régimen jurídico de estas entidades, en materia contractual, correspondería al del derecho privado, con la salvedad de que podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto de la administración pública. Sin embargo, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Subsección, esta excepción no se predica de los contratos celebrados por la Caja Nacional de Previsión dado que su naturaleza no corresponde a la de una Empresa Social del Estado:

“Para la fecha en que se celebró el Contrato No. 952 la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal, era una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, por lo tanto sometida al régimen de contratación de la Ley 80 de 1993.

Se advierte que la Ley 100 de 1993, por la cual se reguló el Sistema General de Seguridad Social en Colombia no modificó el régimen de contratación de la citada entidad, toda vez que no se refirió específicamente a ella y dispuso en su artículo 236 que las Cajas, Fondos y Entidades del Sector Público debían ajustarse al nuevo sistema de seguridad social o liquidarse, a diferencia de la disposición contenida en la misma Ley 100 que sometió al régimen de contratación de derecho privado, a las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.).

No sobra mencionar que la Ley 80 expedida en 1993 se refirió en forma específica a los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios en salud, como una de las modalidades contractuales que se rige por el Régimen de la Contratación Estatal, exceptuada del procedimiento de Licitación Pública para la escogencia del contratista, con lo cual se confirmó el régimen aplicable a estos contratos contenido en la Ley 80 de 1993, amén de que de acuerdo con la Ley 490 de 1998 se organizó la Caja Nacional de Previsión Social bajo la modalidad de Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional y, por lo tanto, sometida a la referida Ley 80, sin perjuicio de que la Ley 490 le permitió actuar como empresa promotora de salud (E.P.S.) y como entidad encargada del reconocimiento y liquidación de pensiones, acorde con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.”¹⁴

Con sujeción a lo expuesto, viene a ser claro para la Sala que los contratos de prestación de servicios de salud celebrados por Cajanal a partir de la fecha en que entró en vigor la Ley 80, es decir, a partir del 1 de enero de 1994 se someterían a su imperio normativo, existiendo solo una excepción a su amparo consistente en la posibilidad de prescindir del procedimiento de licitación para selección del contratista pudiendo acudir para el efecto a la contratación directa.

Ahora bien, recuerda la Sala que el contrato No. 1487 bajo examen fue celebrado el 28 de diciembre de 1993, cuando aún no había cobrado vigor la citada normativa.

Sobre el particular resulta pertinente aclarar que existieron varias excepciones a la entrada en vigencia de la Ley 80 a partir del 1 de enero de 1994, de conformidad con

¹⁴ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 25 de junio de 2014, expediente: 34.899, Actor: Promédica Ltda., Demandado: Cajanal.

las cuales sus efectos empezarán a surtirse desde la misma fecha de su promulgación, es decir, desde el 28 de octubre de 1993, tal cual ocurrió en los eventos previstos en el artículo 81¹⁵ de ese cuerpo legal, dentro de las cuales se encontraba aquella relativa a la posibilidad de prescindir del procedimiento de licitación o concurso para los contratos que celebraran las entidades estatales para la prestación de servicios de salud, en cuyo evento, a partir de la promulgación de la Ley 80, procedería la contratación directa para esa tipología contractual con ese preciso objeto.

No obstante, lo anterior no es óbice para concluir que el contrato de prestación de servicios de salud No. 01487 no se encuadró dentro de ese supuesto de excepción en el cual la Ley 80 entraba a regir a partir del 28 de octubre de 1993, por las siguientes razones:

En primer lugar, la excepción aplicaba para aquellos contratos de prestación de servicios de salud que luego de esa fecha (28 de octubre de 1993), fueran celebrados directamente, es decir, que su suscripción no estuviera antecedida de la respectiva licitación o convocatoria.

Sin embargo, de las piezas probatorias obrantes en el expediente la Sala evidencia que la entidad estatal contratante, en el mes de agosto de 1993, adelantó un procedimiento de selección dirigido a la escogencia del contratista del negocio jurídico No. 1487. Así se desprende del acta de fecha 30 de agosto de 1993 de cierre de la convocatoria pública adelantada por CAJANAL para contratar los servicios

¹⁵ **Artículo 81°.-** De la Derogatoria y de la Vigencia. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados el Decreto ley 2248 de 1972; la Ley 19 de 1982; el Decreto ley 222 de 1983, excepción hecha de los artículos 108, 109, 110, 111, 112 y 113; el Decreto ley 591 de 1991, excepción hecha de los artículos 2o., 8o., 9o., 17 y 19; el Decreto ley 1684 de 1991; las normas sobre contratación del Decreto 700 de 1992, y los artículos 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263 y 264 del Código Contencioso Administrativo; así como las demás normas que le sean contrarias.

A partir de la promulgación de la presente ley, entrarán a regir el parágrafo del artículo 2o.; el literal l) del numeral 1o. y el numeral 9o. del artículo 24; las normas de este estatuto relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8o. del artículo 25; el numeral 5o., del artículo 32 sobre fiducia pública y encargo fiduciario; y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38, sobre servicios y actividades de telecomunicaciones.

Las demás disposiciones de la presente ley, entrarán a regir a partir del 1o. de enero de 1994 con excepción de las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciará un año después de la promulgación de esta ley.

Artículo 24°.- Del principio de Transparencia. En virtud de este principio:

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

"(...).

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

integrales de salud en varias seccionales, entre ellas, Huila, Magdalena, Putumayo y San Andrés a la cual concurrió el consorcio Somesa Ltda.- Cuidados Intensivos Ltda., para ofrecer sus servicios, específicamente en la seccional Magdalena (fl. 270 del c2). Como resultado de dicho procedimiento de selección, Cajanal escogió al consorcio Somesa Ltda. – Cuidados Intensivos Ltda. y ambas partes celebraron el contrato No. 01487 de 1993.

Así las cosas, emerge con claridad para la Sala que la celebración del contrato en mención fue producto de la convocatoria pública llevada a cabo en el mes de agosto de 1993, es decir, antes de la expedición de la Ley 80, de tal manera que a pesar de ser suscrito luego de la promulgación del Estatuto de Contratación Estatal, la normas que lo informaban resultaban ser aquellas vigentes al tiempo en que se adelantó el concurso público para la escogencia del contratista. Como se advierte, en este caso no se prescindió del procedimiento previo de la licitación para la escogencia del colaborador de la Administración y, por contera, no se contrató directamente, circunstancia que constituía un supuesto para encuadrarse en el régimen exceptivo de transición de la entrada en vigencia de la Ley 80 al que se ha hecho alusión.

Siguiendo el lineamiento expuesto, se impone concluir que el contrato No. 01483, celebrado el 28 de diciembre de 1993, al no situarse en los supuestos de excepción para predicar la entrada en vigencia de la Ley 80 a partir del 28 de octubre de 1993, no se gobernó por las normas de dicho cuerpo legal, sino por aquellas correspondientes al derecho privado tal cual lo ordenaba la Ley 10 de 1990 y el Decreto 2147 de 1992.

5. Análisis de los argumentos del recurso de apelación.

En orden a resolver el recurso de alzada, resulta de relevancia previamente señalar que no pasa inadvertido para la Sala el hecho de que en escrito de coadyuvancia la sociedad Ltda. – Clínica del Prado, miembro del consorcio contratista participó de la formulación de las pretensiones elevadas en el libelo inicial e introdujo pretensiones adicionales consistentes en obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 4258 del 21 de septiembre de 1994 por la cual CAJANAL declaró el incumplimiento del contrato No. 01487, la nulidad de aquélla que la confirmó y la devolución de la suma de \$6'181.798.50, descontada a título de multa de los saldos a favor del contratista. De la anterior coadyuvancia se surtió la debida contradicción a la parte demandada, la cual allegó escrito de oposición, según consta en memorial de 6 de diciembre de 1996; igualmente, las pruebas solicitadas en el escrito de coadyuvancia fueron decretadas en auto del 29 de abril de 1997. No obstante todo lo anterior, la sentencia de primera

instancia guardó silencio frente a la pretensión anulatoria del acto administrativo vertido en la Resolución No. 4258 del 21 de septiembre de 1994 por la cual CAJANAL declaró el incumplimiento del consorcio contratista y de aquella que al resolver el recurso de reposición la confirmó, como de la pretensión resarcitoria.

Con todo, teniendo en consideración que en esta oportunidad la Sala se ocupa únicamente de resolver la alzada formulada por la parte demandada, en observancia del principio de congruencia que debe orientar la decisiones judiciales en segunda instancia, en virtud del cual la controversia se limita a los argumentos del recurso, y del principio de la *no reformatio in pejus* que así mismo rige la presente decisión por cuanto Cajanal fue apelante único –dado que la parte interesada en esa precisa omisión no sustentó oportunamente la impugnación lo que dio lugar a la declaratoria de desierta de la misma- y, en tal medida, desde ninguna óptica podría hacerse más gravosa la condena proferida en su contra, la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento alguno frente a la referida decisión anulatoria.

Idéntica suerte debe correr lo relacionado con la pretensión de incumplimiento plasmada en la demanda inicial, en cuanto si bien la misma no fue materia de pronunciamiento en primera instancia, en todo caso escapa a la órbita de competencia del recurso.

Dicho lo anterior, la Sala encuentra que los argumentos del recurso se contraen en tres aspectos puntuales, a saber:

En primer lugar, la parte demandada sostuvo que aun cuando la demanda se interpuso en ejercicio de la acción contractual, el Tribunal a quo adecuó oficiosamente el trámite y la convirtió en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, olvidando que el término de caducidad de esta última era de cuatro (4) meses por lo que el tiempo de su presentación fue extemporáneo.

En segundo lugar, la entidad demandada sostuvo que, de conformidad con el artículo 1494 del Código Civil, el contrato es una fuente de obligaciones y según el artículo 1495 de esa misma legislación el negocio jurídico es un concierto de voluntades, por lo cual advirtió que el contrato No. 1487 suscrito entre las partes se celebró por la libre voluntad de las partes, sin algún tipo de constreñimiento, de tal forma que mal podría afirmarse que CAJANAL impuso obligaciones o cargas al contratista respecto del régimen normativo que imperaba en el contrato, pues el pacto en ese sentido fue incluido expresamente en el texto contractual.

Es así como se estipuló que el contrato se encontraba sujeto a las normas de la ley 10 de 1990, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 2147 de 1993 y la Resolución 5457 del 24 de diciembre de 1993 expedida por la Caja Nacional de Previsión Social. Así pues, consideró desajustado a la realidad que CAJANAL hubiese impuesto unilateralmente las cláusulas comunes a los contratos por ella celebrados, pues tal cual quedó pactado en el contrato al que ambas partes convinieron en incorporar dicha cláusula de terminación y en otorgarle facultad a la entidad para proceder a la terminación del contrato ante la verificación del incumplimiento contractual por parte del contratista.

En tercer y último término señaló que los perjuicios reclamados no se encontraban probados y por esa razón, de cara a su falta de demostración no era posible condenar en abstracto.

Procede entonces la Sala a resolver, en el orden señalado, los puntos de la apelación.

5.1. De la adecuación oficiosa de la acción.

Revisado tanto el libelo introductor, como el poder conferido para el ejercicio de la acción, la Sala observa que la demanda fue incoada en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del entonces vigente Código Contencioso Administrativo, cuyo ejercicio en los términos de esa norma facultaba a cualquiera de las partes de un contrato estatal para pretender la declaratoria de su existencia o su nulidad y que se hicieran las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordenara su revisión, que se declarara su incumplimiento, que se condenara al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hicieran otras declaraciones y condenas.

Adicionalmente, cabe precisar que de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 *“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.”*

La jurisprudencia de esta Corporación, de manera uniforme y reiterada, ha sostenido que los actos administrativos proferidos durante la ejecución del contrato constituyen actos contractuales propiamente dichos y, en tal virtud, el juicio de su legalidad procede a través de la acción contractual.

“Dado que los actos administrativos atacados en el sub lite fueron proferidos con posterioridad a la celebración del contrato como que, de hecho, ordenan la terminación unilateral del mismo y se trata, en consecuencia, de actos contractuales propiamente dichos, no puede menos que concluirse que la acción procedente para demandarlos era la de controversias contractuales, tanto en virtud de lo normado por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo en la redacción dada al mismo por el Decreto 2304 de 1989, como atendiendo a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993; no obstante lo anterior, el demandante dijo ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el escrito inicial del proceso, circunstancia ésta que no obsta para que, como lo ha sostenido con anterioridad la jurisprudencia de esta Sección dando aplicación al mandato constitucional que compele al juez a conferir prevalencia al derecho sustancial respecto de las ritualidades procedimentales artículo 228 superior, haya de entenderse que la acción promovida por la parte demandante en el presente asunto fue la consagrada en el artículo 87 del Estatuto de Procedimiento Administrativo y es dentro de dicho marco que no en el, de cierto modo, más restringido que supone la instauración de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por tanto, que habrán de estudiarse y resolverse los diversos problemas jurídicos antes planteados, con el propósito de desatar el presente litigio.”¹⁶

Ocurre en este caso que las pretensiones declarativas se dirigieron principalmente a atacar la legalidad del acto administrativo que declaró la terminación unilateral del contrato de prestación de servicios integrales de salud, pretensión que, al tenor de las normas en cita, válidamente se puede ventilar a través de la acción contractual, siendo este el mecanismo procesal procedente para reclamar la nulidad de los actos administrativos proferidos luego de la celebración del contrato y por razón de dicha relación negocial.

Ahora bien, la Sala no observa que en el caso concreto el Tribunal de primera instancia haya adecuado la acción a una de nulidad y restablecimiento del derecho como lo sostiene la censura, pues el hecho de analizar y acceder a la pretensión anulatoria que, como se anotó, resulta propia de este tipo de acción, en modo alguno equivale a afirmar que el fallador hubiere adecuado oficiosamente la clase de acción impetrada. Por lo expuesto, el primer punto de la alzada carece de todo sustento.

5.2. De la validez de la decisión de declarar terminado unilateralmente el contrato No. 01487 por parte de CAJANAL.

La Sala considera que le asiste razón al apelante en cuanto sostiene que el contrato No. 01481 se encontraba sujeto al derecho privado, específicamente a las normas de la Ley 10 de 1990, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 2147 de 1993. Sin embargo, ello no es suficiente para arribar a una conclusión distinta, aunque por razones diferentes, a la adoptada en la sentencia de primera instancia de

¹⁶ Sección Tercera del Consejo de Estado, 18 de marzo de 2010, expediente: 14390, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

conformidad con la cual se declaró la nulidad de la decisión de terminación unilateral del contrato No. 01487 por falta de competencia de la entidad estatal contratante.

Recuerda la Sala que en suma, el Tribunal *a quo* consideró que existía falta de competencia de la entidad estatal contratante para terminar unilateralmente porque aun cuando el contrato se rigió por la Ley 80, en el caso no se habían presentado las causales taxativas dispuestas por ese Estatuto para proceder al ejercicio de dicha potestad excepcional.

Al respecto, y por las razones ampliamente expuestas en precedencia, la Sala se aparta de esa decisión en lo atañe a la conclusión respecto del régimen normativo que orientó el contrato No. 01478. Ciertamente, el negocio jurídico estuvo gobernado por la normas del derecho privado, pues por previsión expresa del artículo 24 de la Ley 10 de 1990 los contratos para la prestación del servicio de salud no requerirían requisito distinto a los exigidos para la contratación entre particulares.

Desde esa perspectiva cabe advertirse que Ley 10 de 1990 en modo alguno autorizó a las entidades de previsión social para incorporar en sus contratos cláusulas excepcionales al derecho como en este caso lo era la terminación unilateral por causas de incumplimiento atribuible al contratista. Por el contrario, en su artículo 24 expresamente dispuso que los contratos celebrados no requerirían ningún requisito diferente a los propios del derecho privado, de manera que mal podía entenderse habilitada la entidad para incorporar potestades ajenas a las del derecho de los particulares.

Dicha facultad tampoco emergió, ni eventualmente podría proceder del Decreto No. 2147 de 1992, pues al prever que la Junta Directiva adoptaría las decisiones que fueren necesarias para la celebración de los contratos de prestación de servicios de salud, claramente dispuso que los mismos se celebrarían con arreglo a lo dispuesto en la Ley 10 de 1990, circunstancia que nuevamente permite concluir que los mismos descenderían al campo del derecho privado.

Con fundamento en lo expuesto, para la Sala se impone advertir que la expedición de la Resolución No. 5457 del 27 de diciembre de 1993, contentiva de la cláusula de terminación, incorporada al texto del contrato, en punto a la introducción de cláusulas excepcionales al derecho común, a todas luces excedió la disposición que atribuía a la Junta Directiva la potestad de dictar decisiones relacionadas con la celebración de los contratos, pues, como se anotó, la potestad de terminación unilateral no fue

autorizada por la Ley 10 de 1991, ni hallaba ningún otro sustento legal que abriera paso a su legítimo ejercicio.

Esta circunstancia impedía a la entidad oponerle al contratista la cláusula en mención, dado que la misma fue introducida al negocio jurídico sin contar con la debida autorización legal para el efecto, y, por lo tanto, carecía de competencia para su implementación, pues la incorporación de una exorbitancia de ese talante, con virtualidad para fracturar el vínculo contractual unilateralmente y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y las multas en caso de existir, teniendo solamente como soporte la Resolución No. 5457 adoptada por CAJANAL, no puede erigirse como un soporte normativo válido para el ejercicio de esa facultad.

Con lo anterior, la Sala no pretende sugerir que la cláusula de terminación del contrato no pueda pactarse libremente en un contrato sometido al imperio del derecho privado, pues en observancia del principio de la autonomía de la voluntad, los extremos contratantes espontáneamente pueden acordarla. Sin embargo ello no equivale a afirmar que la misma, en caso de existir, pueda ser impuesta unilateralmente por la entidad estatal contratante, pues en ese caso su implementación no obedecería al ejercicio de una potestad excepcional expresamente conferida por la Ley, sino a una prerrogativa o estipulación contractual que no puede llegar al extremo de atribuir la calidad de juez y parte a la Administración en el sentido de facultarla para constatar el incumplimiento del contrato y proceder a la terminación del vínculo, acompañada de la efectividad de la cláusula penal pecuniaria y de las multas, a riesgo de incurrir en el ejercicio de una cláusula abusiva, dado que dichas competencias deben provenir directamente de la Ley.

Sin perjuicio de lo expuesto, la Sala estima pertinente pronunciarse frente al argumento del recurso según el cual el consorcio contratista, previamente a celebrar el contrato, conocía cabalmente las condiciones y reglas que estaban llamadas a integrarlo, y por lo tanto, obró de manera libre y voluntaria sin ningún tipo de constreñimiento por parte de la entidad.

Sobre el particular no puede pasar por alto la Sala que la Resolución No. 5457, mediante la cual se adoptaron las cláusulas comunes a los contratos celebrados en adelante por CAJANAL, se expidió el 27 de diciembre de 1993, es decir, casi cuatro meses después de que el contratista hubiese presentado la propuesta en virtud de la cual fue seleccionado para contratar la prestación de servicios integrales de salud, lo cual tuvo lugar en agosto de ese mismo año y un día antes de la celebración del

contrato, cuestión que, con independencia de que el negocio jurídico se hubiera sujetado a las normas del derecho privado, permite entrever un actuar un tanto reprochable de CAJANAL que se tradujo en un cambio intempestivo de las reglas del juego mucho tiempo después de haber sentado en los pliegos o términos de referencia los lineamientos que en un futuro habrían de encausar el contrato a celebrar y de haber convocado a los interesados en el procedimiento de selección, y tan solo un día antes de la suscripción del contrato. Esta circunstancia, incluso, habría podido empañar la buena fe que se exige de ambas partes, no solo en la etapa de ejecución del contrato, sino en la etapa previa en la que se dan las tratativas negociales que en adelante darían lugar a la formación del acuerdo de voluntades y, con ello, al nacimiento del vínculo negocial.

Sobre este aspecto debe recordarse que en los terrenos del derecho privado, específicamente el artículo 863 del Estatuto Mercantil impone a las partes e interesados el deber de actuar de "Buena Fe exenta de culpa" durante la etapa precontractual, tal como lo evidencia el siguiente tenor:

"Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen".

La observancia de este principio en la etapa precontractual fue materia de pronunciamiento por esta Subsección al resolver un caso que, igual que acontece en el que se examina, se encontraba al amparo del derecho privado. En esa oportunidad, la Sala precisó:

"En desarrollo de este principio las partes deben obrar con transparencia, con lealtad y con claridad, sin tipo alguno de dobleces o reservas frente a las ventajas e inconvenientes que podría entrañar el futuro negocio que apenas se concibe; implica la obligación de actuar motivados por una finalidad limpia, lícita, despejada por completo de cualquier sombra o bruma que pudiera empañar tal claridad, desprovista de intereses o propósitos ocultos y, por ende, sin ánimo alguno de sacar provecho en detrimento de los intereses de su co-contratante; igualmente comporta el respeto a las reglas preestablecidas y conocidas por ambas partes desde el momento en que surgieron; por contera, cualquier variación sorpresiva de tales reglas por una de las partes sin duda resultaría contraria a la esperada y exigible buena fe exenta de culpa."¹⁷

Así pues, para la Sala resulta inadmisibles sostener tan llanamente que el contratista conoció a plenitud y aceptó todas las cláusulas que habrían de integrar el futuro contrato, cuándo resulta evidente que las mismas fueron modificadas meses después de haber abierto la convocatoria y presentado su oferta, y un día antes de la firma del negocio jurídico.

¹⁷ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 12 de febrero de 2014, expediente: 28.209, Actor: ABC SISTEMAS Y SERVICIOS EAT, Demandado: Banco Agrario, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Al margen de lo anotado, y regresando al examen de la legalidad del acto de terminación unilateral, la Sala coincide con la primera instancia en cuanto ha de concluirse que CAJANAL no contaba con autorización legal para proceder a terminar unilateralmente el contrato No. 014787 y hacer exigible la cláusula penal pecuniaria, de donde se concluye que la Resolución No. 5825 del 30 de diciembre de 1994 y la Resolución No. 391 del 15 de febrero de 1995, expedidas por Cajanal se encuentran viciadas de nulidad por falta de competencia material y, por tanto, los argumentos del recurso dirigidos a enervar dicha declaratoria no cuentan con vocación de prosperidad.

5.3. De la prueba de los perjuicios.

Recuerda la Sala que el Tribunal de primera instancia resolvió proferir condena en abstracto por cuanto no se encontró probado en el plenario la cuantía de los perjuicios. En esa medida, dispuso que el monto de los perjuicios debían tasarse mediante incidente, tomando en consideración el período que faltaba por ejecutar el contrato, vale decir, desde el 17 de febrero de 1995 hasta la fecha en que terminaba el plazo, a la par con lo cual debía calcularse la utilidad percibida durante el tiempo de ejecución para proyectarla durante el tiempo no ejecutado. Todo lo anterior, habría de realizarse teniendo en cuenta facturas, declaraciones de renta, créditos bancarios y estados financieros.

De igual forma consideró que por concepto de menoscabo de good will debían reconocerse solamente los perjuicios que se ocasionaron directamente por la terminación del contrato y que se tradujeran en la frustración para la suscripción de otros contratos por parte del consorcio contratista por causa de la terminación unilateral que ahora se anula.

Por su parte, la entidad demandada en el recurso de apelación señaló que los perjuicios reclamados no se encuentran probados y por esa razón, de cara a su falta de demostración no era posible condenar en abstracto.

Para decidir, la Sala evidencia que en el acápite de pruebas de la demanda la parte actora solicitó la práctica de un dictamen pericial para establecer el monto de los perjuicios sufridos por razón de la terminación unilateral del contrato No. 01487, para cuyo propósito debía tenerse en cuenta el tiempo faltante para el vencimiento del plazo, las sumas que mensualmente debió pagar la Caja Nacional de Previsión al consorcio durante el lapso que faltaba por ejecutar y la suma total dejada de percibir.

Practicada la experticia a solicitud de la parte actora, el Tribunal se apartó de su contenido por cuanto los peritos distorsionaron el objeto del dictamen en relación con la petición probatoria que motivó su decreto y, en su lugar, expresaron que el objeto del dictamen consistía en “*determinar los intereses sobre las sumas dejadas de cancelar por CAJANAL al consorcio demandante*” y tampoco se incluyeron otros conceptos como el good will, el lucro cesante y el daño emergente. Con fundamento en lo anotado, el Tribunal estimó que el dictamen no resultaba idóneo para demostrar los supuestos en que se fundaban las pretensiones de la demanda pues no se siguieron los lineamientos impartidos para su práctica en la solicitud probatoria, ni en el auto que lo ordenó.

Al respecto, la Sala advierte que le asiste razón al Tribunal *a quo* cuando advierte que el dictamen practicado a solicitud de la parte actora no reunió la exigencias de ley para otorgarle pleno valor, pero no por haber distorsionado el objeto de la prueba como lo adujo la primera instancia, pues de la lectura de su contenido se desprende que a pesar de haber expresado que su finalidad estribaba en establecer intereses, lo cierto es que de las operaciones realizadas en su interior y de las conclusiones extraídas del mismo es claro que la experticia en realidad calculó las sumas dejadas de percibir por el consorcio contratista por el tiempo que faltaba para finalizar el plazo del contrato, sujetándose de esta manera al objeto de la prueba. Sin embargo, como se venía reflexionando, el mismo no cumplió su finalidad, pues no brinda plena certeza al fallador sobre la veracidad de su contenido, dado que se desconoce por completo cuál fue la fuente consultada por los auxiliares de la justicia para obtener las sumas arrojadas. En ese sentido se observa que se no señaló con precisión cuáles fueron los documentos examinados para arribar a tales conclusiones, además de lo cual no se realizó una discriminación detallada del monto o porcentaje correspondiente al rubro de utilidad.

Por lo demás, la Sala advierte que en el plenario reposan varios elementos de prueba que permiten constatar que efectivamente durante el primer año de ejecución del contrato, esto es, entre enero y diciembre de 1994, el consorcio demandante prestó, de manera constante e ininterrumpida, los servicios integrales de salud objeto del contrato No. 1487 para los pensionados, afiliados y beneficiarios de CAJANAL, residentes en el departamento del Magdalena; prueba de ello son las certificaciones que mes a mes expedía el Comité de Interventoría de Cajanal – Seccional Magdalena en las que daba cuenta del número de usuarios atendidos por el contratista (fls. 234-246 c1). Así también se desprende de los pagos y desembolsos que por concepto de prestación de servicios médicos integrales realizó CAJANAL, a través de la fiduciaria La

Previsora S.A. al contratista consorcio Somesa Lda.- Cuidados Intensivos Ltda. durante el período comprendido entre enero y diciembre de 1994, por valor de \$1.301'828.041 (fls. 283-285 c2).

Igualmente, a partir de los testimonios recuadados en el curso del proceso, resulta viable inferir que el consorcio contratista empleó toda una estructura administrativa y médica para la prestación de los servicios médicos que se obligó a prestar, para lo cual debió contratar personal médico, asistencial y administrativo y adquirir los espacios para ubicar el personal y los equipos destinados para ese propósito.

Sin embargo ninguno de los documentos en mención permiten establecer la utilidad percibida por el contratista, derivada de la ejecución del contrato. Tampoco es posible hacerlo a partir de la mención que sobre la propuesta presentada por el consorcio contratista se realiza en el acta de cierre de la convocatoria en donde se señala que el valor que habría de cobrarse per cápita es de \$13.500, pues allí igualmente no se discriminó el porcentaje de utilidad respecto de dicho valor (fl. 271 c2).

Con todo, ello no equivale a afirmar que la causación de los perjuicios no se encuentra demostrada, como lo indica el censor, pues aun cuando no se tiene certeza acerca de su *quantum*, lo cierto es que todas las circunstancias advertidas conducen a la Sala a inferir válidamente y con alto grado de probabilidad que de no haber sido terminado unilateralmente el contrato por parte de CAJANAL, durante el año siguiente que restaba para culminar su plazo el contratista habría continuado prestando el servicio y obteniendo el provecho esperado, el cual constituía una expectativa legítima y fundada que en últimas fue lo que le sirvió de móvil para acudir a la convocatoria abierta por Cajanal.

Así las cosas, la Sala conviene en la procedencia de emitir una condena en abstracto, de cara a la efectiva y real causación del perjuicio, pues no puede dejarse de lado que la expedición de los actos administrativos acusados trajo como consecuencia la ruptura del vínculo contractual, circunstancia que dio lugar a que cesara la ejecución del contrato desde el momento en que se adoptó la decisión objeto de nulidad, y por el resto de tiempo que faltaba para terminar el plazo de ejecución, con lo cual ciertamente se despojó a la contratista del derecho a obtener la utilidad esperada por el plazo que faltaba para su vencimiento.

Por las razones expuestas el tercer argumento de alzado debe ser despachado desfavorablemente.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos del recurso de apelación impetrado por la entidad demandada CAJANAL, la Sala confirmará la sentencia apelada.

6-. No hay lugar a condena en costas.

Finalmente, toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de julio de 2007 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, de conformidad con las razones que anteceden.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

CARLOS ALBERTO ZAMBRANOBARRERA