



**JUZGADO TREINTA Y CUATRO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO DE BOGOTÁ
Sección Tercera**

CIUDAD Y FECHA	Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022)
REFERENCIA	Expediente No. 11001333603420180015600
DEMANDANTE	BIBIANA NATALIA ANGEL VANEGAS
DEMANDADO	INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACION DE LA EDUCACION – ICFES -
MEDIO DE CONTROL	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
ASUNTO	FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de CONTROVERSIAS CONTRACTUALES iniciado por **BIBIANA NATALIA ANGEL VANEGAS** contra el INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN – ICFES

1. ANTECEDENTES:

1.1. La DEMANDA

DEMANDANTES	CALIDAD
BIBIANA NATALIA ANGEL VANEGAS	VÍCTIMA

1.1.1. PRETENSIONES

1.1.1.1. *“Declarar la nulidad absoluta del **Numeral 5 de la cláusula décima quinta** del contrato de prestación de servicios profesionales **No. 137-2016** suscrito entre el INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES y BIBIANA NATALIA ANGEL VANEGAS.*

1.1.1.2. *Declarar la nulidad de los **oficios calendados del 16 de mayo de 2016**, firmado por Ximena Dueñas Herrera, en calidad de Jefe de la Oficina de Comunicaciones y Mercadeo (E) y Supervisora del Contrato; **18 de mayo y 10 de junio de 2016**, 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. 137-2016, se ratificó la aplicación de la causal de terminación unilateral y se omitió el trámite del arreglo directo.*

1.1.1.3. *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. 137-2016.*

1.1.1.4. *Declarar de manera subsidiaria (...) Declarar que el numeral 5) de la cláusula décima quinta del contrato de prestación de servicios profesionales No. 137-2016 suscrito entre el INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES y BIBIANA NATALIA ANGEL*

VANEGAS, es ambigua, confusa e imprecisa, debiéndose interpretar en contra de la entidad demandada.

1.1.1.5. *Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar al INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES al reconocimiento y pago de los daños y perjuicios derivados del daño emergente, consistente en los **honorarios de abogado** que se cancelaron al suscrito para desarrollar la presente acción y a título de lucro cesante, los **honorarios dejados de percibir** por la doctora BIBIANA NATALIA ANGEL VANEGAS desde el 09 de junio de 2016 y hasta el 31 de diciembre de 2016 derivados de la pérdida de oportunidad para seguir ejecutando el contrato.*

1.1.1.6. *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.*

1.1.1.7. *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 09 de junio de 2016 y hasta la fecha de la decisión definitiva que ponga fin a la controversia, en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.*

1.1.1.8. *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 representativa judicial”*

1.1.2. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:

1.1.2.1. El INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES suscribió con BIBIANA NATALIA ANGEL VANEGAS, el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión No. 137-2016 del 18 de enero de 2016.

1.1.2.2. El plazo de ejecución se contaría a partir del cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato hasta el 31 de diciembre de 2016.

1.1.2.3. A la señora BIBIANA NATALIA ANGEL VANEGAS le informaron la terminación del contrato así:

- El 16 de mayo de 2016 la doctora Ximena Dueñas Herrera, en calidad de Jefe de la Oficina de Comunicaciones y Mercadeo (E) y Supervisora del Contrato 137-2016 del ICFES le informó a que “...ha resuelto dar por terminado unilateralmente el contrato No. 137-2016 de fecha 18 de enero de 2016, suscrito con usted, lo cual se hará efectivo a partir del 09 de junio de 2016”.

- El 18 de mayo de 2016 la doctora María Sofía Arango Arango en calidad de Secretaria General del INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN –ICFES, nuevamente le informó que “...ha resuelto dar por terminado unilateralmente el contrato No. 137-2016 de fecha 18 de enero de 2016, suscrito con usted, lo cual se hará efectivo a partir del 10 de junio de 2016”.

1.1.2.4. El ICFES fundamentó su determinación en el numeral 5) de la cláusula décima quinta del contrato No. 137-2016 .

1.1.2.5. La demandante mediante escrito del 08 de junio de 2016 Rad 20162100381002 solicitó el inicio de una etapa de arreglo directo con la finalidad de revisar conjuntamente la controversia surgida en virtud de la terminación unilateral del contrato No. 137-2016, pues tal determinación no se encontraba justificada, dado el cabal y oportuno cumplimiento de las obligaciones asumidas.

1.1.2.6. Mediante oficio Radicado 20161100386801 del 10 de junio de 2016 la Secretaria General del ICFES con visto bueno de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica respondió la solicitud en los siguientes términos:

“... Una vez revisado el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios N° 137-2016, no se encontró que el mismo dispusiera algún trámite de arreglo directo u otra figura similar, razón por la cual no es procedente su solicitud.”

1.1.2.7. La demandante comunicó por escrito la existencia de una diferencia surgida en virtud de la injustificada terminación, el INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN – ICFES debió someter la controversia a sesiones, reuniones o audiencias que permitieran a las partes “...buscar un arreglo directo...”, fuera este o no favorable, pues no de otra manera se podía propiciar un arreglo directo, si las partes no contaban con un espacio favorable para ventilar las causas que originaron la diferencia.

1.1.2.8. No obstante, la Secretaría General del ICFES con anuencia de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, respondió “... Una vez revisado el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios N° 137-2016, no se encontró que el mismo dispusiera algún trámite de arreglo directo u otra figura similar, razón por la cual no es procedente su solicitud.”. Dio por cumplido un procedimiento que ni siquiera gestionó, desconociendo, el debido proceso administrativo, derecho fundamental inherente al Estado de Derecho que garantiza el ejercicio de funciones públicas bajo parámetros normativos previamente establecidos que erradican la arbitrariedad.

1.1.2.9. De acuerdo a lo anteriormente expuesto, se considera que la actuación del INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN – ICFES fue arbitraria porque no respetó el debido proceso administrativo, no permitió el desarrollo adecuado de la función pública, no persiguió el interés general y desconoció los derechos fundamentales bajo los principios orientadores del artículo 209 de la Carta Política y el debido proceso administrativo, derecho fundamental inherente al Estado de Derecho que garantiza el ejercicio de

funciones públicas bajo parámetros normativos previamente establecidos que erradican la arbitrariedad.

1.2. La CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

DEMANDADO	CALIDAD
ICFES	Demandado

1.2.1. CONTESTACIÓN ICFES

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones

Propuso como **excepciones** las siguientes:

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN	<i>En el presente caso, el contrato de prestación de servicios se perfeccionó el día 18 de enero de 2016, y la presente demanda fue radicada el día 16 de mayo de 2018, en ese sentido, es claro que transcurrieron más de dos (2) años, razón por la cual ha operado el fenómeno de la caducidad"</i>
EXISTENCIA DE PRECEDENTE JUDICIAL	<ul style="list-style-type: none"> • En la sentencia del veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017), expediente 05001-23-31-000-2003-04466-02(56562), Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. • <i>En la sentencia del veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciséis (2016), expediente No. 19001-23-31-000-2007-00147-01(41783), ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.</i> <p>Es claro que la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de que entidades públicas con régimen de contratación privado o especial puedan pactar terminaciones unilaterales en sus contratos, tal y como sucede en el derecho privado.</p>
INEXISTENCIA DE CLÁUSULAS EXORBITANTES O EXCEPCIONALES	<p>Según lo alegado por el demandante, el numeral 5º de la cláusula décima quinta del contrato de prestación de servicios constituye una verdadera cláusula excepcional, por lo que, al estar el ICFES sujeto a un régimen de contratación privada, no le era dable su consagración ni aplicación.</p> <p>Debe entonces analizarse si lo dicho por el demandante es verídico o no, en especial en lo atinente a la primera premisa de su argumento teniendo en cuenta el Régimen de contratación del ICFES sus características, cláusulas exorbitantes o excepcionales, concepto, naturaleza y características</p> <p>Ausencia de autotutela</p> <p>Es necesario indicar que la aplicación de la cláusula no comporta en ningún 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</p>

	<p>ejecutiva, sin necesidad de acudir al juez", es decir, la Administración no actuó como juez y parte.</p> <p>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.</p> <p>La cláusula no establece como requisito para su aplicación el incumplimiento por parte de alguno de los contratantes, por lo que su uso no significa prerrogativa o atribución alguna para la Administración en el enjuiciamiento y/o decisión de conducta alguna. Esto es, no hay de ninguna manera una atribución unilateral de imponer una sanción o pena sin la intermediación jurisdiccional. Situación que evidencia, aun más, la inexistencia de prerrogativas excepcionales a favor del ICFES.</p>
<p>MANUAL DE CONTRATACIÓN Y LA CLÁUSULA DE TERMINACIÓN</p>	<p>El contrato de prestación de servicios celebrado con el demandante tiene fecha del 20 de enero de 2016, época en la cual ya se encontraba vigente el Manual de Contratación adoptado mediante la Resolución No. 006 del 24 de septiembre de 2015.</p> <p>Acto administrativo que, en su artículo 43, indica lo siguiente:</p> <p><i>Artículo 43. Terminación de los contratos. Los contratos terminarán al vencimiento del término pactado para su ejecución o cuando se hayan ejecutado las obligaciones contraídas por las partes; por vencimiento del plazo estipulado, cuando las partes de común acuerdo así lo determinen y/o <u>unilateralmente por cualquiera de las partes previo aviso a la otra parte de su decisión con 15 días hábiles de antelación.</u> (Subrayado y negrilla fuera de texto).</i></p> <p><i>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 describe con exactitud las actividades, productos o bienes entregados y sus especificaciones técnicas y a recibir aquellos que se encuentren a satisfacción.</i></p> <p>Es claro entonces que la cláusula de terminación unilateral pactada en el contrato se encuentra presente en el Manual de Contratación, situación que elimina de tajo cualquier vicio de ilegalidad de la primera.</p>
<p>INEXISTENCIA DE CLÁUSULA DE LA ETAPA DE ARREGLO DIRECTO</p>	<p>Manifiesta el demandante que se vieron vulnerados sus derechos fundamentales, en especial al debido proceso, puesto que no fue evacuada la etapa de arreglo directo establecida en la cláusula décima cuarta del contrato de prestación de servicios. Para el demandante únicamente podía tramitarse dicha etapa a través de reuniones, sesiones o audiencias.</p> <p>Es necesario entonces dilucidar si se agotó o no, en debida forma, la etapa del arreglo directo.</p> <p>2.5.1. Arreglo directo. Concepto y naturaleza</p>

Según la Corte Constitucional, la etapa de arreglo directo tiene como propósito "someter las controversias o divergencias que se presentan en la ejecución y desarrollo de la actividad contractual a la solución de manera rápida, inmediata y directa de las partes." las partes deben dar solución a la problemática, o que deba haber un acuerdo al respecto. Simplemente es un momento en el cual las partes pueden intentar dar solución, de forma directa (método autocompositivo) a la respectiva controversia.

2.5.2. Debido agotamiento de la etapa de arreglo directo

Mencionaba la cláusula décima cuarta del contrato de prestación de servicios 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."

Así entonces, según la cláusula transcrita, las diferencias que surgieran serían revisadas por las partes con el fin de buscar un arreglo directo, el cual debía realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación por escrito que dé nacimiento a la controversia.

De ello podemos deducir lo siguiente: i) La comunicación que da génesis a la controversia debía hacerse por escrito, ii) durante los cinco (5) días siguientes a la comunicación antes mencionada las partes revisarán la situación con el fin de buscar un arreglo directo. Es ese el procedimiento que establece el contrato.

Siendo ello así, es menester revisar la actuación surtida con el fin de verificar si, como el demandante lo afirma, se vulnera dicho procedimiento, causándole con ello agravio a su derecho fundamental al debido proceso.

Según obra en el expediente, el día 13 de abril de 2015 la Secretaria General del ICFES le comunicó 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 día 20 de abril de 2015, el demandante informó lo siguiente:

"(...) situación que con la que no me encuentro conforme.

Solicito se de aplicación a la Cláusula Décima Cuarta - solución de controversias (...)

"Lo anterior con el fin que me sean cancelados los perjuicios causados con la terminación unilateral del Contrato No. 082 -2015, los cuales se fijan en

la suma de cuarenta y siete millones seiscientos ochenta y nueve mil trescientos noventa y ocho (47.689.398) pesos incluido IVA."

"Es de notar, que la presente comunicación solo es con el fin de dar cumplimiento a lo estipulado con la cláusula Décima Cuarta."

El día 24 de abril de 2015 la Secretaria General del ICFES dio respuesta a lo solicitado indicando que no era procedente el pago de perjuicio alguno, con lo cual se daba "por agotado el trámite de Arreglo Directo".

Tal y como indica la cláusula la comunicación que dio origen al conflicto se realizó por medio escrito. De igual forma, y dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma el demandante mostró su inconformidad, iniciándose desde ese momento la revisión de la situación por las partes. Finalmente, cuatro (4) días después de la solicitud de revisión, el ICFES decidió mantener su posición.

Véase como el procedimiento efectuado cumplió a cabalidad con lo establecido en el contrato, tanto en los términos como en las formalidades plasmadas allí.

Es claro que ni en la cláusula pactada, ni el Manual de Contratación, se exige una forma determinada de proceder para la etapa de arreglo directo, es decir, no se menciona que deba hacerse a través de audiencias, sesiones o reuniones.

Basta que sea una etapa en la que las partes puedan revisar el conflicto para poder determinar si es factible dar solución al mismo o no. Situación que evidentemente acaeció en el presente caso, dado que el ICFES revisó su determinación por petición del acá demandante, dando respuesta dentro de los términos establecidos contractualmente.

No es entonces cierto que se vulnera el derecho al debido proceso del demandante, puesto que el ICFES cumplió estrictamente el procedimiento pactado.

Las audiencias, sesiones o reuniones no son la única forma de comunicación directa e intercambio de ideas o posiciones entre dos partes. Las comunicaciones escritas también cumplen dicha función. Ellas también tienen la idoneidad de que las partes, de forma directa, revisen su posición. Tal forma de comunicación cumple a cabalidad con los objetivos de la etapa de arreglo directo, esto es, una solución de manera rápida, inmediata y directa de las partes.

Además, carece de sustento indicar que al demandante le fue vulnerado su derecho a la contradicción y defensa, pues, como ya se indicó, el demandante, en su comunicación del 20 de abril de 2015 expuso las razones por las cuales no se encontraba conforme con la decisión tomada

	<p>por el ICFES. Razones que fueron evaluadas por el ICFES de conformidad con la respuesta del 24 de abril del mismo año.</p> <p>La no realización de audiencias, reuniones o sesiones no evidencia que el demandante no fuese oído o que el ICFES no hubiese estudiado sus argumentos. Se demuestra todo lo contrario, el contratista pudo ejercer su reclamo, y el mismo fue atendido por el ICFES.</p> <p>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, y iii) los plazos y formas establecidas en la cláusula pactada fueron cumplidos por parte del ICFES.</p> <p>Situación diferente es que las partes no hayan podido llegar a un acuerdo, hecho que de forma alguna es requerido en la etapa de arreglo directo.</p> <p>Existió entonces una etapa en la cual las partes, a través de comunicaciones escritas, plasmaron sus posiciones, las revisaron, fueron revisados sus argumentos, sin que se haya podido llegar a un acuerdo, lo cual agota dicha etapa.</p>
<p>NULIDAD E INEFICACIA Y LA CLÁUSULA DE TERMINACIÓN</p>	<p>Menciona el demandante que el numeral 5º de la cláusula décima quinta del contrato de prestación de servicios es <i>ineficaz de pleno derecho, pues no puede facultar a la Administración para terminar unilateralmente el contrato. Por lo que está viciada de nulidad.</i>" Ello puesto que, según el contratista, dicha cláusula habría <i>otorgado competencia material a la entidad contratante para terminar unilateralmente el contrato, por fuera de las previsiones y legales</i>".</p> <p>Aunque el demandante no hace referencia al tipo de nulidad (absoluta o relativa) que alega haber ocurrido, ni al tipo de ineficacia que alega, es claro las dos figuras son distintas, y que por lo mismo sus fundamentos y efectos difieren, lo cual denota falta de técnica jurídica de la solicitud. Además, de ello, indica el contratista que la cláusula es abusiva, y que existió posición dominante por parte del ICFES.</p> <p>No obstante, la evidente ambigüedad en la demanda, pasa ésta Oficina al analizar si existió falta de competencia material para pactar el numeral 5º de la cláusula décima quinta del contrato de prestación de servicios, o si la misma es abusiva considera que no por lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none">● Nulidad e ineficacia. Aspectos relevantes● <i>Inexistencia de causales de nulidad que afecten el numeral 5º de la cláusula décima quinta del contrato de prestación de servicios</i>

	<ul style="list-style-type: none"> ● Falta de elementos que demuestren que el numeral 5° de la cláusula décima quinta del contrato de prestación de servicios es abusiva y, por ende, ineficaz ● Inexistencia de nulidad e ineficacia. Teoría de los <i>actos propios</i> y buena fe ● Competencia y Manual de contratación
<p>ABUSO DEL DERECHO Y LA CLAUSULA DE TERMINACION</p>	<p>Según lo menciona el demandante, así se tuviese como válida la cláusula reprochada, la Administración la aplicó abusando de su derecho.</p> <p>Es necesario entonces analizar si al aplicar la estipulación contractual el ICFES abuso del derecho que tal cláusula le otorgaba.</p> <p>2.7.1. Abuso del derecho. Alcance.</p> <p>Según lo tiene entendido la doctrina, el abuso del derecho se presenta cuando el titular del derecho lo ejercita con el único propósito de dañar a otro.¹</p> <p>Por su parte, la Corte Constitucional mediante sentencia C-258 de 2013 indicó que en términos generales, comete abuso del derecho: "<i>^ aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ji) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue</i>".</p> <p>Por su parte, la Corte Suprema de Justicia indica que el abuso del derecho se presenta cuando, "<i>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</i>"</p> <p>Es requisito <i>sine qua non</i> que quien abuse de un derecho sea titular de aquel, pues no se puede abusar de un derecho que no es propio.</p> <p>2.7.2. Inexistencia de abuso del derecho en la aplicación del numeral 5° de la cláusula décima quinta del contrato de prestación de servicios</p> <p>Sea lo primero indicar que es contradictoria la afirmación del contratista al indicar, al mismo tiempo, que el ICFES carecía de competencia para estipular la cláusula, que la cláusula es ineficaz y nula, y decir que el ICFES</p>

¹ JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR. Contratos Mercantiles, Teoría General del Negocio Mercantil, Décimo Tercera Edición Actualizada. 2012. Pág. 42

	<p>abusó de su derecho, dado que es requisito <i>sine qua non</i> que quien abuse de un derecho sea titular de aquel.</p> <p>Tal y como ya se mencionó, el contrato de prestación de servicios tiene inmerso una motivación eminentemente de confianza, por tal motivo el ordenamiento jurídico permite que cualquiera de las partes lo terminen en cualquier tiempo. Es este el propósito y el fin que una cláusula de dicha naturaleza conlleva en el contrato de prestación de servicios. En ese sentido el ICFES, al hacer uso de la misma, no actuó con el propósito de dañar, sino que lo realizó de conformidad con la naturaleza de dicho negocio jurídico.</p> <p>Finalidad que obviamente se encuentra en consonancia con lo querido por el ordenamiento jurídico, pues como ya se indicó, en múltiples contratos nominados y típicos se encuentra presente dicha herramienta.</p> <p>La terminación del contrato por cualquiera de las partes protegía tanto los intereses de la Administración como del contratista, pues ante una eventualidad podía cualquiera de ellas, sin necesidad de justificación alguna, terminar el contrato. <i>Verbigratia</i>, si el contratista requería viajar por un largo tiempo, o fuese nombrado como servidor público, por ejemplo, a pesar de existir una evidente carencia de los servicios requeridos por el ICFES de esa forma había sido pactada.</p> <p>Es más, le garantiza al contratista su derecho a que si no podía prestar los servicios requeridos, o de alguna forma mejoraría económica o profesionalmente bajo otro contrato, laboral o de otra índole, pudiese romper su relación con el ICFES si que tal situación conlleva a un incumplimiento de su parte.</p> <p>No se subsume entonces el caso en concreto en un supuesto de abuso del derecho, sino que el tema se encuentra en la inconformidad del contratista en el hecho de que quien hizo uso de la cláusula haya sido la Administración y no él, pues como es lógico, y teniendo en cuenta que el mismo derecho se encontraba en cabeza del demandante, si hubiese sido el contratista el que hubiese terminado el contrato, y aunque el servicio contratado se hubiere visto afectado, la Administración no hubiese tenido reproche alguno. Más que una cuestión de quebranto legal o contractual, lo acá reflejado es una cuestión de oportunidad y conveniencia.</p>
<p>INEXISTENCIA DE DAÑO RESARCIBLE</p>	<p>Pretende el contratista el pago de los honorarios dejados de percibir, junto con sus intereses de mora e indexación.</p> <p>En ese sentido se hace necesario evaluar si lo pretendido por el contratista colman los requisitos para que pueda denominarse como daño la afectación por él sufrida.</p> <p>2.8.1. Resarcibilidad del daño como requisito para su exigibilidad</p>

Es claro que el daño constituye un requisito necesario, más no suficiente, para obtener una respectiva indemnización.

Algunos doctrinantes consideran el daño como todo aquel *"menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita por alguien diferente a la víctima.*

Menoscabo que amén de cumplir con los requisitos clásicos para su configuración (directo, personal y cierto) debe ser *resarcible*, esto es, de existir un bien jurídico o un interés jurídicamente protegible que haya sido quebrantado con la conducta reprochada. Ello puesto que no todo el perjuicio sufrido por una persona puede ser compensado, se requiere la existencia de una lesión a un *bien o interés jurídicamente protegido*. Es este el concepto de *daño resarcible*.

Ciertamente, *"en ocasiones a pesar de existir daño es requisito indispensable pero no suficiente"*, como cuando *"el daño aparece y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre.*

Antijuricidad y daño a un *bien o interés jurídicamente protegido* son sinónimos. En otras palabras, en el concepto de bien o interés jurídicamente protegido está inmerso en concepto de antijuricidad.

En suma, se tiene que no todo daño es indemnizable, pues para que ello ocurra debe ser resarcible o antijurídico, esto es, debe lesionar un bien o interés jurídicamente protegido.

2.8.2. Inexistencia de daño resarcible

Es obvio que el patrimonio de una persona constituye un bien o interés jurídicamente protegido, pero en el presente caso la supuesta vulneración del patrimonio del contratista es la consecuencia (daño consecuencia) y no el evento que supuestamente constituye el daño (daño evento). Es sobre éste último que debe predicarse su antijuricidad.

Es decir, el supuesto daño evento sería la terminación del contrato, y el daño consecuencia sería la afectación patrimonial por la no continuidad del contrato de prestación de servicios. En tal sentido es la terminación del contrato el evento que debe evaluarse a la luz del principio de resarcibilidad, por lo que, debemos preguntarnos si la terminación del contrato produce un daño antijurídico, o si este suceso vulnera un bien o interés jurídico protegido.

Dentro de una 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.

	<p>Tal y como se ha dicho a lo largo del presente documento, la cláusula reprochada no constituye una atribución exorbitante o excepcional en favor de la Administración, dado que no cumple los requisitos para tenerse como tal. De igual forma, no es dable predicar la falta de competencia por parte del ICFES para estipular la por cuanto no es necesario que el Manual de Contratación la contemple expresamente. Respecto a su nulidad e ineficacia quedó evidenciado que no existen causales para que tales sanciones se subsumen en los enunciados fácticos que componen el caso <i>sub examine</i>. Y, frente al abuso del derecho deprecado, se vislumbró que no podía afirmarse su existencia debido a la ausencia de acuerdo entre las partes de los motivos que generarían la aplicación de la cláusula. Por último, quedó claro que la cláusula hoy reprochada era ampliamente conocida por el contratista, que fue aceptada y que él se encontraba de acuerdo con ella.</p> <p>Todo lo contrario, es claro que el contratista vulnera el principio de buena fe al contradecir sus actuaciones y declaraciones, y enjuiciar una estipulación contractual ya antes aceptada.</p> <p>No existe entonces antijuricidad en el daño sufrido, pues la buena fe, la confianza legítima, la autonomía privada de la voluntad y la libertad para obligarse fueron ampliamente observadas. El hecho de que la Administración la hubiese aplicado no conlleva daño o lesión a tales bienes jurídicos, pues fue pactado de esa forma válidamente.</p>
IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN AL MISMO TIEMPO	<p>Otrora se ha considerado que la indexación y la mora son fenómenos jurídicos que obedecen a causas jurídicas disímiles y que por tal motivo <i>"hacen que su naturaleza no resulte asimilable"</i>. ^{4g}</p> <p>La indexación tiene como fin mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda. Se fundamenta en el principio de equidad ya que le asegura al beneficiario de la compensación un pago <i>integral</i>.</p> <p><i>Contrariu sensu</i>, la mora tiene un carácter eminentemente indemnizatorio y subjetivo. Efectivamente, la mora presupone que el deudor de una obligación ha retardado su cumplimiento y por ende ha causado un daño (indemnización), razón por la cual debe resarcir los perjuicios causados con su conducta (subjetivo).</p> <p>En este último caso, es posible que se generen intereses de mora, la cual se compone de varios elementos, uno de los cuales es el <i>componente inflacionario</i>². Tal componente tiene la finalidad de ajustar el interés moratorio al valor actual. Después de ello se le agrega el porcentaje respectivo tendiente a indemnizar el perjuicio causado.</p> <p>Es decir, el interés moratorio contiene la in moratoria, se torna en un doble cobro de una misma obligación. <i>"Por eso, mora e indexación no pueden tomarse, sin más como continente y contenido. Claro, hay que aclarar, eso sí, que hay eventos especiales en los cuales el pago de los perjuicios lleva implícita la actualización monetaria, como cuando los primeros se traducen</i></p>

² Generalmente el IPC.

	<p><i>en intereses comerciales de mora, porque ese tipo de réditos, precisamente, tiene un componente de actualización que torna innecesario un ajuste adicional."</i></p> <p>Así entonces yerra el demandante al solicitar el reconocimiento y pago, a la vez, de la indexación y el interés moratorio de una misma obligación.</p>
--	--

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.3.1. Demandante:

Se ratifica en los hechos y las pretensiones expuestos en el escrito de la demanda, agrega que el precedente jurisprudencial que cita la parte demandada para ser aplicada al caso bajo estudio no es de recibo pues allí se presentó un incumplimiento por parte del contratista lo cual no ocurrió en el presente caso, como se evidencia la demandante nunca incumplió sus obligaciones en el contrato de prestación de servicios, no hubo necesidad de acudir a la póliza para obtener el cumplimiento del contrato, tampoco hay memorandos por parte del supervisor del contrato tendientes a conminar su cumplimiento.

Se evidencia que la entidad a través de la ordenadora del gasto emitió oficios **sin motivación alguna** dando por terminado el contrato a la demandante, cita varias providencias que justifican la necesidad de que los actos administrativos sean motivados, la motivación permite a la administración exponer las razones de hecho y derecho que justifican su actuar en determinado sentido.

Cita varias providencias en donde indica que en virtud del "**principio de la autonomía de la libertad**" no puede superar lo normado por la entidad en torno a la celebración de contratos.

Si bien el régimen de contratación de la entidad como el ICFES es del régimen privado, en el presente caso se presentó una terminación unilateral sin respaldo normativo.

Considera que hay un abuso de la posición dominante en el contrato de prestación de servicios, no se puede ser juez y parte en la misma actividad judicial.

Prelación sobre el "pacta sunt servanda", no puede ser contrario a la ley.

El despacho indaga sobre la cláusula del contrato

1.3.2. INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACION – ICFES

A la pregunta de si una entidad como el ICFES exceptuada del régimen de contratación estatal (ley 80) puede pactar cláusulas exorbitantes, como la terminación unilateral del contrato, está clara la línea jurisprudencial establecida por el consejo de estado.

Indica que en un principio no podían hacerlo, pero luego hay una línea jurisprudencial del Consejo De Estado en donde se indicó que si pueden pactar cláusula de terminación unilateral. Precisa varios pronunciamientos que dan soporte a esa última línea. La posibilidad de hacerlo deviene de la propia autonomía contractual.

En el caso bajo estudio hay 2 pronunciamientos en casos similares resueltos con el TAC en una se dijo que la cláusula que se menciona no es exorbitante pues ambas partes contrataron, es decir no hay autotutela, es el fruto de un acuerdo suscrito por ambas partes, en otro pronunciamiento se indica que no hay un abuso de posición dominante, pues el contratista tenía conocimiento de la cláusula y sabía que la entidad contratante podía dar por terminado el contrato de manera unilateral, que la cláusula tenía vigencia para ambas partes. El consejo de estado tuvo conocimiento de esos pronunciamientos mediante acción de tutela bajo el radicado 20200057 mencionando que la sentencia no desconoció el precedente aplicable, se hizo un análisis precisando que, en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes podían pactar la terminación del contrato.

Cuando se pretenda la nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas el término es de dos años contados desde su perfeccionamiento, entonces había una caducidad de la acción si no estaba de acuerdo con el contenido

No se demostró que alguna de las cláusulas fuera abusiva por alguna de las razones indicadas de manera jurisprudencial.

Motivo por el cual solicita sean denegadas las pretensiones de la demanda y se profiera pronunciamiento sobre las costas

El despacho indaga si solo se debía dar por terminado el contrato sin justificar el motivo de la misma, la parte indica que si y precisa que iba en doble sentido, el contratista podía dar por terminado el contrato sin justificar el motivo.

1.3.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: representada por la procuraduría judicial 82-1 no presentó concepto.

2. CONSIDERACIONES

2.1. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:

Frente a la excepción de **CADUCIDAD** propuesta por la demandada . en el auto admisorio de la demanda 12 de diciembre de 2018 se analizó este punto, pero sea del caso indicar que la parte actora no solo pretende la nulidad de la cláusula contenida en el contrato *de prestación de servicios No. 137 de 2016* (que para el presente caso está contenida en el numeral 5 de la cláusula 15 no como erradamente lo citó el apoderado de la parte demandada), sino que también

pretende la nulidad de los actos por medio de los cuales se le informó de la terminación del contrato los cuales datan del **16 y 18 de mayo de 2016**, motivo por el cual en concordancia con el ordinal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA ³*el término de caducidad se contará a partir de ese último acto* y como la solicitud de la conciliación se presentó el 10 de febrero de 2017 y se declaró fallida el 30 de marzo de 2017⁴, la parte actora contaba hasta el 29 de junio de 2018 para presentar la demanda; como la radicó el 16 de mayo de 2018, el despacho considera que fue presentada en tiempo.

En relación con las excepciones de **EXISTENCIA DE PRECEDENTE JUDICIAL, INEXISTENCIA DE CLÁUSULAS EXORBITANTES O EXCEPCIONALES, MANUAL DE CONTRATACIÓN Y LA CLÁUSULA DE TERMINACIÓN, INEXISTENCIA DE CLÁUSULA DE LA ETAPA DE ARREGLO DIRECTO, NULIDAD E INEFICACIA Y LA CLÁUSULA DE TERMINACIÓN, ABUSO DEL DERECHO Y LA CLÁUSULA DE TERMINACION, INEXISTENCIA DE DAÑO RESARCIBLE, IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN AL MISMO TIEMPO** propuestas por la demandada no gozan de esta calidad, en atención a que los hechos que se aducen como fundamento de la misma, no la conforman, limitándose simplemente a negar o contradecir los supuestos de hecho en que los demandantes sustentan su acción. En este sentido, el término “excepción”, está reservado para aquéllos únicos casos en que tal instrumento de defensa se traduce en la acreditación de hechos y razones distintos, encaminados a excluir, enervar o dilatar las pretensiones.

2.2. LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:

Conforme a lo establecido en la FIJACIÓN DEL LITIGIO, se busca establecer si hay lugar a declarar o no la nulidad de la cláusula décima quinta del contrato N. 137-2016 de prestación de servicios suscrito entre el ICFES Y BIBIANA NATALIA ANGEL VANEGAS y de los oficios del 16 de mayo de 2016 y 10 de junio de 2016 y de ser así hay lugar al reconocimiento y pago de daños y perjuicios por algún monto.

De manera subsidiaria se busca establecer si la demandada debe o no responder por los presuntos perjuicios ocasionados a la demandante BIBIANA NATALIA ANGEL VANEGAS por dar por terminado el contrato N. 137-2016 presuntamente de manera injustificada, ilegal y arbitraria en aplicación de la cláusula décima quinta presuntamente ambigua, confusa e imprecisa.

Surge entonces los siguientes problemas jurídicos:

¿Es nula la cláusula 15 del contrato N. 137-2016 de prestación de servicios suscrito entre el ICFES Y BIBIANA NATALIA ANGEL VANEGAS y de los oficios

³ “j) *En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento*”

⁴ 1 mes y 10 días, periodo durante el cual se suspendió el término de la caducidad

del 16 de mayo de 2016 y 10 de junio de 2016? En caso afirmativo ¿hay lugar al reconocimiento y pago de daños y perjuicios por algún monto?

De manera subsidiaria

¿El ICFES actuó de manera injustificada, ilegal y arbitraria al aplicar la cláusula decima quinta presuntamente ambigua, confusa e imprecisa y dar por terminado el contrato N. 137-2016? En caso afirmativo ¿hay lugar al reconocimiento y pago de daños y perjuicios por algún monto?

Para dar respuesta a esta pregunta debemos tener en cuenta lo siguiente:

La ley 1324 del 13 de julio 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 y se transforma el ICFES.” En su artículo 12 dispone lo siguiente:

(...) ARTÍCULO 12. Transfórmense el Instituto Colombiano de Fomento a la Educación Superior, ICFES, en una Empresa estatal de carácter social del sector Educación Nacional, entidad pública descentralizada del orden nacional, de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional. El Gobierno podrá modificar el nombre de la entidad, y podrá disponer, sin embargo, que use la denominación "ICFES", para efectos tales como otorgar sellos de calidad o distinguir los exámenes que se realicen bajo su responsabilidad.

El ICFES tendrá por objeto ofrecer el servicio de evaluación de la educación en todos sus niveles y adelantar investigación sobre los factores que inciden en la calidad educativa, con la finalidad de ofrecer información para mejorar la calidad de la educación. De la misma manera el ICFES podrá realizar otras evaluaciones que le sean encargadas por entidades públicas o privadas y derivar de ellas ingresos, conforme a lo establecido en la Ley 635 de 2000. El ICFES tendrá su domicilio en la ciudad de Bogotá, D. C. (...)

***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.** (...)*

El artículo 1741 del código civil dispone:

(...) La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así misma nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato (...)

2.3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:

2.3.1 Conforme al material probatorio aportado, se encuentran **probados los siguientes hechos:**

- ✓ El día 12 de enero de 2016 se presentaron estudios previos al contrato de prestación de servicios donde se establece que la necesidad y justificación conlleva al cumplimiento del Decreto 5014 de 2009 “Por el cual se modifica la estructura del ICFES” especialmente en el artículo 12 a las “funciones para la Oficina Asesora de Comunicaciones y Mercadeo”⁵ y en respuesta a las necesidades se presentan las obligaciones del contratista⁶, adicional a los riesgos a la supervisión, el valor estimado, la forma de pago y el plazo del contrato.⁷
- ✓ El día 18 de enero de 2016 se invitó a Bibiana Ángel a presentar oferta⁸, aportó certificaciones administrativas de paz y salvo, estudios profesionales y participaciones académicas⁹ ; en el mismo mes aceptó la oferta¹⁰.
- ✓ Se expidió el certificado de disponibilidad presupuestal del día 15 de enero de 2016 por un valor de \$70.111.878 y su registro presupuestal del día 18 de enero de 2016¹¹
- ✓ Se aprobaron las garantías del contrato¹² contenida en la póliza única de cumplimiento expedida por Seguros del Estado S.A. para amparar el cumplimiento y calidad¹³
- ✓ El 18 de enero de 2016 se suscribió el contrato # 137 de prestación de servicios entre BIBIANA NATALIA ANGEL VANEGAS y el ICFES con las siguientes características:

Objeto: *prestar servicios profesionales para el diseño y realización de piezas gráficas, que requiera la oficina Asesora de Comunicaciones y Mercadeo, para apoyar los procesos de comunicación interna y externa*¹⁴

⁵ Folio 12 Pruebas

⁶ Folio 13 Pruebas

⁷ Folio 15 – 19 Pruebas.

⁸ Folio 21 Pruebas

⁹ Folio 55 a 72 Pruebas

¹⁰ Folio 22 Pruebas

¹¹ Folio 20 y 73 Pruebas

¹² Folio 41 Pruebas

¹³ Folio 42 Pruebas

¹⁴ Folio adverso 2 C2

Plazo: estipulado desde el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato hasta el 31 de Diciembre de 2016¹⁵

Valor: \$70.111.878 ¹⁶

En la cláusula décima quinta se señaló la forma de terminación del contrato en el numeral 5): *“Cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato en cualquier momento. La decisión de dar por terminado el contrato se deberá comunicar por escrito a la otra parte con, por lo menos, quince días hábiles de anticipación al día que se pretenda dar por terminado el contrato”*¹⁷

- ✓ El 18 de enero de 2016 se designó a DIEGO FERNANDO SUÁREZ MANZUR para que realizara la supervisión, control y seguimiento del contrato¹⁸ de los que se dejó constancia en acta de inicio del contrato interadministrativo N 137 – 2016 con firma del supervisor y la contratista¹⁹

- ✓ A partir del mes de febrero hasta el mes de junio de 2016, mes a mes se expidió el certificado de cumplimiento y recibo a satisfacción del bien o servicio contratado, donde en síntesis se expedía el visto bueno por parte del supervisor de: *i. Que los productos y servicios relacionados se recibieron a satisfacción, se realizaron durante el periodo y se encuentran detallados en el informe presentado por el contratista; ii. Que el recibo del servicio o bien fue a satisfacción, considerando procedente se realice el desembolso o pago*²⁰.

- ✓ A la señora BIBIANA NATALIA ANGEL VANEGAS le enviaron las siguientes comunicaciones:
 - El 16 de mayo de 2016 la doctora Ximena Dueñas Herrera, en calidad de Jefe de la Oficina de Comunicaciones y Mercadeo (E) y Supervisora del Contrato 137-2016 del INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN -ICFES le informó a BIBIANA NATALIA ANGEL VANEGAS que “...ha resuelto dar por terminado unilateralmente el contrato No. 137-2016 de fecha 18 de enero de 2016, suscrito con usted, lo cual se hará efectivo a partir del 09 de junio de 2016”.

 - El 18 de mayo de 2016 la doctora María Sofía Arango Arango en calidad de Secretaria General del INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN –ICFES, nuevamente le informa a BIBIANA NATALIA ANGEL VANEGAS que “...ha resuelto dar por terminado unilateralmente el contrato No. 137-2016 de fecha 18 de enero de 2016, suscrito con usted, lo cual se hará efectivo a partir del 10 de junio de 2016”.

¹⁵ Folio 4 C2

¹⁶ Folio Adverso 3 Pruebas

¹⁷ Folio 5 Pruebas

¹⁸ Folio 45 Pruebas

¹⁹ Folio 46 Pruebas

²⁰ Folio 42, 55,63,73 y 79 Pruebas

- ✓ **El 08 de junio de 2016** Rad 20162100381002, **BIBIANA NATALIA ANGEL VANEGAS** solicitó al ICFES el inicio de una etapa de arreglo directo.
- ✓ El día 10 de junio de 2016 la secretaria general del ICFES con radicado N. 20161100386801, en respuesta al derecho de petición no dispuso del trámite de arreglo directo u otra figura jurídica similar del contrato 137 de 2016²¹.
- ✓ El día **10 de Junio de 2016** la jefe de la oficina de Comunicaciones y Mercadeo del ICFES por medio de radicado No. 20161000310681 dio aviso de terminación del contrato de manera unilateral para hacerse efectivo el día 09 de Junio de 2016 haciendo relación a la cláusula 15 numeral 5 del contrato sin mediar justificación²²

El día 18 de junio de 2016 la secretaria general del ICFES comunicó con el radicado No. 2016200011033 a Bibiana Ángel la terminación del contrato 137-2016, para hacerse efectivo el día 10 acudiendo a la cláusula 15 Numeral 5 del contrato, Junio de 2016 y solicitándole la entrega de los elementos entregados para el cumplimiento del contrato; de igual manera en esta comunicación no se relacionó alguna justificación²³

- ✓ El 06 de Julio de 2016 la directora general del ICFES solicita la liberación financiera a la subdirección financiera de los recursos del certificado de disponibilidad presupuestal correspondiente al contrato 137-2016.²⁴
- ✓ Pago por concepto de honorarios del mes de febrero hasta el mes de junio mes a mes por un valor total pagado de \$5.704.513 respectivamente.²⁵
- ✓ El día 07 de Julio de 2016 y el día 30 de Agosto de 2016 se expide la constancia de ejecución financiera del contrato donde aparece la liberación financiera de \$40.644569 respectivamente²⁶
- ✓ El acuerdo 006 de 2015 “Por el cual se adopta manual de contratación del ICFES” en el “**ARTÍCULO TERCERO- VIGENCIAS Y DEROGATORIA**”, deroga disposiciones contrarias especialmente la resolución No. 0014 de 2011 y estipula en el Capítulo 6 artículo 43 de la terminación de los contratos, la posibilidad de darse por voluntad unilateral de cualquiera de las partes con previo aviso a la otra parte de su decisión con 15 días de antelación.²⁷

2.3.2. Entremos ahora a resolver el interrogante planteado:

²¹ Folio 10 Pruebas

²² Folio 7 Pruebas

²³ Folio 8 Pruebas

²⁴ Folio 91 Pruebas

²⁵ Folio 94 a 99 Pruebas

²⁶ Folio 91 y 93

²⁷ Folio 113 Adverso pruebas

¿El ICFES actuó de manera injustificada, ilegal y arbitraria al aplicar la cláusula décima quinta presuntamente ambigua, confusa e imprecisa y dar por terminado el contrato N. 137-2016? En caso afirmativo ¿hay lugar al reconocimiento y pago de daños y perjuicios por algún monto?

Para el despacho es claro que la cláusula a cuyo amparo se efectuó la terminación unilateral del contrato, no reviste defectos sustanciales de redacción desde el punto de vista gramatical u ortográfico que la hagan ser considerada confusa e ininteligible. Así las cosas, sea lo primero señalar que lo pactado en el numeral 5 de la cláusula décima quinta, facultaba a ambas partes para terminar de manera unilateral y con un previo aviso de 15 días, el contrato de prestación de servicios celebrado.

No es de recibo entonces la alegación expuesta por la accionante en cuanto a que debe realizarse una interpretación en contra de la demandada de la mencionada disposición, ya que más allá del hecho de que la potestad se plasmó en favor de ambas partes, lo cierto es que la redacción de la cláusula es clara y su aplicación no estaba revestida de mayor ritualismo, por lo que no hay lugar a aplicar una regla de interpretación cuya aplicación tiene precisamente como presupuesto la existencia de ambigüedad en el texto²⁸.

Aunado a lo anterior, resulta llamativo que el apoderado se valga en su argumento de una redacción de la cláusula que a todas luces contrasta con lo que obra en el contrato aportado al expediente, y es que, en efecto, el numeral quinto de la cláusula 15 señala: “5. Cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato en cualquier momento. La decisión de dar por terminado el contrato se deberá comunicar por escrito a la otra parte con por lo menos quince (15) de anticipación al día en el cual se pretenda dar por terminado el contrato.”, mientras que el apoderado cita en el numeral 5.4 de su escrito introductorio una redacción que no encuentra respaldo en el texto del contrato que la misma parte aportó: “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”, esto a pesar de que se encuentra entre comillas lo que falazmente sugiere la idea de que habría tomado del texto original, veamos el original tomado del contrato:

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA. CAUSALES DE TERMINACIÓN: El contrato terminará por cualquiera de las siguientes causas: 1) Por la expiración del plazo de ejecución pactado; 2) Por mutuo acuerdo de las partes; 3) Por el cumplimiento total de las obligaciones contractuales antes de la expiración del plazo de ejecución pactado; 4) Por imposibilidad jurídica o física de **EL ICFES** o de **EL CONTRATISTA** para ejecutar el contrato. **5) Cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato en cualquier momento. La decisión de dar por terminado el contrato se deberá comunicar por escrito a la otra parte con, por lo menos, quince (15) días hábiles de anticipación al día en el cual se pretenda dar por terminado el contrato.** 6) Por orden judicial que así lo declare. **PARÁGRAFO:** La terminación del contrato por cualquiera de las causales antes mencionadas no dará lugar al reconocimiento o pago de suma alguna de dinero.

²⁸ Contexto y construcción de la regla “interpretatio contra proferentem” en la tradición romanista*. Aspectos histórico-comparativos de un principio de interpretación contractual, Javier M. Rodríguez Olmos, Revista de Derecho Privado No. 14 de 2008, Universidad Externado de Colombia.

Y la cita del apoderado de la demandante:

"...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. (...)". es posible comprender con meridiana claridad al menos para esta parte convocante, que la terminación unilateral solamente era procedente efectuarla de la manera unilateral con 15 días de antelación a la finalización del vínculo obligacional, esto es, al fenecimiento o vencimiento del plazo previsto expresamente en la cláusula Novena del contrato *"...El plazo de ejecución del contrato se contara a partir del cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato hasta el día 31 de diciembre de 2016"*, por lo que bajo esta perspectiva, la terminación unilateral solo podía ser ejercida por el INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES, quince (15) días antes del 31 de diciembre de 2016, pues esta es la fecha de finalización del contrato.

Esta diferencia que a juicio del despacho resulta inexcusable, máxime cuando a partir de ella se elabora uno de los principales argumentos de la demanda y que ciertamente hubiese podido cambiar el sentido del fallo, en caso de que la redacción que el abogado cita fuese la correcta, bien podría ser constitutiva de una conducta objeto de sanción disciplinaria.

Dicho esto, es necesario abordar el tema relativo a la presunta nulidad.

¿Es nula la cláusula 15 del contrato N. 137-2016 de prestación de servicios suscrito entre el ICFES Y BIBIANA NATALIA ANGEL VANEGAS y de los oficios del 16 de mayo de 2016 y 10 de junio de 2016? En caso afirmativo ¿hay lugar al reconocimiento y pago de daños y perjuicios por algún monto?

Se afirma en la demanda que la presunta nulidad que se alega se derivaría del hecho de que el ICFES haya incluido la cláusula de terminación unilateral, en contravía del régimen jurídico que le es aplicable a los negocios jurídicos por ella celebrados, que es el privado.

Al respecto, sea del caso señalar, como bien lo resalta la demandada, que el Consejo de Estado²⁹ ya ha tenido la oportunidad de abordar este particular punto, llegando a la conclusión de que la inclusión de este tipo de cláusulas son admisibles en contratos cuyo régimen jurídico es el privado, bajo el presupuesto de que tal incorporación se realiza al amparo de la autonomía de la voluntad, que en su calidad de presupuesto ontológico de la celebración de todo acto negocial es, no sólo transversal a la contratación pública y privada, sino prevalente en este último escenario como fuente de las disposiciones contractuales.

A este respecto, es del caso resaltar que la autonomía de la voluntad es la facultad que tienen los sujetos de derecho de regular sus propios intereses a través de los contratos que para el efecto celebren, misma que encuentra límite en las normas de orden público. Esta noción en ninguna medida es ajena al ámbito de los contratos celebrados por las entidades públicas y menos aun cuando el régimen

²⁹ 19001-23-31-000-2007-00147-01(41783)

aplicable es el privado, tal y como se establece en la ley 80 de 1993, bajo la siguiente redacción:

Artículo 32: Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...) (Subraya fuera de texto).

Así las cosas, deviene claro que, contrario a lo señalado por la accionante, la incorporación y consecuente aplicación de la cláusula en cuestión, guarda plena coherencia con la noción de autonomía de la voluntad, que el legislador ha previsto en cabeza de las entidades públicas cuando de contratos se trata.

La tesis de la accionante en cuanto a la presunta vulneración de los principios de la función administrativa, está llamada al fracaso, toda vez que, se insiste, la incorporación de este tipo de disposiciones tiene el debido soporte jurídico en la noción de la autonomía de la voluntad, por cuanto, como se pasa a analizar, no existe contravención a normas de orden público en la incorporación de este tipo de cláusulas.

Resulta necesario concluir, en la medida de lo señalado en precedencia, que la inclusión de la cláusula de terminación del contrato a la que se ha hecho alusión no resulta ilegítima pues su fuente es la voluntad de las partes que celebraron el contrato, misma frente a la cual, no se demostró la existencia de un vicio que invalide lo acordado, como un error, fuerza o dolo.

Una cuestión aneja a este punto, lo constituye el establecer, si aun dentro del ámbito del derecho privado, es factible incorporar una cláusula que consagre la posibilidad de terminación anticipada unilateral para ambas partes. La respuesta claramente es positiva pues dentro de dicho ámbito nada se opone, jurídicamente hablando, a que las partes pacten tal tipo de disposiciones que de hecho son de uso común en el ámbito de la contratación privada tal y como lo ha reconocido la Jurisprudencia Nacional desde 1941³⁰, lo cual de plano excluye la posibilidad de ser considerada como disposición que encarne el ejercicio de una potestad exorbitante, pues por definición tal figura solo tendría lugar en eventos en los que la administración ejerce un poder excepcional y extraño al ámbito privado de los contratos, sin que se pueda obviar el hecho de que la cláusula fue pactada en favor de ambas partes, lo que de igual forma refleja el deseo de estas, de poder deshacer el vínculo contractual en cualquier momento, lo cual resulta plenamente legítimo.

Como no estamos ante una cláusula exorbitante, sino ante una disposición acordada a la sombra del derecho privado, es menester concluir que resulta ajustado a dicho ordenamiento que la entidad no haya tenido que realizar ningún esfuerzo argumentativo para justificar la terminación del contrato, como sí habría sido necesario ante un escenario de ejercicio de una cláusula exorbitante de las consagradas en la ley 80 de 1993.

³⁰ La cláusula de terminación unilateral del contrato, Jorge Oviedo-Albán, Universitas, núm. 138, 2019, Pontificia Universidad Javeriana.

Así las cosas, la simple comunicación escrita dirigida a la contratista indicando la fecha de terminación del contrato, remitida con la debida anticipación, satisface lo establecido en el contrato en cuanto al tipo de terminación que se ejerció.

Dentro de este discurso resulta a todas luces extraño pretender que el ejercicio de la facultad en comento estuviera mediada por la activación de un mecanismo de resolución de controversias, que así fuera precario, como en efecto lo es el de la resolución directa, no tenía lugar, por el simple hecho de que la terminación así pactada no planteaba como presupuesto la existencia de una controversia, sino la sola voluntad de terminar el contrato de cualquiera de los contrayentes.

Así las cosas, queda claro que ni la pretensión de declarar la nulidad del numeral 5 de la cláusula décima quinta, ni la subsidiaria de interpretar la misma en contra de la entidad tienen vocación de prosperidad.

Por lo expuesto en precedencia se negarán las pretensiones de la demanda.

2.4. CONDENA EN COSTAS:

La condena en costas la adopta el juez teniendo en cuenta la conducta de la parte vencida en el proceso, pues no es una regla de aplicación forzosa y general.

El artículo 188 del CPACA no obliga al juzgador a condenar en costas indefectiblemente sin que medie una valoración de la conducta de la parte vencida en el proceso, dicha norma señala que se debe disponer sobre dicha condena solo en la sentencia que decida el mérito del asunto sometido a debate en el proceso.

Analizado dicho aspecto, este despacho estima que en esta oportunidad **no hay lugar a imponer condena en costas**, debido a que no se aprecia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por las partes. Además, las costas deben aparecer comprobadas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P, según el cual "*Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*", situación que no se ha presentado en el caso estudiado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Declárense no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada **INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN – ICFES** .

SEGUNDO: Niéguese las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: **Notifíquese** a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA.

COPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


OLGA CECILIA HENAO MARÍN
Juez

NNC

Firmado Por:

Olga Cecilia Henao Marin
Juez
Juzgado Administrativo
034
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6a8be9f29a0736bcbbc8580ad992ad88139a10d339cf83523cd59dab9f6370c6**

Documento generado en 22/06/2022 11:19:36 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>