



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 1

Bogotá D.C., dos (2) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Naturaleza del asunto	Proceso ordinario de controversia contractual
Radicación No.	11001-33-43-060-2016-00209-00
Demandante	Robert Mauricio Gutiérrez Herrera
Demandado	Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES
Sentencia No.	2018-0045CC
Tema	Terminación unilateral del contrato

1. ANTECEDENTES

El ciudadano ROBERT MAURICIO GUTIÉRREZ HERRERA, identificado con la C.C. No. 79.822.530, actuando por medio de apoderado y en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, presentó demanda contra el INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN – ICFES, a la cual se le imprimió el trámite propio del proceso ordinario y ha agotado sus etapas.

2. LA DEMANDA

Los elementos esenciales de la demanda se resumen a continuación.

2.1 PRETENSIONES

Las pretensiones han sido planteadas de la siguiente forma:

"PRIMERA. Declarar la nulidad absoluta del literal a) de la cláusula décima séptima del contrato de prestación de servicios profesionales No. 121-2015 suscrito entre el INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES y ROBERT MAURICIO GUTIÉRREZ HERRERA.

SEGUNDA. Declarar la nulidad de los oficios calendados el 13 y 24 de abril de 2015, suscritos por la Secretaría General del INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES, en calidad de ordenadora del gasto, por medio de los cuales se dio por terminado unilateralmente el contrato No. 121-2015, se ratificó la aplicación de la causal de terminación unilateral y se omitió el trámite del arreglo directo.

TERCERA. De manera subsidiaria, declarar que el INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES dio por terminado de manera unilateral, sin justa causa y en forma arbitraria e ilegal el contrato de prestación de servicios profesionales No. 121-2015.

CUARTA. Declarar de manera subsidiaria y en caso de no prosperar las declaraciones primera segunda y tercera, y la nulidad deprecada. Declarar que el literal a) de la cláusula décima séptima del contrato de prestación de servicios profesionales No. 121-2015 suscrito entre el INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES y ROBERT MAURICIO GUTIÉRREZ HERRERA, es ambiguo, confuso e impreciso, debiéndose interpretar en contra de la entidad demandada.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 2

QUINTA.¹ Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar al INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES al reconocimiento y pago de perjuicios materiales causados correspondientes a:

- a. Daño emergente, por valor de \$1.288.700 (UN MILLÓN DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SETESCIENTOS (sic) PESOS M.CTE), monto que corresponde al pago de los honorarios de abogado contratado para desarrollar la presente acción.*
- b. Lucro cesante por valor de \$46.919.279 (CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS DIECI (sic) NUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE), monto que corresponde a los honorarios dejados de percibir desde el 5 de mayo de 2015 y hasta el 31 de diciembre del mismo año, como consecuencia de la pérdida (sic) de oportunidad para continuar ejecutando el contrato de prestación de servicios profesionales No. 121-2015 debidamente suscrito por las partes y cuyo plazo se estableció hasta el 31 de diciembre de 2015.*

SÉPTIMA. Condenar al INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES al reconocimiento y pago de la indexación de los valores adeudados (honorarios e intereses moratorios) con sujeción al índice de precios del consumidor por cada año o fracción y hasta la fecha de la decisión definitiva que ponga fin a la controversia.

SEXTA. Condenar al INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES al reconocimiento y pago de los respectivos intereses moratorios causados sobre los honorarios dejados de percibir, desde el 04 de mayo de 2015 y hasta la fecha de la decisión definitiva que ponga fin a la controversia, en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

OCTAVA. Condenar al INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES al reconocimiento y pago de las agencias en derecho y costas causadas en virtud de la presente intervención prejudicial y posterior representación judicial."

2.2 HECHOS RELEVANTES

Explica la parte actora que suscribió con la demandada el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales y de Apoyo a la Gestión No. 121 del 27 de enero de 2015, cuyo plazo de ejecución se fijó hasta el 31 de diciembre de 2015.

El 13 de abril de 2015 la Secretaria General del ICFES informa al contratista que "...ha resuelto dar por terminado unilateralmente el contrato No. 121-2015 de fecha 27 de enero de 2015, suscrito con usted, lo cual se hará efectivo a partir del 04 de mayo de 2015..."

La determinación del contratante se fundamenta en la Cláusula Décima Séptima del Contrato, la cual está redactada de la siguiente forma:

"CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA – CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO: Las partes acuerdan que se dará por terminado el contrato en los siguientes casos: a) Unilateralmente cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato, avisando a la otra parte su decisión con 15 días de antelación a su finalización..."

¹ Modificada en la subsanación de la demanda



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 3

Ante la determinación de dar por terminado de forma unilateral el contrato, el accionante solicita mediante comunicación del 20 de abril de 2015, dar inicio a la etapa de arreglo directo, de conformidad con lo previsto en la Cláusula Décima Cuarta² del contrato.

La entidad se pronuncia mediante oficio del 24 de abril de 2015 de la siguiente forma:

"...De conformidad con la comunicación del 13 de abril de 2015, a la cual usted hace referencia, el ICFES ha dado aplicación al literal a) de la Cláusula Décima Séptima - Causales de Terminación del Contrato, facultad que fue aceptada de manera expresa por Usted conforme a lo dispuesto de igual modo en la Cláusula Sexta del ya tantas veces mencionado contrato.

Así entonces al no configurarse elementos que permitan interpretaciones diferentes a las establecidas de manera literal entre las partes contractuales, y al no ser viable hacer los reconocimientos económicos pretendidos en tanto no existe causal legal ni contraprestación alguna de su parte que así lo amerite, se da por agotado el trámite de arreglo directo que ha solicitado."

Conforme a las disposiciones de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato, resulta claro que el contratista comunicó por escrito la existencia de una diferencia surgida en virtud de la injustificada terminación, por lo que el ICFES ha debido dar inicio a la etapa de arreglo directo, fuera este o no favorable.

De esta forma desconoció las estipulaciones contractuales, así como el Artículo 50 del Manual de Contratación del ICFES, vulnerando el debido proceso administrativo e incurriendo en arbitrariedad.

Se ocasionaron al accionante daños y perjuicios en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, correspondientes a los honorarios (\$1.288.000) que ha debido sufragar el contratista para la asesoría legal y la suma dejada de percibir (\$48.542.524) por la terminación unilateral del contrato antes de su vencimiento.

2.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES

Este aparte se divide en los siguientes capítulos:

2.3.1 DE LA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS

Explica la parte demandante que de conformidad con el Artículo 12 de la Ley 1324 de 2009 el ICFES está sometido en cuanto a su contratación al régimen privado, razón por la cual no

² "CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA - SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. Las controversias o diferencias que surjan entre el Contratista y el ICFES con ocasión de la firma, ejecución, interpretación, prórroga o terminación del contrato, así como de cualquier otro asunto relacionado con el presente contrato, serán sometidas a la revisión de las partes para buscar un arreglo directo, en un término no mayor a cinco (5) días hábiles a partir de la fecha en que cualquiera de las partes comunique por escrito a la otra la existencia de una diferencia. Las controversias que no puedan ser resueltas de forma directa entre las partes, se resolverán empleando la siguiente opción: Conciliación: Cuando la controversia no pueda arreglarse de manera directa debe someterse a un procedimiento conciliatorio que se surtirá ante un centro de conciliación, previa solicitud de conciliación elevada individual o conjuntamente por las Partes. Si en el término de ocho (8) días hábiles a partir del inicio del trámite de la conciliación, el cual se entenderá a partir de la fecha de la primera citación a las Partes que haga un centro de conciliación, las partes no llegan a un acuerdo para resolver sus diferencias, deben acudir a la jurisdicción competente."



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 4

es jurídicamente posible que incluya en sus contratos cláusulas exorbitantes como las que regula la Ley 80 de 1993 como la terminación, interpretación, modificación unilateral y caducidad.

A pesar de que está sometido al régimen privado, a la demandada le es aplicable lo previsto en el Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, la cual ordena a las entidades públicas sometidas al régimen privado de contratación aplicar en desarrollo de su actividad contractual los principios de función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

En el Manual de Contratación del ICES adoptado mediante el Acuerdo 0014 del 26 de agosto de 2011, no se consagra la terminación unilateral como causal de extinción del vínculo contractual. En su Artículo 48 el Manual se pronuncia al respecto de la siguiente forma:

"Artículo 48. Terminación de los contratos.

Los contratos terminaran al vencimiento del termino de tiempo pactado para su ejecución o cuando se hallan ejecutado las obligaciones contraídas por las partes; por vencimiento del plazo estipulado y/o cuando las partes de común acuerdo así lo determinen.

Vencido el plazo de ejecución del contrato, el Supervisor y/o interventor procederá a verificar el cumplimiento de las obligaciones, a elaborar el informe final en el que describa con exactitud las actividades, productos, o bienes entregados y sus especificaciones técnicas y a recibir aquellos que se encuentren a satisfacción."

Se tiene entonces que solo proceden 4 causales para la terminación de los contratos:

- a. Vencimiento del término pactado para su ejecución
- b. La ejecución de las obligaciones contraídas por las partes
- c. El vencimiento del plazo estipulado
- d. Cuando las partes de común acuerdo así lo determinen

No obstante, en el Contrato 121-2015 se plantearon 5 causales:

- a. Unilateralmente cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato, avisando a la otra parte su decisión con 15 días de antelación a su finalización
- b. Mutuo acuerdo entre las partes
- c. Incumplimiento de alguna de las obligaciones del contratista
- d. Vencimiento del plazo
- e. Cumplimiento del objeto contratado antes del plazo previsto para el efecto
- f. Condición resolutoria de conformidad con el Artículo 1546 del Código Civil

Cuando se estipula en la Cláusula Décima Séptima la causal de terminación unilateral ocurren dos situaciones:

1. Se desconoce el marco normativo previsto en el Manual de Contratación de la Entidad
2. Se incluyen potestades exorbitantes que solo están reservadas para las entidades sometidas al régimen de contratación de la Administración Pública



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 5

El Manual de Contratación goza de valor normativo, pues se trata de un reglamento y su fuerza vinculante ha sido reconocida por la Jurisprudencia del Consejo de Estado³.

Se infiere entonces que dos límites enmarcan la potestad reglamentaria, de un lado se encuentra un criterio de competencia y del otro un criterio de necesidad. El primero se refiere al alcance de la atribución que se entrega al ejecutivo, de forma que le está prohibido el adicionar nuevas disposiciones al momento de reglamentar la ley, por lo que para asegurar la legalidad de su actuación debe limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo⁴.

Se observa entonces que la potestad reglamentaria desarrollada en el Manual de Contratación se encuentra ajustada a los lineamientos legales, pues no se sobrepasaron los límites basados en los criterios de competencia y necesidad, a pesar de lo cual la redacción del contrato de prestación de servicios 121-2015 resulta abiertamente ilegal, pues no encuentra respaldo ni en el Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 ni en el propio Manual de Contratación del ICFES, por lo que excede la potestad reglamentaria al adicionar nuevas disposiciones so pretexto de reglamentar el vínculo contractual, quedando expresamente manifiesta la ilegalidad de la actuación del ordenador del gasto al extralimitarse en el ámbito material desarrollado por el legislador original y derivado.

El Artículo 48 del Manual de Contratación es claro en cuáles son las causales de terminación de los contratos, sin que resulte posible para esta entidad incorporar a sus contratos disposiciones propias del Régimen Estatal de Contratación, pues estaría extralimitando su competencia.

El ámbito de competencias en materia de selección de contratistas y celebración de contratos está determinado por el Manual de Contratación de la entidad, tal como se indica en el Artículo 1º del mismo al fijar su objeto.

En las consideraciones del contrato se estableció su régimen legal aplicable, enmarcado por los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, el Artículo 12 de la Ley 1324 de 2009, el Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y el Acuerdo 14 de 2011, de forma que no era posible para el ordenador del gasto el exceder el margen de competencia previamente establecido, sin incurrir en las consecuencias de orden administrativo y jurisdiccional que aquí se pretenden.

La facultad para terminar el vínculo contractual de manera unilateral no puede ser usada más que en los casos expresamente autorizados por la ley, es decir, en los contratos estatales sometidos al Régimen de Contratación de la Administración Pública y que regulan la Ley 80 de 1993 y sus normas concordantes, sin que pueda el ICFES extenderla a otros eventos no consagrados en la norma alegando que se trata de un contrato de naturaleza especial sometido al derecho privado. No es la importancia de la materia del contrato ni lo que sobre el contrato opine la entidad, lo que facultó el uso de poderes exorbitantes.

El contratante no podía usar los poderes excepcionales o facultades exorbitantes previstas en la Ley 80 de 1993 y en caso de haberse presentado un incumplimiento (que no existió) de parte del contratista, este debía ser declarado por el juez competente.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 36054. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. 14 de abril de 2010.

⁴ A propósito de la imposibilidad de exigir requisitos adicionales a los establecidos por el legislador se puede consultar: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de Noviembre 22 de 2007. M. P. Jaime Moreno García. Exp.0476-04.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 6

El principio de igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado impide que alguna de ellas pueda arrogarse el privilegio de terminar unilateralmente el contrato, pues no puede ser juez y parte de tal actividad negocial, de forma que en los contratos de derecho privado de la Administración, no puede la entidad terminarlo de forma unilateral ni siquiera so pretexto de que lo autorice alguna cláusula contractual, tal como lo invoca la demandada en el Oficio del 24 de abril de 2015, en donde se pone de presente al accionante que la cláusula había sido aceptada expresamente por él, advirtiéndose que la competencia de la administración pública depende exclusivamente de la ley y nunca de la autonomía de la ley contractual.

La inclusión de la causal de terminación unilateral del Contrato 121-2015 y su imposición por parte del ICFES, excede las facultades que otorgan el Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y el Artículo 48 del Manual de Contratación de la Entidad, sin que pueda alegarse el pacto convencional contractual como causa de justificación para su estipulación.

Al exceder su competencia el ordenador del gasto, la Cláusula Décimo Séptima del Contrato No. 121-2015 deviene nula de pleno derecho, en cuanto habría otorgado competencia material a la entidad contratante para terminar unilateralmente el contrato, por fuera de las previsiones constitucionales y legales, por lo que al estar viciada de nulidad, deberá declararse la nulidad de la cláusula y del acto administrativo del 13 de abril de 2015, así como la del acto administrativo del 24 de abril de 2015 mediante el cual se reitera la procedencia de la terminación unilateral.

Conforme a los lineamientos de la doctrina aplicable, la terminación del contrato no es más que la finalización o extinción de la vigencia de un determinado vínculo obligacional⁵, siendo posible distinguir entre modos normales y modos anormales de terminación de los contratos. Al respecto el Consejo de Estado ha detallado para cada caso las causales correspondientes:

"...En la primera categoría, esto es entre los modos normales de terminación de los contratos de la Administración, suelen y pueden incluirse las siguientes causales: a).- cumplimiento del objeto; b).- vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; c).- terminación o vencimiento del plazo extintivo convenido para la ejecución del objeto del contrato y d).- acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes.

Los modos anormales de terminación de los contratos de la Administración se configuran, a su turno, por: a).- desaparición sobreviniente del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado; b).- terminación unilateral propiamente dicha; c).- declaratoria de caducidad administrativa del contrato; d).- terminación unilateral del contrato por violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades; e).- desistimiento -o renuncia-, del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo; f).- declaratoria judicial de terminación del contrato; y h).- declaratoria judicial de nulidad del contrato.

Además se encuentra, como causal de terminación de los contratos de la Administración, el mutuo consentimiento de las partes, la cual se ubica en un estadio intermedio, puesto que no corresponde exactamente a los modos normales de terminación del contrato -puesto que al momento de su celebración las partes no

⁵ ESCOLA, Héctor Jorge. "TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS". Volumen I, parte general. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977. Páginas 469 a 499.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 7

querían ni preveían esa forma de finalización anticipada-, como tampoco corresponde en su totalidad a los modos de terminación anormal, dado que está operando la voluntad conjunta de las partes y ello forma parte esencial del nacimiento y del discurrir normal de todo contrato (artículo 1602 C.C.). (...)

Ahora bien, dado que en las normas que rigen la contratación estatal la terminación unilateral se ha previsto como una potestad excepcional a favor de las entidades estatales contratantes, es necesario determinar si en el contrato No. 121-2015 celebrado por el ICFES y que debe regirse por las disposiciones del derecho privado (derecho civil o comercial) en virtud de lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 1324 de 2009 y artículo 2 del Manual de Contratación del ICFES, las partes tendrían la posibilidad de convenir válidamente, la potestad de terminación unilateral a favor de una o las dos partes del respectivo vínculo contractual.

2.3.2 TERMINACIÓN UNILATERAL DESCONOCE EL SERVICIO PÚBLICO E INTERÉS GENERAL

Considera la parte demandante que se desconocen el principio contenido en el Artículo 3º de la Ley 80 de 1993, pues se debe buscar el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

La contratación de las entidades públicas, entre las que se incluye la demandada, tiene como propósito la satisfacción del interés general, por lo que una vez celebrado el contrato, la ejecución del objeto contractual resulta siendo la finalidad que debe ser atendida primordialmente por las partes contratantes y es por ello que resulta contraria a la prestación del servicio público y del interés general la posibilidad de terminar los contratos de forma unilateral y discrecional. De esta forma, las estipulaciones para dar por terminado el contrato de forma unilateral y discrecional, que actualmente encuentran cabida en el derecho privado, no son admisibles en los contratos estatales dado que la prestación del servicio público y el interés general lo impiden. Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado⁶ lo siguiente:

*"...pactar en un contrato estatal la posibilidad de darlo por terminado de manera discrecional o "a conveniencia" de una de las partes (así se haya convenido sólo a favor de la entidad contratante) también **pone en evidencia que para celebrar ese negocio jurídico, la Administración desatendió el principio de la planeación.** (...)*

*Así que **las terminaciones unilaterales y discrecionales de los contratos estatales no son admisibles** y esta afirmación se corrobora fácilmente con sólo repasar las normas de la contratación estatal, en especial los artículos 17, 18 y 45 de la Ley 80 de 1993, de donde se desprende que la potestad que tiene la Administración para dar por terminado unilateralmente el contrato no es discrecional sino que está reglada, como toda actividad administrativa, y que debe ejercerse con fundamento en las expresas y precisas causas, y solo en ellas, que están previstas en la ley.*

*En consecuencia **no puede prohijarse aquella tesis que pregona el Tribunal al dar a entender que también pueden ser causas para terminar***

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 15 de febrero de 2012. Exp. 85001-23-31-000-2000-00202-01 (19730)



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 8

unilateralmente el contrato estatal aquellas que aunque no están previstas en la ley sí lo están en el contrato, pues a esto equivalen las argumentaciones que sobre el punto trajo el a quo. (...) (Negrillas fuera de texto)

En la Requisición No. 58 del 5 de enero de 2015 y en las consideraciones previas del contrato 121-2015, se estableció la necesidad, el objeto a contratar, las obligaciones, los riesgos, el supervisor, el valor estimado del contrato, la forma de pago y el plazo del contrato, no existe argumento alguno que justifique las razones por las cuales, habiendo transcurrido 4 meses de ejecución, de repente desaparece la necesidad de una contratación prevista para todo el 2015, lo que deja en evidencia lo siguiente:

- La desatención del principio de planeación por parte de la administración demandada,
- El desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa y
- El más elemental de los principios que rigen los actos administrativos: el deber de motivación.

El oficio del 13 de abril de 2015, mediante el cual se da por terminado de forma unilateral del contrato y se niega la etapa de arreglo directo, se expide sin audiencia y defensa del contratista, con fundamento en una causa que no está en la ley, pues la parte de la Cláusula Décima Séptima que permite la terminación unilateral es ilegal, pues no se corresponde con las causas legalmente previstas para poner fin al contrato, contrariándose además el servicio público y el interés general, pues obligatoriamente toda actividad de las partes debe tender a la ejecución del objeto contractual y no hacia su inejecución.

La consecuencia para el demandado ha sido reconocida por el Consejo de Estado de la siguiente forma:

"Luego el demandante ORDENER CHAVEZ TIBADUIZA tiene derecho a que se le pague el valor de los honorarios que dejó de percibir durante los 10 meses en que no pudo ejecutar el contrato por la ilegal terminación que de él hizo la demandada, y no al mes de preaviso, como equivocadamente lo sostuvo el a quo, porque, se repite, la terminación unilateral y discrecional de un contrato estatal es improcedente e ilegal y por ende también lo será cualquier preaviso que para darle curso a esa clase de terminación se de (sic) o se conceda."

(...)

Partiendo entonces de lo que es verdad inmutable en este proceso, esto es, que la terminación del contrato por parte de CAJANAL E. P. S. es ilegal y por ende nulo el acto administrativo que la contiene, se sigue que la demandada incurrió en incumplimiento de lo pactado, pues a esto equivale el rompimiento unilateral de los negocios jurídicos estatales sin causa legal que lo justifique, y que por lo tanto se impone para la entidad contratante el deber de reparar integralmente al contratista, esto es restablecerlo a la ecuación surgida al momento de la celebración del contrato, máxime si se tiene en cuenta que por ninguna parte aparece prueba de que el Doctor ORDENER CHAVEZ TIBADUIZA hubiera incumplido alguna de las obligaciones a su cargo.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 9

2.3.3 DEL ABUSO DEL DERECHO

El Artículo 1602 del Código Civil prevé la posibilidad de que las partes decidan dejar sin efecto estipulaciones o convenciones que los ataran de forma obligatoria. El ordenamiento vigente de los Códigos Civil y de Comercio, no impide ni prohíbe que ese consentimiento pueda adoptarse de manera previa, al momento de la celebración del contrato a través de una estipulación incorporada en él, de forma que cada parte pueda tener, a su arbitrio, la facultad de disposición sobre la vigencia del contrato.

La referida terminación unilateral de los contratos de derecho privado encuentra consagración legal en los siguientes eventos:

Norma	Contrato
Artículo 2189, numerales 3 y 4, artículos 2190, 2191 y 2193 C.C.	Mandato Civil
Artículo 2066 del Código Civil	Arrendamiento de servicios
Artículo 977 del Código de Comercio	Suministro sin plazo
Artículo 1071 del Código de Comercio	Seguro
Artículo 1197 - 2 Código de Comercio	Hospedaje
Artículo 1261, numerales 4 y 5, Código de Comercio	Contrato de cuenta corriente, cuando no se ha estipulado plazo de duración o cuando fallece una de las partes y los herederos así lo disponen
Artículo 1389 Código de Comercio	Contrato de cuenta corriente bancaria
Artículo 1419 Código de Comercio	Cajillas de seguridad
Artículos 1279 y 1282 Código de Comercio	Mandato Comercial

Esta ruptura unilateral del contrato debe encontrarse justificada, pues de otra forma puede derivar en un ejercicio abusivo de la facultad contractual, sobre todo cuando quien la invoca es la parte que ha predispuesto unilateralmente las condiciones generales de contratación.

Sobre el particular ha dicho la Corte Suprema de Justicia⁷ lo siguiente:

"Es evidente que, si como ocurre en este caso, como cláusula accidental de un contrato, se pacta que puede darse por terminado en forma anticipada, o no prorrogarse por un término igual al inicialmente convenido, siempre y cuando se de aviso a la otra parte contratante con la debida anticipación, está claro entonces que el ejercicio por una de la partes de esta facultad no puede, ni de lejos, constituir abuso del derecho, máxime si la conducta de la demandada se ajustó a lo previsto en la cláusula séptima del contrato mencionado, consideración ésta que sería suficiente para el fracaso de la acusación que aquí se analiza." (Negrillas fuera de texto).

Se tiene entonces que la terminación del contrato por parte del contratista, además de carecer de la competencia para ello en virtud del manual de contratación, no está justificada,

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de octubre de 1995, M.P. Pedro Lafont Pianetta.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 10

sobre todo cuando es el mismo ICFES quien predispuso unilateralmente las condiciones generales de la respectiva contratación, pues la inclusión de esta estipulación afectó el principio de constitucional y derecho fundamental a la igualdad de las partes contractuales, al no haber sido prevista, contemplada o anunciada de manera precisa y clara a través de los documentos precontractuales como la Requisición No. 58 del 5 de enero de 2015 o la invitación directa a presentar oferta del 27 de enero de 2015 remitidas al contratista, las que habrían servido de base para el escrutinio del vínculo contractual finalmente perfeccionado, presentándose una inaceptable modificación de las reglas de juego establecidas para el desarrollo del correspondiente procedimiento administrativo de contratación que siempre debe estar sometido a los principios de igualdad, objetividad, transparencia, responsabilidad, libre concurrencia, moralidad, imparcialidad y todos aquellos que recogen la Constitución Política y las leyes aplicables.

El demandado inobservó los principios de igualdad y moralidad, e impuso abusivamente la estipulación de terminación unilateral contenida en la Cláusula Décima Séptima del contrato, al tiempo que su ejercicio configura un abuso del derecho, contraviniendo los fines y principios de la contratación.

El abuso del derecho o el ejercicio abusivo de la facultad contractual, es un desarrollo inverso de la buena fe como principio general del derecho mediante el cual se exige en las relaciones negociales un mutuo respeto, conducta que debe ser apreciada, valorada y considerada cuando se trata de interpretar el contrato, los derechos y obligaciones que de este emanan.

La teoría del abuso del derecho que estructura la parte demandante, está llamada a operar plenamente como instrumento de corrección ante los contenidos abusivos predispuestos por quien ejerce una posición de dominio en contra de la parte débil o subordinada en la relación jurídica, con base en las siguientes reglas extraídas del Código Civil y del Código de Comercio:

- i) Los contratantes pueden establecer los pactos, las cláusulas y las condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios ni al orden público, ni a las buenas costumbres;
- ii) La validez del cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes: "Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga" (artículo 1535 C.C.);
- iii) "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 ley pertenecen a ella" (artículo 1603 C.C.);
- iv) Las cláusulas ambiguas se deben interpretar 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 a ella" (artículo 1624 C.C.);
- v) Cuando el abuso del derecho o el ejercicio desviado del derecho provenga de la disposición unilateral de condiciones generales abusivas, puede el Juez adoptar las medidas que impidan la persistencia del abuso o el ejercicio disfuncional del derecho;
- vi) "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural" (artículo 871 del Código de Comercio);



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 11

- vii) "El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause" (artículo 830 del Código de Comercio).

Resulta claro que la demandada no puede adoptar decisiones irrazonadas o fundadas en su solo capricho, pues siempre debe atender el objetivo de servir a los intereses generales y su sustento debe resultar coherente con la garantía de los principios citados, por lo que la adopción de la causal de terminación unilateral del contrato y su respectiva ejecución, constituye en el presente caso, un típico caso de abuso de poder que supone una actuación de la administración contraria a la buena fe, prevista en los artículos 1603 del Código Civil, 871 del Código de Comercio y artículo 83 de la Constitución Política, normas que resultan, por lo tanto, vulneradas por los actos demandados.

De esta forma, la causal de terminación unilateral contenida en la Cláusula Décima Séptima del Contrato 121-2015 está viciada de nulidad absoluta por abuso de poder, es una estipulación abusiva que vulnera el principio de buena fe conforme a lo dispuesto en el Numeral 8 del Artículo 24 y en el Numeral 3º del Artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

La imposición abusiva del ICFES se evidencia en el Oficio del 24 de abril de 2015 cuando manifiesta:

"...el ICFES ha dado aplicación al literal a) de la Cláusula Décima Séptima - Causales de Terminación del Contrato-, facultad que fue aceptada de manera expresa por Ud. Conforme a lo dispuesto de igual modo en la Cláusula Sexta del ya tantas veces mencionado contrato..."

El ICFES abusó de su preponderancia en la relación contractual para arrogarse la facultad de decidir de forma unilateral e injustificada la terminación del contrato, so pretexto de una "expresa aceptación", lo cual resulta a todas luces inaceptable, porque se permite la inclusión de contenidos abusivos predispuestos justamente por quien ejerce una posición de dominio contra la parte débil o subordinada de la relación jurídica.

2.3.4 INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA

La redacción de la Cláusula Décima Séptima del Contrato 121-2015 genera ambigüedades en su interpretación por cuando establece que: *"...Unilateralmente cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato, avisando a la otra parte su decisión con 15 días de antelación a su finalización. (...)"*, de lo cual el contratista entiende que la terminación unilateral solamente era procedente de forma unilateral con 15 días de antelación al vencimiento del plazo previsto para la ejecución del contrato, es decir, solamente se podía ejercer 15 días antes del 31 de diciembre de 2015.

Si lo que pretendía el ICFES era introducir una causal de terminación que le permitiera extinguir la obligación en cualquier momento de la ejecución, a pesar de no estar contemplada en el manual de contratación, debió ser más riguroso y preciso, señalándolo de forma expresa para evitar incurrir en discusiones o interpretaciones como las que ahora se ventilan y que en consecuencia imponen la necesaria remisión a las reglas de interpretación del Título XIII del Código Civil. Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado⁸:

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 20968. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. 09 de mayo de 2012.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 12

"...la Sala estima importante y pertinente destacar que en estos casos deben examinarse algunas cuestiones adicionales que pudieren determinar el sentido en que deba ser interpretada dicha cláusula de terminación unilateral del contrato, puesto que independientemente de la validez que la pueda acompañar, el artículo 1624 del Código Civil indica la manera en que deben interpretarse las cláusulas ambiguas, aspecto alrededor del cual la doctrina y la jurisprudencia han construido una importante teoría acerca de las cláusulas abusivas.

De acuerdo con lo anterior, para que sea procedente la indemnización de perjuicios cuando se ejerce la facultad de terminación unilateral pactada en el contrato, deberá demostrarse previamente un ejercicio abusivo del derecho, en los términos del artículo 830 del Código de Comercio⁹." (Negrillas fuera de texto)

Señala el artículo 1624 del Código Civil:

"ARTÍCULO 1624. INTERPRETACIÓN A FAVOR DEL DEUDOR. *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. (Subrayado fuera de texto)

La terminación unilateral introducida en la Cláusula Décima Séptima del Contrato 121-2015 es ambigua y permite dos interpretaciones: La del contratante o la del contratista, quien considera que solamente podía ser ejercida con 15 días de antelación a la terminación del contrato, es decir, el 31 de diciembre de 2015.

Se tiene entonces que las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, se interpretarán contra ella a partir de la aplicación del criterio de equidad, tal como ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia¹⁰.

3. LA DEFENSA

La contestación de la demanda corre a folios 141 y siguientes del expediente.

3.1 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

La entidad accionada se opone expresamente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

3.2 ACERCA DE LOS HECHOS

La parte demandada tiene como ciertos los relativos al perfeccionamiento y terminación del contrato, pero precisa que su actuación no fue abrupta ni injustificada.

⁹ Código de Comercio, artículo 830. Abuso del derecho-indemnización de perjuicios. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

¹⁰ C.S.J, CAS. CIVIL, Sent. mayo 8/74.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 13

Agrega que sí agotó el trámite de arreglo directo.

Respecto de la Cláusula Décima Séptima, estima la parte demandada que no es una potestad exorbitante o excepcional, sino una cláusula más que se encuentra inmersa en diferentes códigos y normas de orden legal que rigen los contratos de derecho privado.

3.3 EXCEPCIONES DE MÉRITO

Como excepciones de mérito el demandado propuso las siguientes:

3.3.1 INEXISTENCIA DE CLÁUSULAS EXORBITANTES O EXCEPCIONALES

Explica que a pesar de que se trata de un contrato de derecho privado, el hecho de que sea suscrito por una entidad pública, tiene como objetivo el desarrollo de una función administrativa, por lo que pueden aplicar figuras propias del derecho administrativo, como el que sea la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo quien conoce de las controversias que se susciten, la aplicación de los principios de los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Son aplicables entonces a los contratos que suscribe el ICFES en desarrollo de su objeto las siguientes normas:

- a. Estipulaciones contractuales, las cuales obedezcan al principio de autonomía privada de la voluntad
- b. Normas comerciales
- c. Normas civiles
- d. Los principios de los artículos 209 y 267 de la Constitución Política e inhabilidades e incompatibilidades del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993

Respecto de las cláusulas exorbitantes o excepcionales, explica que son propias del régimen de contratación pública y suponen una desigualdad a favor de la Administración en la relación de esta con el particular, diferencia que en derecho común no es procedente, pues en este ámbito la igualdad es el criterio determinante en la relación contractual. Las cláusulas exorbitantes encuentran su sustento en el principio de legalidad.

En el caso del ICFES, al estar sometido a un régimen de contratación privado, no parece viable que puedan incluirse cláusulas excepcionales, pues no existe fundamento legal para ello. Situación distinta es que la cláusula no tenga sustento en la ley sino en la voluntad de las partes.

En cuanto a la Cláusula Décima Séptima del Contrato de prestación de servicios suscrito con el demandante, ella no configura una cláusula excepcional, ello dado que al ICFES no le son aplicables las disposiciones de la Ley 80 de 1993 a efecto de estipular esta clase de cláusulas.

De conformidad con la Cláusula Décima Séptima, cualquiera de las partes podía dar por terminado el contrato, fijándose como único requisito un preaviso con 15 días de antelación. Se tiene entonces que la facultad de terminación unilateral se encuentra en cabeza de ambas partes y no únicamente de la Administración, es decir que el contratista también podía hacer uso de la misma en cualquier momento, pues el contrato le facultaba para ello.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 14

Se concluye entonces que esta estipulación no constituye una cláusula exorbitante, pues cualquiera de las partes podía hacer uso de ella, a diferencia de aquellas de las que solamente puede hacer uso la Administración. Se produce entonces una equivalencia absoluta entre las facultades del contratante y del contratista, o cual sería ajeno a una cláusula excepcional.

Al no ser una cláusula exorbitante, no se requiere de habilitación legal para su estipulación y aplicación, por lo que el ICFES no trasgrede el principio de legalidad. Se trata de una cláusula comercial de uso común.

Aclara que la aplicación de la cláusula no comporta en algún modo declaración alguna de incumplimiento parcial o total de alguna de las obligaciones contractuales, por lo que no se trata de una "capacidad del sujeto contratante para tutelar sus propios intereses en vía declarativa o ejecutiva, sin necesidad de acudir al juez", es decir que la Administración no actuó como juez y parte.

La norma para su aplicación no requiere que haya existido incumplimiento u otra situación similar, por lo que la Administración no calificó ni decidió sobre tal hecho jurídico. No se trata de la imposición de una sanción o de la existencia de prerrogativas excepcionales a favor del ICFES.

3.3.2 MANUAL DE CONTRATACIÓN Y LA CLÁUSULA DE TERMINACIÓN

Explica la parte demandada que el Manual de Contratación se aplica respecto de la selección de contratistas y de las estipulaciones contractuales que pueden pactarse.

Referente al segundo de estos aspectos, prima como en cualquier régimen de contratación la autonomía de las partes, con las limitaciones propias de estos sistemas, como son el orden público, las buenas costumbres, sirviendo como complemento las normas civiles y comerciales.

El objeto del material de contratación no es regular cada aspecto, en forma minuciosa del clausulado de los contratos a celebrar.

Además de ser un acto administrativo de carácter general, sus disposiciones emergen como abstractas e impersonales, las cuales no tienen como fin regular de forma específica el clausulado de cada contrato, sino establecer criterios generales para su celebración.

3.3.3 DEBIDO AGOTAMIENTO DE LA ETAPA DE ARREGLO DIRECTO

Sostiene la accionada que de conformidad con lo previsto en la Cláusula Décima Cuarta del contrato, las controversias o diferencias entre las partes con ocasión de la firma, ejecución, interpretación, prórroga o terminación del contrato, así como cualquier otro asunto relacionado con el contrato, serán sometidas a la revisión de las partes para buscar un arreglo directo, en un término no mayor a 5 días hábiles a partir de la fecha en que cualquiera de las partes comunique por escrito a la otra la existencia de la diferencia.

Se deduce de esto el siguiente procedimiento.

- a. La comunicación que da génesis a la controversia debe hacerse por escrito.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 15

- b. Durante los 5 días siguientes a la comunicación mencionada, las partes revisarán la situación con el fin de buscar un arreglo directo.

El trámite se surtió de la siguiente forma:

El 13 de abril de 2015 la entidad comunica al contratista su voluntad de dar por terminado el contrato.

El 20 de abril el demandante solicita el pago de los perjuicios causados con la terminación unilateral del contrato, lo cual cuantifica en la suma de \$47.689.398 e invocando la Cláusula Décima Cuarta.

El 24 de abril de 2015 la entidad se pronuncia indicando que no es procedente el pago de algún perjuicio por lo que se da por agotado el trámite de arreglo directo.

Se observa entonces que se agotó el trámite, pues dentro de los 5 días a la comunicación de la terminación el accionante manifestó su inconformidad, pronunciándose la entidad dentro de los 4 días siguientes y manteniendo su posición.

Ni en la Cláusula ni en el Manual de Contratación se exige una forma determinada de proceder para la etapa de arreglo directo, dado que no prevé la realización de audiencias, sesiones o reuniones. Basta con que las partes se pronuncien sobre el conflicto a fin de determinar si resulta factible alguna solución. De esta forma, no se ha incurrido en violación alguna al debido proceso, pues la entidad se pronuncia dentro de los términos contractualmente establecidos.

No se ha vulnerado el derecho de defensa del demandante, pues en su comunicación del 20 de abril de 2015 expuso las razones por las cuales no se encontraba conforme con la decisión tomada por el ICFES, las cuales fueron evaluadas por la entidad tal como se indica en la respuesta proferida el 24 de abril de 2015.

Aunque no se realizaran audiencias, reuniones o sesiones, no se evidencia que el contratista no haya sido escuchado o que la Entidad no haya estudiado sus argumentos.

En suma:

- i) Ni la cláusula ni el Manual de Contratación requiere que para el desarrollo de la etapa de arreglo directo se realicen actos presenciales, tales como audiencias, sesiones o reuniones, basta que haya una comunicación directa e idónea para la revisión de las posiciones de las partes, situación que se cumple perfectamente a través de comunicaciones escritas.
- ii) El procedimiento efectuado fue rápido, inmediato y con participación directa de las partes.
- iii) Los plazos y formas establecidas en la cláusula pactada fueron cumplidos por parte del ICFES.

Es distinto que las partes no hayan podido alcanzar algún acuerdo, lo cual no es requisito de la etapa de arreglo directo.

Existió entonces una etapa en la cual las partes mediante comunicaciones escritas plasmaron sus posiciones, las revisaron, fueron revisados sus argumentos, sin que se haya alcanzado acuerdo, de forma que tal etapa quedó agotada.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 16

3.3.4 INCONGRUENCIA EN LA SOLICITUD DEL CONTRATISTA PARA DAR TRÁMITE A LA ETAPA DE ARREGLO DIRECTO

No hay congruencia entre lo solicitado en la etapa de arreglo directo y en la demanda, pues allí se solicitó la cancelación de los perjuicios causados con la terminación unilateral del contrato, los cuales fijó en la suma de \$47.689.398 incluido IVA.

De ello se infiere que el propósito del contratista era solamente obtener una indemnización de perjuicios, sin que buscara el arreglo directo para los fines y objetivos que realmente tiene.

3.3.5 NULIDAD Y EFICACIA DE LA CLÁUSULA DE TERMINACIÓN

La parte actora considera que el Literal a) de la Cláusula Décima Séptima del Contrato es ineficaz de pleno derecho, pues considera que la facultad de la Administración para dar por terminado el contrato de forma unilateral está viciada de nulidad. El demandante no precisa el tipo de nulidad (absoluta o relativa), ni el tipo de ineficacia alegada, bajo el entendido que ambas figuras son distintas, de forma que denota la falta de técnica jurídica de la solicitud. Agrega que existe abuso por parte de la entidad y posición dominante.

La demandada precisa que la Cláusula Décima Séptima del contrato ni es abusiva ni ineficaz ni nula, pues no se configuran los presupuestos de la nulidad (objeto ilícito, incapacidad absoluta de alguna de las partes o falta de alguna solemnidad requerida por la ley para la validez del acto jurídico en consideración a su naturaleza) o de la ineficacia (sanción con la que el ordenamiento castiga los actos que violan las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, y se configura en los expresos casos que la ley indique, teniéndose como si no se hubieran pactado).

La parte actora sostiene que la cláusula resulta nula en tanto no se contaba con la capacidad para su suscripción en tanto se exceden las posibilidades que plantea el manual de contratación del ICFES, lo cual a juicio de la parte demandada no se ajusta a la realidad, pues la cláusula se ajusta al ordenamiento jurídico

Las cláusulas contenidas en los contratos de prestación de servicios pueden ser consideradas como atípicas, pues no se encuentran reguladas por la ley aunque el contrato sea nominado, siendo entonces la voluntad autónoma de las partes la que sustenta tales estipulaciones.

La cláusula cuestionada prevé la posibilidad de que cualquiera de las partes termine el contrato de forma autónoma previo aviso con 15 días de antelación, lo cual no transgrede los límites de la autonomía privada de la voluntad o va en contra de su función social.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-154 de 1997 ha señalado que las características del contrato de prestación de servicios son las siguientes:

- a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 17

- b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico constituye elemento esencial de este contrato.
- c. La vigencia del contrato es temporal y por tanto su duración debe limitarse al tiempo necesario para la ejecución del mismo.

Dado que el contrato tiene como objeto la prestación de servicios en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona, resulta obvio que tal acuerdo es intuitu personae, por lo cual la autonomía e independencia de las labores puede considerarse como de confianza. La libertad de acción así como la autonomía e independencia y la confianza son la causa del negocio jurídico.

Si bien el contrato de prestación de servicios no cuenta con una regulación específica, en los artículos 2066 y siguientes del Código Civil se encuentra regulado el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, cuyo objeto y características son similares a las del contrato de prestación de servicios, el cual prevé la posibilidad de que cualquiera de las partes lo de por terminado cuando quiera o con el desahucio que se hubiere estipulado. Cuando la retribución consiste en prestaciones periódicas, cualquiera de las dos partes deberá dar noticia a la otra de su intención de poner fin al contrato, aunque en este no se haya estipulado desahucio. Lo mismo ocurre en el contrato de mandato.

Siendo la autonomía y la independencia características propias del contrato de prestación de servicios, la confianza es la base esencial para su celebración por lo que la posibilidad de las partes puedan darlo por terminado es totalmente admisible y compatible con el ordenamiento jurídico colombiano.

En todo caso, si la terminación unilateral (resiliación) ha sido pactada por las partes en virtud del ejercicio de la autonomía privada e incorporada en una cláusula, resulta indiscutible su legalidad. Esta cláusula ha sido incluida en los múltiples contratos suscritos por el accionante con el ICFES sin que hubiere manifestado alguna objeción al respecto, lo cual resulta destacable dado que se trata de un profesional del derecho.

No existe violación a norma imperativa o al orden público, puesto que la cláusula responde a la confianza propia del contrato de prestación de servicios, de la misma forma como ocurre con el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.

No se trata de un evento de terminación unilateral del contrato, sino que la terminación obedece a un evento concertado por las partes, siendo entonces bilateral, pues se soporta en el acuerdo previo para que así ocurra.

3.3.6 FALTA DE ELEMENTOS QUE DEMUESTREN QUE EL LITERAL A) DE LA CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ES ABUSIVA Y, POR ENDE, INEFICAZ

No enuncia el contratista cual es la norma que consagra expresamente la ineficacia de la supuesta cláusula abusiva, cuya imposición vulnera además el principio de buena fe.

La posición contractual de la administración no configura *per se* abuso de ella, pues debido a las relaciones jurídicas en masa, una de las partes es quien redacta y propone las cláusulas contractuales. Se hace necesario demostrar que la posición fue aprovechada para imponer estipulaciones contractuales que se puedan tener



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 18

como abusivas y que tal situación se produjo debido a la imposibilidad de la parte débil para discutir el clausulado contractual.

Sin embargo, ello se desvirtúa en tanto en la Cláusula Sexta del Contrato el contratista manifiesta lo siguiente:

"CLÁUSULA SEXTA. DECLARACIONES DEL CONTRATISTA. El contratista hace las siguientes declaraciones:

6.1 Conoce y acepta los Documentos del Proceso.

6.2 Tuvo la oportunidad de solicitar aclaraciones y modificaciones a los Documentos del Proceso y recibió del ICFES respuesta oportuna a cada una de las solicitudes.

6.3 Se encuentra debidamente facultado para suscribir el presente contrato.

6.4 Que al momento de la celebración del presente contrato no se encuentra en ninguna causal de inhabilidad e incompatibilidad.

6.5 Está a paz y salvo con sus obligaciones laborales y frente al sistema de seguridad social integral.

6.6 El valor del contrato incluye todos los gastos, costos, derechos, impuestos, tasas y demás contribuciones relacionados con el cumplimiento del objeto del presente contrato."

Se tiene entonces que el contratista conocía los documentos contractuales, incluyendo las estipulaciones contractuales y tuvo la oportunidad de discutir el clausulado, sin que obre alguna constancia de que se haya manifestado alguna objeción respecto de la cláusula que ahora reprocha.

Además de lo anterior, en los contratos suscritos anteriormente por el accionante esta cláusula se había incluido sin que alguna vez hubiere planteado alguna observación o desacuerdo a pesar de las oportunidades para el efecto.

El accionante en su calidad de abogado y especialista en Derecho Público y en Contratación Estatal, había conocido y analizado los términos contractuales incluidos en los acuerdos de voluntades que empleaba el ICFES, pues corresponden a proformas utilizadas por la entidad pública en los contratos de prestación de servicios sin que se hubiere presentado alguna objeción por parte del ahora demandante.

Entre las labores desempeñadas por el accionante figura la revisión y aprobación de pólizas sobre contratos de prestación de servicios durante los años 2014 y 2015, situaciones que requieren el conocimiento del contrato de prestación de servicios amparado y sin que hubiere presentado algún comentario.

Además de lo anterior, en la aceptación a presentar oferta del 27 de enero de 2017, el contratista manifiesta su aceptación para presentar oferta "de acuerdo a las condiciones que se encuentran contenidas en la requisición No. 48 del 05/01/2015, con todos sus anexos". Es decir que el contratista acepta las condiciones contractuales en forma expresa sin plantear algún reproche.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 19

En cuanto a la cláusula abusiva, esta debe implicar un desequilibrio de naturaleza jurídica o económica injustificado y significativo, lo cual puede reflejarse, entre otras, de las siguientes maneras:

- Limitación de la responsabilidad
- Renuncia de derechos
- Carga de la prueba
- Traslado de responsabilidad
- Facultades extraordinarias
- Presunciones no establecidas en la ley

Al tener ambas partes la posibilidad de dar por terminado el contrato, no puede estructurarse un desequilibrio entre ellas, pues si el contratista hubiera hecho uso de la misma, surge el interrogante si también la consideraría abusiva. Esta estipulación garantizaba al contratista la posibilidad de dar por terminado el contrato sin que se produjera incumplimiento.

No puede predicarse mala fe por parte de la Administración, pues el contratista ya había celebrado contratos en el mismo sentido y a su conocimiento calificado, conocía el contenido y alcance de la cláusula ahora reprochada.

3.3.7 INEXISTENCIA DE NULIDAD E INEFICACIA. TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS Y BUENA FE

De conformidad con la teoría de los actos propios, no puede un litigante fundamentar su postura invocando hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asumir una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior, lo que entraña una inadmisibilidad o veda de ir contra los propios actos y constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad reconocida al sujeto que luego pretende variar su comportamiento.

Este principio se encuentra íntimamente ligado al de buena fe, pues se entiende que el contratante adecúa su conducta a los postulados de la probidad y de la lealtad, de manera que no puede una persona deprecar contra sus propias conductas o hechos, pues ello implica una vulneración del principio de buena fe.

3.3.8 EXISTENCIA DE MALA FE POR PARTE DEL DEMANDANTE AL NO INDICAR

Contraviene el contratista sus propios actos, pues conocía, había aceptado y ejecutado previamente contratos con idéntico contenido y a pesar de sus condiciones profesionales, lo cual va en contra de los actos propios y de la buena fe contractual. Por el contrario, la voluntad del contratista se manifestó al suscribir varios contratos con la misma cláusula sin haber manifestado alguna vez su inconformidad.

3.3.9 EXISTENCIA DE MALA FE POR PARTE DEL DEMANDANTE AL EXISTIR UNA RECLAMACIÓN DE ÍNDOLE LABORAL

El 24 de febrero de 2014 el demandante presentó solicitud de declaración de existencia de una relación laboral respecto del contrato de prestación de servicios ejecutado en 2014.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 20

El 21 de junio de 2016 el demandante radicó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación, solicitando la declaratoria de existencia de una relación de carácter laboral con el ICFES.

No se entienden las razones para que al mismo tiempo el demandante solicite la nulidad de una cláusula contractual y la declaración de la existencia de una relación laboral, conducta que evidencia la mala fe con la que viene actuando.

3.3.10 COMPETENCIA Y MANUAL DE CONTRATACIÓN

El argumento central del accionante y del cual derivarían la nulidad e ineficacia de la cláusula consiste en que la Administración "excedió la facultad otorgada por el Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y el Artículo 48 del Manual de Contratación" del ICFES sin que la autonomía de la voluntad pueda servir de soporte.

Incorre el accionante en error de considerar a la Cláusula Décima Séptima como excepcional, a pesar de que no incluye una prerrogativa para una sola de las partes, sin que se prevea además para su aplicación que deba declararse incumplimiento.

La Cláusula mencionada no excede o contraviene en alguna forma el manual de contratación.

3.3.11 ABUSO DEL DERECHO Y LA CLÁUSULA DE TERMINACIÓN

Considera la parte actora que no se estructura el abuso del derecho que invoca la parte demandante en tanto esta figura solo aplica al ejercicio por parte de su titular con el fin de dañar a otro¹¹.

Según la Sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional, se comete abuso del derecho cuando ha sido adquirido de forma legítima, pero su titular:

- a. Se aprovecha para fines no queridos por el ordenamiento jurídico
- b. Se aprovecha de la interpretación de normas o reglas, para fines o resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico
- c. Hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines
- d. Invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue

Para la Corte Suprema de Justicia, se presenta abuso del derecho cuando:

"por la existencia, ab initio, de una acción permitida por una regla, sólo que, por contrariar algún principio de trascendental connotación social, como la moralidad del acto, la buena fe y otros semejantes, termina convirtiéndose en una conducta del todo injustificada y, por contera, constitutiva de un perjuicio"¹².

No existe abuso del derecho por parte del ICFES en tanto no carece de competencia para pactar la cláusula como lo afirma el demandante, pues debe tenerse en cuenta

¹¹ JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR. Contratos Mercantiles, Teoría General del Negocio Mercantil, Décimo Tercera Edición Actualizada. 2012. Pág. 42

¹² Sentencia de Casación REF.: 11001-3103-027-2005-00590-01 M.P Cesar Julio Valencia Copete



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 21

que se trata de un contrato en donde la confianza es elemento esencial de forma que cualquiera de las partes puede terminarlo en cualquier momento, razón por la cual se incluye una estipulación de esta naturaleza en un contrato de prestación de servicios.

Al hacer uso de la misma, el demandado no ha actuado con el propósito de dañar sino de conformidad con la naturaleza del negocio jurídico, siendo además una cláusula común en múltiples contratos nominados y típicos.

Esta cláusula protege tanto los intereses de la Administración como del contratante, permitiendo su terminación sin que se configurara incumplimiento.

3.3.12 CLÁUSULA DE TERMINACIÓN, INTERPRETACIÓN Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN

Considera la parte actora que la Cláusula resulta ambigua acerca de la antelación de los 15 días, pues desconoce si se trata de aquellos anteriores a la finalización del periodo contractual u otro término, por lo que debe ser interpretada en su favor.

La lectura del Literal a) de la Cláusula Décima Séptima permite en forma clara concluir que otorga a cualquiera de las partes la facultad para dar por terminado el contrato, comunicando tal decisión a la otra, 15 días antes del momento de la terminación.

No existe duda acerca de a que se refiere la Cláusula cuando indica: "antelación a su finalización", puesto que la cláusula otorga a ambas partes la facultad de dar por terminado el contrato el cualquier momento, esos 15 días son antes de dicho momento.

No es admisible la interpretación que hace el contratista, pues no tendría razón de ser la facultad de terminar el contrato en cualquier tiempo si esos 15 días son la antesala al cumplimiento del término pactado. En tal caso no aplicaría tal causal de terminación, sino que simplemente el contrato terminaría por el vencimiento de su plazo pactado.

Son causales distintas la terminación del contrato cuando alguna de las partes lo tenga a bien, de conformidad con lo pactado, y la llegada del vencimiento del término. La contenida en el Literal a) hace referencia en forma clara a la primera causal.

3.3.13 INEXISTENCIA DE DAÑO RESARCIBLE

Pretende el contratista el pago de honorarios dejados de percibir junto con intereses de mora e indexación por un total de \$47.714.512.

Para que el daño sea resarcible, debe cumplir con los requisitos para su configuración, debe ser directo, personal y cierto, debe ser resarcible, lo cual significa que de existir un bien jurídico o interés jurídicamente protegible que haya sido quebrantado con la conducta reprochada. El daño debe ser antijurídico para que sea resarcible.

Debe determinarse entonces si la terminación del contrato produce un daño antijurídico o si ello vulnera un bien o interés jurídico protegido.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 22

En toda relación contractual confluyen varios intereses y bienes jurídicos tales como la buena fe, la confianza legítima, la autonomía privada de la voluntad y la libertad para obligarse, y dado que la cláusula reprochada no reúne los requisitos para ser considerada como exorbitante ni se carece de competencia por parte del ICFES para pactarla por cuanto no es necesario que sea ello contemplado expresamente por el Manual de Contratación, ni se estructuran la nulidad y la ineficacia de la cláusula, ni el abuso del derecho y la voluntad del contratista en obligarse conforme a ella, se concluye que este último ha vulnerado el principio de buena fe, al contradecir sus actuaciones y declaraciones, y enjuiciar una estipulación contractual aceptada sin objeciones en múltiples oportunidades.

La declaración del contratista no se produce solamente en los contratos, sino en las aceptaciones a las ofertas realizadas por el ICFES, estando de acuerdo con las estipulaciones contractuales.

No existe entonces antijuridicidad del daño, pues la buena fe, la confianza legítima, la autonomía privada de la voluntad y la libertad para obligarse fueron ampliamente observadas. Aunque la Administración la hubiese aplicado, no conlleva daño o lesión a tales bienes jurídicos, pues fue pactado de esa forma válidamente.

3.3.14 CADUCIDAD

Ha operado la caducidad respecto de la petición de nulidad de los oficios emitidos por la Secretaría General el 13 y el 24 de abril de 2015, pues tal pretensión es propia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que debían ser demandados en nulidad dentro de los 4 meses siguientes a su notificación, tal como lo prevé el Literal d) del Numeral 2 del Artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues se trata de actos de naturaleza particular.

3.3.15 IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN AL MISMO TIEMPO

Considera la parte accionada que la indexación y la mora son fenómenos jurídicos que obedecen a causas jurídicas disímiles. En efecto, la indexación busca mantener el poder adquisitivo en tanto la mora tiene un carácter indemnizatorio y subjetivo.

El interés moratorio contiene la indexación de la deuda, por lo que pretender el pago de indexación y el pago de intereses moratorios se torna en el doble cobro de la misma obligación.

4. TRÁMITE

La demanda fue admitida mediante auto del 30 de junio de 2016.

La audiencia inicial tuvo lugar el 30 de mayo de 2017 con la asistencia de las partes.

La audiencia de pruebas se realizó el 4 de julio de 2017.

El expediente entró al Despacho para fallo el 26 de julio de 2017.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 23

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En la oportunidad para alegar de conclusión las partes se pronunciaron de la siguiente forma:

5.1 PARTE DEMANDANTE

El alegato de conclusión de la parte demandante obra a folios 210 y siguientes del expediente.

Respecto de los hechos probados, considera que está demostrada la celebración del contrato, su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2015, la ejecución sin contratiempo del contrato así como su recibo a satisfacción por la supervisora, la terminación unilateral el 13 de abril de 2015 sin que en la etapa de arreglo directo se alcanzara algún acuerdo y que el contrato no fue liquidado.

Considera que el contrato está afectado de nulidad en tanto se incluyó una cláusula de terminación unilateral con desconocimiento de lo señalado en el Manual de Contratación e incluyendo una cláusula exorbitante para cuya aplicación se requiere de las formas y procedimientos previstos en el Estatuto General de la Contratación pública.

La terminación unilateral del contrato supone un abuso del derecho, pues no se produjo algún incumplimiento que autorizara tal medida, desconociendo la entidad el deber de observar los principios de moralidad y garantía de los derechos de los administrados y de los contratistas en todos los regímenes de contratación tanto pública como privada.

Si se acoge la tesis de que el contrato se rige por normas de derecho privado, se tiene que la entidad no puede adoptar decisiones irrazonadas o fundadas en su solo capricho, pues siempre se debe atender el objetivo de servicio al interés general, por lo que en el presente caso se produce un típico abuso de poder, una actuación contraria a la buena fe, prevista en los artículos 1603 del Código Civil, 871 del Código de Comercio y 83 de la Constitución Política.

Se tiene entonces que la causal de terminación unilateral contenida en la Cláusula Décima Séptima del contrato está viciada de nulidad absoluta por abuso de poder, que contraría el principio de buena fe conforme a lo dispuesto en el Numeral 8 del Artículo 24 y en el Numeral 3 del Artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Si se acoge la tesis de que la terminación unilateral es una cláusula excepcional y por ello es necesario dar aplicación a las normas de la contratación estatal, se tiene que conforme a ellas se requiere como presupuesto fáctico el incumplimiento y como requisito formal el debido proceso, tal como lo prevé el Artículo 61 de la Ley 1150 de 2007.

Se ha desconocido el principio de transparencia contenido en el Artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y se ha configurado la causal de nulidad absoluta prevista en el Numeral 3 del Artículo 44 de la ley atrás mencionada en tanto se ha celebrado el contrato con desviación o abuso de poder.

La actuación del ICFES contraría el ordenamiento jurídico al no respetar ni los procesos ni los procedimientos de ley para la terminación unilateral del contrato.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 24

Además de lo anterior, al momento de inadmitir la demanda se solicitó el acta de liquidación del contrato, esta no se ha efectuado y no consta que la parte actora de alguna forma haya incumplido con su obligación.

Destaca que conforme lo previsto en el contrato, este solamente debía liquidarse únicamente cuando exista un saldo a favor de alguna de las partes, correspondiendo al supervisor enviar el informe final a la Subdirección de Abastecimiento y Servicios Generales para proyectar y suscribir el acta de liquidación, una vez se termine el plazo de ejecución del contrato.

Se infiere de esta cláusula que el acta de liquidación debía ser presentada únicamente por el supervisor del contrato y una vez terminara su plazo de ejecución, lo cual debe entenderse como únicamente al 31 de diciembre de 2015 y no antes. No podía el ICFES conforme a sus normas, variar la duración del contrato de forma arbitraria, pues ello desborda la seguridad jurídica que debe primar en las relaciones contractuales en las que es parte. La interpretación que de la cláusula hizo el ICFES comportó la vulneración del Artículo 48 del Manual de Contratación.

La Supervisora del contrato certificó lo siguiente:

"ASÍMISMO, EN MI CALIDAD DE SUPERVISOR DEL CONTRATO CERTIFICO CON MI FIRMA LO SIGUIENTE:

- 1. Que los productos y/o servicios relacionados se recibieron a satisfacción, se realizaron durante el periodo referido, y se encuentran detallados en el informe presentado por el contratista, el cual reposa en la carpeta de supervisión del contrato.*
- 2. Que el Contratista anexa evidencia de pago al sistema de seguridad social y parafiscales.*
- 3. Que recibido el bien o servicio a satisfacción considero procedente que se realice el desembolso o pago y se da el visto bueno correspondiente".*

Se concluye que el ICFES no respetó el plazo de ejecución del contrato, el cual se extendía hasta el 31 de diciembre de 2015 y el cumplimiento del contratista respecto de sus obligaciones resulta evidente en cualquier régimen de contratación, tanto pública como privada.

5.2 PARTE DEMANDADA

El alegato de conclusión de la parte demandada obra a folios 194 y siguientes del expediente.

5.2.1 PROBLEMAS JURÍDICOS

A juicio de la parte demandada en el presente caso se extraen los siguientes problemas jurídicos:

¿Es el literal a) de la cláusula décima séptima del contrato de prestación de servicios No. 121 de 2015 una estipulación excepcional o exorbitante?

¿Se encuentra contemplada la cláusula en el Manual de Contratación del ICFES?

¿Es ilegal una disposición contractual que no se encuentre en el Manual de Contratación?

¿Es abusiva la cláusula pactada?



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 25

¿Es el objeto de la cláusula ilícito?

¿Existió abuso del derecho por parte del ICFES en la aplicación de la cláusula?

¿El supuesto daño reclamado por el contratista es resarcible?

La entidad accionada sostiene que conforme el régimen privado de contratación propio del contrato la estipulación contenida en el Literal a) de la Cláusula Décima Séptima del Contrato de Prestación de Servicios 121 de 2015 no es excepcional o exorbitante, pues deriva del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes y cualquiera de ellas podía hacer uso de la misma.

Al no estar sometida la Entidad al régimen público de contratación, no se hace necesario agotar el procedimiento para la terminación unilateral del contrato así como tampoco le aplican las causales para la terminación unilateral que derivan del incumplimiento.

Cita apartes de sentencias proferidas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado con ponencia del Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA dentro de los radicados 05001-23-31-000-2003-04466-02(56562) y 19001-23-31-000-2007-00147-01(41783) el 20 de febrero de 2017 y el 24 de agosto de 2016 respectivamente.

Reitera que en tanto cualquiera de las partes puede hacer efectiva la cláusula, esta no es exorbitante. No existe autotutela y dado que el ICFES está sometido a un régimen de contratación privado, no es viable la inclusión de cláusulas excepcionales.

En tanto no se trata de una cláusula exorbitante, no se requiere habilitación legal para su estipulación y aplicación, de forma que el ICFES no ha transgredido el principio de legalidad.

La aplicación de la cláusula no comporta en modo alguno declaración de incumplimiento parcial o total de las obligaciones contractuales, por lo que no se trata de una capacidad del sujeto contratante para tutelar sus propios intereses en vía declarativa o ejecutiva, sin necesidad de acudir al juez.

La cláusula de terminación se encuentra autorizada debidamente por el Manual de Contratación del ICFES, pues cuando se trata de entidades con régimen especial o privado, pueden estas adoptar su Manual de Contratación por autorización de la Ley 1324 de 2009, desarrollado por el Numeral 4º del Artículo 6º del Decreto 5014 de 2009.

El ICFES adopta su Manual de Contratación mediante el Acuerdo No. 0014 de 2011, modificado por el Acuerdo No. 016 de 2012.

En el caso de las entidades no sometidas a la Ley 80 de 1993, el Manual de Contratación puede ser mucho más amplio, pues no se encuentra sometido a los procedimientos o reglas propios de la contratación estatal. Ello sin perjuicio de la aplicación y guía de los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Es un acto administrativo de carácter general, cuyas disposiciones no tienen como fin regular de forma específica el clausulado de cada contrato, sino establecer criterios generales para su celebración.

En cuanto a las estipulaciones contractuales que pueden pactarse, prima como en cualquier régimen privado de contratación la autonomía de las partes, con las limitaciones que imponen el orden público y las buenas costumbres.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 26

Se entiende entonces regulado el contrato mediante la autonomía de la voluntad de las partes, completada con las normas civiles y comerciales aplicables, sin que corresponda al Manual de Contratación el regular cada aspecto del clausulado de los contratos a celebrar. La contratación del ICFES se rige por un sistema privado de contratación, siendo esa la autorización legal con la que se soportan los contratos que celebra esta entidad.

Se tiene entonces que no es cierto que las cláusulas plasmadas en el contrato tengan que estar necesariamente señaladas en el Manual de Contratación, pues se necesitaría que el Manual reprodujera todo el ordenamiento legal conforme el tipo de contrato a celebrar, lo cual desdibuja el propósito de una norma de estas características.

El Manual de Contratación es una norma general que no puede prever todas y cada una de las situaciones que se presenten y dado que es la autonomía de la voluntad la principal fuente de derecho, no puede regular el Manual de Contratación cada aspecto de ella.

En todo caso, el Artículo 48 del Manual de Contratación prevé entre las posibilidades de terminación del contrato el que se produzca por común acuerdo entre las partes, de forma que siendo la Cláusula Décima Séptima una que prevé la forma de terminación, no puede considerarse que carezca de respaldo en el Manual de Contratación.

5.2.2 EXISTIÓ UN DEBIDO AGOTAMIENTO DE LA ETAPA DE ARREGLO DIRECTO

Sostiene la accionada que se agotó debidamente esta etapa mediante el intercambio de comunicaciones escritas entre las partes, sin que pueda considerarse que no se agotó debidamente dado que no se prevé un procedimiento específico para el efecto.

La Cláusula Décima Cuarta del Contrato prevé lo siguiente:

"Las controversias o diferencias que surjan entre el Contratista y el ICFES con ocasión de la firma, ejecución, interpretación, prórroga o terminación del contrato, así de cómo cualquier otro asunto relacionado con el presente contrato, serán sometidas a la revisión de las partes para buscar un arreglo directo, en un término no mayor a cinco (5) días hábiles a partir de la fecha en que cualquiera de las partes comunique por escrito a la otra la existencia de la diferencia."

De la cláusula se deduce lo siguiente:

- i) La comunicación que da inicio a la controversia debe hacerse por escrito
- ii) Durante los 5 días siguientes a la comunicación, las partes revisarían la situación con el fin de buscar un arreglo directo

No se ha producido violación del debido proceso, pues como consta en el expediente, el 13 de abril de 2015 la Secretaría General del Icfes comunica al demandante que de conformidad con lo estipulado en el Contrato se haría uso de la terminación del contrato. En respuesta a dicha comunicación, el 20 de abril de 2015 el demandante informa que no se encuentra conforme con la situación, por lo que pide se aplique la cláusula décima cuarta de solución de controversias, solicitando además la cancelación de los perjuicios que surjan de la terminación unilateral del contrato y que estima en la suma de \$47.689.398 incluido IVA.

El 24 de abril de 2015 la entidad se pronuncia indicando que no es procedente el pago de perjuicios, dando por agotado el trámite de arreglo directo. La comunicación se dio por escrito y dentro de los cinco días siguientes el demandante manifestó su inconformidad,



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 27

iniciándose desde ese momento la revisión de la situación por las partes. 4 días más tarde el ICFES decide mantener su posición.

Ni la cláusula ni el manual de contratación exigen una forma determinada de proceder para la etapa de arreglo directo, no se menciona si debe hacerse mediante audiencias, sesiones o reuniones. La Entidad revisó su determinación por petición del demandante y dio respuesta dentro de los términos contractualmente establecidos.

No es congruente la petición del contratista para dar trámite a la etapa de arreglo directo, pues incurre en contradicción, ya que en la demanda parece que el demandante pretendía poner solución al conflicto dentro de la etapa de arreglo directo, lo cual es justamente el propósito y fin de tal procedimiento, pero en la solicitud del 20 de abril de 2015 solicitó la cancelación de los perjuicios causados con la terminación unilateral del Contrato 121-2015 y estimó su valor.

No era entonces la solución del conflicto lo que buscaba el contratista, sino simplemente reclamaba los supuestos perjuicios causados.

Respecto de la nulidad e ineficacia y la cláusula de terminación, se reproduce la argumentación que sobre el tema se incluyó en la contestación de la demanda, agregando que no existió abuso de la posición dominante.

Destaca además que en los contratos de prestación de servicios es la confianza un elemento esencial, destacando que si bien el contrato de prestación de servicios no cuenta con una regulación específica, en los artículos 2066 y siguientes del Código Civil se encuentra regulado el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, cuyo objeto y características son similares al de prestación de servicios, contemplando la mencionada norma la posibilidad de terminación por cualquiera de las dos partes cuando quiera o con el desahucio estipulado. En tratándose de prestaciones periódicas, cualquiera de las dos partes deberá dar noticia a la otra de su intención de poner fin al contrato, aunque en éste no se haya estipulado desahucio.

En aquellos contratos en que la confianza constituye el soporte medular de la relación jurídica, ha dicho la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

"tratándose de ciertos negocios jurídicos en los que -de ordinario- la confianza constituye soporte medular de la relación jurídica, como sucede en el seguro o en el mandato, entre varios, el legislador -directa o indirectamente- ha possibilitado que las partes, o alguna de ellas, en desarrollo de los lineamientos que signan la autonomía privada, particularmente del 'poder potestativo' conferido, fulminen el contrato, consagrándose así una forma particular de extinguir -o de hacer cesar- anticipadamente el vínculo contractual (revocación; distracto o desistimiento unilateral; receso, etc.), lo que se traduce en elocuente excepción o quiebre a la arraigada regla de la fidelidad contractual, objeto de comentario anterior, en la medida en que, para el logro del prenotado fin, es suficiente la declaración o exteriorización de voluntad del contratante que hace uso de ese singular derecho, en orden a que el contrato, por consiguiente, no despliegue efectos jurídicos para el porvenir (negocio abolutivo), dado que se trata, per se, de negocios de duración."¹³

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 14 de diciembre de 2001. Magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente 6230.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 28

En tanto la autonomía y la independencia son características propias del contrato de prestación de servicios, la confianza es base esencial para su celebración, por lo que la posibilidad de que las partes puedan terminarlo es totalmente admisible.

No existe violación a norma imperativa o al orden público, pues la cláusula responde a la confianza en que se encuentra inmerso el contrato de prestación de servicios, tal como se encuentra establecido en el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.

Se reitera la demandada en que la cláusula no es abusiva y el contratista aceptó libremente convenir en su contenido, destacando que se trata de un profesional del derecho con dos especializaciones. No hizo algún reproche respecto de la misma ni en la etapa de selección del contratista ni al suscribir el contrato.

Para que una cláusula pueda considerarse como abusiva, se requiere que se quebrante la buena fe y se comporte un desequilibrio entre las partes, ya jurídico, ya económico, según los derechos y obligaciones contraídos, falta de equivalencia, paridad e igualdad en el contenido del negocio o el desequilibrio.

El Artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 42. CONCEPTO Y PROHIBICIÓN. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza."

El concepto de desequilibrio jurídico o económico es el eje central del significado de la cláusula abusiva. Desequilibrio que puede reflejarse de las siguientes formas entre otras:

- i) Limitación de responsabilidad
- ii) Renuncia de derechos
- iii) Carga de la prueba
- iv) Traslado de responsabilidad
- v) Facultades extraordinarias
- vi) Presunciones no establecidas en la ley

Este desequilibrio debe ser además injustificado y significativo, lo cual no ocurre en el presente caso dado que los dos contratantes contaban con la misma posibilidad de dar por terminado el contrato. No puede hablarse de un privilegio de alguna de las partes.

No puede el contratista controvertir las estipulaciones del contrato sin desconocer el principio de la buena fe dentro de la teoría de los actos propios. Estos principios dan a entender que una persona no puede deprecar contra sus propias conductas o hechos, pues ello implica una vulneración del principio de buena fe en su acepción externa, esto es, la confianza que se tiene de que la otra persona actuará con probidad y lealtad.

Considera la demandada que la existencia de una reclamación de índole laboral constituye mala fue por parte del contratista.

Reitera la parte demandada que incurre en error el accionante al considerar que la Administración excedió la facultad otorgada por el Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y el



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 29

Artículo 48 del Manual de Contratación del ICFES sin que la autonomía de la voluntad pueda servir de soporte.

Conforme las reglas de interpretación no puede considerarse como ambigua la cláusula en cuanto a cómo debe entenderse el término de 15 días anteriores a la finalización del periodo contractual u otro término, pues necesariamente debe entenderse que se refiere al término dado el caso de que alguna de las partes resolviera dar por terminado el contrato, pues el término de vigencia inicial es conocido por ambas partes desde el principio sin que se requiera para el efecto de alguna notificación entre ellas.

INEXISTENCIA DE DAÑO RESARCIBLE

El daño para que pueda ser resarcible debe ser antijurídico, y en el presente caso la parte actora sostiene que el daño deviene de la terminación del contrato, configurándose una afectación patrimonial al no darse la continuidad del contrato de prestación de servicios.

Debe evaluarse este evento a la luz del principio de resarcibilidad, por lo que debe determinarse si la terminación del contrato produce un daño antijurídico o si este suceso vulnera un bien o interés jurídico protegido.

En el presente caso, la cláusula objeto de reproche no constituye una atribución exorbitante o excepcional a favor de la Administración, no carece el Icfes de competencia para su estipulación, por cuanto no se requiere que el Manual de Contratación lo contemple expresamente. La cláusula no es ineficaz ni nula, pues no se presentan las causales para que tales sanciones se subsuman en los enunciados fácticos que componen el presente caso. Respecto del abuso del derecho, este no se produce en virtud de la ausencia de acuerdo de las partes entre los motivos que generarían la aplicación de la cláusula. La cláusula además fue conocida y aceptada por el contratista.

Es el contratista quien vulnera el principio de buena fe al contradecir sus actuaciones y declaraciones, enjuiciando la estipulación contractual que había aceptado en múltiples ocasiones sin presentar alguna objeción o reclamo.

No existe entonces antijuridicidad del daño, pues la aplicación de la cláusula por parte de la Administración no lesiona bienes jurídicos, dado que su contenido fue pactado válidamente.

6. CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agente del Ministerio Público rindió concepto desfavorable a las pretensiones de la demanda y del cual se extraen las siguientes consideraciones:

"2. De la naturaleza del ICFES y el régimen aplicable a su contratación

De conformidad con la ley [1]324 de 2009, por la cual se fijan parámetros y criterios para organizar el sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado se transforma el ICFES, se trata de una entidad pública descentralizada del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 30

En cuanto a su régimen jurídico de contratación, se dispuso en la misma normatividad¹⁴ que los contratos que celebre el ICFES en desarrollo de su objeto se sujetarán a las disposiciones del derecho privado.

3. La naturaleza de la cláusula décima séptima, literal a pactada por el ICFES y el señor ROBERT MAURICIO GUTIÉRREZ HERRERA en el contrato 121 de 2015.

Como se indicó, la contratación del ICFES está regida por el derecho privado, por lo cual escapa al ámbito de excepcionalidad o exorbitancia dispuesto para la contratación pública, que incluye la imposición unilateral de cláusulas excepcionales.

De esta manera, prima en la contratación del ICFES, la misma regulación que si se tratara de particulares, la cual es una relación entre iguales y mediada por la voluntad de las partes.

Así, en la conformación del contrato, su diseño y desarrollo opera la autonomía de la voluntad, la cual se ha definido por la doctrina, haciendo alusión a Gérard Cornu como "La teoría fundamental según la cual la voluntad del hombre (frente a la del legislador) tiene aptitud de darse su propia ley. De allí la afirmación: la voluntad de las partes es fuente de la obligación de contratar (...) y de interpretación del contrato¹⁵."

Es en virtud de la autonomía de la voluntad que se atribuye a los sujetos contratantes la capacidad de crear derechos y obligaciones, en términos del artículo 1501 del Código Civil, determinar los elementos esenciales del convenio y disponer los elementos accidentales y naturales del mismo de conformidad con los intereses y fines legítimos que rodeen su intención negocial.

La doctrina ha identificado que dicha autonomía se traduce en tres principios fundamentales especiales: la libertad contractual, la fuerza obligatoria del contrato y sus efectos relativos, y ha definido los dos primeros, así:

"Libertad contractual. La libertad contractual consagra el derecho de los individuos a celebrar los contratos que deseen. Nadie está obligado a celebrar un contrato que no quiere. Cada uno conserva el derecho de rechazar cualquier contrato y, por el contrario, puede realizar todos los contratos que juzga útiles.

La libertad comprende también el derecho de escoger el contrato que mejor se adapta a sus necesidades y a introducirle todas las cláusulas necesarias para lograr la expresión óptima de sus intereses particulares. Las normas contractuales tienen entonces un carácter fundamentalmente supletivo, y la imaginación de las partes tan solo encuentra límite en las disposiciones imperativas.

¹⁴ Artículo 12 ley 1324 de 2009: (...) Régimen jurídico. Los actos que realice el ICFES para el desarrollo de sus actividades, estarán sujetos a las disposiciones del derecho público. Los contratos que deba celebrar y otorgar el ICFES como entidad de naturaleza especial, en desarrollo de su objeto, se sujetarán a las disposiciones del derecho privado.

¹⁵ Association Henri Capitant, G Cornu (dir, Vocabuliere Juridique, 8 ed, Paris. PUF, 2000, p 90 cit por Benavides, José Luis en El Contrato estatal entre el derecho público y el Derecho Privado, 2 edición Universidad Externado de Colombia. P 96



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 31

La tercera manifestación de la libertad contractual es la libertad de escogencia del contratista. Nadie está obligado a entrar en relación jurídica con otro.

91. fuerza obligatoria del contrato. La libertad contractual encuentra un contrapeso en la fuerza obligatoria del contrato. Si bien nadie obliga a las partes a contratar o a introducir cláusulas particulares, una vez suscrito el contrato las partes deben respetarlo. Es la fórmula del artículo 1602 del Código Civil según la cual "Todo contrato es una ley para los contratantes [..]". Y es precisamente en este artículo en el que la doctrina encontró la consagración positiva de la autonomía de la voluntad. En efecto, el empleo de la palabra ley para designar la fuerza de las convenciones permitió explicar que el acuerdo de voluntades constituía la fuerza obligatoria del contrato. Al ejercer su voluntad de manera autónoma e incluso soberana, las partes tendrían un comportamiento y poder de legisladores frente a la relación regida por el contrato. Las cláusulas contractuales no serían simples acuerdos sino verdadera ley que se impone a las partes con la misma fuerza que las leyes votadas por el Congreso para el conjunto de la población."

De esta manera se encuentra que en el marco del derecho privado y en virtud de la autonomía contractual las partes pueden insertar en el negocio jurídico las cláusulas que deseen, dentro del respeto de las normas imperativas. Y que una vez pactadas quedan obligadas a las mismas.

En cuanto a la posibilidad de pactar en los contratos regidos por el derecho privado la terminación unilateral ha sostenido la jurisprudencia¹⁶:

"De manera que, aunque el pacto de estar figuras puede aparecer como un elemento de carácter sancionatorio, ello por sí mismo no las ubica dentro del ámbito de la exorbitancia o arbitrariedad y, mucho menos en el terreno del derecho contractual administrativo, porque su fuente es la de la autónoma regulación de las relaciones negociales que cada una de las partes contratantes tiene conforme a los principios de Derecho Privado para la estructuración de sus negocios jurídicos. Esta configura la diferencia básica y primordial frente a las llamadas cláusulas excepcionales propias de la contratación pública, cuyo fundamento se haya básicamente en la prevalencia del interés colectivo de la administración, entre tanto quienes se desempeñan al amparo del derecho privado ejercen la autonomía de su voluntad en aras del interés particular del negocio y de cada uno de los contratantes."

En este marco, se tiene que el objeto contractual pactado¹⁷, es decir, sustanciación de actuaciones administrativas sancionatorias, y representación de la entidad en acciones de tutela, estaba mediado por una relación de confianza entre las partes,

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero Ponente (E): JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C. veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

¹⁷ "Prestación de servicios profesionales para apoyar al ICFES en la defensa de los intereses institucionales, a través de la sustanciación de las actuaciones administrativas sancionatorias, por irregularidades detectadas en las aplicaciones; así como atender los trámites relacionados con la atención de acciones de tutela promovidas en contra de la entidad"



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.

-SECCIÓN TERCERA-

Página 32

en virtud de la cual y ante su deterioro se entiende que pueda pactarse la terminación unilateral del contrato, mediando por supuesto un preaviso razonable.

Se observa así que la cláusula pactada en el literal a de la cláusula décima séptima del contrato 121 de 2015 surge de la autonomía del ICFES y el señor GUTIÉRREZ HERRERA, por virtud de la cual se dispuso la terminación unilateral del contrato por cualquiera de las partes contratantes.

Se estima que no es dado al contratista respecto del cual se hizo uso de la cláusula previamente pactada, condolerse de la misma, cuando en su momento, en virtud de su autonomía negocial, podía entrar a hacer observaciones respecto al clausulado del contrato. Menos aún, puede entrar a desconocer su fuerza vinculante o alegar que la misma es abusiva como quiera que estaba consagrada a favor de cualquiera de las partes y se agotó otorgando al co-contratante el plazo de preaviso estipulado por las partes para el efecto.

También se evidencia que se agotó el requisito de arreglo directo, que resiente como ausente el acto, pues el mismo no establecía un procedimiento formal, más allá de la exposición de los intereses de parte y parte, tal como se aprecia en los oficios cruzados entre las mismas."

7. CONSIDERACIONES

Pasa el Despacho a resolver el problema jurídico y a pronunciarse de fondo acerca de las pretensiones de la demanda.

7.1 TESIS DE LAS PARTES

Sostiene la parte demandante que la estipulación de terminación del contrato por voluntad de alguna de las partes y contenida en el Literal a) de la Cláusula Décima Séptima está viciada de nulidad, razón por la cual resulta inaplicable jurídicamente, derivando en responsabilidad para el demandado de indemnizar los perjuicios.

La parte demandada sostiene que la cláusula está ajustada a derecho en tanto deriva de la voluntad de las partes, siendo ello posible de conformidad con el régimen de derecho privado al que está sometido el contrato de prestación de servicios que suscribió con el accionante. El contratista la ha pactado sin hacer observaciones o alguna manifestación.

7.2 PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso se circunscribe a determinar si se configura la nulidad de las estipulaciones contractuales que permitían la terminación unilateral del contrato por cualquiera de los contratantes y contenidas en la Cláusula Décima Séptima del Contrato No. 121 de 2015.

7.3 LAS CAUSALES DE NULIDAD

La parte actora esencialmente sostiene que dicha cláusula supone un desequilibrio contractual en tanto permite al contratante incumplir el plazo estipulado sin que exista incumplimiento, lo cual se convierte en una cláusula exorbitante y abusiva.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 33

Para resolver el problema jurídico lo primero que debe tenerse en cuenta es cuál es el régimen aplicable al Contrato.

No existe controversia entre las partes respecto al régimen aplicable, correspondiéndole el de derecho privado.

En ese orden de ideas, se tiene que sus estipulaciones obedecen a la voluntad de las partes no tienen más limitaciones que las impuestas por la ley.

Sobre el particular debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia citada por el accionante no aplicaría al caso concreto, pues se refiere a terminación unilateral por incumplimiento en contratos sometidos al régimen de contratación estatal contenido en la Ley 80 de 1993 y concordantes.

Ello de conformidad con el régimen normativo al cual está sometido la entidad accionada conforme su naturaleza, tal como expresamente lo prevén las normas que regulan su funcionamiento.

Dado que la parte demandante solicita se declare la nulidad del contrato en forma parcial, debe tenerse en cuenta que en los términos del Artículo 1741 del Código Civil se requiere de la ausencia de capacidad de los sujetos intervinientes, cuando falte el consentimiento, el objeto o la causa sean ilícitos o se obre en inobservancia de las formalidades señaladas en la ley.

En estos casos, no puede predicarse la nulidad de una cláusula, sino de la totalidad del contrato.

De la lectura de la demanda, de la contestación y de las cláusulas del contrato, no puede concluirse que se configure alguna de estas causales de nulidad, pues no se evidencia que alguno de los contratantes fuera incapaz, incurriera en vicio del consentimiento, se configuren causa u objeto ilícitos o se hubiere desconocido alguna formalidad legal.

Ahora bien, interpretando que el accionante pretende la ineficacia de una estipulación, se tendría que las circunstancias que para tal efecto se produzca no se han configurado, pues debe recordarse que se trata de un contrato de derecho privado, cuyas estipulaciones son ley para las partes, sin que esté demostrado que se haya desconocido la normatividad de orden superior.

Uno de los reproches que efectúa la parte actora se refiere a la inaplicación del manual de contratación, en tanto se incluye una estipulación que no se encuentra el mismo.

Ello no puede entenderse como una limitación a la capacidad contractual, pues la capacidad de los sujetos de derecho está definida en la ley, y en tanto el manual de contratación no tenga este alcance, no puede entenderse que las estipulaciones contractuales pierdan su eficacia, pues esta deviene del ordenamiento jurídico superior.

La personalidad jurídica es un derecho de orden constitucional y el alcance de la capacidad de las personas jurídicas, especialmente en materia contractual, solamente puede ser limitado por vía de ley, lo cual en el presente caso no se evidencia.

Para este Despacho, la estipulación contenida en el Numeral 1 de la Cláusula Décima Séptima del Contrato de Prestación de servicios 121 de 2015 no configura una cláusula exorbitante, pues se definió como una potestad al alcance de ambas partes y con la sola



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 34

condición de avisar con un término acerca de la terminación del contrato, es decir, no se requiere del incumplimiento.

No está demostrado que el contratista no tuviera conocimiento de la existencia del póliza, estuviera en incapacidad de comprenderla o que hubiere hecho alguna manifestación en la etapa precontractual acerca de su desacuerdo con tal estipulación.

En lo relativo a la etapa de arreglo directo, se observa que si bien no se prevé la forma en que debía adelantarse el trámite respectivo, sí existió un intercambio de correspondencia entre las partes en donde cada una de ellas planteó su posición, debiendo destacarse que el ejercicio de la cláusula no requería como requisito previo la configuración de un incumplimiento por parte de alguna de las partes, lo cual resulta pertinente si se tiene en cuenta que el objeto del contrato es la prestación de servicios profesionales de naturaleza jurídica, en donde se requiere de la confianza con el contratista.

En tanto no se requiere de justa causa para el ejercicio de la cláusula, no puede tenerse como una forma de incumplimiento por parte de quien la emplea, sea el contratista o el contratante, pues justamente la estipulación implica eso, que las partes no requieren de causa para la terminación del contrato, siendo solamente necesario el aviso a la otra con cierta anticipación.

No puede ser de recibo la interpretación que hace el contratista en el sentido de que debe entenderse el término de 15 días como aquellos previos a la terminación del contrato en el plazo inicialmente pactado, pues no tendría sentido una estipulación de esta naturaleza en tanto no se trata de un contrato con prórroga automática.

Se pide además la declaración subsidiaria de que la terminación del contrato por parte del ICFES se produjo de forma arbitraria e ilegal o también en forma subsidiaria que se declare que la cláusula es de contenido ambiguo, confuso e impreciso, debiendo interpretarse en contra de la entidad demandada.

Sobre el particular resulta que no puede tenerse por demostrado que la terminación del contrato haya sido de forma ilegal, en tanto está amparada por una causal pactada por ambas partes de forma libre en ejercicio de la autonomía de la voluntad, por sujetos capaces y con pleno consentimiento, pues no se ha desvirtuado este aspecto esencial de la relación contractual y necesario para su existencia.

Es de entenderse que si se discute la capacidad y el consentimiento del contratista, pues no habría podido contraer válidamente obligaciones en virtud de este y otros contratos suscritos con el ICFES, por lo que en definitiva no resulta posible tener por configurada la causal de nulidad invocada.

La lectura de la cláusula no permite concluir que su contenido sea ambiguo, confuso e impreciso, pues es clara en cuanto a que ambas partes tienen la potestad de dar por terminado el contrato dando el preaviso respectivo, situación que no ofrece más posibilidad de interpretación de forma que pueda considerarse como de difícil o confusa interpretación.

En cuanto a la posibilidad de interpretar la cláusula en contra del contratante, se tiene que en el presente caso no se trata de un contrato de adhesión con cláusulas que las partes no tuvieran oportunidad de discutir, debiendo reiterarse que no se presenta alguna constancia probatoria acerca de alguna manifestación del contratista al momento de obligarse mediante la suscripción del acuerdo de voluntades, acerca de su inconformidad con la estipulación.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 35

7.4 ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Sobre la interpretación de los contratos sometidos al derecho privado ha dicho el Consejo de Estado en cuanto al alcance de sus estipulaciones lo siguiente:

"También se encuentra demostrado que las partes a través de la cláusula sexta del contrato convinieron que todas las estipulaciones contenidas en el pliego de condiciones harían parte integral del contrato, que la ahora demandada requirió al accionante en diversas oportunidades para que fijara los términos de la liquidación bilateral y firmara el acta respectiva, sin que éste lo hubiera hecho, razón por la cual la accionada procedió a expedir las Resoluciones que ahora se impugnan.

Así las cosas, bajo el entendido de que la liquidación unilateral es una facultad que no implica el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común, resultaba totalmente válido que las partes, en ejercicio de su autonomía dispositiva o negocial, estipularan que la ahora demandada podía proceder a liquidarlo unilateralmente, ante la falta de acuerdo para hacerlo bilateralmente, pues tal acuerdo no transgredía normas de carácter imperativo y no se afectó la prestación del servicio público objeto del contrato.

Con otras palabras, teniendo en cuenta que el ejercicio de la facultad de liquidación unilateral por parte de la entidad, podía convenirse en desarrollo del postulado de la autonomía dispositiva o negocial, que además se previó en el contrato y que dicha estipulación no comporta la transgresión de una norma imperativa, es conclusión obligada que no son nulas previsiones en ese sentido del pliego de condiciones, ni las similares del contrato, ni las resoluciones que con ese fundamento se expedieron."¹⁸

De la lectura del aparte citado se desprende que el alcance de las estipulaciones contractuales entre las partes en tanto no vulneren el ordenamiento superior resultan vinculantes, lo cual en el presente caso deviene del ejercicio de la autonomía de la voluntad en desarrollo del régimen contractual privado que es el aplicable al caso concreto.

7.4 CONCLUSIÓN

La conclusión a la que se llega en el presente caso y que constituye la solución al problema jurídico, es que no está demostrada la configuración de la nulidad del contrato, figura que no aplicaría en forma parcial, así como tampoco la inaplicabilidad de la estipulación contenida en el Literal A de la Cláusula Décima Séptima del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 121 de 2015.

No está demostrado que con su estipulación se vulneraran normas de orden legal que impidan reconocerle alcance a la cláusula, así como tampoco el que su ejercicio derive en incumplimiento en tanto no se fijaron causales para su empleo, solamente la condición de avisar a la contraparte con determinado tiempo de anticipación, lo cual se cumplió.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCION C - Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA - Bogotá D.C.; veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). - Radicación número: 05001-23-31-000-2002-04432-01(56939) - Actor: ARIEL AGUIRRE OCAMPO - Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P - Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 36

No se demostró que no se hubiere agotado en debida forma la etapa de arreglo directo, figura que además está prevista ante el incumplimiento, como un mecanismo de composición de la ejecución del contrato.

La cláusula fue convenida por ambas partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, por lo que siendo vinculante, en este caso corresponde al contratista el soportar sus efectos, sin que por ello se encuentre vulnerado el ordenamiento jurídico. En este sentido se acogen además las observaciones que hace el Ministerio Público al momento de rendir su concepto.

7.5 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

Se denegarán las pretensiones de la demanda.

7.6 CONDENAN EN COSTAS

Se condenará en costas a la parte demandante. Se liquidarán por Secretaría.

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sesenta Administrativo del Circuito de Bogotá, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Denegar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante. Líquidense por Secretaría.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos de Bogotá para su archivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ALEJANDRO ALDANA BONILLA
Juez