



Concepto Sala de Consulta C.E. 1263 de 2000 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO - Régimen de contratación

En consecuencia, por voluntad del legislador, ni los principios de la contratación estatal, ni normas distintas a las que regulan las cláusulas exorbitantes, deben aplicarse obligatoriamente por las empresas sociales del Estado. Es forzoso concluir entonces, que el régimen de contratación de estas empresas es de derecho privado, con aplicación excepcional de las cláusulas mencionadas. Sin embargo, estima pertinente aclarar que cuando tales empresas, hipotéticamente tuvieran que celebrar los contratos a que se refiere el artículo 32 de la ley 80, no es pertinente dar aplicación a disposiciones distintas a las de derecho privado. Con todo, que el estatuto contractual no se aplique sino en punto a las cláusulas excepcionales, conforme al numeral 6º del artículo 195 de la ley 100, no significa que los administradores y encargados de la contratación en las empresas en cuestión, puedan hacer caso omiso de los preceptos de los artículo 209 de la Constitución, 2º y 3º del C.C.A. Este último precepto (artículo 209 C.P.), regula el alcance y contenido de cada uno de los principios mencionados; a estos y a las demás disposiciones deberán los administradores de las empresas sociales del Estado ajustar su actividad contractual. En igual forma y en desarrollo de los mismos preceptos, los principios universales - asociados al interés general -, contenidos en la ley 80 de 1993 y relacionados con los fines de la contratación estatal, con los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas, la capacidad, así no estuvieran vertidos en mandatos legales, deben presidir la contratación en las empresas mencionadas, pues son postulados que tocan con la moralidad, la continuidad y prestación eficiente de los servicios públicos, y con la garantía de los derechos de los administrados-usuarios. Del mismo modo, la responsabilidad de los administradores de las empresas sociales del Estado, se regirá directamente por las previsiones del artículo 90 de la Constitución, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50 de la ley 80, que recoge parcialmente los alcances del precepto constitucional.

NOTA DE RELATORIA: Consulta 1127 de 20 de agosto de 1998

Autorizada su publicación con oficio 00340 de mayo 8 de 2000.

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO - Alcance de las cláusulas exorbitantes en la contratación / REGIMEN DE CONTRATACION DE DERECHO PRIVADO - Cuando se aplica a contrato estatal, no restringe alcance del principio de prevalencia de interés general

Si bien los contratos están sujetos al derecho privado por disposición legal, la facultad discrecional de pactar las cláusulas exorbitantes dota, a los administradores de las Empresas Sociales del Estado, de herramientas especiales para garantizar determinados fines, obviamente dentro de la órbita del interés general que mueve a la administración al contratar. En efecto, la interpretación, la modificación y la terminación unilaterales, así como la caducidad del contrato, permiten al contratante estatal hacer derivar efectos precisos al contrato, en procura de la protección de los intereses públicos. Es una rica gama de potestades especiales, que tienen por virtud sustraer del régimen común de la contratación entre particulares a los contratos celebrados por las empresas sociales del Estado y le permiten un manejo adecuado de las circunstancias en que se desenvuelve la ejecución de los mismos. Ahora bien, que no sea aplicable la ley 80 sino en las condiciones anotadas, no implica que sus representantes o quienes tengan las funciones de adelantar los procedimientos de contratación, puedan abstenerse de realizar los estudios y evaluaciones necesarios y de tomar todas las medidas indispensables para asegurar los intereses del Estado, los que siempre están presentes en la actividad de los entes públicos, por el sólo hecho de tener ellos ésta naturaleza, indisolublemente asociada al interés general, máxime cuando de por medio está la prestación directa de los servicios públicos de salud por la Nación y las entidades territoriales. Lo anterior significa que el régimen de contratación de derecho privado no restringe el alcance del principio de prevalencia del interés general - que hace parte de aquellos que dan fundamento filosófico y político a la República -, ni el de los fines del Estado, como tampoco del principio de responsabilidad por omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones por parte de los agentes de la administración contratante. Si no se estipulan cláusulas exorbitantes, procede la aplicación de las normas de derecho privado, contenidas en los códigos civil y comercial, o de las contenidas en disposición.

Autorizada su publicación con oficio 00340 de mayo 8 de 2000.

CONTRATO CELEBRADO POR EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - El eventual incumplimiento de la entidad estatal sólo genera indemnización de perjuicios

Sin embargo, a pesar de que los contratos materia de consulta no están sujetos al régimen propio de los contratos estatales, sino al de derecho privado, estima esta Sala que como privilegio emanado de los fines del Estado, el eventual incumplimiento del órgano estatal se podría reducir, en algunos casos, a la resolución contractual con indemnización de perjuicios, por lo que no resultaría extraña, en estos casos, la jurisprudencia de la Sección Tercera de ésta Corporación, conforme a la cual no es procedente ordenar a la administración cumplir los contratos, obligarla a ejecutarlos, posición doctrinaria sustentada en el sustrato de todo contrato celebrado por las entidades estatales : el interés público, ante el cual el interés particular debe ceder, por cuanto es la administración la que determina la conveniencia de no seguir con el contrato.

sin que sea dable al juez librarse "injunctions". Lo anterior implica, que en tratándose de esta contratación, cierto tipo de controversias (Vgr. las de incumplimiento por garantizar la continuidad del servicio público), sólo podría resolverse alrededor de la indemnización.

Autorizada su publicación con oficio 00340 de mayo 8 de 2000.

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO - Imposibilidad de cumplir el objeto social del contrato. Conciliación / CONCILIACION - Procedencia en las etapas prearbitral y arbitral

Si se prueba que la imposibilidad de cumplir el objeto del contrato se produce por razones exógenas, no previsibles con anterioridad a su celebración, y por tanto extraordinarias, de no existir acuerdo entre las partes para dirimir la controversia, corresponderá al juez establecer si existió concurrencia de culpas y el grado de responsabilidad que cabe a cada una de ellas. Siempre existirá la posibilidad, mediante el procedimiento de la conciliación, de compensar los gastos o de reconocer aquellos que resulten a favor de una de las partes, de conformidad con la ley. Si existe acuerdo entre las partes podrán conciliarse las diferencias, asumiendo cada una de ellas los costos provenientes de una imprevisión que eventualmente puede ser compartida. De lo contrario será el juez competente quien decida el grado de culpa y la indemnización que corresponda. La conciliación es procedente en la etapa prearbitral, como también lo es en la arbitral, con la consecuencia del pago de los honorarios en este caso. La conciliación fijará las circunstancias que dieron origen a las diferencias y el alcance de la materia conciliada. La materia de la conciliación puede referirse a los gastos causados y pagados por ambas partes, así como a las compensaciones que ordena la ley o que voluntariamente se acuerden, conforme a lo probado.

Autorizada su publicación con oficio 00340 de mayo 8 de 2000.

[Ver el art. 32, Ley 80 de 1993 , Ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-314 de 2004](#)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

Santa Fe de Bogotá. D. C, seis (6) de abril de dos mil (2000)

Radicación número: 1263

Actor: MINISTRO DE SALUD

Referencia: EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

El señor Viceministro de Salud, encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Salud, consulta a la Sala lo siguiente:

- a) ¿Es viable jurídicamente sostener que en desarrollo de un Convenio de Asociación, mediante el cual una entidad pública y un particular suman esfuerzos para la prestación de un servicio público a cargo de la primera, en el evento de no poderse desarrollar el objeto del convenio por imposibilidad física y técnica de obtener unos requerimientos mínimos que permitan su ejecución en términos de equilibrio económico para la entidad pública, esta pueda negarse a continuar la ejecución, sin que ello le genere indemnización a favor del particular?.
- b) ¿Es viable jurídicamente sostener que en los eventos en que una entidad pública celebra un Convenio de Asociación con un particular Contratista, ambas partes asumen un riesgo en el evento en que no se pueda desarrollar el objeto del convenio, no por la voluntad o intención manifiesta de una parte de no hacerlo, sino por razones o causas exógenas a la voluntad de los intervenientes?.
- c) ¿De acuerdo con la pregunta anterior, conocido el riesgo por las partes que intervienen en la celebración del Convenio de Asociación, la imposibilidad de realizar el objeto por factores externos a la voluntad de una de las partes, cada una de ellas asume los costos o gastos en que incurrió por la celebración y puesta en ejecución del mismo?.
- d) ¿No habiéndose realizado evaluaciones o estudios de factibilidad previos a la suscripción del Convenio de Asociación, las partes que lo suscriben pueden demostrar posteriormente la ausencia de elementos fácticos que impiden razonablemente continuar con la ejecución de lo inicialmente convenido, asumiendo en consecuencia cada cual los costos de su imprevisión, entendidos estos como los gastos en que incurrieron para su ejecución?.
- e) ¿Con base en las anteriores respuestas, puede válidamente la entidad pública en la etapa prearbitral conciliar las diferencias surgidas del Convenio de Asociación y reconocer los gastos en que incurrió el particular Contratista por el perfeccionamiento del convenio y los costos necesarios para iniciar su ejecución?.
- f) ¿En caso de conciliar la entidad pública, reconocer unos costos y gastos y realizar su pago, los representantes legales que suscribieron los convenios de Asociación y que dentro del trámite de contestación de las demandas que solicitan la constitución de los tribunales de arbitramento fueron llamados en garantía, estos quedarían exonerados de responsabilidad, siendo de la exclusiva responsabilidad de quienes ahora en calidad de representantes legales acuden a la conciliación prearbitral?.
- g) ¿Estando pactada la cláusula compromisoria en los Convenios de Asociación, debiendo los tribunales producir un fallo en derecho y estando llamados en garantía los representantes legales que suscribieron los convenios, resulta pertinente estarse a lo que decidan los mencionados **Concepto Sala de Consulta C.E. 1263 de 2000 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil** **EVA - Gestor Normativo**

tribunales en cada caso, frente a la alternativa de una conciliación previa?.

Consideraciones de la Sala

La Sala advierte que no está dentro de su competencia consultiva la asesoría para afrontar un litigio en curso, ni para aconsejar la manera como se debe actuar en él, razones por las cuales absolverá la consulta de manera general y abstracta, tomando en cuenta exclusivamente la información contenida en el texto de la consulta.

Las empresas sociales del Estado y su régimen de contratación

Conforme al artículo 194 de la ley 100 de 1993¹ la prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos². En lo pertinente, estas entidades también son reguladas por la ley 344 de 1996.

Del régimen jurídico a que están sometidas, se destaca lo dispuesto en el artículo 195 de la ley 100 de 1993 :

" 2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.

" 6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública."³(Se destaca)

Teniendo en cuenta que el estatuto general de contratación de la administración pública, ley 80 de 1993 , se publicó el 28 de octubre del mismo año en el Diario oficial N° 41.094, no era posible que previera dentro de las entidades estatales sujetas a su reglamentación a las empresas sociales del Estado, creadas por la ley 100. Sin embargo, y a pesar de no existir duda acerca de su naturaleza pública, ellas no están sujetas en el cumplimiento del objeto a tal estatuto, pues el numeral 6º del artículo 195 de la ley 100, publicada el 23 de diciembre de 1993 - Diario Oficial N° 41.148 -, únicamente remitió al mismo para efectos de la aplicación discrecional de las cláusulas exorbitantes.

En principio, por ser las empresas sociales del estado entidades estatales y constituir la ley 80 un estatuto denominado "general de contratación de la administración pública", pudiera concluirse que su aplicación es universal para toda clase de entes públicos; sin embargo, tal apreciación no se compadece con la potestad del legislador para establecer excepciones a tal régimen, como lo hizo en el caso de estas empresas.⁴

El carácter excepcional de la regulación, se refleja inequívocamente en la locución "discrecionalmente", ya que mientras los demás contratos estatales deben, de manera general, contener tales cláusulas⁵, en los sometidos al régimen de las empresas sociales sólo se pactarán cuando así estas lo dispongan. Además, si con dicha expresión al Estado se le otorga la facultad para pactar o imponer las referidas cláusulas, sin distinguir su razón, es porque a él se reserva el privilegio de incluirlas cuando lo estime conveniente, esto es, cuando las reglas de derecho privado no le otorguen la garantía para la prestación del servicio público correspondiente.

Por lo demás, dicha discrecionalidad encuentra su fundamento en la multiplicidad de objetos contractuales que pueden incidir o no en la prestación del servicio público, circunstancia que la administración deberá tener presente al momento de determinar si incluye o no las cláusulas excepcionales.

De esta manera, al disponer la ley 100 de 1993 en el numeral 6º del artículo 195, la utilización discrecional de las cláusulas excepcionales, excluyó la aplicación general y común de las normas de la ley 80 .El régimen de derecho privado de la contratación propio de las demás entidades estatales, aparece consagrado en el artículo 13 de la ley 80, conforme al cual "los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes".

En consecuencia, por voluntad del legislador, ni los principios de la contratación estatal, ni normas distintas a las que regulan las cláusulas exorbitantes, deben aplicarse obligatoriamente por las empresas sociales del Estado. Es forzoso concluir entonces, que el régimen de contratación de estas empresas es de derecho privado, con aplicación excepcional de las cláusulas mencionadas.

La Sala reitera esta posición doctrinaria vertida en la Consulta N° 1.127, del 20 de agosto de 1998, según la cual :

" Por regla general, en materia de contratación las Empresas Sociales del Estado se rigen por las normas ordinarias de derecho comercial o civil. En el caso de que discrecionalmente, dichas empresas hayan incluido en el contrato cláusulas excepcionales, éstas se regirán por las disposiciones de la ley 80 de 1993. Salvo en este aspecto, los contratos seguirán regulados por el derecho privado". (Resalta la Sala)

Sin embargo, estima pertinente aclarar que cuando tales empresas, hipotéticamente tuvieran que celebrar los contratos a que se refiere el artículo 32 de la ley 80, no es pertinente dar aplicación a disposiciones distintas a las de derecho privado.⁶

Con todo, que el estatuto contractual no se aplique sino en punto a las cláusulas excepcionales, conforme al numeral 6º del artículo 195 de la ley 100, no significa que los administradores y encargados de la contratación en las empresas en cuestión, puedan hacer caso omiso de los preceptos de los artículo 209 de la Constitución, 2º y 3º del C.C.A.

Disponen tales normas :

"Artículo. 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones".

"Artículo 2º. Los funcionarios públicos tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley".

"Artículo 3º. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera."

Este último precepto regula el alcance y contenido de cada uno de los principios mencionados; a estos y a las demás disposiciones deberán los administradores de las empresas sociales del Estado ajustar su actividad contractual.

En igual forma y en desarrollo de los mismos preceptos, los principios universales - asociados al interés general -, contenidos en la ley 80 de 1993 y relacionados con los fines de la contratación estatal (art. 3º), con los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas (arts .4º y 5º), la capacidad (6º), así no estuvieran vertidos en mandatos legales, deben presidir la contratación en las empresas mencionadas, pues son postulados que tocan con la moralidad, la continuidad y prestación eficiente de los servicios públicos, y con la garantía de los derechos de los administrados-usuarios.

Del mismo modo, la responsabilidad de los administradores de las empresas sociales del Estado, se regirá directamente por las previsiones del artículo 90 de la Constitución, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50 de la ley 80, que recoge parcialmente los alcances del precepto constitucional.⁷

Sin que haya lugar a recurrir al ordinal 8º del artículo 24 de la ley 80, es evidente que, en los procesos de contratación de estas empresas, no se podrá actuar con desviación de poder y que las competencias se ejercerán "exclusivamente para los fines previstos en la ley", pues ello emana de los principios contenidos en los artículos 121 y 209 constitucionales y 2º y 3º del C.C.A.

En punto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y por estar interesada en ello la moralidad pública, como lo previene el artículo 42 del Código Único Disciplinario - "se entienden incorporadas a este Código las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución y la ley"⁸, a los servidores de estas empresas que celebren contratos, habrá lugar a aplicarlos, en los casos concretos, las causales que resulten pertinentes, así como las otras incompatibilidades previstas en el artículo 44 ibídem, en lo que fuere menester.

Alcance de las cláusulas exorbitantes

Si bien los contratos están sujetos al derecho privado por disposición legal, la facultad discrecional de pactar las cláusulas exorbitantes dota, a los administradores de las empresas sociales del Estado, de herramientas especiales para garantizar determinados fines, obviamente dentro de la órbita del interés general que mueve a la administración al contratar.

En efecto, la interpretación, la modificación y la terminación unilaterales (arts. 15 a 17 de la ley 80/93), así como la caducidad del contrato (art. 18 ibídem), permiten al contratante estatal hacer derivar efectos precisos al contrato, en procura de la protección de los intereses públicos.⁹

Pactadas algunas de las cláusulas exorbitantes, la administración - de no lograr acuerdo para dirimir las discrepancias surgidas en la ejecución del contrato y que pueden conducir a la paralización o afectación grave del servicio -, puede interpretar mediante acto motivado las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia, o modificar el contrato, suprimiendo o adicionando obras, trabajos, suministros o servicios; o disponer la terminación anticipada del contrato, en los eventos señalados en el artículo 17 de la ley 80.

Es una rica gama de potestades especiales, que tienen por virtud sustraer del régimen común de la contratación entre particulares a los contratos celebrados por las empresas sociales del Estado y le permiten un manejo adecuado de las circunstancias en que se desenvuelve la ejecución de los mismos.

Ahora bien, que no sea aplicable la ley 80 sino en las condiciones anotadas, no implica que sus representantes o quienes tengan las funciones de adelantar los procedimientos de contratación, puedan abstenerse de realizar los estudios y evaluaciones necesarios y de tomar todas las medidas indispensables para asegurar los intereses del Estado, los que siempre están presentes en la actividad de los entes públicos, por el sólo hecho de tener ellos ésta naturaleza, indisolublemente asociada al interés general, máxime cuando de por medio está la prestación directa de los servicios públicos de salud por la Nación y las entidades territoriales.

Lo anterior significa que el régimen de contratación de derecho privado no restringe el alcance del principio de prevalencia del interés general - que hace parte de aquellos que dan fundamento filosófico y político a la República -, ni el de los fines del Estado, como tampoco del principio de responsabilidad por omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones por parte de los agentes de la administración contratante.

Si no se estipulan cláusulas exorbitantes, procede la aplicación de las normas de derecho privado, contenidas en los códigos civil y comercial, o de las contenidas en disposiciones especiales.

El caso sometido a consideración

¹ Conforme al texto de la consulta las condiciones generales a las ⁴ **Concepto Sala de Consulta C.E. 1263 de 2000 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil** **EVA - Gestor Normativo**

sociales del Estado para la prestación del servicio público de salud, son las siguientes :

- Se expresa que "el convenio es eminentemente comercial y por ende estará regido por las normas consagradas en la legislación civil y comercial y demás disposiciones concordantes para este tipo de convenios".

- " El Objeto del convenio se concreta a la prestación de unos servicios de salud por las dos (2) partes que se asocian, obligándose el particular Contratista a aportar unos equipos, siendo responsable de su instalación, prueba y puesta en condiciones de funcionamiento y en locales adecuados que suministrará la Empresa Social del Estado, obligándose esta última a aportar los pacientes, su infraestructura física, los locales en los cuales se han de montar los equipos, su organización y la administración de los servicios de salud objeto del referido convenio, durante el plazo de ejecución del contrato que se fija entre 10 y 11 años".

- Además se pacta que el gobierno nacional fijará las tarifas por la prestación de esta clase de servicios, se fijan los porcentajes que de ellas corresponde a cada parte, y se acuerda un "ajuste de participación" en caso de no alcanzarse el número suficiente de pacientes, caso en el cual se disminuye la participación de la empresa social, para acrecer la del contratista.

- Se convino conformar un comité paritario de coordinación del convenio "para desarrollar y coordinar los aspectos operacionales, técnicos y de procedimientos necesarios para garantizar el óptimo cumplimiento de los compromisos de las partes y coordinar todo lo relacionado con la adecuada prestación del servicio", el que se debe ocupar - entre otras cosas - "de acordar las medidas y tomar las decisiones que sean necesarias, en el evento en que debido a medias gubernamentales o a situaciones imprevistas se modifiquen las condiciones económicas o de prestación del servicio que se tuvieron en cuenta para la celebración del convenio"

- También se estipuló una cláusula compromisoria, para que un tribunal de arbitramento - sometido a las normas de los códigos de comercio y de procedimiento civil - dirima las diferencias presentadas "con ocasión de la interpretación, aplicación, ejecución o terminación del convenio y que no pudieren resolverse por el Comité de Coordinación". El tribunal falla en derecho y se sujeta a las reglas previstas al efecto por el Centro de arbitraje y conciliaciones de la Cámara de Comercio respectiva.

2. Con fundamento en estos elementos la Sala hace, primeramente, las siguientes precisiones:

Es sabido que el efecto típico de los contratos es crear obligaciones entre las partes. Dentro del amplio campo del principio de la autonomía de la voluntad pueden pactarse obligaciones distintas a las que dan contenido a los contratos nominados o típicos y, por tanto, el tipo corresponderá a las prestaciones, modalidades y condiciones que en cada caso se estipulen. Sin embargo, debe precisarse que la aplicación de las normas del derecho privado a la contratación de las empresas sociales, en ningún caso entraña renuncia de los fines del Estado, necesariamente ligados al interés general. Así, el concepto de autonomía de la voluntad, en tratándose de personas de derecho público¹⁰, no tiene el mismo alcance que se le otorga a la noción de autonomía privada, esto es, a los negocios jurídicos celebrados entre particulares, precisamente por estar de por medio el interés general y el patrimonio público, cuando una de las parte del negocio es una entidad estatal.

Si bien el negocio jurídico, como declaración de voluntad, crea los efectos jurídicos queridos por la parte que concurren al mismo, los poderes de la administración están supeditados indefectiblemente al logro del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado, dentro de los cuales se incluyen, claro esta, los de la entidad estatal contratante. Pudiera decirse que mientras el particular al contratar dispone de lo suyo, la administración al hacerlo persigue fines de interés general y compromete el patrimonio público, con todas las consecuencias que de ello se derivan en un Estado social de derecho.

De esta manera, la libertad negocial de los entes estatales no es absoluta ni igual a la de los particulares, pero bien pueden aquéllas acordar las condiciones específicas del contrato, determinadas por las necesidades del servicio¹¹, sin perder de vista que la naturaleza del contrato celebrado por las entidades estatales no se aleja irremediablemente de los principios del derecho público, por el hecho de estar sometido a las normas del derecho privado.

Dentro de este marco conceptual, el contenido del negocio jurídico está determinado por las declaraciones de voluntad de quienes concurren al mismo y, por tanto, tienen la disposición del bien o derecho, por la ley que regula el tipo - nominado o no - de contrato y la costumbre, siempre que no resulte contrario al orden público y a las buenas costumbres o caiga en el supuesto de una prohibición legal. Conviene recordar que en los negocios jurídicos, se distinguen, conforme a la ley, las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales (art. 1501 del C. Civil).

También debe recordarse que el denominado "convenio de asociación", al cual se refiere la consulta, en el cual se expresa "...que el vínculo existente derivado del convenio es eminentemente comercial y por ende estará regido por las normas consagradas en la legislación civil y comercial y demás disposiciones concordantes para este tipo de convenios", cuyo objeto es la prestación de servicios de salud, el que implica varios actos -pluralidad de actos- en un tiempo determinado, constituye un contrato atípico, en el cual las partes han determinado las condiciones a las que se sujetan, con el fin de darle especialidad, y al cual se aplica el artículo 864 del Código de Comercio, según el cual " el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...".

3. Da cuenta la consulta además, que desde el inicio del contrato, a la empresa social le fue imposible cumplir las obligaciones contraídas, dadas las condiciones económicas y técnicas adversas y "...aún en el evento de contar con el número mínimo de pacientes requeridos, los tiempos de atención impiden satisfacer el número mínimo de pacientes para que el convenio resulte viable". Fue así, como se procedió a reunir el Comité de coordinación, planteándose la posibilidad de terminar el contrato, quedando a cargo de la empresa social el reconocimiento de los gastos en que incurrió el contratista para su perfeccionamiento, con miras a su ejecución, aduciendo "incumplimiento por parte de la entidad pública...".

Sin embargo, la empresa social se abstuvo de firmar el acta de terminación del contrato, por considerar improcedente el reconocimiento de sumas de dinero sin los respectivos soportes, "esto es de los documentos que acrediten el objeto y causa que genera la obligación a cargo de la entidad y se conviertan en los títulos idóneos para demostrar la exigibilidad del pago".

Ante esta decisión, entonces los contratistas particulares solicitan la conformación de los tribunales de arbitramento previstos en el contrato. Al contestar la demanda, las empresas sociales llaman en garantía a los representantes legales que suscribieron los convenios y "manifiestan que tratándose los aludidos convenios de una unión de esfuerzos encaminados a la prestación de un servicio público, cuando quiera que el número de pacientes requerido para satisfacer económicamente las condiciones de los convenios, así como la ausencia de estudios de factibilidad previos a su suscripción, evidencian la imposibilidad de continuar su ejecución, no se presenta incumplimiento de la entidad pública por negligencia o intención manifiesta de no cumplir, por cuanto que el convenio de asociación conlleva un riesgo conocido y asumido por las partes. Que ante la imposibilidad física y técnica de realizarlo y la desventaja económica para las Empresas Sociales del Estado en el evento de llevarlo a término, imponen su terminación sin que se encuentre acreditado el reconocimiento económico impetrado por los contratistas". (Resalta la Sala)

Finalmente, se aduce que previamente a la conformación de los tribunales de arbitramento, durante la etapa de la conciliación prearbitral, los representantes legales de las empresas sociales son instados a considerar posibles acuerdos conciliatorios, para resolver las diferencias suscitadas.

4. Pues bien, aunque, del texto de la consulta se desprende que las empresas sociales se encuentran surtiendo el trámite de procesos arbitrales, en los cuales la administración hubo de ejercer el derecho de defensa, mediante la presentación de las excepciones y alegatos pertinentes, la Sala considera conveniente hacer las siguientes breves y particulares reflexiones, señalando que conceptúa exclusivamente con fundamento en la información contenida en el texto de la consulta.

4.1 Como quiera que las condiciones esenciales específicas de un contrato atípico de asociación no están consagradas en la ley, es imperioso atenerse en primer lugar a las estipulaciones del convenio - a las que de manera resumida se refiere la consulta -, y además estarse a las normas generales que regulen objetos contractuales semejantes. Resulta así aplicable el artículo 822 del Código de Comercio, conforme al cual "los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa".

4.2 Conforme al artículo 1602 del Código Civil " todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales ". Las normas generales de derecho privado regulan las consecuencias que acarrea el hecho de no cumplirse satisfactoriamente el objeto de los contratos.

4.3 La responsabilidad contractual deriva de una relación jurídica concretada entre dos o más personas, en calidad de deudores y acreedores, que implica prestaciones. Ella supone un contrato celebrado válidamente y un quebrantamiento de sus estipulaciones por una de las partes, por violación de las obligaciones previamente contraídas. El deudor que incumple o cumple defectuosamente, ocasiona perjuicios a la otra parte que usualmente deben ser indemnizados. La indemnización persigue reparar el daño efectivamente ocasionado, de lo cual depende su cuantía.

4.4 De manera general, la parte que se considera lesionada - siempre que el acuerdo no se perfeccione -, en desarrollo de los efectos derivados del principio de la buena fe, con la cual debe procederse en la fase precontractual -, tiene la oportunidad de pedir indemnización por la responsabilidad derivada del denominado "interés negativo", por los daños ocasionados, de orden material o moral - incluidos los gastos efectuados en el período preparatorio del contrato -, y que se concretan ante la frustración de éste (art. 863 del C. de Cio.). En este evento, como quiera que lo que se persigue no es el perfeccionamiento del contrato, sino la indemnización, precisamente por aquél haberse malogrado - lo que constituye el interés negativo -, a título de daño emergente, bien puede demandarse el reembolso de los gastos ocasionados con miras al perfeccionamiento del contrato.

Ahora, en el evento en que el negocio jurídico no se hubiese perfeccionado, nada obsta para que mediante conciliación y de estar cabalmente comprobados los gastos efectuados por la parte particular, ellos puedan ser reconocidos, sin perjuicio que, de conformidad con la ley, se efectúe una especie de compensación de los gastos en los que necesariamente debió incurrir la administración para cumplir sus propias obligaciones. La fuente que da origen a esos gastos está en los principios de buena fe e igualdad aplicados a la formación de los contratos, pero el título de reconocimiento de tales gastos, lo constituiría el acta de conciliación respectiva.

4.5 Así mismo, es preciso recordar que en la formación y ejecución del contrato las partes, por mutuo acuerdo, pueden ponerle fin por cualquier causa y, con mayor razón, con ocasión de las circunstancias acaecidas con posterioridad a su perfeccionamiento, que hicieron imposible su ejecución en la forma prevista en las cláusulas contractuales. Mas aun, la disolución del contrato mediante el otorgamiento expreso del consentimiento, no requiere de decisión judicial.

Lo anterior no elimina la posibilidad de su terminación por resolución judicial e incluso arbitral en caso de controversia, evento en el cual, las partes podrían alegar que la inejecución del contrato es proveniente de causas que tuvieron que ser conocidas por ambas partes, derivadas de estudios de factibilidad conjuntos, que a la postre fallaron. Claro está, que la parte interesada deberá contar con los elementos probatorios suficientes para demostrar que la responsabilidad es conjunta .

5. De igual manera se debe tener el derecho a la terminación o resolución del contrato. Por ello, si bien el artículo 1546 del Código Civil prescribe que "en los contratos bilaterales la convuelta la condición resolutoria en **6** caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal Concepto Sala de Consulta C.E. 1263 de 2000 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios", estima la Sala que dada la naturaleza empresarial de estos entes estatales, resultan adecuarse mejor a las reglas del derecho comercial. Por lo tanto, debe aplicarse de preferencia el artículo 870 del Código de Comercio, según el cual "en los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios".

Por ello, para que proceda la resolución debe estar plenamente probada la responsabilidad de la administración y a términos del artículo 1616 del Código Civil, los perjuicios que debe sufragar el deudor incumplido esta regulado de la siguiente manera :

"Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

"La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios". (Resalta la Sala)

Sin embargo, a pesar de que los contratos materia de consulta no están sujetos al régimen propio de los contratos estatales, sino al de derecho privado, estima esta Sala que como privilegio emanado de los fines del Estado, el eventual incumplimiento del órgano estatal se podría reducir, en algunos casos, a la resolución contractual con indemnización de perjuicios, por lo que no resultaría extraña, en estos casos, la jurisprudencia de la Sección Tercera de ésta Corporación, conforme a la cual no es procedente ordenar a la administración cumplir los contratos, obligarla a ejecutarlos, posición doctrinaria sustentada en el sustrato de todo contrato celebrado por las entidades estatales : el interés público, ante el cual el interés o el derecho individual deben ceder, por cuanto es la administración la que determina la conveniencia de proseguir o no el contrato, sin que sea dable al juez librarse "injunctions". Lo anterior implica, que en tratándose de esta contratación, cierto tipo de controversias (Vgr. las de incumplimiento por garantizar la continuidad del servicio público), sólo podría resolverse alrededor de la indemnización.¹²

6. La teoría de la imprevisión resulta viable aplicarla en la ejecución de dichos contratos, voluntaria o judicialmente. Consagra el artículo 868 del Código de Comercio, así :

"Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario el juez decretará la terminación del contrato". (...)

Pues, de este precepto, se deduce que los hechos que ameritan la revisión del contrato tienen carácter excepcional, su ocurrencia es posterior a su perfeccionamiento, no deben haber podido ser previstos por las partes, los cuales si no hacen imposible el cumplimiento lo tornan tan oneroso, que le hacen perder la finalidad al acuerdo. De allí que para su establecimiento sea imperativo analizar las circunstancias de ejecución, partiendo del alcance del compromiso obligacional, consistente en aportar determinado número de pacientes, como también la infraestructura física, los locales para montar los equipos, la organización y la administración de los servicios de salud acordados; pues para la doctrina, , la prestación debe ser posible; es imposible, en forma relativa, la prestación que no puede cumplir un deudor determinado.

Sostiene Enneccerus-Lehmann que " La imposibilidad no ha de confundirse con la mera dificultad. ' Pero si los obstáculos que se oponen a la prestación son tan grandes que solo pueden superarse con sacrificios, totalmente desproporcionados, entonces la consideración racional, ética y económica, que es la única que el derecho tiene en cuenta, tiene que considerar la prestación como imposible. El límite a estos efectos ha de determinarse conforme a la presunta intención de las partes y según la buena fe, teniendo en cuenta los usos del tráfico".

"Los jueces tienen un gran campo de investigación al estudiar la alegación que en forma de excepción ofrezca un deudor por ser su prestación imposible, desproporcionada o irracional".¹³

7. De acuerdo con lo dicho, pueden las partes en estos contratos conciliar sus diferencias antes o durante el proceso, inclusive el arbitral (arts. 77, 80 y 121 de la ley 444 de 1998) y, en su defecto, corresponde a las empresas sociales en las actuaciones surtidas en defensa de sus intereses, ante las autoridades que corresponda, la obligación de plantear por vía adecuada, la situación concreta de inviabilidad del contrato, ante las condiciones técnicas y económicas que lo hacen imposible, o la que resulte procedente según el caso, lo cual compete exclusivamente a la parte interesada.

La Sala responde

a) Sólo cuando las empresas sociales del Estado han pactado las cláusulas excepcionales o exorbitantes, a las que alude el numeral 6º del artículo 185 de la ley 100 de 1993, pueden ellas modificar unilateralmente las condiciones del contrato. Si contrariando esta limitación lo hacen, se someten a las reglas generales que regulan la ejecución y cumplimiento de los contratos.

b) Por fuera de las contingencias o riesgos inherentes a todo contrato, la igualdad o equivalencia de éste podría verse alterada por causas no imputables a quien resulte afectado. Esas causas pueden provenir de su modificación unilateral; o de aquellas que hacen aplicable la teoría de la imprevisión, reconocida por el Código de Comercio (art. 868), o de actuaciones de órganos del Estado en ejercicio de sus funciones. Será el juez competente - ordinario o árbitros - el encargado de resolver el asunto conforme a lo que se pruebe.

c) Si se prueba que la imposibilidad de cumplir el objeto del contrato se produce por razones exógenas, no previsibles con anterioridad a su celebración y, por tanto, extraordinarias, de no existir acuerdo entre las partes para dirimir la controversia, corresponderá al juez establecer si

existió concurrencia de culpas y el grado de responsabilidad que cabe a cada una de ellas. Siempre existirá la posibilidad, mediante el procedimiento de la conciliación, de compensar los gastos o de reconocer aquellos que resulten a favor de una de las partes, de conformidad con la ley.

d) Si existe acuerdo entre las partes podrán conciliarse las diferencias, asumiendo cada una de ellas los costos provenientes de una imprevisión que eventualmente puede ser compartida. De lo contrario será el juez competente quien decida el grado de culpa y la indemnización que corresponda.

e) La conciliación es procedente en la etapa prearbitral, como también lo es en la arbitral, con la consecuencia del pago de los honorarios en este caso. La conciliación fijará las circunstancias que dieron origen a las diferencias y el alcance de la materia conciliada.

La materia de la conciliación puede referirse a los gastos causados y pagados por ambas partes, así como a las compensaciones que ordena la ley o que voluntariamente se acuerden, conforme a lo probado.

f) La responsabilidad patrimonial personal y las causales de exoneración de los agentes del Estado que intervinieron en el proceso de contratación se encuentran consagradas en la ley y la decisión al respecto corresponderá al tribunal de arbitramento, el que tendrá en cuenta la eventual conciliación realizada.

g) Como quiera que la cláusula compromisoria deroga la jurisdicción ordinaria competente y permite al tribunal de arbitramento asumir la jurisdicción arbitral, corresponde a ésta no solo interpretar sino fijar la competencia que le otorga dicha cláusula. En desarrollo de esa competencia y en virtud de la eventual conciliación, corresponde al tribunal precisar y dar alcance a su competencia cuando se escinde la pretensión principal que dio origen al tribunal con la pretensión que surge del llamamiento en garantía.

Transcríbase al señor Ministro de Salud. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE
Presidente de la Sala
AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

CESAR HOYOS SALAZAR
LUIS CAMILO OSORIO

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

Notas de pie de página:

Los artículos 194 a 197 fueron declarados exequibles en sentencia C-408/94.

En forma antitécnica el artículo 83 de la ley 489 de 1998 expresa que estas empresas son creadas por la nación y por las entidades territoriales. Las crean la ley, las asambleas o los concejos.

El decreto 1298/94 - declarado inexequible mediante sentencia C- 255 de 1995 - contenía el Estatuto orgánico del Sistema general de seguridad social. El decreto 1876 que reglamentó los artículos 96, 97 y 98 del mismo, relacionados con las empresas sociales del Estado, como consecuencia de tal declaratoria decayó.

Por ej.: La ley 226 de 1995, excluye del estatuto contractual los procesos de enajenación de la propiedad accionaria(art. 2º); según la ley 142 de 1994, las entidades estatales que presten los servicios públicos a los que se refiere la ley y que tengan por objeto su prestación "se regirán por el parágrafo 1º del artículo 31 de la ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa ".

El parágrafo del art. 14 de la ley 80/93 señala los contratos en los cuales se prescinde de la utilización de las cláusulas excepcionales.

Los artículos 13 y 31 de la ley 80/93 hacen obligatoria la aplicación de la ley 80/93, para las demás entidades estatales. con algunas excepciones.

Según el art. 50 las entidades responden de las actuaciones, abstenciones, hechos u omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En sentencia C-333/96 se declaró constitucionalidad de éste precepto, a condición de entender que "el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo contractual, por lo cual el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en esta campo"

Declarado exequible, salvo la locución "y los reglamentos administrativos" en Sentencia C-448 /98.

También son exorbitantes las cláusulas de sometimiento a las leyes nacionales y de reversión. La Consulta radicada bajo el N° 1.127 , se refiere **Concepto Sala de Consulta C.E. 1263 de 2000 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil**

en general ellas.

La ley 80/93 , aplicable al caso en la forma dicha, se remite a la autonomía de la voluntad (art. 32).

Pueden mencionarse algunas prerrogativas y poderes del Estado como la expropiación o extinción del dominio, la declaración de utilidad pública, la función social de la propiedad, etc., que implican imposiciones al particular y por tanto límites a su libertad negocial, como también lo son las nociónes de orden público y de buenas costumbres. .

Ver BETANCUR JARAMILLO, Carlos. DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. Cuarta Edición. Medellín : Señal Editora,1998,. Pág. 560.

Enneccerus-Lehmann. En : DERECHO CIVIL : De las obligaciones. Novena Edición. VALENCIA ZEA, Arturo Y ORTIZ MONSALVE, Alvaro. santafé de Bogotá : Temis, I999. Pág. 13.

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 04:48:51