LEGIS móvil
www.legismovil.com

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, seis (6) de mayo de dos mil quince (2015).

Radicación número: 73001233100020000329201 (35.766)
Actor: Jaime Yamil Sánchez Hernández
Demandados: Departamento del Tolima
Asunto: Acción Contractual (Sentencia)

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada[1] y demandante[2] contra la sentencia del 16 de junio de 2008[3] proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima que resolvió:

> *"1. DECLÁRESE la nulidad de las Resoluciones No. 083 y 096 del 5 de junio y 9 de junio de 1998, respectivamente proferidas por el Departamento del Tolima, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *2. DECLÁRESE liquidado el contrato No. 0521 del 20 de octubre de 1997, estableciendo que existe un saldo a favor del señor Jaime Yamil Sánchez Hernández, en calidad de contratista y a cargo del Departamento del Tolima, equivalente Al 10% del valor total del contrato.*
>
> *3. ORDÉNESE al Departamento del Tolima efectuar la devolución del 10% del valor total del contrato No. 521 del 20 de octubre de 1997, que fue descontado al señor Jaime Yamil Sánchez Hernández, en calidad de contratista, con fundamento en lo ordenado en la Resolución No. 083 del 05 de 1998, por lo cual se declaró en forma extemporánea la caducidad de dicho contrato, suma que deberá ser cancelada debidamente indexada a la fecha efectiva del pago*
>
> *4. NIEGUÉNSE las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia".*

---

[1] Fls.227-234 C.P
[2] Fls.235 C.P
[3] Fls.191-222 C.P

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 28 de noviembre de 2000[4], el señor **Jaime Yamil Sánchez Hernández** presentó demanda contra el **Departamento del Tolima** para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 083 de 5 de junio de 1998 y 096 del 9 de noviembre de 1998 proferidas por el Departamento del Tolima, por medio de las cuales se declaró la caducidad administrativa del Contrato de Obra No. 521 del 20 de octubre de 1997.

2.- Que se declare liquidado el Contrato de Obra No. 521 del 20 de octubre de 1997.

3.- Que se declare que el Departamento del Tolima incumplió desde su inicio el Contrato de Obra No. 521 del 20 de octubre de 1997, como consecuencia "*de la suspensión de la obra por culpa exclusiva de la Gobernación del Tolima por no haberse asignado la interventoría con fecha de 5 de noviembre de 1997".*

4.- Que se disponga el reintegro de la multa que por valor del 10% le fue descontada al señor Jaime Yamil Sánchez Hernández, por disposición del ente territorial en la Resolución No. 083 del 5 de junio de 1998.

5.- Que se condene al Departamento del Tolima a pagar a favor del demandante la suma equivalente a 2000 gramos oro, a título de indemnización por los perjuicios morales sufridos como consecuencia de la declaratoria de caducidad.

6.- Que se condene al Departamento del Tolima a pagar por concepto de perjuicios materiales: (i) a título de daño emergente la suma de $43.473.732.oo y (ii) a título de lucro cesante, el equivalente a $405.000.000.oo.

2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así[5]:

El Departamento del Tolima y el Ingeniero Jaime Yamil Sánchez Hernández suscribieron el Contrato de Obra No. 521 del 20 de octubre de 1997, el cual tenía por objeto el

[4] Fls.57-88 C.1
[5] Fls.60-67 C.1

"mantenimiento de la vía Palocabildo – Casabianca, municipio de Palocabildo, sector K6 + 000 AL k12 +000", que contaba con un plazo para su ejecución de 90 días.

El 4 de noviembre de 1997 Jaime Yamil Sánchez Hernández dio inicio al contrato de obra, pero este fue suspendido al día siguiente, esto es el 5 de noviembre del mismo año, porque no tenía asignada la interventoría correspondiente.

El 13 de diciembre de 1997 el contratista, la entidad demandada y la firma interventora acordaron dar inicio nuevamente a la ejecución del contrato No. 521 de 1997.

El 2 y 13 de febrero de 1998, mediante acta de recibo No. 01, el interventor de la obra le solicitó al contratista la demolición de cabezotes, muros, aletas y rechazó la entrega de 7 alcantarillas, las cuales tenían un valor de $21.000.000.oo, por lo que el contratista quedó en situación de insolvencia para continuar con la ejecución del contrato, ya que el valor del anticipo fue de sólo $29.652.043,oo.

En este momento el interventor de la obra solicitó al Departamento del Tolima la aplicación de las sanciones contractuales, entre ellas la caducidad del contrato, la cual fue decretada mediante Resolución No. 083 de 5 de junio de 1998, notificada al contratista el 17 de junio siguiente y confirmada mediante Resolución No. 096 de 9 de noviembre del mismo año.

Manifiesta el demandante que la caducidad del Contrato No. 521 de 1997 fue declarada de forma extemporánea puesto que de acuerdo con lo establecido en la Ley 80 de 1993 la caducidad debe decretarse antes del vencimiento del contrato, y este venció el 3 de mayo de 1998.

Posteriormente, mediante acta de recibo No. 2 de 4 de diciembre de 1998, el interventor de la obra *"recibió las obras realizadas por haberse terminado el tiempo del Contrato No. 521 del año 1997 el día 3 de mayo de 1998 y el contrato de interventoría desde la misma fecha".*

Finalmente. sin haberse llevado a cabo la liquidación del contrato, el 23 de julio de 1999, el acta de recibo No. 02 fue cancelada, "*una vez descontado el saldo del anticipo y la multa del 10% de que habla la Resolución No. 083 del 5 de junio de 1998,".*

3. El trámite procesal

3.1- Admitida la demanda y noticiado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y el accionado le dio respuesta[6] oponiéndose a las pretensiones formuladas, por cuanto consideró:

> *"(…) No es atendible que pese a las reiteradas consideraciones que tuvo la entidad contratante, con el contratista, tratando por todos los medios de solucionar los desfases en que había incurrido, en especial, en lo referente a la calidad de la obra, lo cual es el reflejo no de lo difícil del terreno, ni lo complicado que estaba el orden público, no, lo que es evidente es que el contratista no tuvo la menor consideración en realizar las obras en las condiciones exigidas y a la cual él se había comprometido al ofertar para el mantenimiento de la carretera Palo cabildo – Casabianca, sector K6+ 00 a K12 + 000.*
>
> *No hubo en ningún momento apresuramiento en la decretación de la caducidad en el contrato, ya que este se inició el 4 de noviembre de 1997 y hasta el mes de abril no se había dado cumplimiento a la obra, lo que conllevó a que el Departamento no tuviera otra opción al respecto.*
> *(…)".*

El Departamento del Tolima propuso como excepciones: (i) la caducidad de la ejecución del contrato y (ii) la de inepta demanda, porque "*no aparece claro el acto acusado y el concepto de violación".*

3.2- Después de decretar[7] y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por aquellas, pero éste último no rindió su concepto.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El 16 de junio de 2008, el Tribunal Administrativo del Tolima accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, conforme se anotó *ad initio* de esta providencia.

Como fundamento de su decisión el *A quo* consideró:

- Es procedente declarar la incompetencia temporal de la Administración Departamental para la declaratoria de caducidad del Contrato No. 521 de 1997 por cuanto el plazo para la ejecución de la obra contratada venció el día 19 de marzo de 1998 y habiéndose producido la declaratoria de caducidad el 5 de junio de 1998, se tiene que el Departamento del Tolima no era competente para esa fecha, por cuanto el plazo contractual se encontraba vencido.

---

[6] Fls.98-105 C.1
[7] Fls.116-117 C.1

- En lo referente a la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte del Departamento del Tolima, al haberse suspendido la ejecución de la obra por la no asignación de la interventoría, el *A quo* no accedió a lo pretendido en este sentido, por cuanto concluyó que *"pese a que efectivamente si existió una suspensión de la ejecución del contrato atribuible al Departamento del Tolima, al no asignar en tiempo la interventoría de las obras, también es cierto que dicho término (1 mes y 8 días), no fue descontado del plazo que tenía el contratista para la ejecución del contrato (90 días calendario), pues al presentarse el fenómeno que originó la suspensión, el término del contrato se interrumpió hasta la reiniciación de la obra".*

- En cuanto a la multa equivalente al 10% del valor del contrato, que fue descontada al actor del pago del acta de recibo final, la Primera Instancia ordenó su devolución, puesto que fue impuesta mediante acto administrativo respecto del cual la Administración carecía de competencia temporal para proferir.

- Por último, el *A quo* encontró que los perjuicios materiales e inmateriales solicitados por el actor no están demostrados dentro del proceso.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

1. El 24 de junio de 2008, el apoderado judicial del Departamento del Tolima interpuso recurso de apelación[8] en el que solicitó que se revoque la sentencia proferida el 16 de junio de 2008 por el Tribunal Administrativo de esa jurisdicción, con fundamento en que:

(i) La aplicación exegética del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 dada por el Tribunal de Primera Instancia, restringe la posibilidad que le asiste al Estado de utilizar los mecanismos legales para hacer valer sus poderes exorbitantes, en beneficio de proteger la finalidad pública y social que reviste los contratos estatales.
En consecuencia, consideró el apelante que él podía declarar la caducidad del contrato aún por fuera del vencimiento del plazo del contrato, por cuanto, al momento de proferir la Resolución No. 083 de 1998 y posteriormente la 096 del mismo año, no existía litigio judicial alguno en marcha por parte del contratista que tuviera relación directa con los hechos que originaron los actos demandados.

(ii) El ente territorial contaba con el término de dos años, una vez vencido el plazo del contrato para proferir la Resolución de caducidad del contrato o para hacer uso de la facultad o autonomía administrativa otorgada por la Constitución a los entes territoriales,

[8] Fls.227-234 C.P

porque no permitirlo sería tanto como "*premiar al contratista que ha incumplido abiertamente con sus obligaciones contractuales burlándose y asaltando la buena fe y confianza del Estado".*

2. Por la otra parte, el 26 de junio de 2008 el apoderado del parte demandante[9] presentó su recurso de apelación, el cual sustentó mediante escrito radicado el 18 de julio de 2008[10], en el que solicitó:

(i) El reintegro y pago de la multa por el 10% que le fue descontada al contratista en la Resolución No. 083 del 5 de junio del 98, debidamente indexada junto a los intereses moratorios a la tasa más alta señalada por la superintendencia financiera; el cual no fue decretado por el Tribunal.

(ii) El reconocimiento de los perjuicios morales, pues para un Ingeniero siempre habrá perjuicios cuando se declara una caducidad administrativa, puesto que ella conlleva la muerte contractual por la inhabilidad que trae para contratar con el Estado.

(iii) El reconocimiento de los perjuicios materiales consistentes en el lucro cesante de 5 años de actividad frustrada por la inhabilidad que conllevó la caducidad.

(iv) El reconocimiento de otros valores solicitados en las pretensiones de la demanda, tales como la utilidad dejada de percibir por el contratista, los intereses del acta de recibo final, los cuales se causaron desde la fecha del contrato hasta la fecha de Resolución de caducidad, y la condena en costas en contra del Departamento del Tolima.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

En consideración a que el expediente entró para elaboración del fallo el 21 de octubre de 2008[11] (se encuentra dentro del turno) y no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, es procedente desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

[9] Fls.235 C.P
[10] Fls.238-245 C.P
[11] Fls.253 C.P

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) La acción relativa a controversias contractuales y su marco de pretensiones; (2) La cláusula excepcional de caducidad en los contratos estatales; (3) el debido proceso en materia contractual con especial referencia a la imposición de la sanción de caducidad; (4) El término de oportunidad para declarar administrativamente la caducidad del contrato; (5) Cuantificación en equidad de la actividad contractual frustrada en el contratista como consecuencia de la inhabilidad derivada de la caducidad administrativa declarada nula y (6) finalmente se hará el análisis del caso concreto.

1. Alcance de la acción relativa a controversias contractuales y su marco de pretensiones.

La de controversias contractuales, conforme lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no es una acción instituida en el contencioso administrativo con un contenido normativo único, por el contrario, de la lectura de dicho artículo fácil es deducir que se trata de una verdadera vía procesal de contenido pluripretensional, o lo que es lo mismo, que cobija toda la variedad de situaciones problemáticas que hipotéticamente pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones contractuales. Sobre el particular es preciso recoger las siguientes precisiones teóricas y conceptuales:

> *"…Profundizar en el concepto de una acción autónoma referente a las diversas controversias y litigios que se puedan presentar con ocasión de un contrato estatal es un asunto relativamente nuevo en la legislación contencioso administrativa y en el derecho de la contratación estatal colombiano. Históricamente las diferencias surgidas de los denominados contratos de la administración pública fueron materia atribuida por el legislador a la jurisdicción ordinaria, no obstante que desde los inicios del siglo pasado se comenzó, desde el punto de vista sustancial, a determinar un preciso régimen característico de aquellos contratos en los que el Estado o un ente público era parte de dicha relación*[12]*.*
>
> *Es tan sólo con la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964 que las controversias contractuales de los entes territoriales y de los establecimientos públicos (según el Dcto. 3130 de 1968 también las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta), en especial aquellas provenientes de un contrato de derecho administrativo, pasaron a ser de conocimiento de la justicia contencioso administrativa, conservando la ordinaria competencia para el juzgamiento de todas aquellas derivadas de los denominados*

[12]No obstante las disposiciones especiales sobre algunos contratos como los de concesión, que desde el siglo XIX gozaban de normas especiales, es con el Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912) que se incorpora al derecho nacional la figura de la licitación, que ya en algunos códigos fiscales y administrativos de los extintos Estados soberanos se habían desarrollado para la escogencia de contratistas para el Estado. Algunas otras disposiciones del siglo XX, como las leyes 153 de 1909, 61 de 1921, 106 de 1931, los decretos 2880 de 1959 y 64 de 1969 y las leyes 36 de 1966 y 150 de 1976, fueron diseñando un especial régimen sustancial para los contratos del Estado.

contratos de derecho privado de la administración, situación que perduró durante la vigencia de los decretos 150 de 1976 y 222 de 1983; en este último expresamente se determinaba en el artículo 17:

... la calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contenciosa administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Parágrafo. No obstante la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en los que se hubiere pactado la cláusula de caducidad.

En la práctica el Decreto 222 de 1983 recogió lo expuesto en el Decreto 528 de 1964, agregándole el ingrediente jurisprudencial diferenciador de competencias, determinado por el Consejo de Estado durante la vigencia del primero de los decretos, según el cual la existencia de cláusula de caducidad habilitaba a la jurisdicción contencioso administrativa para asumir cualquier conflicto emanado del contrato de derecho privado en que se hubiere incorporado.

Con la vigencia de la Ley 80 de 1993, el problema de la jurisdicción competente para el conocimiento de los litigios contractuales cambió radicalmente. La nueva legislación, según la redacción de su artículo 32, con base en el principio del contrato único estatal, que rompía con la doble clasificación de contratos de derecho administrativo y de derecho privado, y considerando que contrato estatal era aquel en que una de las partes estaba integrada por cualquier entidad estatal, resolvió atribuir la competencia integral de todos ellos, en los eventos de litigios o controversias, a la jurisdicción contencioso administrativa. De manera expresa el artículo 75 del estatuto general de la contratación administrativa pública determinó que "el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa". La interpretación jurisprudencial de esta disposición ha sido amplia: a partir de ella no sólo han pasado a conocimiento de la justicia contencioso administrativa todos los litigios emanados de los contratos que durante la vigencia del Decreto 222 de 1983 nacieron como de derecho privado[13], sino que (…) se abría paso en la corporación la tesis jurídica según la cual esta jurisdicción también conoce de los procesos ejecutivos surgidos de un contrato estatal.

Desde el punto de vista de los mecanismos procesales aplicables por la jurisdicción contencioso administrativa, debemos recordar que inicialmente todas las pretensiones de las relaciones contractuales se consideraron propias de la acción de plena jurisdicción, según los más clásicos planteamientos de la doctrina

---

[13] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 23 de noviembre de 1995, exp. 11310, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ: "Después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal, con miras a determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven. Basta con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que nos ocupa, para que el juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75". El fundamento de estas apreciaciones lo obtiene la corporación en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que unificó en el concepto de contrato estatal todos los contratos del Estado, y en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que establece el carácter de aplicación indirecta de todas las normas que establezcan competencias.

francesa[14]*. Sin embargo, dentro de la concepción individualizadora de pretensiones como sustento de acciones autónomas que ha caracterizado el derecho contencioso administrativo colombiano, con la entrada en vigencia del Decreto 01 de 1984 se incorporaron en su artículo 87 las denominadas "acciones relativas a contratos", esto es, se agrupaban en un solo mecanismo procesal las diversas hipótesis de litigios propios del contrato. Esta disposición fue objeto de revisión por el legislador, quien a través del artículo 17 del Decreto 2309 de 1989 resolvió denominarlo "De las controversias contractuales", queriendo, al igual que en la norma modificada, integrar el más amplio y genérico espectro de situaciones generadoras de litigios, conflictos o controversias propias del contrato, su ejecución y liquidación. El artículo 32 de la Ley 446 de 1998 conservó la misma denominación y propósitos para esta acción.*

En este sentido, una aproximación a la institución nos permite sostener que la acción referente a controversias contractuales o acción contractual desarrollada en el artículo 87 CCA es una acción, por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se orden su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes; así mismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar; como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones u operaciones propias de la ejecución del contrato.

De manera excepcional y conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el inciso 3.º del artículo 87 CCA, según las modificaciones introducidas por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, y el literal e artículo 136.10 CCA, conforme a las modificaciones aportadas por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción contractual eventualmente puede revestir las características de objetiva, a iniciativa de cualquiera de las partes de un contrato, el Ministerio Público, el tercero que acredite un interés directo, si la pretensión es la nulidad absoluta del contrato; de igual manera, cuando lo que se pretende es exclusivamente la simple nulidad de un acto administrativo contractual de carácter general."[15]

Súmese al anterior recuento el que bajo el contexto del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el legislador conservó las notas características del medio de control de controversias contractuales, dando continuidad, con ello, al desarrollo histórico del que se ha dado cuenta en el texto en cita y que no es otra cosa que el de concebir bajo una misma vía procesal (de las controversias contractuales) la posibilidad de discutir ante el Juez Administrativo las diversas vicisitudes jurídicas que pueden originarse en una relación contractual[16].

---

[14] RIVERO. Derecho administrativo, cit., p. 232.
[15] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contencioso Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 227-230.
[16] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento,

2. La cláusula excepcional de caducidad en los contratos estatales.

Teniendo en cuenta que la contratación estatal persigue fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general, la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales[17].

Es por ello que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, dentro de los medios *que* pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual y los fines de la contratación, previó la posibilidad de pactar *"las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión"*.

A su turno, el artículo 5º *ibídem*, para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esa misma Ley[18], estableció dentro de los deberes de los contratistas la obligación de garantizar la calidad de los bienes y servicios contratados y responder por ello, así como prohibió el acceder a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho, caso en el cual los contratistas se

---

que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.
Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.
El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.

[17] Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tesis Doctoral. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Universidad Carlos III de Madrid. http://hdl.handle.net./10016/8339.

[18] Artículo 3º.- *De los Fines de la Contratación Estatal*. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.
Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

encuentran obligados a informar inmediatamente a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes para que ellas adopten las medidas y correctivos que fueren necesarios, so pena de dar lugar a la declaratoria de caducidad del contrato.

Finalmente, el artículo 18 del Estatuto de Contratación Estatal definió la caducidad como la estipulación en virtud de la cual, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado debe dar por terminado y ordenar la liquidación del contrato estatal, en el estado en que se encuentre, cuando se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato, al punto que se evidencie que tales hechos pueden conducir a la paralización del contrato estatal; caso en el cual no hay lugar a indemnizaciones, el contratista se hace acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley y se constituye el siniestro por incumplimiento[19].

En todo caso, La declaratoria de caducidad no impide que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le puede declarar la caducidad, cuando hay lugar a ello.

Sin embargo, la entidad también puede abstenerse de declarar la caducidad, mediante la adopción de medidas de control e intervención que garanticen la ejecución del objeto contratado, pues, no puede pasarse por alto que una vez celebrado el contrato la ejecución del objeto contractual es la finalidad que debe ser atendida primordialmente por las partes contratantes.

Es por esto que la potestad para declarar la caducidad administrativa de los contratos en curso, se encuentra limitada a los eventos de incumplimiento del contratista, siempre que no sea la entidad demandada la que haya puesto al contratista en situación de incumplimiento o que ésta no sea la que haya incumplido con las obligaciones que previamente estaban a su cargo[20] y cuando se trate de garantizar la satisfacción del

---

[19] Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio *"Esta definición representa una importante modificación frente al régimen anterior del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 61 a 6520), en el que la caducidad se encontraba establecida por la ocurrencia de varios supuestos establecidos en causales que no reflejaban la esencia de este instituto, pues, además de proceder por el incumplimiento de las obligaciones del contratista del que se derivaran consecuencias que hicieran imposible la ejecución del contrato o causaran perjuicios a la entidad pública contratante (art. 62 - f), podía declararse por la muerte o la incapacidad física permanente del contratista, o su interdicción judicial, o la disolución de la persona jurídica contratista, o su incapacidad financiera"*

[20] Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencias de 7 de abril de 1978, Exp. 1.870; 3 de marzo de 1994, Exp. 7.223; 15 de marzo de 2001, Exp. 13.415, 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031 y de Subsección C, sentencia de 21 de febrero de 2011, Exp. 16.105, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

interés general comprometido por la no realización o ejecución tardía o indebida del objeto contractual.

Con relación a lo anterior, en sentencia del pasado 18 de marzo de 2015, Exp. 33.223, esta Sala reiteró que con fundamento el sustento teórico y en lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993[21], la jurisprudencia ha entendido que la figura de la caducidad en los contratos estatales se estructura sobre dos elementos medulares cuales son: un incumplimiento cualificado de las obligaciones del contratista y la repercusión de este incumplimiento en la ejecución del contrato. En anterior oportunidad esta Sala ha sostenido:

> *"Ahora, por vía del artículo 14 del estatuto en mención, la ley otorga a la administración una serie de potestades o mecanismos por medio de los cuales en ejercicio de la actividad contractual puede asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, alcanzar las finalidades y garantizar la prevalencia del interés general, adoptando las medidas adecuadas para el manejo de situaciones de incumplimiento contractual.*
>
> *Dentro de los mecanismos a los que se hace alusión se consagra la caducidad del contrato como una potestad excepcional al régimen de derecho común, en desarrollo del cual se faculta a la administración para que dé por terminado el contrato estatal cuando se advierta un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista que pueda afectar la ejecución de éste o conduzca indefectiblemente a su paralización.*
>
> *Así, de la normatividad se desprende que los requisitos para que la administración pueda declarar la caducidad del contrato son: i) Que se presente un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista, es decir que se trate de obligaciones esenciales; y ii) Que éste afecte de forma grave y directa la ejecución del contrato, es decir que el incumplimiento sea de tal magnitud que se haga nugatoria la posibilidad de continuar ejecutando el contrato, conduzca a la paralización de la prestación del servicio público a cargo de la administración o imposibilite el cumplimiento del objeto contractual.*
> *(…)"*[22]

---

[21] Ley 80 de 1993. Artículo 18. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. (…)

[22] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de junio de 2014, exp. 29203. Igualmente véase, de la misma Sala, el fallo de 21 de febrero de 2011, exp. 16105 donde se puntualizó:
"El ejercicio de este poder excepcional supone una decisión motivada que sea el resultado de un procedimiento administrativo en el que se haya garantizado el debido proceso.
De otro lado, la entidad estatal estará imposibilitada para declarar la caducidad del contrato si ha puesto al contratista en situación de incumplimiento o si no ha cumplido con las obligaciones que previamente estaban a su cargo.[22]
Esta imposibilidad se ha hecho derivar de la facultad que tiene el contratista, en ciertas circunstancias, de invocar en su favor la excepción de contrato no cumplido
Una de tales circunstancias es precisamente cuando corre a cargo de la entidad estatal la entrega previa de terrenos, planos, levantamientos topográficos, etc.

De otra parte, debe entenderse que la cláusula de caducidad como instrumento sancionador de carácter unilateral dentro de los contratos estatales configura una clara regla de excepción al principio de igualdad con que el legislador la definido el marco de las relaciones subjetivas de los negocios estatales.

> *"El contrato estatal se celebra, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad en aras del interés público o general, queriendo con esto significar que en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, al romperse la concepción clásica francesa que diferenciaba entre contratos de derecho administrativo y los propiamente privados de la administración, se consolidó a la igualdad como principio y a la unilateralidad de la administración como una excepción de aplicación altamente restrictiva a casos taxativamente señalados en la ley, esto a través de la determinación de un nuevo régimen de cláusulas denominadas propiamente como excepcionales y no en la jerga clásica del contrato administrativo francés como exorbitantes[23].*
>
> *Recordemos que bajo el anterior régimen contractual, esto es, el influenciado por los trabajos franceses en la materia hacían del contrato propiamente administrativo, el ámbito de aplicación de la llamada exorbitancia pública que se traducía en cláusulas no pactadas, sino imperativamente impuestas en los contratos y que facilitaban el ejercicio del poder público unilateral sobre el contrato y el contratista, esto como presupuesto fundamental y justificativo de la pregonada sustantividad del contrato administrativo, marcando con esto fronteras y diferencias entre el contrato público y el propio de los particulares y justificando por lo tanto un régimen diferente de derecho público para el mismo.*
>
> *En este sentido, bajo el régimen jurídico de la Ley 80 de 1993, las cláusulas excepcionales son de la naturaleza del contrato estatal en la medida que se*

Puede acontecer sin embargo que en el contrato concurran incumplimientos mutuos, esto es que haya inejecución de las prestaciones tanto de la entidad contratante como del contratista.
En este supuesto habrá que distinguir quién ha debido cumplir primero y aún en este evento deberá subdistinguirse si a pesar de tener que cumplir primero una de las partes, la otra con su conducta ha generado la confianza en su co-contratante de que a pesar de ese incumplimiento previo, ella de todas maneras está presta y decidida a cumplir con lo suyo pues hará lo necesario para este efecto.
Si esto último ocurre y la parte que generó la confianza finalmente no ejecuta las prestaciones a su cargo, quedará también incursa en incumplimiento, a pesar de que la otra haya debido cumplir primero, porque su comportamiento creó una situación digna de ser protegida a la luz de los postulados de la buena fe.
Ahora, esto que se acaba de afirmar cobra más trascendencia si se tiene en cuenta el interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos mediante un contrato estatal."

[23]Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa, en Banco de datos jurídicos, cit.: "El interés público implícito en la contratación estatal afecta de tal manera este instituto jurídico que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la prominencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general...".

entienden pertenecerle por mandato legal, incluso en algunos casos sin necesidad de cláusula especial. La ley de contratos estatales recoge para los mismos el concepto de elementos naturales del contrato que se señala en el artículo 1501[24] del Código Civil. El legislador engloba estas cláusulas bajo el concepto de mecanismos de excepción para el control del objeto contractual[25].

Conforme a lo dispuesto en el artículo 14[26] de la Ley 80 de 1993, las entidades

---

[24] Código Civil. Artículo 1501. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

[25] Sobre el ejercicio de cláusulas excepcionales y su carácter limitado, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de febrero de 2012, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad: 19730. […] la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley. Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos y que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general. Así que entonces, una vez celebrado el contrato, la ejecución del objeto contractual resulta siendo la finalidad que debe ser atendida primordialmente por las partes contratantes y es por esto que resulta contrario a la prestación del servicio público y por ende al interés general la posibilidad de terminar los contratos estatales unilateralmente y de manera discrecional o ad nutum. Con otras palabras, las estipulaciones para dar por terminado el contrato unilateralmente y de manera discrecional, que hoy en día encuentran cabida con mayor vigor en el derecho privado, no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden."
Consultan entre otras, las Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 18 de marzo de 2004, CP: Ricardo Hoyos Duque, Rad: 15936, Sentencia del 21 de abril de 2004, CP: Ramiro Saavedra Becerra, Rad. Nº 10875, Sentencia del 21 de abril de 2004, CP: Ramiro Saavedra Becerra, Rad. Nº 12852, Sentencia del 20 de octubre de 2005, CP: Germán Rodríguez Villamizar, Nº 14579, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, CP: Alíer Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 5 de diciembre de 2007, CP: Enrique Gil Botero, Rad. N° 16704, Sentencia del 1 de diciembre de 2008, CP: Miryam Guerrero de Escobar, Rad. N° 15603, Sentencia del 23 de abril de 2009, CP: Mauricio Fajardo Gómez, Rad. N° 16372, Sentencia del 17 de marzo de 2010, CP: Ruth Stella Correa Palacios, Rad.N° 18394, Sentencia del 7 de octubre de 2010, CP: Ruth Stella Correa Palacios, Rad. N° 18496, Sentencia del 24 de enero de 2011, CP: Enrique Gil Botero, Rad: 15940, Rad: 17557 CP: Olga Melida Valle De De la Hoz, sentencia del 8 de mayo de 2013, Rad: 24510, sentencias del 23 de junio de 2013, Radicados 26637 y 24580, Cp, Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[26] Ley 80 de 1993. Artículo 14 De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:
1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.
En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.
Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.
2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos

estatales al celebrar un contrato se sujetan a un específico principio de legalidad en esta materia. El esquema diseñado por el legislador en el estatuto de contratos del Estado parte de la premisa de que las cláusulas excepcionales deben ser en verdad excepcionales y, por lo tanto, no de aplicación generalizada para todos los contratos que celebren las entidades estatales. El marco jurídico de este régimen permite diferenciar entre aquellos contratos en los que es inevitable entender incorporadas las cláusulas de excepción, aquellos en los que es facultativo establecerlas, y aquellos otros donde sencillamente no procede ningún tipo de poderes excepcionales de las entidades estatales frente al contratista[27].

Del primer grupo hacen parte los contratos señalados en el inciso 1.º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993, según el cual: [Se] Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, se incluirá la cláusula de reversión".

En estos contratos, siempre y necesariamente existirán cláusulas excepcionales, con independencia del nombre que se le dé al correspondiente contrato; si tiene por objeto los indicados en esta norma o se refiere a los tipos de contrato

---

que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.
Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.
En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.
Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

[27] En lo relativo a la sujeción al derecho del debido proceso en materia sancionadora del estado o en ejercicio de facultades excepcionales y con sujeción a la Doctrina asentada sobre el tema por el Tribunal Constitucional, se ha señalado: "[…] con anterioridad a la imposición de la sanción debe concedérsele al interesado la oportunidad para que exprese sus puntos de vista y ejerza su derecho de defensa y es por esta razón que no es suficiente que esas decisiones estén debidamente motivadas y que sean notificadas, pues hay un procedimiento de imperativo cumplimiento que debe surtirse en todas las actuaciones administrativas para garantizar el debido proceso. […] no sólo se declaró la caducidad del contrato sin que el contratista pudiera ser oido previamente, sino que también sin haber sido notificada esa decisión, la Asamblea Departamental de Casanare procedió de inmediato, y por supuesto también sin audiencia de aquel, a liquidar unilateralmente el contrato, comportamiento este que nuevamente viola el derecho al debido proceso del señor Luis Carlos Leonel Jiménez López. Estas vulneraciones sucesivas del derecho al debido proceso implican que los mencionados actos sean nulos así como aquellos otros actos administrativos que negaron la revocatoria directa, aprobaron la liquidación unilateral del contrato y resolvieron el recurso de reposición que se interpuso contra ésta determinación." Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 25 de julio de 2011,CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad: 19150. Ver entre otras, Consejo de estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de abril de 2011, Rad: 17259, sentencia del 8 de junio de 2011, Rad: 17858, sentencia del 21 de febrero de 2011, Rad:16105, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

también expresamente indicados, no puede hacerse caso omiso del régimen de excepción.

El segundo grupo se caracteriza porque el régimen de excepción es discrecional. Señala el inciso 2º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993 que las entidades estatales podrán pactar las cláusulas de excepción en los contratos de suministro y de prestación de servicios; luego, si no se pactan de manera expresa, estos contratos no podrán quedar sujetos a dicho marco jurídico de excepción. En estos casos, el legislador le otorga confianza a las entidades estatales para que, teniendo en cuenta ante todo al contratista, le permitan celebrar el contrato en un plano de igualdad con la entidad estatal.

El tercer grupo lo constituyen todos los contratos que no queden incorporados en los dos anteriores y, adicionalmente, los que de forma expresa señala el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993: "En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales...

Respecto de los contratos en los que son obligatorias las cláusulas de excepción, el legislador ha establecido un sistema de protección a los intereses generales, que consiste en que, de llegar a faltar la correspondiente estipulación normativa en el contrato, la cláusula excepcional, por mandato legal, se entiende incorporada. De esta manera, nunca un contrato de los que señala el artículo 14.2 del estatuto de la contratación pública quedará sin régimen de excepción. Cosa contraria ocurre frente a los contratos de suministro y prestación de servicios, donde para la procedencia de la cláusula excepcional, ésta deberá estar contemplada en forma expresa en el texto del contrato; de lo contrario, lo único que se presume es la igualdad entre la entidad estatal contratante y el contratista.

En tratándose del tercer grupo, por simple respeto al principio de legalidad, consideramos improcedente incorporar cualquier cláusula excepcional o pensar siquiera en una aplicación de las mismas. En estos casos, la celebración y ejecución de los contratos se sujeta plenamente al derecho privado; no así la escogencia de los contratistas pues, de acuerdo con las reglas expuestas, procedería licitación pública o contratación directa, debiendo, por lo tanto, estar dominada en esta etapa contractual por los principios de planeación, transparencia y, en especial, selección objetiva."[28]

3. Alcance del debido proceso en materia contractual con especial referencia a la imposición de la sanción de caducidad

[28] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. En: Revista Digital de Derecho Administrativo. En: Revista De Doctrina, Jurisprudencia, Legislación Y Práctica (Argentina), 2008, v.67 p.33 – 83.

A partir de una juiciosa lectura de los principios y valores convencionales [artículos 1.1 y 8.1] y constitucionales [artículo 29 y 209] es que se encuentra que los procedimientos de la administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma o en la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o sustancial; contrario a ello, resulta apenas obvio que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho la Administración y los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la "profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad."[29]

Súmese que el concepto del principio de legalidad, inmanente al derecho administrativo, ha de ser entendido no como una mera correspondencia con las formas legales, sin más, sino que necesariamente se encuentra nutrido de los principios y valores del ordenamiento constitucional y convencional, por vía del bloque de convencionalidad y constitucionalidad[30]. Es por ello que le es exigible a la administración concretar dichos principios y valores supralegales y supraconstitucionales en la toma de sus decisiones, teniendo como eje paradigmático la garantía plena y efectiva de los derechos humanos fundamentales.

En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Corporación, donde se ha destacado la necesaria presencia y garantía efectiva del debido proceso en el ámbito de las relaciones contractuales de la administración pública, de modo tal que, por ejemplo, el ejercicio de las potestades excepcionales que el legislador confirió a la administración deben estar rodeadas, sin lugar a dudas, de tales garantías procesales a fin de evitar ejercicios excesivos, arbitrarios o, en suma, contrarios a la teleología convencional y constitucional. Así, esta Sala ha precisado con anterioridad:

> *"En cuanto al debido proceso en materia administrativa, como la garantía contemplada en el artículo 29 de la Constitución que tiene por objeto limitar el poder para que ninguna de las actuaciones de la Administración dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentre sujeta a los procedimientos establecidos en la ley, la jurisprudencia constitucional[31] y la doctrina especializada[32] han entendido*

[29] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2011, p. 137.
[30] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Ibíd., p. 60 "es indudable que el principio de legalidad ha evolucionado nuevamente, esta vez de la mano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual se traduce de manera inexorable en la ampliación de las fronteras del bloque de legalidad. Dicho cambio sustancial es el resultado directo e inmediato de las obligaciones internacionales que ha asumido Colombia en las últimas décadas, con el fin de proteger la dignidad humana, como razón de ser de toda organización estatal democrática en la que se promueve el desarrollo dentro de un ambiente de absoluto respeto por los derechos humanos".
[31] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-150 de 1993, SU-620 de 1996, T-249 de 2011
[32] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Op., cit., pp. 72-74.

que este debe estar presente en todas las actuaciones administrativas que adelanten los servidores públicos o los particulares con funciones de esta naturaleza.

La actividad unilateral de la Administración en las actuaciones administrativas no resulta contraria a la garantía del debido proceso siempre y cuando ésta se presente hasta el momento en que la Administración deba relacionarse con un sujeto perfectamente identificado, pues a partir de ese momento se rompe la actividad unilateral de la Administración y ésta debe actuar protegiendo la totalidad de las garantías que se desprenden del debido proceso.

Es decir, se debe garantizar i) el derecho de audiencia, lo que significa que el particular debe ser oído por el funcionario competente para tomar la respectiva decisión. También ii) se debe proteger el derecho de defensa, continuo y permanente, que comprende el derecho a ser oído, el derecho a presentar y solicitar pruebas, y el derecho a interponer los recursos correspondientes[33] con el fin de que la Administración estudie nuevamente la decisión y solicitar que ésta sea revocada, modificada o aclarada. Así mismo, los administrados tienen derecho iii) a que se les apliquen trámites y plazos razonables y iv) se les asegure la imparcialidad de las decisiones[34]. Finalmente, v) también se debe garantizar el derecho de contradicción, como contrapeso obligatorio del poder punitivo del Estado[35].

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Corporación[36], al afirmar que desde el decreto 01 de 1984 y la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en el derecho administrativo y, por ende también, en la contratación estatal, se han incorporado las distintas garantías del debido proceso."[37]

Igualmente, destaca la Sala que uno de los elementos integradores del debido proceso administrativo, entre otros, es el derecho a que el procedimiento administrativo se adelante con observancia de las formas propias de cada juicio, aspecto este que, como no puede ser de otra manera, también tiene raigambre en la contratación estatal[38].

---

[33] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-788 de 2002.
[34] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-983 de 2010.
[35] Todas estas garantías han sido objeto de estudio por la jurisprudencia constitucional, que las ha clasificado según el momento en que se deban proteger. En palabras de la Corte Constitucional, el derecho al debido proceso administrativo está amparado por dos tipos de garantías, las mínimas previas, que son aquellas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras; y de otro lado las garantías mínimas posteriores, que se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa. Ibídem. En este sentido véase también la Sentencia C-089 de 2011.
[36] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de junio de 2010, Expediente: 16367, Sentencia del 30 de marzo de 2011, Expediente 20917 y Sentencia del 26 de julio de 2011, Expediente: 21318 C.P.: Enrique Gil Botero.
[37] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 21 de marzo de 2012.
[38] En un caso donde la administración aplicó la caducidad a un contratista, expresó la Corte Constitucional sobre este derecho -sentencia SU-219 de 2003-: "Por todo lo anterior resulta explicable por qué el Constituyente de 1991 extendió el deber del debido proceso a las actuaciones administrativas; **la forma debida se impone como exigencia general de protección de los intereses de los administrados. Es preciso que los órganos del Estado observen un**

Dicha garantía, en general, proscribe las sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, porque esto atenta contra el procedimiento a través del cual el contratista puede participar en las etapas y momentos oportunos para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate. Desde este punto de vista, la Constitución exige a la administración, previo a adoptar una decisión sancionatoria, adelantar un procedimiento que garantice el derecho a que dentro de la oportunidad legal y de manera pausada y tranquila se debata el asunto en cuestión[39].

De otro lado, el derecho de defensa, en el ámbito del debido proceso, también garantiza que se vincule al afectado con el procedimiento sancionatorio, para que exponga las razones que explican su percepción de los hechos investigados. Es tan arraigada esta garantía, que el Código Contencioso Administrativo ya aseguraba su defensa desde 1984. Sobre el particular, el art. 28 CCA. protege, incluso, a las personas que pudieran afectarse con la decisión[40], de manera que ordena hacerlas parte del procedimiento administrativo. Y si esto acontece con los terceros, con mayor razón aplica para quien es parte[41].

Así mismo, el derecho de defensa no conoce más limitaciones en materia contractual, y por eso se admite cualquier manifestación suya. Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes[42], ser oído y que se practiquen

---

procedimiento riguroso, en la formación y expedición de los actos administrativos, sean ellos de carácter general o de contenido particular y concreto." (Negrillas fuera de texto)

[39] En sentencia T-352 de 1996 la Corte Constitucional consideró lo siguiente sobre el tema: "Del debido proceso en las actuaciones administrativas **hace parte la sujeción de la administración a las reglas propias del trámite respectivo.** Cuando la ley señala unos determinados elementos integrantes de la actuación, en especial si son en beneficio del administrado o han sido instituídos en garantía de sus derechos, y la administración omite cumplirlos, viola el debido proceso y compromete la validez de los actos que sean resultado de la actuación viciada. Atañe a la jurisdicción Contencioso Administrativa, en principio, definir esa validez, si bien, de manera extraordinaria, cuando la decisión que adopten los jueces administrativos puede resultar apenas formal y teórica, es decir carente de idoneidad y aptitud para la efectiva protección de los derechos fundamentales, o en casos de perjuicio irremediable, cabe la acción de tutela en lo que respecta al imperio de los preceptos constitucionales para el caso concreto." (Negrillas fuerza de texto)

[40] Dispone el art. 28 CCA. "DEBER DE COMUNICAR. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.
"En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35."

[41] Entre otras cosas, la aplicación del CCA al procedimiento contractual, y los demás que se deriven de él, se fundamenta en el art. 77 de la ley 80: "DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. **En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales**. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.
"Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo." (Negrillas fuera de texto)

[42] Discurre la Corte al respecto, en la sentencia T-796 de 2006, del siguiente modo: "6.1. En esta oportunidad las sociedades… consideran que el Invías incurrió en una vulneración a sus derechos

pruebas y se controviertan, es decir, en síntesis, que se respete su derecho de audiencia y defensa, que permita fijar la posición de la parte, y en general, toda forma de participación en el procedimiento, que contribuya a defender una posición o postura jurídica.

4. El término de oportunidad para declarar administrativamente la caducidad del contrato

Como se dijo, la declaratoria de caducidad del contrato estatal supone el ejercicio de un poder excepcional que debe contenerse en una decisión motivada que sea el resultado de un procedimiento administrativo en el que se haya garantizado el debido proceso[43], pero, la pregunta que seguidamente se hace la Sala es: ¿cuál es el término dentro del cual la entidad pública puede decretar la caducidad administrativa del contrato?

Respecto de la temporalidad de la facultad de declarar la caducidad del contrato estatal, la Corporación ha tenido dos posiciones, la primera de ellas consistente en que la declaratoria de caducidad procedía únicamente durante la vigencia del contrato, pues su propósito tenía que ver con posibilitar a la administración para liquidar anticipadamente el vínculo jurídico existente en la búsqueda de la realización del frustrado objeto contractual[44].

---

fundamentales, al resolver los recursos de reposición interpuestos contra los actos administrativos que liquidaron unilateralmente el contrato de concesión N° 388/97, pues no se les permitió objetar el dictamen pericial decretado por la administración, y en el cual se basó la liquidación del contrato. **Si bien solicitaron su aclaración o complementación, los peritos se negaron a ello, y además, tampoco se les corrió traslado de dicha respuesta dada por los peritos**.(…)
"A juicio de la Sala, como lo consideraron los jueces de instancia, **la anterior situación trasgrede el derecho fundamental al debido proceso en cabeza de las sociedades…, por cuanto no pudieron contradecir el dictamen pericial.** En primer lugar, los peritos se negaron a aclarar o complementar el dictamen pericial rendido sin que la administración hiciera nada al respecto, pues ni exigió que los peritos cumplieron con su deber ni corrió traslado a las partes para que pudieran pronunciarse objetándolo por error grave, en los términos del numeral 4° del artículo 238 del C.P.C., norma que se aplicaba al caso concreto dadas las razones desarrolladas en la parte dogmática de esta providencia.
(…)
"Así las cosas, no existe razón válida para que el Invías no haya corrido traslado a la respuesta de solicitud de aclaración o complementación al dictamen pericial que elevaron las sociedades accionantes en escrito radicado ante la entidad el 9 de agosto de 2005 (folio 143 a 146 del cuaderno de primera instancia), sin importar en que sentido lo hayan hecho los peritos, y que en el caso concreto se traduce en la negativa de proferir la aclaración. Por lo que el Invías al resolver los recursos de reposición, pretermitiendo el mencionado trámite, desconoció el derecho al debido proceso de las sociedades actoras, máxime cuando se trataba de un caso en que los peritos se negaron a la aclaración o complementación solicitada sin que al respecto la administración tampoco tomara alguna decisión."

[43] Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, sentencia 16.105 del 21 de febrero de 2011, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[44] Sentencias de: 21 de febrero de 1986, Exp. 4550; 29 de enero de 1988, Exp. 3615; 9 de abril de 1992, Exp. 6491; 15 de febrero de 1991, Exp. 5973; 6 de junio de 1996, Exp. 2240; 18 de julio de 1997, Exp. 10.703; 4 de junio de 1998, Exp. 13988; 13 de septiembre de 1999, Exp. 10264 M.P. Ricardo Hoyos Duque.

De manera que las entidades públicas tenían un límite temporal para el ejercicio de las potestades exorbitantes de caducidad, interpretación, modificación o terminación unilateral, éste era la vigencia del contrato.

En efecto, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 la Sala de Sección Tercera se manifestó en múltiples oportunidades, en el sentido de señalar:

> *"(..) En materia de contratación pública la administración contratante posee poderes exorbitantes o inusuales a los que las partes tienen en el contrato privado; poderes que le permiten terminar o caducar el contrato, modificarlo o interpretarlo, en forma unilateral, y cuando para el efecto no se haya podido poner de acuerdo con su contratista. Poderes (…) que le permiten liquidarlo de igual manera y en ciertas circunstancias declarar su incumplimiento. Los poderes aludidos operan fundamentalmente en los contratos administrativos y en los privados que tengan cláusula de caducidad.* ***La exorbitancia que puede ejercer la administración presenta, como lo ha dicho la jurisprudencia, límites temporales. Así, no podrá terminar o caducar el contrato, interpretarlo o modificarlo después de su vencimiento, so pena de que el acto quede afectado de nulidad.*** *La liquidación si, por razones obvias, será posible luego de su terminación normal o anormal, en especial en los contratos de obra pública y suministros. (…) Excepcionalmente la administración podrá declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato (cosa que pudo hacer durante la vigencia de éste, bien para imponerle multa al contratista o para caducarlo) luego de su vencimiento, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta sala en forma reiterada (..)"*[45] (negrillas fuera de texto).

Sin embargo, una segunda posición señaló que la potestad para declarar la caducidad del contrato podía ejercerse, incluso, en la etapa de liquidación del mismo, básicamente, porque no era razonable restarle a la administración sus potestades sancionatorias frente al contratista incumplido, precisamente en la etapa que le permitía hacer el balance final de derechos, obligaciones y deberes satisfechos y pendientes de resolución.

En éste sentido, la tesis sostenía que en el contrato celebrado por la Administración existía un plazo de ejecución, que una vez transcurrido permitía conocer el real cumplimiento del mismo; y otro plazo para su liquidación, siendo este último el que terminaba jurídicamente el contrato y durante el cual, por tanto, podía la entidad pública sancionar al contratista con la caducidad del contrato, pues en esta etapa se encontraba aún vigente y, por ende, no estaba ausente la potestad de autotutela para declarar su incumplimiento.

Al respecto la jurisprudencia afirmaba:

---

[45] Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 9 de abril de 1992, Exp. 6491, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

> *"(..) con el cumplimiento de la obligación principal no se da por terminada la relación contractual si del contrato se derivan otras obligaciones para cualquiera de las partes, caso en el cual el vínculo que se ha creado con el contrato todavía estará vigente y aún no se ha extinguido.*
>
> *(..) cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el que pone en evidencia su incumplimiento y es este el momento en el que la administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento"*[46]*.*

De igual forma, la jurisprudencia preveía que, aunque en la mayoría de los casos el plazo del contrato coincide con el de ejecución de la obra, este plazo no constituye propiamente hablando el periodo de ejecución del contrato, porque al finalizar el plazo que se ha destinado para el cumplimiento de la obligación principal por parte del contratista, las partes no quedan liberadas de pleno derecho mientras no se extingan todas las obligaciones adquiridas, lo cual se cumple necesariamente en la etapa de liquidación del contrato, donde la administración valora el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista y le pone término a la vinculación de las partes[47]*.*

Pese a lo anterior, en sentencia de 20 de noviembre de 2008[48], la Sala retomó la primera posición al señalar que la declaratoria de caducidad sólo procede en vigencia del contrato.

Al respecto, en dicho pronunciamiento se adujo:

> ***"3.3.2.3. Límite temporal para la declaratoria de caducidad del contrato***
>
> *(…) corresponde ahora preguntarse si es posible declarar su caducidad una vez vencido el plazo de ejecución pactado para cumplirlo y durante el plazo que se tiene para practicar su liquidación de consuno por las partes o unilateralmente por la Administración, dada la naturaleza de aquél poder exorbitante.*
>
> *Como quedó visto en el acápite precedente, para que pueda declararse la caducidad por parte de la Administración, de conformidad con su noción legal, se requiere: a) que exista un incumplimiento de las obligaciones del contratista; b) que ese incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato, y, c) que el incumplimiento evidencie que puede conducir a la paralización del contrato.*
>
> *(…)*
> *El motivo legal que da lugar a la caducidad, en esencia, es el incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones que incide seriamente en la "ejecución del contrato", de manera que, razonablemente, se infiera que no se podrá continuar con el objeto contractual y, por tanto, que no se obtendrá el fin requerido con el negocio jurídico estatal.*

---

[46] Sentencia de 13 de septiembre de 1999, Exp. 10.264 reiterada, entre otras, en la sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. 15.936.
[47] Sentencia de 13 de septiembre de 1999, M.P. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 10264.
[48] Sentencia de 20 de noviembre de 2008, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 17031.

Sus efectos, como se recuerda, consisten en la terminación del vínculo contractual, sin indemnización alguna a favor del contratista; la liquidación del contrato; la configuración del siniestro del incumplimiento y, por ende, la exigibilidad de las garantías; la efectividad de la cláusula penal pecuniaria; la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años, y en general la pérdida de los derechos que emanaban para aquél del contrato. Y, para el ejercicio de esta facultad la Administración debe analizar la gravedad del incumplimiento y el peligro que representa para la ejecución del contrato, de modo que puede abstenerse de decretarla y, en cambio, adoptar las medidas de control e intervención necesarias para superar la situación.

En este contexto, al examinar nuevamente los límites temporales de este poder exorbitante, la Sala concluye que la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre éste vigente, y no durante la etapa de la liquidación, teniendo en cuenta: en primer lugar, los elementos de su definición legal; en segundo lugar, la finalidad de protección del interés público de esta medida excepcional; en tercer lugar, que la etapa de liquidación del contrato no está concebida para la adopción de la caducidad del contrato; y en cuarto lugar, que el hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo previsto en el contrato para ejecutarlo; es decir, porque: i.) Legalmente la caducidad sólo procede en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista "…que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización…". Estos dos requisitos sustanciales que deben estar presentes en forma concurrente y que corresponde evaluar a la entidad para establecer la frustración del contrato (art. 18 de la Ley 80 de 1993), sin duda, descartan que la caducidad pueda decretarse vencido el plazo de ejecución estipulado en el contrato por las partes para cumplir oportunamente y a satisfacción el objeto contractual.

En efecto, si la declaratoria de caducidad resulta viable únicamente cuando se determina por parte de la Administración que el incumplimiento del contratista es de tal magnitud y gravedad que conducirá indefectiblemente a la paralización del contrato, o sea, que irremediablemente no se cumplirá en el tiempo esperado y requerido con el objeto contractual, ello presupone que el plazo de ejecución pactado en el mismo no se encuentre vencido, pues la lógica y dinámica jurídica de esos supuestos indica que no es posible que se afecte "la ejecución del contrato" y se presente su "paralización" cuando ya ha expirado o finalizado ese plazo para el cumplimiento regular y oportuno de las prestaciones que emanan de él. La caducidad supone, entonces, un contrato ejecutivo, en curso y de ningún modo un contrato ejecutado, cumplido o finalizado el plazo o el término fijado por las partes para llevarlo a cabo en oportunidad debida[49]"[50].

Así las cosas, y en aras de zanjar la discusión al respecto, mediante sentencia de unificación del 12 de julio de 2012, Exp. 15.024, M.P. Danilo Rojas Betancourth, la Sala de Sección Tercera de esta Corporación: (i) reconoció que una de las inquietudes que a lo largo del tiempo ha acompañado a la facultad de declarar la caducidad de un contrato,

---

[49] En tales casos no puede hablarse de caducidad cuyo funcionamiento o ejercicio presupone, entonces, un contrato vigente; por lo que, mal podría declararse la 'caducidad' de un contrato ya terminado o finalizado por otra causa legal; si *"…el contrato ya concluyó o finalizó por cumplimiento de su objeto o por vencimiento de su término, sería insensato pretender dejarle sin efecto por 'caducidad'…"* MARIENHOFF, Miguel S. Ob cit. Págs. 591 y ss.

[50] Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada mediante sentencia de Subsección B de 10 de marzo de 2011, Exp. 16.856, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

hace referencia a la oportunidad dentro de la cual se puede expedir el correspondiente acto administrativo y (ii) planteó el problema jurídico que hizo consistir en determinar si "¿Es anulable por falta de competencia temporal el acto a través del cual el municipio declaró la caducidad del contrato, habida cuenta de que fue expedido con posterioridad a la extinción del plazo de ejecutoria del contrato?" y al respecto reiteró que la falta de competencia constituye el más grave de los vicios que puede afectar la validez de un acto y, por tal razón, puede ser declarado de oficio[51].

Ahora bien, en lo referente al término dentro del cual debe declararse la caducidad del contrato, la sentencia de unificación reiteró el pronunciamiento proferido el 20 de noviembre de 2008[52] y, por considerarlo pertinente, entre otras, añadió que:

> *"(…) el plazo acordado por las partes determinó el período dentro del cual el deudor debía ejecutar la prestación principal, con un límite temporal, convencionalmente dispuesto.*
>
> *14.2 Una vez que el término o plazo de ejecución expira sin que se haya cumplido con "la prestación de lo que se debe"[53], es decir, sin satisfacer al acreedor, el contratista en su calidad de deudor de la obligación, se encuentra en mora[54] y para todos los efectos, se considera incumplida la obligación, la cual si correspondía a la prestación principal u objeto del contrato, implicará el incumplimiento del contrato. El incumplimiento puede provenir "de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento[55]", lo que da lugar a que el acreedor pueda "pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios"[56].*
>
> *14.3 En el campo de la contratación estatal, al cual se incorporan las normas civiles y comerciales[57], el incumplimiento de la prestación originariamente*

---

[51] En este sentido se citaron como fundamento: las sentencias del 11 de mayo de 1999, Exp. 10.196, M.P. Ricardo Hoyos y del 15 de abril de 2010, Exp. 18.292, M.P. Mauricio Fajardo.
[52] Sentencia de 20 de noviembre de 2008, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 17031.
[53] *"Artículo 1626.- El pago efectivo es la prestación de lo que se debe"*.
[54] *"Artículo 1608.- El deudor está en mora: 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado"*.
[55] Código Civil, artículos 1613 y 1614.
[56] *"Artículo 1546.- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios"*.
[57] Ley 80 de 1993:*"Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. 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, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley..." "Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo". "Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos". "Artículo 32. De los contratos estatales. 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*

contraída o débito primario dentro del plazo acordado, da lugar a que la responsabilidad contractual del contratista sea demandada ante el juez del contrato, para que el deudor sea compelido, mediante la ejecución forzada, al cumplimiento de la prestación debida –in natura– o del subrogado pecuniario y, en ambos casos, a la indemnización respectiva.

14.4 Sin perjuicio de lo anterior, en la contratación estatal, como resultado de los intereses generales y la utilidad pública que gravitan en torno a ella, las entidades del Estado se encuentran investidas de la facultad de decretar la caducidad del contrato en los casos previstos en la ley, en virtud del privilegio de la decisión previa. (…)

(…) se podrá decretar la caducidad cuando el incumplimiento de las obligaciones del contratista haga imposible la ejecución total del contrato –en los términos del Decreto 222– o "afecte grave y directamente la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización" –en los términos de la Ley 80–.

14.6 La Sala aprecia que en los textos referidos el legislador diferenció claramente los conceptos de "obligación" y "contrato", puesto que el incumplimiento lo predica de las obligaciones, no del contrato en su totalidad, y respecto de éste indica que lo que dará lugar a decretar la caducidad será la imposibilidad o la afectación grave y directa de su ejecución, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones.
(…)

14.6.3 Los hechos y el derecho demuestran claramente que de los contratos surge una pluralidad de obligaciones entre las partes, las más de las veces recíprocas –relaciones sinalagmáticas–, que lleva a la creación de derechos correlativos a las obligaciones contraídas, de suerte que las partes en tales relaciones, son al tiempo acreedoras y deudoras. En ese orden de ideas, el contrato es el marco dentro del cual se fijan los derechos y obligaciones de las partes, o el contenedor en el que se concentran, o el camino por el cual circulan, y la obligación por excelencia del deudor radica en satisfacer la prestación principal debida, la cual constituye, por tal razón, el objeto del contrato.

14.7 En el asunto sub judice, el contrato celebrado entre las partes comprende diferentes obligaciones y derechos, y corresponde a aquellos cuyo cumplimiento íntegro o total requiere del cumplimiento singular de una serie de prestaciones sucesivas o continuas, como las actividades para el montaje e instalación del puente y, en tal sentido, no es susceptible de ser ejecutado en su totalidad en un solo momento. Así, con anterioridad al momento de exigir el cumplimiento final de la prestación principal, es decir, antes del vencimiento del plazo para la entrega final de la obra, han debido verificarse por parte de la entidad estatal las entregas parciales respectivas, puesto que la naturaleza del contrato[58] indica que si tales

---

especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación [obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública]*". "Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes siempre que no sean contrarias a la Constitución, la Ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración"*

[58] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2007, expediente n.° AP-369, C.P. Ramiro Saavedra Becerra: *"La naturaleza jurídica de un contrato puede definirse como el cauce sobre el cual transcurre la corriente de las disposiciones contractuales, las cuales tienen como afluentes a las normas jurídicas, la común intención de las*

actividades no se han desarrollado de manera idónea y oportuna, no podrá entregarse la obra completa dentro del plazo acordado.

14.8 En ese orden de ideas, la Sala concluye que las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad.

14.9 De tal forma, al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que "la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista…" y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado.

14.10 Como argumento final, el bien jurídico que se ampara, esto es, la ejecución del objeto contratado, no se puede proteger mediante la declaratoria de caducidad cuando el plazo para la ejecución del contrato –pactado originariamente en el contrato o en la adición u otrosí que para el respecto se suscriba– haya expirado. Si bien es cierto que en ocasiones el contratista ejecuta obras pactadas después de expirado el plazo, incluso con la aquiescencia de la entidad, tal comportamiento no genera jurídicamente extensión alguna del plazo de ejecución, puesto que un contrato que es solemne por prescripción legal[59] –como el contrato estatal y dentro de este, por supuesto, la cláusula que establece el plazo de ejecución–, solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario, dado que la convención modificatoria está tomando el lugar del contrato originario y la solemnidad que se predica legalmente de éste, se exige para reconocer existencia, validez y eficacia a la convención que lo modifica[60]".

---

partes, la buena fe, la costumbre y la equidad natural. Al nacimiento de esa corriente concurre la causa, en el recorrido de la misma y en su desembocadura están presentes los efectos, y hacen las veces de dique, para impedir su desbordamiento, las normas imperativas. El cauce ha sido construido sobre bases prácticas primero, y dogmáticas después, para, posteriormente, ser consagrado positivamente en diferentes períodos de la evolución jurídica, y moldeado en función de las necesidades materiales de los particulares y del Estado".

59 *"Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. (…)" "Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito."*

60 El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla al señalar que: *"[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*, de suerte que el consentimiento mutuo para modificar

A la sazón, quedó definido que el término dentro del cual la administración puede declarar la caducidad de un contrato estatal es aquél establecido como el plazo de ejecución contractual, pues, se reitera, *"mal podría pretenderse terminar por la vía de la caducidad lo que ya se terminó por la vía de extinción del plazo, razón, entre otras, por la cual una vez que esto ha acaecido se extingue la competencia de la administración para declararla."*[61]

5. Cuantificación en equidad de la actividad contractual frustrada en el contratista como consecuencia de la inhabilidad derivada de la caducidad administrativa declarada nula.

Dentro de los efectos que la declaratoria de caducidad genera sobre el contratista se encuentra la inhabilitad para contratar con el Estado por espacio de cinco años.

Con relación a la cuantificación del perjuicio que dicha inhabilidad ocasiona en el contratista, cuando no hay certeza sobre su monto o cuantía, la jurisprudencia unificada de la Sala de Sección Tercera ha adoptado el principio de valoración en equidad, el cual, si bien no se aplica respecto de la existencia del daño porque él debe estar demostrado en el proceso, sí procede para la determinación de*l quantum a indemnizar en aquellos casos en que resulta difícil o compleja la acreditación de su valor"*[62].

Al respecto, se acogen los planteamientos expuestos por la sentencia de unificación antes mencionada[63], en la cual, mediante el análisis de un caso similar, la Sección sostuvo:

> *"23.2 La equidad, principio general del derecho y criterio auxiliar de la actividad judicial, ha sido considerada como la justicia del caso concreto que corrige a la ley. Es cierto que el derecho se fundamenta sobre el principio de legalidad y que éste último sujeta a los jueces más que cualquier otro vínculo: es el deber ser, es el logro de muchos siglos de evolución jurídica y social; es la forma como las reglas sustantivas y procesales de juzgamiento se hacen públicas, objetivas, generales, impersonales y abstractas. Pero también es cierto que en nombre del derecho y de la legalidad es mucho lo que se ha tenido que sacrificar. Este problema no es nuevo y desde Roma, en atención a la influencia helenística, hace más de dos mil años, se lo advertía con la utilización del brocardo summun ius summa iniuria (mucho derecho, mucha injusticia).*

---

o adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales, por ende a las solemnidades, que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente n.° 15596, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

[61] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de junio de 2014, Exp. 29203.

[62] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, expediente n.° 17.031, C.P. Ruth Stella Correa.

[63] Consejo de Estado, sentencia de unificación del 12 de julio de 2012, Exp. 15.024, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

23.3. Así, en el día a día del quehacer jurídico se habla de la equidad para flexibilizar el formalismo aséptico de la norma abstracta, de conformidad con las diferentes funciones que se le reconocen, como: (i) informadora del espíritu del legislador, en cuanto que le da sustancia a la ley; (ii) integradora frente a los vacíos o lagunas que quedan de las generalizaciones de la ley y que no encuentran concreción en los asuntos específicos; (iii) correctiva de la ley en cuanto que constituye un fundamento para rectificar su iniquidad, cuando quiera que ella se dé; (iv) interpretativa, pues fija el sentido justo de los objetos jurídicos que se someten al entendimiento de los diferentes actores que participan en el campo de lo jurídico. En consecuencia, es equitativa la decisión que adecúa su resultado a todas las circunstancias susceptibles de valoración; que mantiene imparcialmente el equilibrio proporcional entre los legítimos intereses de las partes y en la que se tienen en cuenta todos los elementos particulares del caso, de su conjunto, de su conflicto y de sus interferencias, con el propósito de lograr la atemperación de los intereses de las partes.

23.4 De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, la Sala debe tener en cuenta que en casos como el presente, en los cuales hay certeza sobre el perjuicio, pero no acerca de la cuantía, sería inequitativo e injusto que no se profiriera condena a favor del actor. La equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad que sufrió el actor de participar de procesos de contratación por espacio de cinco años y, en consecuencia, para condenar en concreto, debe contar con elementos objetivos que la sustenten, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario. En este caso, tales elementos objetivos recaen en la certeza que tiene la Sala acerca de que el demandante se dedicaba profesionalmente a la ingeniería y a que contrataba con el Estado para la construcción de obras públicas, en tanto que Nimrod Mir Ltda., es una sociedad organizada conforme a las normas del derecho privado, con ánimo de lucro, cuyo objeto social es "ocuparse principalmente del ejercicio y la comercialización de la profesión de ingenierías (sic) y arquitectura" (f. 26, c. 1), la cual se dedicaba efectivamente al desarrollo de tal actividad, como lo demuestra el contrato celebrado con el municipio de Chámeza, que da lugar al presente proceso. Así, equitativamente, la Sala considera que el número de contratos respecto de los cuales el demandante estuvo inhabilitado para celebrar, fue de cinco, uno en razón de cada año que duró la inhabilidad.

23.5 En cuanto al valor que el demandante habría percibido por concepto de utilidad, de acuerdo con la posición que en casos anteriores ha asumido la Sala[64], se estima en un 10% del valor total del contrato; ahora bien, dado que en el caso concreto el contrato que se toma como referencia sólo se ejecutó hasta un 90%, que equivale a $57 564 000, se reconocerá sobre esa suma el 10%, es decir, por cada año $5 756 400. En relación con el período que se indemnizará, teniendo en cuenta que la inhabilidad produjo efectos a partir del 12 de agosto de 1994, fecha en la cual el alcalde de Chámeza expidió la resolución n.° 47, por medio de la cual confirmó la resolución n.° 44, que había declarado la caducidad del contrato –párrafo 9.4–, se hará el cálculo correspondiente a los años 1995, 1996, 1997, 1998 y 1999, tomando para tal efecto como mes de referencia agosto de cada año, porque entonces se cumplía la anualidad correspondiente, y asumiendo que en esa fecha se habría pagado la utilidad respectiva."

6. Caso concreto

---

64 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2010, expediente n.° 17.935, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

Corresponde a la Sala determinar si la Resolución No. 083 de 5 de junio de 1998, por medio de la cual el departamento del Tolima declaró la caducidad administrativa del Contrato de Obra No. 521 del 20 de octubre de 1997, confirmada mediante Resolución No. 0.96 del 9 de junio siguiente, se profirió dentro de la oportunidad establecida para el efecto o, por el contrario, se hizo por fuera del ámbito de competencia de la administración para el ejercicio de sus potestades exorbitantes.

6.1 En este sentido, lo primero será determinar cuál era el término de vigencia del Contrato de Obra No. 521 del 20 de octubre de 1997, suscrito entre Jaime Yamil Sánchez Hernández y el Departamento del Tolima.

Al respecto se observa que el 20 de octubre de 1997, se celebró el Contrato de obra No. 521 cuyo objeto era el "*mantenimiento de la vía Palocabildo – Casabianca. Mpo de Palocabildo, sector K6+000 al K12+000*"[65] y en cuya cláusula décimo tercera, se estipuló que *"El Departamento podrá declarar la caducidad cuando se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización".*

El plazo para la ejecución del contrato antes citado se estipuló en la cláusula novena, donde se dijo que *"el contratista se obliga a terminar las obras objeto del presente contrato, máximo dentro de los noventa (90) días calendario, contados a partir de la fecha de la firma del acta de iniciación del contrato*".

El 4 de noviembre de 1997 se suscribió el acta de iniciación de obra No. 1, en la cual se dijo que ésta sería la fecha de inicio de la obra y el momento a partir del cual se contaría el plazo contractual[66].

Sin embargo, al día siguiente, esto es, el 5 de noviembre de 1997 las partes suscribieron un acta de suspensión de obra, porque no había sido asignada la interventoría del contrato[67], obligación que, evidentemente, correspondía a la entidad contratante.

Treinta y tres días después, el 13 de diciembre de 1997, - mediante acta de reiniciación del contrato No. 521 se dio reinicio a las obras, por encontrarse superadas las causas por las cuales hubo necesidad de suspender las actividades[68].

---

[65] Fls.2-8 C.1 y 10-16, 26-32 C.2
[66] Fls.9 C.1
[67] Fls.10 C.1
[68] Fls.11 C.1

Sin embargo, el 4 de marzo de 1998, nuevamente la obra se suspendió porque en la región existían problemas de índole social y el día 8 de marzo de 1998 se llevarían a cabo las elecciones nacionales[69].

La obra se reinició nuevamente el 11 de marzo de 1998 y se dio inicio nuevamente a los trabajos objeto del Contrato No.521 de 1997[70].

No obstante, el 12 de marzo de 1998 se reunieron el contratista, el Secretario de Transporte del Tolima y el Representante legal de la firma interventora, con el propósito de aclarar y aprobar compromisos por parte del contratista y se acordó mediante acta de compromiso, *"con base en la solicitud presentada por los ingenieros contratistas, la interventoría y la supervisoría, se analizó y se aprobó la ampliación del plazo de los contratos de la referencia en 45 días. Los ingenieros contratistas se comprometen a terminar las obras objeto de los contratos en dicho tiempo o antes".*

Sobre el particular, debe anotarse que dicho pacto de prorroga no tiene efectos de contrato adicional, entre tanto que no fue suscrito por ambas las partes contratantes, en razón a que el Gobernador del Departamento del Tolima no suscribió el documento de compromiso.

Tan es así que las partes pretendieron formalizar el acuerdo de prorroga antes mencionado mediante escrito de fecha 24 de abril de 1998, denominado contrato adicional No. 1[71] y firmado por el correspondiente Gobernador del departamento del Tolima y el Ingeniero Jaime Yamil Sánchez, en el cual se manifestó:

> *"se ha celebrado el presente contrato adicional previas las siguientes consideraciones y cláusulas (…) SEGUNDA: Que mediante Acta de Compromiso de fecha 12 de marzo de 1998, el ingeniero contratista, la interventoría, la supervisoría y el Secretario de Transporte del Tolima, analizaron y aprobaron la ampliación del presente contrato en (45) días, solicitada por el primero, por considerarlo necesario, con el fin de completar las metas físicas. CLAUSULA PRIMERA: el objeto del presente contrato es la ampliación en plazo al Contrato No. 521 de 1997, para el MANTENIMIENTO DE LA VIA PALOCABILDO – CASABIANCA. MPIIO DE PALOCABILDO, SECTOR K6+000 AL K12-000. CLAUSULA SEGUNDA: incrementase el plazo del presente contrato por el término de cuarenta y cinco (45) días calendario, contados a partir de la fecha del vencimiento del mismo. (…) CLAUSULA CUARTA: VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES. Quedan vigentes todas las cláusulas del contrato No. 521 de 1997. Que no sean contrarias al presente contrato adicional. (…) CLAUSULA SEXTA: PERFECCIONAMIENTO Y EJECUCION: El presente contrato adicional se perfecciona con el acuerdo de voluntades sobre el objeto y la contraprestación y una vez se eleve a escrito para la ejecución se requerirá: a) Publicación en el*

[69] Fls.19 C.1
[70] Fls.21 C.1
[71] Fls.27-28 C.1

registro oficial del Departamento, b) Aprobación de las garantías por parte de la Secretaria de Gobierno y del Ordenamiento Jurídico"[72]

Pese a lo anterior, sorprende a la Sala que el aparente contrato adicional sólo se suscribió hasta el 24 de abril de 1998, esto es, cuando la vigencia del Contrato No. 521 de 1997 había expirado en su totalidad, pues, debe tenerse en cuenta que el plazo de ejecución acordado, es decir, los 90 días iniciales, contaban hasta el 19 de marzo de 1998, como se muestra a continuación:

Días ejecutados	**Estado del contrato**	**Fechas**
1	En ejecución	4 de noviembre de 1997 a 5 de noviembre de 1997
0	Suspendido	5 de noviembre de 1997 a 13 de diciembre de 1997
81	En ejecución	13 de diciembre de 1997 a 4 de marzo de 1998
0	Suspendido	4 de marzo de 1998 a 11 de marzo de 1998
8	En ejecución	11 de marzo de 1998 al 19 de marzo de 1998
90	Total plazo de ejecución.	

Entonces, no puede la Sala reconocer validez alguna a una prorroga contractual que se celebra por fuera del término de vigencia o plazo de ejecución del contrato, por cuanto ello llevaría a afirmar que las partes pueden, a su antojo, revivir el contrato cuando éste ha fenecido por vencimiento del plazo inicialmente pactado, excluyendo los procedimiento legalmente exigidos, tales como la planeación, licitación pública y la selección objetiva, entre otros.

Así las cosas, en atención a que el término de vigencia o plazo de ejecución del contrato venció el 19 de marzo de 1998 y la Resolución No. 083, por medio de la cual se declaró la caducidad administrativa del Contrato de Obra No. 521 del 20 de octubre de 1997, se profirió por el departamento del Tolima el 5 de junio siguiente, forzoso es concluir que la entidad demandada actúo por fuera de la oportunidad establecida para declarar la caducidad del contrato, esto es, por fuera del ámbito de competencia para el ejercicio de sus potestades exorbitantes.

En mérito de lo anterior la Sala confirmará la nulidad de los actos administrativos demandados.

6.2 Ahora bien, en cuanto a los efectos derivados de los actos declarados nulos la Sala considera:

[72] Fls.22-23 C.1

6.2.1 Que el acto administrativo declarado nulo, además de contener la declaratoria de caducidad, impuso "*una multa del (10%) sobre el valor del contrato, equivalente a la suma de nueve millones ochocientos ochenta y cuatro mil catorce pesos ($9.884.014.00) M/cte por el incumplimiento total por parte del contratista";* cuya devolución la Sala considera procedente, junto con la correspondiente indexación, como adecuadamente lo reconoció el Tribunal *A quo.*

Así las cosas, la Sala procederá a actualizar la cuantía impuesta a título de multa, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{\text{IPC FINAL}}{\text{IPC FINAL}}$$

Ra= Renta actualizada
Rh= Renta histórica
IPC FINAL : Fecha de la Sentencia
IPC INICIAL : Fecha en que fue descontado al contratista el valor de la multa.

$$Ra = \$9.884.014.00 \times \frac{120.98}{95.12}$$

Ra = 12.571.152,37

En consecuencia, la Sala ordenará a la entidad demandada a rembolsar al Ingeniero Jaime Yamil Sánchez Hernández, la suma de $12.571.152,37, por concepto de reintegro de los valores cancelados por la imposición de la multa.

6.2.2 Asimismo, con relación a los efectos que la declaratoria de caducidad generó sobre el contratista, la Sala concluye que está debidamente acreditado que éste estuvo inhabilitado para contratar con el Estado por espacio de cinco años.

A pesar de lo anterior, no hay certeza sobre el monto o cuantía del perjuicio ocasionado al actor por la inhabilidad para contratar, en tanto que el dictamen pericial[73], al indicar que "*de acuerdo con la expectativa de una utilidad y/o honorarios generada por el ejercicio de la profesión de Ingeniero Civil de Jaime Yamil Sánchez y, tomando como base que el demandante ejecutara cada tres meses (tiempo de duración del contrato 521/97) contratos similares, es decir, contratos de $98.840.145.60, tendríamos que al año ejecutaría obra en contratos por valor de $395.360.583.84, cifra normal para este tipo de*

[73] Fls.4-12 C.3

profesional" y que como consecuencia de lo anterior el actor dejo de percibir una utilidad de $284.418.450.66.; no cumple con los propósitos de la prueba pericial ni constituye prueba suficiente de lo reclamado, toda vez que la experticia parte de suponer que el lucro percibido por el contratista es el 100% del valor del contrato, conclusión a toda luces equivocada[74], por cuanto, en realidad, lo que éste espera recibir es la utilidad del mismo.

Sin embargo, como antes se dijo, la Sala advierte que frente a situaciones similares a la que ahora se presenta ha adoptado el principio de valoración en equidad, el cual procede cuando el daño está demostrado para la determinación del "*quantum a indemnizar en aquellos casos en que resulta difícil o compleja la acreditación de su valor"*[75].

En ese orden de ideas, y acogiendo los parámetros objetivos planteados por la unificación, en el caso de autos la Sala revisará el total ejecutado de la obra con atención al tiempo durante el cual se llevó a cabo, para determinar la base sobre la cual liquidará el perjuicio año a año desde 1999 hasta 2003.

Al respecto, la Sala observa en el oficio No. IN – PC – 045 – 98 de 14 de abril de 1998, suscrito por la interventora del contrato, que el ingeniero Jaime Yamil Sánchez[76]:

> *"(…) – A marzo 31 del presente año se ha ejecutado obra por un valor de $22.405.912.oo y para el próximo 3 de mayo, fecha en la cual se vence la prórroga del contrato, debe ejecutar obra por un valor de $71.725.560.oo que de acuerdo con los recursos tanto económicos como humanos con que cuenta, es prácticamente imposible; ya que en el periodo de tres meses solo ha ejecutado el 23% del valor del contrato.*

---

[74] En la sentencia referida como de unificación en la materia que aquí se trata, la Sala reiteró que *"a propósito de la prueba pericial: "… de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la peritación como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El perito debe informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con esos conocimientos especializados sepa de los hechos… Para su eficacia probatoria debe reunir ciertas condiciones de contenido … que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas… El dictamen del perito debe ser claro, preciso y detallado, en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (numeral 6 del artículo 237 ejusdem) … el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra… En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma" (*Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2008, expediente No. 16.491, C.P. Ruth Stella Correa).

[75] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, expediente n.° 17.031, C.P. Ruth Stella Correa.

[76] Fls.24-25 C.1

- En la actualidad no conocemos el programa de inversiones para la prórroga de los 45 días, solicitamos se haga llegar a nuestra oficina lo más pronto posible. Petición que se efectuó desde el pasado 31 de marzo.

- Las condiciones económicas como de personal con las que contó durante el mes de marzo fueron totalmente precarias y además las actividades en las obras permanecieron paralizadas desde el pasado 8 de abril del año en curso.

- Sus obligaciones laborales y demás con el personal de la región deben ser canceladas lo más pronto posible, ya que esta situación ha ocasionado inconvenientes al personal de la interventoría.

- Debe reiniciar la actividad con el fin de concluir las alcantarillas que se encuentran en proceso de construcción. Con las interrupciones en la ejecución de las obras por carencia de recursos económicos, ha ocasionado problemas sociales en la región, incumplimiento con la entidad contratante, por lo tanto estamos solicitando se impongan las respectivas sanciones contractuales".

Entonces, hasta este momento la obra sólo reportaba un avance y un valor ejecutado del 23%.

Sin embargo, dentro del plenario se acreditó que a pesar de haberse declarado la caducidad, con posterioridad, la obra reportó un valor ejecutado de $41.087.466.42, conforme se observa en el acta de obra mensual No. 2 final, suscrita el 4 de diciembre de 1998 por el interventor de la obra[77].

En este orden de ideas, la Sala liquidará el valor correspondiente a la actividad frustrada durante el término de 5 años con fundamento en los siguientes criterios:

- El objeto contractual ejecutado por el contratista se llevó a cabo durante aproximadamente 12 meses, en razón a lo cual los años se liquidaran de enero a diciembre.

- El valor ejecutado del contrato alcanzó una cuantía de $41.087.466.42, de los cuales se tomará el 10% ($4.108.746,64) equivalente a la utilidad esperada; aclarando que en el caso de autos no podría acogerse la utilidad esperada conforme a la oferta presentada por el contratista, por cuanto éste no ejecutó el contrato en su totalidad.

- La utilidad esperada se actualizará año por año, durante 5 años, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{\text{IPC FINAL}}{\text{IPC INICIAL}}$$

[77] Fls.55 C.1

Año	**IPC FINAL** (diciembre de c/a)	**IPC INICIAL** (enero de c/a)	**(Rh) Renta histórica**	**(Ra) Renta actualizada**
1999	57,00	53,34	$4.108.746,64	$4.390.674,13
2000	61,99	57,74	$4.108.746,64	$4.411.174,30
2001	66,73	62,64	$4.108.746,64	$4.377.022,08
2002	71,40	67,26	$4.108.746,64	$4.361.648,97
2003	76,03	72,23	$4.108.746,64	$4.324.906,64
Total				$21.865.426,12

En conclusión, en equidad, el valor que corresponde por concepto de la actividad contractual frustrada como consecuencia de la inhabilidad impuesta al contratista durante el término de 5 años, es la suma de $21.865.426,12

6.3 Asimismo, se encuentran los denominados perjuicios morales que de acuerdo con la Constitución y la Ley el Estado está obligado a reparar, aun en el caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales. Razón por la cual esta clase de perjuicio debe ser indemnizado siempre y cuando sea cierto y esté plenamente demostrado.

En tratándose de perjuicios de ésta laya, esta Corporación[78] ha considerado que el demandante debe formar la convicción del juzgador arrimando la prueba de que el incumplimiento ha causado profunda aflicción al acreedor pues con ella no sólo establecerá la certeza del perjuicio sino que también le demostrará al juez su existencia.

Y ésta es la regla tratándose del reconocimiento de perjuicios morales derivados de la actividad contractual, pues allí no pueden traerse presunciones o partir de la base de la causación de aflicción o congoja como en el caso del deceso de los parientes, especialmente los más próximos, pues en estos eventos la experiencia enseña y es notorio que su muerte normalmente causa un profundo dolor.

Pero cuando se incumple una obligación ni es notorio ni la experiencia enseña que normalmente el acreedor padezca una gran aflicción o congoja por ese motivo, circunstancia por la cual el demandante que aduce tal perjuicio tiene la carga de demostrar su certeza y convencer al juez de su existencia.

[78] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 19 de agosto de 2011. Exp.19.183

Por otro lado, tratándose del perjuicio moral derivado del acto de caducidad, esta Corporación ha considerado[79]:

> *"Es cierto que el acto de caducidad del contrato puede alterar el good will del contratista sancionado lo que indiscutiblemente causaría su afectación emocional; pudo acontecer también que a raíz del mismo acto el contratista sancionado perdiese nuevas oportunidades de contratar, lo que también podría afectar su tranquilidad y autoestima, pero todas estas posibilidades, causas y efectos, de llegar a concretarse en la realidad, deben acreditarse ante el juez del contrato para que, establecida su existencia y magnitud, profiera la deprecada decisión condenatoria.*
> *La sola creencia de que la ilegalidad del acto produce perjuicios morales no es de recibo para la Sala; no es dable presumir, porque no existe sustento normativo, que la expedición de un acto de caducidad del contrato declarado nulo, causa perjuicios morales (…)".*

Pues bien, observa la Sala en el caso *sub examine,* que lo pretendido a título de perjuicio moral, derivado de la declaratoria de caducidad, se ha quedado en la sola afirmación del demandante y por ende carente de todo medio probatorio que le permita a la Sala convencerse de su certeza y de que ese perjuicio existe.

En efecto, en el expediente no hay ni una sola prueba que demuestre el alegado perjuicio moral ya que la afirmación que hace el actor consistente en haber sufrido profundamente con el incumplimiento no constituye confesión alguna porque no se trata de la aceptación de un hecho que le desfavorezca, razón por la cual su aseveración ha debido ser demostrada y como esto no hizo, el Tribunal acertó al denegar su reparación.

6.4 En relación con los intereses moratorios, la Sala considera que no hay lugar a condenar a la entidad territorial por tal concepto, en tanto, resulta claro que la sentencia constituye el título que obliga a la entidad a restituir al contratista la suma que éste había pagado a título de multa y aquellos valores que se vieron frustrados como consecuencia de la inhabilidad para contratar impuestas mediante el acto administrativo declarado nulo, de manera que sólo a partir de este momento se puede decir que la entidad le debe al contratista una suma de dinero, razón por la cual no puede decirse que haya mora de la entidad con anterioridad a la constitución del título de la obligación, es decir, al momento en que la sentencia queda en firme.

Se insiste, sólo a partir de la sentencia que anula los actos administrativos y declara la obligación en cabeza de la entidad se causan los intereses moratorios, pues es entonces cuando nace la obligación de pago correspondiente a cargo de la entidad.

---

[79] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 29 de febrero de 2012. Exp.22.278

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

R E S U E L V E

MODIFICAR la sentencia del 16 de junio de 2008[80] proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y en su lugar:

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad de las Resoluciones No. 083 y 096 del 5 de junio y 9 de junio de 1998, respectivamente proferidas por el Departamento del Tolima.

SEGUNDO: DECLÁRESE liquidado el contrato No. 0521 del 20 de octubre de 1997, estableciendo que existe un saldo a favor del señor Jaime Yamil Sánchez Hernández, en calidad de contratista y a cargo del Departamento del Tolima, equivalente Al 10% del valor total del contrato, descontado por concepto de multa.

TERCERO: ORDÉNESE al Departamento del Tolima a pagar a favor de Jaime Yamil Sánchez Hernández la suma de doce millones quinientos setenta y uno mil ciento cincuenta y dos mil pesos con treinta y siete centavos ($12.571.152,37) M/L, por concepto de reembolso de los valores pagados a título de multa.

CUARTO: ORDÉNESE al Departamento del Tolima a pagar a favor de Jaime Yamil Sánchez Hernández la suma de veintiún millones ochocientos sesenta y cinco mil cuatrocientos veintiséis pesos con doce centavos ($21.865.426,12), por concepto de la actividad contractual frustrada como consecuencia de la inhabilidad impuesta al contratista durante el término de 5 años.

QUINTO: DESE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SEXTO: NIEGUÉNSE las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SÉPTIMO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

---

[80] Fls.191-222 C.P

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente