

## **INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS - Teoría general. Procedimiento**

El procedimiento que se sigue dentro de la teoría general, para entender o interpretar un contrato de acuerdo con la común intención de los contratantes y asignarle los efectos por ellos queridos y los que el ordenamiento jurídico indica, comprende tres pasos: interpretación, calificación e integración. La interpretación corresponde al proceso a través del cual se determina la común intención de las partes objetivada en el texto o en las declaraciones o comportamientos congruentes y relevantes, mediante la utilización, principalmente, de los criterios subjetivos y objetivos comprendidos en el Código Civil. La calificación corresponde a la tipificación o el encuadramiento del acuerdo alcanzado por las partes dentro de las categorías legales comprendidas en el Código Civil, el Código de Comercio o en las leyes especiales que resulten aplicables al caso concreto, en otras palabras a la definición del tipo contractual legal dentro del cual se subsume el acuerdo de los contratantes. La integración corresponde al fenómeno en virtud del cual, una vez determinado el tipo contractual, las partes o el juez encuentran que al lado de las determinaciones convencionales que tienen fundamento en la autonomía de las partes, se agregan, adicionan o suman otras obligaciones y otros derechos que tienen título en las normas imperativas y supletorias, en los usos y costumbres, en la buena fe y en la equidad.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CIVIL - ARTICULO 1973 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2063 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2064

**NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia del 28 de septiembre de 2011, exp. 18837

**CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - No se aplica la Ley 80 de 1993. Las atribuciones otorgadas a las entidades estatales de modificar, interpretar, terminar y declarar la caducidad del contrato no son aplicables / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Sujeto exclusivamente a las normas de derecho civil y comercial**

Las normas del derecho civil y comercial son aplicables en su integridad al contrato n.º 98-CUD-003260 celebrado entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM y Ernesto Guerrero Hernández, tal y como lo prescribe claramente el texto original del artículo 31 de la Ley 142 de 1993, en concordancia con el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Las cláusulas exorbitantes del régimen de contratación estatal no hacen parte de los contratos celebrados por las entidades estatales que prestan servicios públicos, salvo que la correspondiente comisión de regulación haya dispuesto al respecto por vía general, o que como respuesta a una solicitud particular haya impartido la autorización respectiva, de conformidad con el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 142 de 1993. (...) el contrato n.º 98-CUD-003260 es de prestación de servicios y no corresponde a los tipos de contrato de obra, consultoría, ni suministro de bienes, razón por la cual se encuentra sujeto exclusivamente a las normas del derecho civil y comercial y, por ende, resulta ajeno al campo de aplicación de la Ley 80 de 1993 y a las atribuciones que ésta otorga a las entidades estatales de modificar, interpretar, terminar y declarar la caducidad del contrato. De acuerdo con lo anterior, el cargo expuesto en el recurso de apelación, en el sentido de que la terminación del contrato que obró en el sub judice excedió las causales taxativas comprendidas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, no tiene vocación alguna de prosperidad, como tampoco la tiene la argumentación consistente en que ante la verificación del incumplimiento del contratista ha debido

declararse la caducidad del contrato en los términos del artículo 18 de la misma ley.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 17 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32 / LEY 142 DE 1993 - ARTICULO 31

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la tipificación del contrato de prestación de servicios, consultar sentencia del 17 de mayo de 2007, exp. AP-369

**ACTO ADMINISTRATIVO - Noción. Definición. Concepto / ACTO ADMINISTRATIVO - Declaración unilateral, proferida en ejercicio de la función administrativo / OFICIO QUE INFORMA LA NO PRORROGA DE UN CONTRATO - No constituye un acto administrativo / DECLARATORIA DE NULIDAD DE OFICIO QUE INFORMA LA NO PRORROGA DE UN CONTRATO - Improcedencia.**

Menos aún tiene vocación de prosperidad la pretensión consistente en que se declare nulo el oficio n.º 25000205-001604 del 23 de junio de 1999, puesto que en forma alguna tal documento, emanado de la entidad, constituye un acto administrativo. Telecom, dentro del marco de las relaciones establecidas con el contratista se encontraba sometido, como se advirtió con anterioridad, a las normas civiles y comerciales, y obraba en condición de contratante por fuera de la Ley 80 de 1993, de suerte que la comunicación que dirigió al contratista para informar que no prorrogaría el contrato, no constituía ejercicio de función administrativa alguna y no tenía la naturaleza jurídica de acto administrativo. De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina nacionales, el acto administrativo es la declaración unilateral, proferida en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos, directos y vinculantes; en el caso concreto si bien es cierto que corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer del caso y, por ende, juzgar la actuación de la entidad, no se configura un acto administrativo porque no se ejerce función administrativa en términos generales y porque, en términos específicos, ninguna norma ha calificado la comunicación a través de la cual se informa a un contratista la decisión de no prorrogar un contrato, como administrativa. (...) la Sala aprecia que la decisión de una entidad estatal o de un particular de abstenerse de prorrogar un contrato no constituye bajo circunstancia alguna el ejercicio de un poder exorbitante; todo lo contrario, tiene sus raíces en la autonomía como principio de las relaciones contractuales que se establecen entre los múltiples y diversos sujetos de derecho, tanto de naturaleza pública como privada. Las partes de un contrato obran dentro de los límites de la autonomía que les reconoce el ordenamiento jurídico cuando, sin contrariar las normas imperativas, acuerdan el término de duración del vínculo respectivo y cuando, frente a la posibilidad de prorrogarlo, toman una decisión positiva, caso en el cual la duración se extiende por el término que indique la prórroga, o toman una decisión negativa y se extingue el contrato dentro del término de duración originariamente acordado.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema, consultar sentencia del 31 de marzo de 2005, exp. 11001-00324-000-1999-02477-01; sentencia del 10 de noviembre de 2005, exp. 13920 y sentencia del 22 de junio de 2011, exp. 18169

**ACTUACIONES CONTRACTUALES - Aplicación del principio de buena fe / PRORROGA DEL CONTRATO - Deber de probar las irregularidades en que incurrió el contratista para no prorrogarlo**

En el caso concreto no se probó por parte de la entidad demandada la ocurrencia de los hechos que invocó para no prorrogar el contrato, es decir no se acreditaron judicialmente las irregularidades y deficiencias en la prestación del servicio que la entidad imputó al contratista. Desde otra perspectiva también relevante, la Sala observa que por mandato constitucional y legal en todas las relaciones contractuales se encuentra inmersa la obligación de actuar de buena fe, la cual cumple una función integradora del contrato (...) al lado de las disposiciones expresas del contrato, la buena fe determina qué comportamiento se exige a las partes en relación con las circunstancias concretas y objetivas del caso; constituye un límite a la autonomía de las partes y un instrumento para considerar la posición de cada contratante respecto de la del otro, a través del cual el contrato se encuentra con criterios de valoración que reflejan la inspiración general del ordenamiento. (...) la decisión tomada por la entidad de no prorrogar el contrato, sin antes avisar o informar al contratista de las quejas que sobre su atención se formularon, y adelantar un procedimiento sin su presencia para tomar la decisión referida, constituye un incumplimiento a la obligación de obrar de buena fe. La omisión de la entidad está lejos de lo que hubiera sido un comportamiento debido, leal y correcto

**DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO - Procedencia. Contrato regido por las normas del derecho civil y comercial / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Violación**

No obstante que el contrato se hallaba regido por las normas del derecho civil y comercial, la entidad estatal ha debido respetar el derecho del particular de tener un debido proceso y, en ese orden de ideas, también se vulneró el derecho fundamental protegido por el artículo 29 de la Constitución Política. En conclusión, la Sala (i) no encuentra probadas en el expediente las supuestas irregularidades y deficiencias en el servicio prestado por el contratista; (ii) aprecia que la entidad no cumplió con la obligación de informar y de obrar correctamente, de acuerdo con los postulados de la buena fe y en atención al debido proceso; (iii) por lo anterior, declarará en la parte resolutive de esta providencia que la decisión de no prorrogar la vigencia del contrato constituye un incumplimiento de la obligación de la entidad de prorrogar el contrato, comprendida en la cláusula primera del "CONTRATO ADICIONAL AL n.º 98-CUD-003260".

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29

**PERJUICIOS - Contrato de prestación de servicios no ejecutado en su totalidad. Deben probarse / LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Contrato de prestación de servicios no ejecutado en su totalidad / TASACION DEL PERJUICIO POR UN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS NO EJECUTADO EN SU TOTALIDAD - Deducciones / ACTUALIZACION DE CAPITAL - Cálculo. Fórmula**

La Sala considera que el valor incorporado en la demanda, bajo el título de "indemnización y perjuicios", que ascendía a \$366 283 000 al momento de su presentación, no está llamado a prosperar porque no cuenta con el soporte probatorio correspondiente. No obstante, la condena por una suma menor a la pedida, en función de lo que las pruebas acreditan es algo ordenado por nuestro ordenamiento jurídico, el cual, en el inciso tercero del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil prescribe: "Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último". (...) La jurisprudencia de la Sala ha considerado que en aquellos contratos de prestación de servicios o de consultoría, que no se ejecutaron en su totalidad hasta la fecha de terminación

dispuesta en el título correspondiente por causas imputables a la entidad, la suma que se debe pagar como indemnización debe ascender al valor íntegro del período contractual que faltó por ejecutar. No obstante, en el caso concreto se aprecia que sobre el total pretendido hay lugar a hacer dos deducciones, puesto que los valores que en adelante se expondrán corresponden a los gastos en los que el contratista habría incurrido para la prestación de los servicios, los cuales, obviamente, dado que no continuó prestándolo, no los tuvo que pagar y si le fueran reconocidos dentro de la condena, representarían un enriquecimiento sin causa a su favor. La primera de ellas corresponde al valor que el contratista debía pagar mensualmente a la entidad a título de compensación por la utilización de un inmueble de propiedad de esta última (...) La segunda deducción corresponde al valor que el contratista pagaba a la empleada Margarita Gómez, el cual ascendía a \$600 000 mensuales, de conformidad con lo que afirmó en la demanda –que constituye una confesión en los términos del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil (...) La actualización del capital se hará de acuerdo con la fórmula usualmente utilizada en estos casos: Valor actualizado, es igual al valor histórico (valor al momento en que se hizo exigible la obligación) por el resultado del índice de precios al consumidor final (IPC vigente a la fecha de la sentencia) sobre el índice de precios al consumidor inicial (IPC vigente en la fecha en que se hizo exigible la obligación).

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 305

**CONTRATO NO REGIDO POR LA LEY 80 DE 1993 - Los intereses se liquidarán de acuerdo con el artículo 1617 del Código Civil**

En relación con los intereses, habida cuenta de que no se trata de un contrato regido por la Ley 80 de 1993, se liquidarán de acuerdo con el artículo 1617 del Código Civil, el cual en su inciso segundo fija el interés legal en el 6% anual. En consecuencia, la liquidación comprende la siguiente fórmula:  $I = \text{Capital histórico} \times \text{período de tiempo} \times \text{tasa de interés}$ .

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CIVIL - ARTICULO 1617 / LEY 80 DE 1993

#### **CONSEJO DE ESTADO**

##### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

##### **SECCION TERCERA**

##### **SUBSECCION B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., Veintinueve (29) de agosto de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02639-01(25390)**

**Actor: ERNESTO GUERRERO HERNANDEZ**

**Demandado: EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM**

## Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

La Sección Tercera, Subsección "B", del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia del 29 de mayo de 2003, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "A", mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

### SÍNTESIS DEL CASO

Telecom celebró un contrato con una persona natural para que le prestara los servicios de administración de telefonía local en un municipio de Cundinamarca. El contrato tendría una duración de tres meses, los cuales se prorrogarían sucesivamente por períodos iguales hasta por una duración máxima de tres años. No obstante, cuando se encontraba próximo el vencimiento de una de las prórrogas, sin que se hubiera completado el período de tres años, la entidad decidió que no se prorrogaría el contrato porque había detectado irregularidades y deficiencias en el servicio.

### ANTECEDENTES

#### I. Lo que se pretende

1 El 3 de noviembre de 1999, Ernesto Guerrero Hernández presentó demanda en contra de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom, en ejercicio de la acción de controversias contractuales (f. 2-17, c. 1).

1.1 Los hechos sobre los cuales hizo consistir la demanda se pueden presentar así: (i) el 25 de junio de 1998, se suscribió el contrato n.º 98-CUD-003260 entre Telecom y Ernesto Guerrero para *"la prestación del servicio de administración de telefonía local, SAI, en el municipio de Álvarez, Cundinamarca"* el cual tenía un término de duración de 3 meses contados desde el 31 de junio de 1998; (ii) el 4 de septiembre de 1998, se suscribió un contrato adicional entre las partes, en el que se acordó *"una prórroga tácita, automática y sucesiva por períodos de 3 meses por el término de 3 años"*, de suerte que el contrato tendría duración hasta el 30 de septiembre de 2001, salvo que se verificara la ocurrencia de una condición resolutoria, consistente en la *"expedición interna de Telecom sobre un nuevo reglamento del manejo de las oficinas SAIS del país"*; (iii) el 23 de junio de 1999, Telecom, mediante oficio n.º 25000205-001604, informó al contratista que el servicio se venía prestando deficientemente, en consecuencia, que no estaba interesada en *"renovar ni prorrogar el contrato SAI aludido el cual vence el primero de julio de 1999"*; (iv) el 9 de julio de 1999, Telecom expidió el oficio n.º 25000205-001819, a través del cual, en respuesta a un derecho de petición presentado por el contratista: a) envió copia del documento suscrito por las juntas de acción comunal acerca de la deficiente prestación del servicio –tarifas elevadas, interferencias en las líneas, falta de cobertura, mala atención de quejas y reclamos–; b) informó que el interventor había investigado y confirmado que en efecto se presentaban tales deficiencias; c) indicó que una vez extinguida la vigencia de la prórroga podía terminar el contrato, puesto que el término de ejecución se había agotado; (v) el 23 de julio de 1999, el contratista interpuso recurso de reposición en contra del

oficio n.º 25000205-001819 y argumentó que: a) la supuesta deficiencia del servicio no le era imputable, puesto que *“estas fallas no solo se presentaban en el municipio de Arbeláez sino en los demás municipios de Cundinamarca”*; b) que siempre estuvo atento para las quejas y reclamos de los usuarios; c) que solo se podía terminar el contrato si se expedía una *“reglamentación definitiva de los contratos modalidad SAI”*, cuestión que hasta el momento no había ocurrido.

1.2 Las pretensiones de la demanda tienen como fundamento la supuesta vulneración de los artículos 3, 4(9), 17, 24(7) 26, 68, 50 y 77 de la Ley 80 de 1993; 1602 y 1603 del Código Civil; 44, 47 y 48 del Código Contencioso Administrativo y comprenden las siguientes declaraciones y condenas:

- 1.1. *Que se declare que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM incumplió el Contrato de Prestación de Servicios n.º 98-CUD-003260 celebrado con el señor Ernesto Guerrero Hernández el día 25 de junio de 1998 y renovado el 4 de septiembre de 1999, mediante contrato adicional.*
- 1.2. *Que se declare que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, es responsable por los perjuicios ocasionados a mi mandante, por el incumplimiento del contrato y por lo tanto, se le condene a indemnizar los daños causados que serán relacionados en el acápite correspondiente de la presente demanda.*
- 1.3. *Declarar la NULIDAD del oficio n.º 25000205-001604 de fecha 23 de junio de 1999, por medio del cual TELECOM da por terminado el contrato referenciado en el numeral 1.1. de las pretensiones y que se declare en su defecto, que la vigencia del contrato es hasta septiembre 30 del año 2001.*
- 1.4. *Que como consecuencia de las anteriores manifestaciones, se declare la responsabilidad de la demandada y en consecuencia se le obligue a cancelar a mi mandante los valores dejados de percibir y que se relacionan en el acápite correspondiente y así mismo que se condene a cancelar a la demandada, las costas del proceso y las agencias en derecho.*

## **II. Trámite procesal**

2 El Tribunal *a quo* admitió la demanda mediante auto del 6 de diciembre de 1999 (f. 20, c. 1) y notificó debidamente a la entidad (f. 22, c. 1). En la contestación de la demanda (f. 23–24, c. 1), la entidad se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos, rechazó algunos y respecto de los otros afirmó que constituían apreciaciones del actor. En concreto, respondió que *“en el presente caso no estamos ante una terminación unilateral de la administración, por lo que era improcedente dictar un acto administrativo motivado, como erradamente lo entiende el actor, lo que se dio fue un acto de trámite donde la administración comunica al contratista que no suscribirá una prórroga del contrato, esto teniendo en cuenta los principios que orientan la actuación administrativa, especialmente el párrafo primero del artículo 26 de la Ley 80 de 1993. Por lo tanto, contrario a lo sostenido por el actor, el acto citado no requería motivación alguna, notificación o recursos”*.

3 El Tribunal *a quo* profirió sentencia el 29 de mayo de 2003 y denegó las pretensiones de la demanda (f. 62–72, c. ppl.). Consideró que: (i) el plazo máximo no podía superar los tres años, pero *“la ejecución del contrato se realizaba mediante períodos de tres meses y la prórroga automática dependía de la adecuada prestación del servicio dentro del término trimestral anterior”*, lo cual

significa que, contrario a lo que aduce el actor, la prórroga “no estaba únicamente condicionada a la expedición del reglamento”; (ii) el oficio por medio del cual se informó al contratista que no se prorrogaba el contrato “tiene la naturaleza de acto administrativo y la inadecuada notificación, o la información sobre los recursos no conlleva a la nulidad de la decisión administrativa”, menos aun si se tiene en cuenta que “el demandante se dio por notificado e interpuso recursos”; (iii) las irregularidades advertidas en la prestación del servicio –tarifas elevadas, interferencias en las líneas, falta de cobertura, mala atención de quejas y reclamos– fueron probadas en el proceso y constituyen la motivación del acto que expidió la entidad para no prorrogar el contrato, el cual tuvo como fundamento el parágrafo segundo de la cláusula primera del contrato adicional; (iv) “En consecuencia, considera la Sala que no existe incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad demandada, sino por el contrario el ejercicio de la facultad contractual de TELECOM para no prorrogar o renovar el contrato de la referencia”.

4 En contra de la sentencia, presentó recurso de apelación la parte demandante. En la sustentación correspondiente expresó que: (i) la terminación del contrato estatal solo procede en los casos contemplados en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 y ninguno de ellos corresponde al supuesto incumplimiento del contrato por deficiente prestación del servicio, el cual de haberse configurado ha debido declararse por la entidad mediante la caducidad, de acuerdo con el artículo 18 de la referida ley; (ii) incluso en la hipótesis de incumplimiento del contrato por la deficiente prestación del servicio, la entidad ha debido, de acuerdo con la cláusula décima segunda, parágrafo segundo, anunciar al contratista su decisión de terminarlo por escrito y con anticipación de 30 días; (iii) la decisión de terminar el contrato ha debido ser notificada personalmente al contratista y ha debido informársele que procedían los recursos ante la vía gubernativa, cuestiones que no ocurrieron; (iv) el Tribunal a quo valoró unas pruebas que no obran en el expediente para concluir que en la ejecución del contrato se presentaron irregularidades; en efecto, “el juez no puede hacer valoración de pruebas que no existen, las múltiples quejas no se conocen y no se conocieron porque no aparecen en el expediente, por lo tanto las supuestas quejas que según esta decisión dan piso jurídico a la no prórroga del contrato corresponden a una apreciación infundada”; (v) la supuesta ratificación de la junta comunal acerca de las irregularidades en la prestación del servicio comprende aspectos que no competían al contratista o que no eran ciertos, tales como: a) los cobros excesivos y las tarifas elevadas “no son responsabilidad del actor, pues él simplemente ha cobrado la tarifa oficial señalada por la entidad”; b) la mala atención y la ausencia del director de la oficina “no existen y no pueden existir porque nunca se presentaron tales problemas o anomalías”; c) las interferencias de las líneas telefónicas y la cobertura son asuntos técnicos a cargo de la entidad; (vi) “no se respetó el debido proceso y en especial el derecho de defensa cuando sin existir motivo alguno se da por terminado el contrato, con falsos argumentos y sin derecho de réplica” (f. 83–93, c. ppl.).

## CONSIDERACIONES

### I. Competencia

5 El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto y debidamente sustentado por la parte demandada, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias

contractuales, con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme al Decreto 597 de 1988 –aplicable en el *sub examine*–, la cuantía exigida en 1999 era de \$18 850 000 y en este caso los perjuicios demandados ascienden a \$366 283 000.

## II. Hechos probados

6 De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente, las cuales se encuentran en estado de valoración puesto que fueron allegadas en cumplimiento de los presupuestos procesales, los hechos que resultan de mayor relevancia para resolver los problemas jurídicos que con posterioridad se plantean –párrafo 7–, se pueden presentar de la siguiente forma:

6.1 El 25 de junio de 1998, entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM y Ernesto Guerrero Hernández, se celebró el contrato n.º 98-CUD-003260 (copia auténtica, f. 1–9, c.2), que comprendía, entre otras, las cláusulas que a continuación se transcriben:

*PRIMERA: OBJETO: El objeto de este contrato es regular los derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, para la prestación del SERVICIO DE ATENCIÓN INDIRECTA S.A.I. EN LA LOCALIDAD DE ARBELAEZ CUNDINAMARCA, ubicado en la calle 8 carrera 8, donde se atenderán los servicios de 1. TELEGRAFÍA Y TELEFONÍA LARGA DISTANCIA NACIONAL Y LARGA DISTANCIA INTERNACIONAL por los abonados números 918686203 / 918686207 / 918686211 / 918686200, el cual depende de la central telefónica indicada en el anexo técnico, que hace parte integrante de este contrato. 2.- PRESTAR EL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE TELEFONÍA LOCAL CON CONEXIÓN LARGA DISTANCIA A LOS 480 ABONADOS ACTUALES QUE HACEN PARTE DE LA MAESTRA DE TELECOM Y LO QUE ASIGNE TELECOM EN EL FUTURO, ENTREGAR LA FACTURACIÓN Y TRAMITAR LOS RECLAMOS, QUEJAS Y PETICIONES QUE SE PRESENTEN. 3.- PRESTAR EL SERVICIO DE FAX 918686299, el cual depende de la central telefónica indicada en el anexo técnico...*

*PARÁGRAFO PRIMERO: Las relaciones entre TELECOM y EL CONTRATISTA se regirán por las normas actuales de reglamentación del Servicio de Atención Indirecta proferidas por TELECOM en especial la Resolución n.º JD-0088/91, JD-0023/92, JD-0054/92, la resolución 00010000-0800 del 5 de febrero de 1993 y JD-0070/93 y por las que las modifiquen en el futuro y en especial por lo previsto en el presente contrato...*

*CLÁUSULA SEGUNDA: VALOR TOTAL ESTIMADO DE LA RETRIBUCIÓN QUE TELECOM PAGARA POR LOS TRES MESES A FAVOR DEL CONTRATISTA: Por la prestación del servicio de telefonía local con conexión larga distancia, administración de la telefonía local, por entregar facturación, el trámite de los reclamos y quejas que se presenten y proyectar las respuestas para que sean firmadas por el Jefe de Atención y por el recaudo de los productos del kiosco, por el tráfico a través de los abonados asignados, TELECOM reconocerá al CONTRATISTA como contraprestación una retribución económica, por el manejo y la administración de la telefonía local, de conformidad con las disposiciones legales vigentes en especial la Resolución n.º 00010000-800 de febrero 5 de 1993. PARÁGRAFO: Los valores correspondientes a la retribución podrán variar de acuerdo a las que para tal fin establezca la Empresa. Se estima que TELECOM reconocerá al CONTRATISTA como contraprestación por la atención del servicio a (sic) una retribución total por los tres meses se estima (sic) de QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA MIL SETECIENTOS PESOS*

M/CET (\$15'490.000,00). PARÁGRAFO: En todo caso TELECOM reconocerá los porcentajes de los valores de los servicios realmente prestados de conformidad con lo estipulado en la Resolución 0023 de febrero 13 de 1992 y las normas reglamentarias en este orden de ideas, el valor de la retribución puede ser inferior, caso en el cual TELECOM no está obligada a pagar la totalidad del valor estimado en este contrato.

CLÁUSULA TERCERA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: a) EL CONTRATISTA atenderá al público usuario bajo su responsabilidad, directa supervisión y en forma independiente tramitando el tráfico entrante y saliente de acuerdo con las tarifas actuales vigentes y con el horario mínimo de atención que le fije el interventor de acuerdo con las necesidades del lugar... d) Responderá por la conservación y correcto uso de los equipos que TELECOM le entregue para la prestación de los servicios y dará aviso oportuno sobre cualquier falla, deterioro o pérdida de los mismos. Si hubiere daño por el mal manejo, los costos de reparación o sustitución a que hubiere lugar estarán a su cargo... h) Deberá velar por la protección de los equipos puestos a su cuidado, su buen funcionamiento y dar aviso oportuno en caso de falla... j) Cambiar el personal designado para la atención del servicio cuando TELECOM lo solicite cuando por motivos injustificados se prestare un servicio deficiente, se incumpliesen las normas de los servicios o se cometiese alguna falta relacionada directa o indirectamente con la prestación de éstos... rr) EL CONTRATISTA se obliga a hacer que el personal que prestará el servicio al público observe una adecuada presentación personal con el modelo de uniforme que TELECOM le indique, que acaten las instrucciones sobre el manejo de equipos técnicos, la observación de buenas costumbres durante el servicio y las limitaciones de acceso a las áreas restringidas, además de la forma educada, adecuada y eficaz atención que debe dar al público... s) En la administración de la telefonía local deberá distribuir y recaudar los productos de la facturación, atender los reclamos de los usuarios, reportar a TELECOM los daños de los equipos y líneas físicas o cualquier novedad que no permita prestar el servicios eficientemente, reportará periódicamente las novedades de la facturación de conformidad con las normas de TELECOM, recibir y reportar los daños de los abonados y tramitará las quejas, recibirá las solicitudes de las líneas telefónicas y las reportará a la Sección Telefonía Local, cumplirá con la orden de suspender el servicio a los usuarios que no paguen a tiempo las facturas y les enviará oficios de cobro requiriendo a los deudores morosos.

CLÁUSULA CUARTA: PROHIBICIONES AL CONTRATISTA: a) Cobrar a los usuarios sumas distintas a las establecidas en las tarifas para el servicio puesto a su cuidado... e) abstenerse sin justa causa de la prestación de los servicios...

CLÁUSULA QUINTA: OBLIGACIONES DE TELECOM: a) Reconocerá a EL CONTRATISTA como contraprestación de los servicios a que se obligó las retribuciones especiales establecidas por la Empresa en las normas vigentes. b) Para el control respectivo TELECOM se compromete a facturar el servicio causado y enviarlo a la oficina que se encargue del recaudo del dinero de los productos. c) Dará la instrucción oportuna sobre la modificación de las tarifas proporcionando oportunamente las vigentes.

CLÁUSULA SEXTA: INTERVENTORIA Y CONTROL DEL CONTRATO: TELECOM por medio de la Asistencia Jurídica designará a un Interventor, el cual será responsable de hacer cumplir la ejecución del contrato en todas sus partes y velará por el buen funcionamiento del S.A.I., podrá practicar visitas, solicitar informes y efectuar observaciones encaminadas a mejorar el funcionamiento de los servicios...

*CLÁUSULA OCTAVA: DURACIÓN DE LA EJECUCIÓN: La duración de la ejecución del presente contrato es de tres meses contados a partir del día 31 de junio de 1998, en los cuales EL CONTRATISTA se obliga a responder por el servicio de atención indirecta. En el evento en que al final del término enunciado TELECOM no haya adoptado de manera definitiva la reglamentación de que trata la Convención Colectiva de Trabajo vigente, el término de ejecución del contrato se entiende prorrogado en forma escrita por períodos de tres meses. En el caso de adoptarse una nueva se entiende tácita y automáticamente incorporada al texto del contrato y que EL CONTRATISTA la acepta, de lo contrario TELECOM podrá modificarlo unilateralmente, siguiendo el procedimiento en los términos descritos en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.*

*CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA: MODIFICACIÓN, INTERPRETACIÓN Y TERMINACIÓN: El presente contrato se podrá modificar, interpretar y terminar de conformidad con los procedimientos y formalidades consagrados en la Ley 80 de 1993 y las normas que lo reglamenten... PARÁGRAFO SEGUNDO: Cuando TELECOM estime necesario dar por terminado el contrato unilateralmente o cuando EL CONTRATISTA preste una mala atención al público comprobada, será causal suficiente para que TELECOM de manera unilateral dé por terminado el presente contrato, sin que se genere indemnización alguna por este concepto. Para dar por terminado el contrato por esta causal TELECOM informará su decisión a EL CONTRATISTA en cualquier tiempo, decisión que debe comunicarle a EL CONTRATISTA en forma escrita, con un plazo de 30 días...*

*CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: CADUCIDAD: En el evento en que se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones e incurrir (sic) en las prohibiciones a cargo del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que pueda conducir a su paralización, TELECOM, por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre, así mismo procederá la caducidad por las causas y mediante los procedimientos establecidos en las normas vigentes entre otras, las siguientes: artículo 18 de la Ley 80 de 1993....*

*CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO Y VIGENCIA: El presente contrato se perfecciona con su firma y es requisito previo e indispensable para el inicio de labores el pago del impuesto de registro mercantil y estará vigente desde su perfeccionamiento hasta por el término de duración de la ejecución más 6 meses más. (Subrayado de la Sala).*

6.2 El 4 de septiembre de 1998, entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM y Ernesto Guerrero Hernández, se celebró el "CONTRATO ADICIONAL AL n.º 98-CUD-003260" (copia auténtica, f. 10-13, c.2), que comprendía, entre otras, las consideraciones y cláusulas que a continuación se transcriben:

- (1.) Que el 30 de junio de 1998 se suscribió el contrato n.º 98-CUD-003260...*
- (2.) Que el término de duración del contrato principal es por TRES (3) MESES contados a partir de la fecha de puesta en operación es decir a partir del día 30 de junio de 1998 y vence el 30 de septiembre de 1998.*
- (3.) Que de acuerdo con directrices internas de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones en materia de permanencia y continuidad del funcionamiento de los contratos modalidad SAI que se pretenden adoptar en corto tiempo y con el fin de garantizar la eficiente y continua prestación de los*

servicios a cargo de TELECOM que por medio del contrato SAI se prestan, es necesario prorrogar el término de duración del contrato principal por tres (3) meses desde el 1 de octubre de 1998. Por lo anteriormente expuesto se pactan las siguientes cláusulas:

**CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO:** Prorrogar el término de ejecución pactado del contrato n.º 98-CUD-003260, desde el 1 de octubre de 1998.

**PARÁGRAFO PRIMERO:** Con el fin de garantizar la permanencia, la continuidad y la eficiente prestación del servicio público y el funcionamiento de los contratos modalidad SAI, en el evento en que durante el término de ejecución del presente contrato adicional TELECOM no haya adoptado de manera definitiva la reglamentación de los contratos SAI se entiende que la vigencia del contrato principal se prorroga tácita, automática y sucesivamente por períodos de tres (3) meses por el término de tres (3) años. EL CONTRATISTA acepta desde ahora acatar la reglamentación que se entiende automáticamente incorporada al texto del mismo. Si la reglamentación se adopta de manera permanente TELECOM le comunicará al agente SAI las nuevas condiciones para su continuidad y si está de acuerdo se modificará el contrato. En caso contrario, TELECOM podrá dar por terminado una vez termine el término de prórroga y el CONTRATISTA entregará las instalaciones y equipos que se le hubieren entregado y se ordenará la liquidación del contrato. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** Las partes acuerdan que si durante el tiempo de ejecución se detectan irregularidades y deficiencias en la prestación del servicio la Empresa podrá darlo por terminado al concluir el término inicial o el de prórroga automática, caso en el cual la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM le dará aviso al contratista antes de vencerse el término, para que entregue por medio de un oficio y en el caso que la Empresa expida disposiciones regulando el manejo contractual de los SAI, éste contrato se ajustará de manera voluntaria entre las partes (sic)... **CLÁUSULA SEGUNDA: VALOR TOTAL ESTIMADO DE LA RETRIBUCIÓN QUE TELECOM PAGARÁ POR LOS TRES (3) MESES A FAVOR DEL CONTRATISTA:** Se estima que TELECOM reconocerá a EL CONTRATISTA como contraprestación por la atención del servicio una retribución total por los tres meses de: QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA MIL SETECIENTOS PESOS M/CTE (15'490.700,00)... **PARÁGRAFO:** En todo caso TELECOM reconocerá los porcentajes de los valores de los servicios realmente prestados de conformidad con lo estipulado en la Resolución 0023 de febrero 13 de 1992 y demás normas reglamentarias... El valor de la retribución señalado puede ser inferior a la suma que obra en esta cláusula, caso en el cual TELECOM no está obligada a pagar la totalidad del valor estimado.

**CLÁUSULA SEXTA: PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO Y VIGENCIA:** Quedan vigentes las demás cláusulas del contrato n.º 98-CUD-003260 y se perfecciona con la firma de las partes, la vigencia será desde el perfeccionamiento hasta por nueve (9) meses después. (Subrayado de la Sala).

6.3 El 27 de febrero de 1999, los "Presidentes de las Juntas de Acción Comunal y de Usuarios Campesinos, en representación de la comunidad del Municipio de Arbeláez" dirigieron una comunicación escrita al Gerente Departamental de Telecom en Cundinamarca (copia auténtica, f. 69-70, c.2), "con el fin de solicitar su oportuna intervención en el mejoramiento del servicio telefónico", con base en las siguientes razones:

1. Analizando las diferentes facturaciones consideramos que existen cobros excesivos en el servicio, al parecer las tarifas están demasiado elevadas,

*este problema es de conocimiento de la Personería local y del director de la oficina Arbeláez, conllevando a varios años con el mismo problema.*

*2. Se ha generado una serie de inconformismos en los usuarios por la mala atención que se viene brindando en el SAI ARBELAEZ (Quejas y reclamos), el Director de la Oficina no es encontrado por los usuarios para que den (sic) soluciones a los problemas ocasionados en la prestación del servicio.*

*3. Existe una prestación de servicio en muy deficientes condiciones, se dan casos en los cuales hay líneas que llevan con el servicio interferido (cruzado con otras líneas), hace varios meses y hasta la fecha no se les ha dado solución.*

*4. En el sector rural no se presta con calidad, ni cobertura. El municipio cuenta con una población de 20.320 habitantes, de los cuales el 70% está ubicado en el área rural, y el escaso 2% de teléfonos instalados en el campo no prestan un óptimo servicio, porque en la mayoría de las veces se encuentran fuera de conexión.*

*Por lo anteriormente expuesto Doctor Sandoval nos permitimos solicitar se evalúe el funcionamiento de la oficina SAI ARBELAEZ, y a su vez sugerimos distinguido doctor que para el funcionamiento de estos importantes centros de servicio se debería considerar la contratación con personas oriundas, vecinas del municipio o de la región, para que de esta forma exista un compromiso de trabajo con Telecom y de entrega con la comunidad que en últimas es la más afectada por el mal servicio que se presta.*

6.4 El 19 de abril de 1999, el interventor y el coordinador de mantenimiento de la entidad suscribieron el "INFORME DE LA VISITA EFECTUADA AL SAI DE ARBELÁEZ CUND" (copia auténtica, f. 47, c.2), en el cual afirman haber encontrado lo siguiente:

- *El servicio de telefonía a través del kiosco se encontraba suspendido al público desde el día Viernes 16 de abril por motivos de daños presentados en el equipo tarifador.*
- *El servicio de facsímil no se está prestando al público debido a pérdida del equipo fax desde hace varios meses (anexo fotocopias al respecto).*
- *La señorita operadora del Sai presentó documentación relacionada con su afiliación a EPS y portaba dotación de uniforme.*

6.5 El 23 de junio de 1999, el Gerente Departamental de Telecom en Cundinamarca (copia auténtica, f. 14, c.2), envió al contratista una comunicación de referencia 25000205-001604, a través de la cual manifestó:

*En consecuencia de las múltiples quejas recibidas por la deficiente prestación servicio en dicha localidad bajo su administración y ratificando el oficio suscrito por las juntas de acción comunal, le informo que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones "TELECOM" no está interesada en renovar ni prorrogar el contrato Sai n.º 98-CUD-003260, el cual vence el día 1 de julio de 1999 y en consideración, debe proceder a la entrega de la oficina Sai al interventor Jesús Alirio Rojas, Contador III, Oficina Telecom Fusagasugá Cundinamarca, junto con los elementos que se le hubieran entregado, luego deben proceder a liquidar el contrato.*

6.6 El 28 de junio de 1999, el contratista presentó un derecho de petición ante el Gerente Departamental de Telecom en Cundinamarca (copia auténtica, f. 15-16, c.2), "con el objeto de solicitarle suspender los efectos del oficio n.º 25000205-001604 del 23 de junio de 1999", con base en que: (i) no tuvo conocimiento de quejas respecto de deficiente prestación del servicio, ni supo de un oficio suscrito

por las juntas de acción comunal, como tampoco fue informado al respecto por el interventor, razón por la cual se está vulnerando su derecho de defensa y contradicción; (ii) *“hasta la fecha no existe ningún hecho comprobado por mi interventor u otra oficina de Telecom que constituya grave incumplimiento de mis obligaciones”*, y en atención a ello, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 no era procedente terminar el contrato. Habida cuenta de lo anterior, pidió:

- 1) *Suspender los efectos del oficio por medio del cual se termina el contrato de agente SAI hasta tanto se me dé la oportunidad de dar las explicaciones correspondientes a las supuestas anomalías denunciadas en esta localidad.*
- 2) *Establecer la legalidad de los supuestos informes recibidos por la comunidad y ratificado por la Junta de Acción Comunal según lo expresado en su oficio a través de la investigación que deberá realizar el interventor de dicho contrato.*

6.7 El 9 de julio de 1999, la entidad, por medio de comunicación escrita de referencia 25000205-001819 suscrita por el Gerente Departamental de Telecom en Cundinamarca (copia auténtica, f. 17–18, c.2), dio contestación al memorial presentado por parte del contratista en ejercicio del derecho de petición y decidió abstenerse de suspender los efectos del *“oficio número 25000205-001604 del 23 de junio de 1999”*. El fundamento para ello lo hizo consistir en que *“lo manifestado en el oficio... no es una terminación unilateral, ni una sanción, sino que el término de ejecución se agotó llegando a su fin el contrato”*. De otro lado, indicó:

*... no es procedente realizar investigación sobre la legalidad de los supuestos informes recibidos de la comunidad y radicados por la Junta de Acción Comunal, porque previa a la toma de la decisión de no prorrogarle el término de ejecución, el Despacho ordenó al interventor realizar la verificación de los hechos de que trata la queja formulada mediante memorial suscrito por los presidentes de siete (7) juntas de acción comunal y el presidente de la Asociación Municipal de Usuarios Campesinos de Arbeláez Cundinamarca, por presunta mala atención y la deficiencia en la prestación del servicio, lo mismo que los problemas ocasionados por la falta de presencia del agente SAI en la localidad (adjunto copia), y con base en el informe rendido por el interventor de fecha 19 de abril de 1999, se decidió no prorrogar facultado por el parágrafo primero de la cláusula primera del contrato...*

6.8 El 23 de julio de 1999, el contratista presentó recurso de reposición y apelación en contra de la comunicación referida (copia auténtica, f. 19–20, c.2), para lo cual formuló los siguientes cargos: (i) el contrato estaba prorrogado por un término de tres años contados a partir del 1 de octubre de 1998 *“con una condición resolutoria sujeta a la expedición interna de Telecom sobre un nuevo reglamento de manejo de las oficinas SAIS del país, por eso la prórroga tácita, automática y sucesiva se entiende pactada única y exclusivamente para este evento, condición que a la fecha no se ha cumplido por cuanto Telecom no ha expedido ningún reglamento sobre manejo de oficinas SAI”*; (ii) los problemas manifestados por los presidentes de las siete juntas de acción comunal *“son de exclusiva y directa responsabilidad de Telecom, sus equipos y el área técnica”*; (iii) tanto el contratista, como el personal que contrató, estaban pendientes para dar soluciones a los problemas ocasionados por el servicio.

6.9 El 27 de agosto de 1999, la entidad, por medio de comunicación escrita de referencia 25000205-002404 suscrita por el Gerente Departamental (E) de

Telecom en Cundinamarca (copia auténtica, f. 21, c.2), resolvió el recurso presentado así:

*Una vez analizado el memorial del recurrente este Despacho confirma en todas sus partes el oficio objeto del recurso, por cuanto en primer término la Gerencia expidió el acto administrativo motivado, a través del oficio 21000205-001604 del 23 de junio de 1998 en el cual se le expresa que TELECOM no está interesada en renovar ni prorrogar el contrato SAI 98-CUD-003260 el cual venció el 1 de julio de 1999, en consideración a las múltiples quejas recibidas por la deficiente prestación del servicio en dicha localidad bajo su administración y ratificadas las denuncias por las Juntas de Acción Comunal, por otra parte el término de ejecución del mismo se venció llegando a su fin el contrato.*

### III. Problema jurídico

7 El análisis que a continuación adelantará la Sala habrá de absolver los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿la normatividad a la cual se encuentra sujeto el contrato n.º 98-CUD-003260 es la Ley 80 de 1993 o las normas civiles y comerciales?; (ii) ¿la decisión de la entidad de no prorrogar el contrato con base en la supuesta detección de irregularidades y deficiencias en la prestación del servicio, constituyó un incumplimiento del contrato?

### IV. Análisis de la Sala

8 Las normas del derecho civil y comercial son aplicables en su integridad al contrato n.º 98-CUD-003260 celebrado entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM y Ernesto Guerrero Hernández, tal y como lo prescribe claramente el texto original del artículo 31 de la Ley 142 de 1993, en concordancia con el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993<sup>1</sup>.

8.1 Las cláusulas exorbitantes del régimen de contratación estatal<sup>2</sup> no hacen parte de los contratos celebrados por las entidades estatales que prestan servicios públicos, salvo que la correspondiente comisión de regulación haya dispuesto al respecto por vía general, o que como respuesta a una solicitud particular haya impartido la autorización respectiva, de conformidad con el inciso segundo del

---

<sup>1</sup> “Artículo 31. Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa...” Ley 80 de 1993: “Artículo 32... párrafo 1º. Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros 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”

<sup>2</sup> “Artículo 14.- Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial (...)”..

artículo 31 de la Ley 142 de 1993<sup>3</sup>. En pronunciamiento reciente, la Sala expuso sobre el tema:

*... el inciso segundo del citado artículo 31 de la Ley 142 dispuso que las comisiones de regulación, pueden hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cláusulas exorbitantes y podían facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Al tenor del mencionado texto legal cuando la inclusión fuese forzosa todo lo relativo a tales cláusulas se regiría, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción Contencioso Administrativa. En el sector de telecomunicaciones, ello vino a tener lugar por virtud del artículo 2-26 de la Resolución CRT 087 de septiembre 15 de 1997 [Artículo 2-26. Inclusión de cláusulas exorbitantes. Todos los Operadores de TPBC [Telefonía Pública Básica Conmutada] sometidos a la regulación de la CRT [Comisión de Regulación de Telecomunicaciones] deberán incluir las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común de terminación, modificación o interpretación unilaterales del contrato, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad administrativa y de revisión, en los contratos de obra, de consultoría y suministro de bienes, cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación del servicio y su incumplimiento pueda acarrear como consecuencia directa la interrupción en la prestación del mismo. Artículo 2-27. Régimen aplicable a las cláusulas exorbitantes. En los casos señalados en los artículos anteriores, todo lo relativo a las cláusulas exorbitantes se regirá por lo dispuesto en lo pertinente, en la Ley 80 de 1993; los actos en que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.], luego retomada por el artículo 2.6.1 la misma norma de la Resolución CRT 575 de 13 de diciembre de 2002 de manera general... [Artículo 2.6.1 Inclusión de cláusulas exorbitantes. Todos los Operadores de TPBC sometidos a la regulación de la CRT deberán incluir las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común de terminación, modificación o interpretación unilaterales del contrato, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad administrativa y de revisión, en los contratos de obra, de consultoría y suministro de bienes, cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación del servicio y su incumplimiento pueda acarrear como consecuencia directa la interrupción en la prestación del mismo. Artículo 2.6.2 Régimen aplicable a las cláusulas exorbitantes. En los casos señalados en los artículos anteriores, todo lo relativo a las Cláusulas Exorbitantes se regirá por lo dispuesto en lo pertinente, en la Ley 80 de 1993; los actos en que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo] ...<sup>4</sup>*

8.2 Para efectos de determinar si Telecom estaba investida con la atribución de terminar el contrato n.º 98-CUD-003260 en los términos de la Ley 80 de 1993 y en desarrollo de lo dispuesto en la cláusula décima segunda –“El presente contrato se podrá modificar, interpretar y terminar de conformidad con los procedimientos y formalidades consagrados en la Ley 80 de 1993 y las normas que lo

---

<sup>3</sup> “(...). Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.”

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 15 de noviembre de 2011, expediente n.º 21178, C.P. Ruth Stella Correa.

*reglamenten*”– la Sala definirá si el contrato de la referencia corresponde a aquellos que según el artículo 2-26 de la Resolución CRT 087 del 15 de septiembre de 1997 deben incorporar las cláusulas excepcionales o exorbitantes, es decir, si lo celebrado entre Telecom y el señor Guerrero se tipifica como un contrato de obra, de consultoría o de suministro de bienes.

8.3 En tal sentido, el procedimiento que se sigue dentro de la teoría general, para entender o interpretar un contrato de acuerdo con la común intención de los contratantes y asignarle los efectos por ellos queridos y los que el ordenamiento jurídico indica, comprende tres pasos: interpretación, calificación e integración. La interpretación corresponde al proceso a través del cual se determina la común intención de las partes objetivada en el texto o en las declaraciones o comportamientos congruentes y relevantes, mediante la utilización, principalmente, de los criterios subjetivos y objetivos comprendidos en el Código Civil<sup>5</sup>. La calificación corresponde a la tipificación o el encuadramiento del acuerdo alcanzado por las partes dentro de las categorías legales comprendidas en el Código Civil, el Código de Comercio o en las leyes especiales que resulten aplicables al caso concreto, en otras palabras a la definición del tipo contractual legal dentro del cual se subsume el acuerdo de los contratantes. La integración corresponde al fenómeno en virtud del cual, una vez determinado el tipo contractual, las partes o el juez encuentran que al lado de las determinaciones convencionales que tienen fundamento en la autonomía de las partes, se agregan, adicionan o suman otras obligaciones y otros derechos que tienen título en las normas imperativas y supletorias, en los usos y costumbres, en la buena fe y en la equidad<sup>6</sup>.

8.4 En el asunto *sub judice* algunas cláusulas del contrato (párrafo 6.1: primera – *“OBJETO: El objeto de este contrato es regular los derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, para la prestación del SERVICIO DE ATENCIÓN INDIRECTA SAI”*–; segunda – *“VALOR... Por la prestación servicios de telefonía ... TELECOM reconocerá al CONTRATISTA como contraprestación una retribución económica”*–; octava – *“DURACIÓN DE LA EJECUCIÓN: La duración de la ejecución del presente contrato es de tres (3) meses contados a partir del día*

---

<sup>5</sup> “Artículo 1618.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. “Artículo 1619.- Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”. “Artículo 1620.- El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”. “Artículo 1621.- En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”. “Artículo 1622.- Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”. “Artículo 1623.- Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda”. “Artículo 1426.- No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2011, expediente n.º 18837, C.P. Danilo Rojas Betancourth: “En general, con el término “integración” se hace referencia a formas de intervención sobre el contrato que van más allá del amplio desarrollo de la lógica de la declaración de los contratantes y que se agregan a su actividad en la construcción definitiva de sus obligaciones y derechos. En otros términos, el fenómeno de la integración debe ser entendido como el medio de intervención de la voluntad pública en las relaciones contractuales, lo cual significa que al lado de las determinaciones convencionales que tienen fundamento en el acuerdo de las partes, es necesario considerar las prescripciones que tienen título en la ley o en las otras fuentes externas a su acuerdo”.

31 de junio de 1998, en los cuales EL CONTRATISTA se obliga a responder por el servicio de atención indirecta”), indican claramente que su calificación jurídica corresponde a aquellos que comúnmente se denominan “prestación de servicios”, los cuales tienen un amplio desarrollo dentro del ordenamiento jurídico colombiano. En el Código Civil colombiano no existe una norma que consagre expresamente el contrato de prestación de servicios, no obstante lo cual, el contrato de arrendamiento<sup>7</sup> incorpora como una de sus modalidades el “arrendamiento de servicios inmateriales”<sup>8</sup>, cuyas normas son usualmente referidas de manera explícita dentro de los textos de los contratos de prestación de servicios, como aquellas que se habrán de aplicar para regular tales contratos. Por el contrario, en la contratación estatal, tanto en el Decreto 222 de 1983<sup>9</sup>, como en la Ley 80 de 1993<sup>10</sup>, se tipifica expresamente el contrato de prestación de servicios. La Sección Tercera del Consejo de Estado lo ha caracterizado en los siguientes términos:

*...el objeto del contrato estará constituido por las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Las prestaciones del contrato podrán comprender: servicios profesionales, trabajos artísticos, desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, apoyo a la gestión de la entidad; sólo procederá el contrato de prestación de servicios cuando no haya personal de planta suficiente o se requieran conocimientos especializados; en caso de que el objeto sea el apoyo a la gestión de la entidad, procederá cuando se tengan fines específicos o el personal de planta sea insuficiente; el término de duración será el estrictamente necesario.<sup>11</sup>*

8.5 En ese orden de ideas, el contrato n.º 98-CUD-003260 es de prestación de servicios y no corresponde a los tipos de contrato de obra, consultoría, ni suministro de bienes, razón por la cual se encuentra sujeto exclusivamente a las

---

<sup>7</sup> Art 1973.- El arrendamiento es un contrato en el que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.

<sup>8</sup> “Art. 2063.- Las obras inmateriales o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso...”

“Art. 2064.- Los servicios inmateriales que consisten en una larga serie de actos, como los de los escritores asalariados para la prensa, secretario de personas privadas, preceptores, ayas, histriones y cantores...”

<sup>9</sup> “Artículo 163.- Se entiende por contrato de prestación de servicios el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta. No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autorización expresa de la Secretaría de la Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces. Se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante.

“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.” “Artículo 165. De los contratos de prestación de servicios de carácter técnico o científico.- Los contratos de prestación de servicios también podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas con el fin de obtener y aprovechar conocimientos y aptitudes especiales de carácter técnico o científico.”

<sup>10</sup> “Artículo 32.- Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2007, expediente n.º AP-369, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

normas del derecho civil y comercial y, por ende, resulta ajeno al campo de aplicación de la Ley 80 de 1993 y a las atribuciones que ésta otorga a las entidades estatales de modificar, interpretar, terminar y declarar la caducidad del contrato.

8.6 De acuerdo con lo anterior, el cargo expuesto en el recurso de apelación, en el sentido de que la terminación del contrato que obró en el *sub judice* excedió las causales taxativas comprendidas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, no tiene vocación alguna de prosperidad, como tampoco la tiene la argumentación consistente en que ante la verificación del incumplimiento del contratista ha debido declararse la caducidad del contrato en los términos del artículo 18 de la misma ley.

9 Menos aún tiene vocación de prosperidad la pretensión consistente en que se declare nulo el oficio n.º 25000205-001604 del 23 de junio de 1999, puesto que en forma alguna tal documento, emanado de la entidad, constituye un acto administrativo. Telecom, dentro del marco de las relaciones establecidas con el contratista se encontraba sometido, como se advirtió con anterioridad, a las normas civiles y comerciales, y obraba en condición de contratante por fuera de la Ley 80 de 1993, de suerte que la comunicación que dirigió al contratista para informar que no prorrogaría el contrato, no constituía ejercicio de función administrativa alguna y no tenía la naturaleza jurídica de acto administrativo.

9.1 De acuerdo con la jurisprudencia<sup>12</sup> y la doctrina<sup>13</sup> nacionales, el acto administrativo es la declaración unilateral, proferida en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos, directos y vinculantes; en el caso concreto si bien es cierto que corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer del caso y, por ende, juzgar la actuación de la entidad, no se configura un acto administrativo porque no se ejerce función administrativa en términos generales y porque, en términos específicos, ninguna norma ha calificado la comunicación a través de la cual se informa a un contratista la decisión de no prorrogar un contrato, como administrativa.

9.2 Al respecto, la jurisprudencia de la Sala, a través de un pronunciamiento en el cual resolvió un litigio que tenía como objeto una situación similar a la que en el asunto *sub judice* se analiza, consistente en la decisión de una entidad de terminar, mediante un oficio o comunicación, el contrato de arrendamiento que la vinculaba con un particular, precisó:

*La Sala estima preciso aclarar que, efectivamente, dichos oficios no contienen actos administrativos, sino que constituyen las comunicaciones que expresan las relaciones contractuales de las partes, sin que ello los constituya en una categoría jurídica especial... No obstante, también es cierto que no por ello dejan de estar sometidos a control judicial, a través de la acción contractual, ejercida en el presente caso, pues existe una diferencia importante que se debe hacer en esta materia. Es cierto, en principio, como lo afirma el Tribunal, que un acto que no sea administrativo no puede ser controlado judicialmente, pues lo propio de esta jurisdicción es conocer de la validez de los actos administrativos; y no de los puros y simples actos de la administración, que se expiden sin tener como fundamento el ejercicio del poder y la autoridad pública. Lo anterior, sin embargo, admite matices, pues*

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 31 de marzo de 2005, expediente n.º 11001 0324 000 1999 02477 01, C.P. Rafael E. Ostau de La Font Pianeta

<sup>13</sup> L.E. BERROCAL, *Manual del Acto Administrativo*, 5ª Ed., Ediciones El Profesional, Bogotá, 2009, p. 62

*tratándose de relaciones contractuales, estas bien pueden manifestarse a través de típicos actos administrativos -como los que expresan el ejercicio de los poderes exorbitantes, imponen multas, declaran un siniestro, etc.-, o a través de comunicaciones que no alcanzan a constituir actos administrativos, pero que sí exteriorizan la voluntad de la administración, en relación con el manejo y desarrollo del contrato. En el primer caso, lo que caracteriza al acto administrativo es la expresión del poder público y el ejercicio de la autoridad administrativa, contenida en la decisión misma; mientras que, en el segundo caso, se trata de las relaciones propias de quien es parte en un contrato, y se pronuncia sobre el desarrollo del mismo a la luz de su posición como parte del mismo, sin que el ejercicio del poder estatal caracterice su comportamiento ... A partir de lo dicho encuentra la Sala que efectivamente no procede el análisis de validez de dichas comunicaciones, como si tratara de actos administrativos; pero si el análisis de responsabilidad contractual, para saber si ellas violan los derechos y/o deberes de las partes del contrato. En este orden de ideas, el control que sobre estas comunicaciones hace la jurisdicción contenciosa no es sobre su validez, sino sobre el comportamiento contractual de las partes<sup>14</sup>.*

10 En ese orden de ideas, la Sala aprecia que la decisión de una entidad estatal o de un particular de abstenerse de prorrogar un contrato no constituye bajo circunstancia alguna el ejercicio de un poder exorbitante; todo lo contrario, tiene sus raíces en la autonomía como principio de las relaciones contractuales que se establecen entre los múltiples y diversos sujetos de derecho, tanto de naturaleza pública como privada. Las partes de un contrato obran dentro de los límites de la autonomía que les reconoce el ordenamiento jurídico cuando, sin contrariar las normas imperativas, acuerdan el término de duración del vínculo respectivo y cuando, frente a la posibilidad de prorrogarlo, toman una decisión positiva, caso en el cual la duración se extiende por el término que indique la prórroga, o toman una decisión negativa y se extingue el contrato dentro del término de duración originariamente acordado.

10.1 Tal y como lo ha expuesto la Sala, *“ninguna de las partes de un contrato está obligada a prorrogar o suscribir un contrato adicional al mismo en tiempo o en valor, salvo que la ley lo prevea expresamente, o que en el propio contrato se acuerde claramente, estipulación que en este último caso debe estar ajustada a la ley<sup>15</sup>”.*

10.2 En el caso concreto, el propio contrato indicaba claramente que se prorrogaría de manera sucesiva por períodos de tres meses hasta llegar a un término máximo de tres años, salvo que tuviera ocurrencia alguna de las hipótesis que impedían su prórroga, de conformidad con lo dispuesto por la partes en el “CONTRATO ADICIONAL AL n.º 98-CUD-003260”, celebrado el 4 de septiembre de 1998 –párrafo 6.2–, modificadorio del texto originario del contrato, el cual indica:

*CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: Prorrogar el término de ejecución pactado del contrato n.º 98-CUD-003260, desde el 1 de octubre de 1998. PARÁGRAFO PRIMERO: Con el fin de garantizar la permanencia, la continuidad y la eficiente prestación del servicio público y el funcionamiento de los contratos modalidad SAI, en el evento en que durante el término de*

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de noviembre de 2005, expediente n.º 13.920, C.P. Alier Hernández

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente n.º 18169 C.P. Ruth Stella Correa.

*ejecución del presente contrato adicional TELECOM no haya adoptado de manera definitiva la reglamentación de los contratos SAI se entiende que la vigencia del contrato principal se prorroga tácita, automática y sucesivamente por períodos de tres (3) meses por el término de tres (3) años ... PARÁGRAFO SEGUNDO: Las partes acuerdan que si durante el tiempo de ejecución se detectan irregularidades y deficiencias en la prestación del servicio la Empresa podrá darlo por terminado al concluir el término inicial o el de prórroga automática, caso en el cual la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM le dará aviso al contratista antes de vencerse el término, para que entregue por medio de un oficio...*

10.3 Se observa que las partes perseguían *“la permanencia, la continuidad y la eficiente prestación del servicio público”*, y por ello la Sala interpreta que su común intención era prorrogarlo, siempre y cuando no ocurriera alguno de los supuestos previstos en el título correspondiente, en virtud de los cuales la entidad podía abstenerse de ello si adoptaba la reglamentación definitiva de los contratos SAI o si detectaba irregularidades y deficiencias en la prestación del servicio.

11 El Código Civil define el cumplimiento de las obligaciones y de los contratos al indicar en el artículo 1626 que *“el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”* y en el 1627 que *“el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes”*. Así, el incumplimiento de la obligación o del contrato se entiende como la disconformidad de la conducta descrita como debida y esperable en el título o en la ley, con la conducta efectivamente desplegada por el deudor de la obligación respectiva.

11.1 El contratista afirma que la entidad incumplió el contrato porque lo terminó sin que se hubiera verificado la ocurrencia de la condición resolutoria expresa que lo facultaba contractualmente para ello, la cual consistía en la expedición de la nueva reglamentación por parte de Telecom para la prestación de los servicios SAI; dice que ante la falta de acaecimiento de la condición, las prórrogas sucesivas por períodos trimestrales debían darse hasta la expiración de los tres años acordados como término de duración del contrato. Telecom sostiene que podía terminar el contrato al vencimiento de cualquiera de los períodos trimestrales y que se acreditó como causal para la terminación del contrato que el servicio se prestaba deficientemente.

11.2 De acuerdo con lo expuesto, la Sala concluye que no asiste razón al apelante para alegar que la única justificación que podía esgrimir Telecom válidamente para no prorrogar el contrato era la adopción de la reglamentación referida, y tampoco a la entidad demandada cuando afirma que era libre de tomar la decisión de no prorrogar el contrato en cualquier momento y sin necesidad de presentar motivación alguna.

12 Corresponde entonces estudiar si la decisión tomada por Telecom de no prorrogar el contrato, con base en las supuestas irregularidades y deficiencias en la prestación del servicio por parte del contratista, estuvo conforme con las exigencias legales y contractuales.

12.1 El 27 de febrero de 1999, los *“Presidentes de las Juntas de Acción Comunal y de Usuarios Campesinos, en representación de la comunidad del Municipio de Arbeláez”*, a través de una carta dirigida al Gerente Departamental de Telecom en Cundinamarca –párrafo 6.3– pidieron su intervención para mejorar el servicio telefónico, sobre la base de cuatro supuestas falencias: (i) cobros excesivos en el

servicio como consecuencia de tarifas elevadas que se presentan desde hace varios años; (ii) *“una serie de inconformismos en los usuarios por la mala atención que se viene brindando en el SAI ARBELAEZ (Quejas y reclamos), el Director de la Oficina no es encontrado por los usuarios para que den soluciones a los problemas ocasionados en la prestación del servicio”*; (iii) hay líneas que tienen interferencia, se cruzan con otras, desde hace meses y no se ha dado solución alguna; (iv) no hay cobertura suficiente y los pocos teléfonos instalados en el campo se encuentran generalmente fuera de conexión. En el informe de visita del 19 de abril de 1999, elaborado por el interventor y el coordinador de mantenimiento de la entidad –párrafo 6.4–, se consigna que el servicio de telefonía a través del *“kiosco”* estaba suspendido desde hacía dos días por daños *“en el equipo tarifador”* y que el servicio de fax no se estaba prestando desde hacía meses por pérdida del equipo.

12.2 El procedimiento que se surtió entre la entidad y el contratista para no prorrogar el contrato, el cual se encuentra debidamente acreditado en el acervo probatorio, comprendió: (i) el 23 de junio de 1999, la entidad envió al contratista el oficio de referencia 25000205-001604 en el que manifestó que no prorrogaría el contrato, como consecuencia de *“las múltiples quejas recibidas por la deficiente prestación servicio en dicha localidad bajo su administración y ratificando el oficio suscrito por las juntas de acción comunal”* –párrafo 6.5–; de acuerdo con lo que aparece probado en el expediente, a la comunicación referida no se acompañó documento alguno que sirviera de soporte; (ii) el día 28 de junio de 1999, el contratista en ejercicio del derecho de petición manifestó a la entidad que no había recibido ninguna queja sobre la atención que prestaba a los usuarios y, por lo tanto, pidió que se suspendieran los efectos del oficio que terminaba el contrato –párrafo 6.6–; (iii) el 9 de julio de 1999, la entidad respondió, a través de oficio 25000205-001819, que no hubo terminación unilateral del contrato, ni sanción alguna, sino que simplemente el término del contrato había expirado; también dijo que las denuncias de las juntas de acción comunal sobre la prestación deficiente del servicio habían sido verificadas por el interventor mediante informe del 19 de abril de 1999; en consecuencia, adjuntó copia de la comunicación suscrita por las juntas de acción comunal y no accedió a la petición del contratista –párrafo 6.7–; (iv) el día 23 de julio de 1999 el contratista presentó recurso de reposición y apelación en contra del oficio referido, sobre la base de que los reproches de las juntas de acción comunal concernían a aspectos técnicos imputables a Telecom y que no hubo en momento alguno en que el contratista no atendiera los reclamos de los usuarios y no les prestara la atención debida –párrafo 6.8–; (v) finalmente, el 27 de agosto de 1999, la entidad, por medio de comunicación escrita de referencia 25000205-002404 ratificó la terminación del contrato por la deficiente prestación del servicio –párrafo 6.9–.

12.3 Con el propósito de concluir si la entidad incumplió el contrato al decidir no prorrogarlo, de acuerdo con las pruebas referidas la Sala aprecia que, tal y como lo advirtió desde un comienzo el contratista –párrafo 6.8–, algunas de las fallas en el servicio que se invocaron para no prorrogar el contrato por irregularidades y deficiencias en el servicio no le resultan imputables, porque concernían a aspectos de competencia de la entidad. Así, (i) en relación con las tarifas, de conformidad con lo dispuesto en el contrato en el literal a) de la cláusula tercera, literal a) de la cláusula cuarta y literal c) de la cláusula quinta –párrafo 6.1–, se fijaban por parte de Telecom, y en forma alguna se acredita que hubieran existido cobros por encima de tales tarifas, cuestión que de haberse presentado, habría debido demostrarse por parte de la entidad; (ii) respecto de los problemas técnicos de cobertura, interferencias, falta de conexión, la Sala considera que estaban a cargo de la entidad, puesto que en la cláusula primera del contrato se aprecia que los

servicios “*dependen de la central telefónica indicada en el anexo técnico*” y en el literal d) de la cláusula quinta se indica que Telecom estaba obligado a suministrar los elementos relacionados en el anexo técnico –párrafo 6.1–; (iii) si bien es cierto que en el expediente no obra el anexo técnico referido, de manera que se desconoce con exactitud lo que ahí se establecía sobre el particular, también lo es que el clausulado del contrato nada prescribe respecto de la asignación de responsabilidades técnicas y de cobertura del servicio al contratista, pues lo suyo atañe fundamentalmente a la atención frente a los usuarios; (iv) tampoco se desprende de la naturaleza del contrato que correspondan al contratista tales tareas, en tanto que la prestación de servicios está restringida a lo que el título contractual expresamente define y a las obligaciones que le resulten anejas por ser inherentes a la prestación principal, pero los asuntos técnicos y de cobertura no se tipifican como tales; (v) además, no resulta claro concluir que una persona natural, como el contratista tuviera en ese entonces la capacidad económica, técnica y de decisión para resolver los problemas descritos, menos aún para instalar más unidades telefónicas que satisficieran la demanda de la comunidad.

12.4 En cuanto hace referencia a la inconformidad de la comunidad con la atención prestada y con la ausencia del director, de quien se dice que no brindaba soluciones frente a los problemas, la Sala observa que la apreciación contenida en la carta de las juntas de acción comunal es general, vaga e imprecisa, puesto que no concreta las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se presentaron supuestamente esos eventos. Debe recordarse que en el asunto *sub judice* las partes se obligaron a prorrogar el término de duración del contrato, cuestión en la cual tenía interés el contratista, y que la forma invocada por la entidad para liberarse de esa obligación fue la detección de deficiencias e irregularidades, razón por la cual la Sala considera que el simple dicho de la entidad o de las personas que se anuncian como representantes de las juntas de acción comunal no era suficiente para ello. De acuerdo con el artículo 1757 del Código Civil –“*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o éstas*”– y con el 177 del Código de Procedimiento Civil –“*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*”–, razón por la cual correspondía a la entidad acreditar de manera fehaciente el incumplimiento del contrato imputable al contratista, es decir, las irregularidades y deficiencias del servicio, cuestión que no hizo a través de los elementos probatorios referidos.

12.5 Menos aun brinda convencimiento a la Sala la carta del 27 de febrero de 1999 dirigida por los “*Presidentes de las Juntas de Acción Comunal y de Usuarios Campesinos, en representación de la comunidad del Municipio de Arbeláez*” al gerente departamental de Telecom –párrafo 6.3–, cuando en su parte final sugiere que se contrate a personas oriundas de la región para que haya más compromiso con la comunidad y para que el servicio telefónico sea mejor, pues se trata de un argumento indudablemente subjetivo y discriminatorio, que sumado a las anteriores consideraciones hace dudar sobre lo expuesto en el documento, en especial, de aquello que atañe a la supuesta falta de atención debida por parte del contratista.

12.6 Ahora bien, el informe de visita realizado por el interventor del contrato y por el coordinador de mantenimiento de Telecom indica que “*el equipo tarifador*” estaba dañado desde hacía dos días y que el servicio de fax no se prestaba desde hacía meses por pérdida del equipo –párrafo 6.3–. Al respecto, la Sala desconoce si tales afirmaciones son veraces en tanto que no se acompañan de elementos adicionales que les den soporte, pues a pesar que en el documento se anuncia que se anexan “*fotocopias al respecto*”, dentro del expediente no obran. En ese

orden de ideas, si bien es cierto que el contratista estaba obligado a informar a la entidad sobre tales averías y pérdidas, de acuerdo con lo dispuesto en los literales d), h) y s) de la cláusula tercera del contrato –párrafo 6.1–, también lo es que no hay probanzas acerca de que las averías y pérdidas referidas hayan tenido lugar efectivamente, ni de sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, como tampoco hay prueba de que el contratista haya incumplido con su obligación de reportarlas.

12.7 En conclusión, en el caso concreto no se probó por parte de la entidad demandada la ocurrencia de los hechos que invocó para no prorrogar el contrato, es decir no se acreditaron judicialmente las irregularidades y deficiencias en la prestación del servicio que la entidad imputó al contratista.

13 Desde otra perspectiva también relevante, la Sala observa que por mandato constitucional y legal<sup>16</sup> en todas las relaciones contractuales se encuentra inmersa la obligación de actuar de buena fe, la cual cumple una función integradora del contrato en la medida en que constituye una *“fuente de creación de especiales deberes de conducta, exigibles, en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes”*<sup>17</sup>.

13.1 Así, al lado de las disposiciones expresas del contrato, la buena fe determina qué comportamiento se exige a las partes en relación con las circunstancias concretas y objetivas del caso; constituye un límite a la autonomía de las partes y un instrumento para considerar la posición de cada contratante respecto de la del otro, a través del cual el contrato se encuentra con criterios de valoración que reflejan la inspiración general del ordenamiento. En el ámbito de la ejecución del contrato, la buena fe se especifica con el nombre de “corrección”, es decir, como la exigencia a las partes de obrar de forma correcta y solidaria para que se preserven sus intereses recíprocos, siempre y cuando la salvaguarda de los intereses de una parte no constituya para la otra un sacrificio considerable que desmejore o afecte los suyos propios y amenace con desequilibrar las condiciones del contrato<sup>18</sup>.

13.2 A pesar de que la buena fe no puede ser predeterminada en su contenido, se ha expuesto por parte de la doctrina que uno de los comportamientos a los que este principio obliga consiste en brindar información o dar aviso respecto de las circunstancias que hayan sido conocidas por una de las partes y que sean

---

<sup>16</sup> Constitución Política: “Artículo 83.- Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelantes ante éstas.” Código Civil: “Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.” Código de Comercio: “Artículo 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todos lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

<sup>17</sup> L. DIEZ-PICAZO, Prólogo a la obra: F. WIEACKER. *El principio general de buena fe*, Cívitas, Madrid, 1982, p. 19.

<sup>18</sup> A. VALENCIA ZEA y A. ORTIZ, *Derecho civil De la obligaciones*, (Tomo III, 9ª. Ed.) Temis, Bogotá, 1998, p. 140, señalan que: “Esta buena fe, referida a la ejecución del contrato, o sea a la especial conducta o comportamiento a cargo del deudor en el cumplimiento y del acreedor en recibir la prestación se extiende hoy, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, también a la misma celebración del contrato...La existencia de una conciencia recta tiene la virtud de objetivarse, e indica que los contratantes deben conformarse con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, es decir, con un determinado estándar de usos sociales y de buenas costumbres. La buena fe significa que cada cual debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella; supone el conducirse como cabía esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico, como contratantes... La buena fe exige obrar con espíritu de justicia y equidad o como obra el comerciante honesto.”

relevantes para la otra, en procura del cumplimiento de las obligaciones contraídas y en protección de sus intereses<sup>19</sup>.

13.3 Por ello, la decisión tomada por la entidad de no prorrogar el contrato, sin antes avisar o informar al contratista de las quejas que sobre su atención se formularon, y adelantar un procedimiento sin su presencia para tomar la decisión referida, constituye un incumplimiento a la obligación de obrar de buena fe. La omisión de la entidad está lejos de lo que hubiera sido un comportamiento debido, leal y correcto, pues de acuerdo con lo manifestado de manera explícita e inequívoca dentro del texto contractual, los contratantes perseguían “*la permanencia, la continuidad y la eficiente prestación del servicio público*” y si la entidad hubiera compartido esa información con el contratista, le habría posibilitado rendir las explicaciones del caso para cumplir con el contrato y satisfacer los intereses en juego.

13.4 Finalmente, de acuerdo con lo expuesto por parte del demandante en el sentido de que se le vulneró su derecho al debido proceso, encuentra la Sala que a pesar de que el presente caso no involucra la actividad de la entidad estatal bajo las prescripciones de la Ley 80 de 1993, el contratista tenía derecho a que en los términos antes expuestos respecto del cumplimiento de las obligaciones que emanan de la buena fe, se le avisara de las actuaciones que se surtían en su contra y que se le brindara la oportunidad de defenderse en la oportunidad respectiva. En atención a ello, la Sala concluye que no obstante que el contrato se hallaba regido por las normas del derecho civil y comercial, la entidad estatal ha debido respetar el derecho del particular de tener un debido proceso y, en ese orden de ideas, también se vulneró el derecho fundamental protegido por el artículo 29 de la Constitución Política.

14 En conclusión, la Sala (i) no encuentra probadas en el expediente las supuestas irregularidades y deficiencias en el servicio prestado por el contratista; (ii) aprecia que la entidad no cumplió con la obligación de informar y de obrar correctamente, de acuerdo con los postulados de la buena fe y en atención al debido proceso; (iii) por lo anterior, declarará en la parte resolutive de esta providencia que la decisión de no prorrogar la vigencia del contrato constituye un incumplimiento de la obligación de la entidad de prorrogar el contrato, comprendida en la cláusula primera del “*CONTRATO ADICIONAL AL n.º 98-CUD-003260*”.

## **V. Liquidación de perjuicios**

15 La Sala considera que el valor incorporado en la demanda, bajo el título de “*indemnización y perjuicios*”, que ascendía a \$366 283 000 al momento de su presentación, no está llamado a prosperar porque no cuenta con el soporte probatorio correspondiente. No obstante, la condena por una suma menor a la pedida, en función de lo que las pruebas acreditan es algo ordenado por nuestro ordenamiento jurídico, el cual, en el inciso tercero del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil prescribe: “*Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último*”.

16 De conformidad con lo dispuesto en la cláusula primera del “*CONTRATO ADICIONAL AL n.º 98-CUD-003260*”, el referido negocio tenía una duración de tres años contados desde el 1º de octubre de 1998 hasta el 30 de septiembre de 2001. El contrato se ejecutó hasta el 30 de junio de 1999, razón por la cual el

---

<sup>19</sup> M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 479 s.

período que se dejó de ejecutar correspondió a nueve trimestres, esto es 27 meses. El valor estimado por período trimestral era de \$15 490 700, el cual podía ser inferior de acuerdo con los servicios prestados efectivamente, tal y como se establece en el contrato –“El valor de la retribución señalado puede ser inferior a la suma que obra en esta cláusula, caso en el cual TELECOM no está obligada a pagar la totalidad del valor estimado”– En sentido contrario, en la demanda, bajo el título de “indemnización y perjuicios”, el actor afirma que la liquidación se debe hacer sobre un valor por trimestre de \$18 110 000, puesto que a esa suma ascendió el cobro por el último trimestre en que estuvo vigente el contrato, a pesar de lo cual no obra prueba alguna sobre el particular en el expediente.

16.1 En ese orden de ideas, la Sala tomará como punto de partida por concepto de la contraprestación mensual que habría de percibir el contratista, la suma \$5 163 566, es decir el equivalente mensual al valor trimestral acordado de \$15 490 700, en tanto que no existe otro elemento objetivo que indique que la suma correspondería a un valor superior o inferior.

16.2 La jurisprudencia de la Sala ha considerado que en aquellos contratos de prestación de servicios o de consultoría, que no se ejecutaron en su totalidad hasta la fecha de terminación dispuesta en el título correspondiente por causas imputables a la entidad, la suma que se debe pagar como indemnización debe ascender al valor íntegro del período contractual que faltó por ejecutar<sup>20</sup>. No obstante, en el caso concreto se aprecia que sobre el total pretendido hay lugar a hacer dos deducciones, puesto que los valores que en adelante se expondrán corresponden a los gastos en los que el contratista habría incurrido para la prestación de los servicios, los cuales, obviamente, dado que no continuó prestándolo, no los tuvo que pagar y si le fueran reconocidos dentro de la condena, representarían un enriquecimiento sin causa a su favor.

16.3 La primera de ellas corresponde al valor que el contratista debía pagar mensualmente a la entidad a título de compensación por la utilización de un inmueble de propiedad de esta última, en el sentido dispuesto en el literal c) de la cláusula tercera del contrato, así:

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, expediente n.º 15.342, C.P. Ramiro Saavedra: “La demandante pidió que se repararan los daños derivados de la terminación anticipada del contrato a cuyo efecto pidió el reconocimiento y el pago de las sumas dejadas de percibir a partir de la terminación unilateral del contrato. A esta pretensión accedió el Tribunal en su sentencia, decisión que fue cuestionada en forma subsidiaria por la entidad apelante. La Sala, considera demostrado el perjuicio que definió el tribunal en consideración de los honorarios mensuales que dejó de percibir la contratista, durante los meses que le restaban al plazo del contrato de prestación de servicios. Precisa además que no acoge lo propuesto por el Ministerio Público en esta instancia, en el sentido de liquidar el perjuicio sobre la base del valor de la utilidad perdida, como quiera que en el caso concreto no se probó que el valor del contrato de prestación de servicios que había celebrado la entidad con la señora González Ballesteros, comprendiese los componentes clásicos del contrato de obra, esto es, costos directos mas AIU”. La Sala dispuso en el mismo sentido, en pronunciamiento del 18 de junio de 2008, expediente n.º 15.234, C.P. Ramiro Saavedra, en el cual decidió un caso en el cual se celebró un contrato de asesoría entre una entidad territorial y un contratista para que lo asistiera en la expedición de unos bonos de deuda pública; el 40% del valor total del contrato se pagó al momento de su celebración y el 60% debía pagarse cuando se hubieran obtenido todas las autorizaciones de las entidades estatales correspondientes para la expedición de los bonos; la Sala declaró que la entidad territorial incumplió el contrato porque no suministró la información para ser presentada ante las entidades y que por esa razón no se habían obtenido las autorizaciones. De acuerdo con lo anterior, la condena pecuniaria ascendió al 60% del valor del contrato que hacía falta pagar, no obstante que éste no se ejecutó en su totalidad. Finalmente, en fecha más reciente, se reiteró esta posición, a través de sentencia del 28 de septiembre de 2011, expediente n.º 18837, de la Subsección B de la Sección Tercera, C.P. Danilo Rojas Betancourth

... c) EL CONTRATISTA debe pagar a TELECOM mensualmente por concepto de la compensación por el uso del inmueble de su propiedad la suma equivalente al: 2.5% del valor de los productos netos vendidos en dicho mes en el punto de atención al público, cuando estos sean hasta de \$200.000. El 2.6% del valor de los productos netos vendidos en dicho mes, cuando estos sean de \$200.001 a \$600.000. El 3.1% del valor de los productos netos vendidos en dicho mes, cuando estos sean de \$600.001 a \$3'000.000. El 3.6% del valor de los productos netos vendidos en dicho mes, cuando estos sean de \$3'000.000 a \$6'000.000. El 4.1% del valor de los productos netos vendidos en dicho mes, cuando estos sean una suma de dinero superior a los \$6'000.001, los cuales se podrán deducir de la cuenta o factura de servicios...

16.4 La segunda deducción corresponde al valor que el contratista pagaba a la empleada Margarita Gómez, el cual ascendía a \$600 000 mensuales, de conformidad con lo que afirmó en la demanda<sup>21</sup> –que constituye una confesión en los términos del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil<sup>22</sup>–. En relación con la vinculación laboral de una persona dentro del marco del contrato de prestación de servicios, también da fe el “INFORME DE LA VISITA EFECTUADA AL SAI DE ARBELÁEZ CUND.” practicado por el interventor, en el cual se advierte que “la señorita operadora del Sai presentó documentación relacionada con su afiliación a EPS y portaba dotación de uniforme” –párrafo 6.4–. A propósito de esto último, se debe agregar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala –especialmente en juicios en los cuales se declara la responsabilidad extracontractual del Estado por resultarle imputable la invalidez o fallecimiento de una persona–, además del valor por concepto de salarios, se debe considerar un 25% adicional que corresponde a las prestaciones sociales.

17 Así, para calcular la cifra base sobre la cual se liquidarán los perjuicios, del valor mensual de \$5 163 566 se debe restar: (i) el 3.6% de cada mensualidad, el cual equivale a \$185 888; (ii) el valor del salario que el contratista pagaba a la empleada de \$600 000, más el 25% de prestaciones sociales, es decir \$150 000, para un total de \$750 000. En consecuencia, la suma que se utilizará para la liquidación es \$4 227 678 mensuales, los cuales multiplicados por 27 meses ascienden a \$114 147 306. La Sala toma el día 30 de septiembre de 2001 como la fecha en la cual se hizo exigible el pago del valor mencionado, puesto que entonces habría debido terminar el contrato, si la entidad no lo hubiere incumplido.

17.1 La actualización del capital se hará de acuerdo con la fórmula usualmente utilizada en estos casos: Valor actualizado, es igual al valor histórico (valor al momento en que se hizo exigible la obligación) por el resultado del índice de precios al consumidor final (IPC vigente a la fecha de la sentencia) sobre el índice de precios al consumidor inicial (IPC vigente en la fecha en que se hizo exigible la

---

<sup>21</sup> En el capítulo de la demanda denominado “indemnización y perjuicios” se aprecia: “Indemnización sobre contrato de trabajo a la empleada Margarita Gómez cuyo vencimiento estaba hasta el treinta (30) de septiembre del año 2001, sobre una base salarial de \$600000”.

<sup>22</sup> “Artículo 195.- Requisitos de la confesión. La confesión requiere: 1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado. 2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria. 3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba. 4. Que se expresa, consciente y libre. 5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento. 6. Que se encuentra debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicialmente trasladada”. Así lo reconoció esta Subsección en reciente sentencia del 26 de julio de 2012, expediente n.º 22.756, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

obligación). En el asunto *sub judice*: VH: Valor que se dejó de percibir: \$114 147 306; IPC final: 111,32, julio de 2012; IPC inicial: 66,30, septiembre de 2001. De acuerdo con la fórmula<sup>23</sup> el valor de la condena por este concepto es de \$191 657 286.

17.2 En relación con los intereses, habida cuenta de que no se trata de un contrato regido por la Ley 80 de 1993, se liquidarán de acuerdo con el artículo 1617 del Código Civil, el cual en su inciso segundo fija el interés legal en el 6% anual. En consecuencia, la liquidación comprende la siguiente fórmula:  $I = \text{Capital histórico} \times \text{período de tiempo} \times \text{tasa de interés}$ . En el caso concreto se tiene que: Capital histórico: \$114 147 306; período de tiempo: del 30 de septiembre de 2001 a agosto de 2012 (10,9 años); tasa aplicable: 6% anual.  
 $I = \$114\,147\,306 \times 10,9 \times 0,06 = \$74\,652\,338$ .

18 No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

#### **RESUELVE:**

**REVOCAR** la sentencia del 29 de mayo de 2003, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "A", la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLARAR** que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom incumplió el contrato n.º 98-CUD-003260, celebrado el 25 de junio de 1998, entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM y Ernesto Guerrero Hernández, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom a pagar a favor de Ernesto Guerrero Hernández, la suma de doscientos sesenta y seis millones trescientos nueve mil seiscientos veinticuatro pesos moneda corriente (\$266 309 624).

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

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

#### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE**

---

<sup>23</sup>  $VA = VH \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Presidente

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**