

## **ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Accede parcialmente**

**SÍNTESIS DEL CASO:** El 15 de noviembre de 2005, el Instituto Nacional de Vías – Invías- celebró con el señor Carlos René Santamaría Rodríguez, por la suma de \$190'010.900, el contrato de consultoría N° 2682, cuyo objeto consistió en la elaboración de unos estudios técnicos sobre los “sitios críticos del sector Sisga Guateque – Las Juntas – Santamaría – San Luis de Gaceno – El Secreto, de la carretera Sisga – Aguaclara”, en Boyacá. Pactaron las partes que el término de ejecución del contrato sería de tres meses contados a partir de la orden de inicio. La fecha de expiración fue el 10 de marzo de 2006, pese a lo cual, entre 2006 y 2007 el interventor del contrato continuó requiriendo al consultor para que entregara los estudios a su cargo y cumpliera con las obligaciones asumidas al celebrar el contrato. En Resolución N° 03393 del 9 de julio de 2008, el Invías declaró la caducidad del contrato de consultoría N° 2682 de 2005 y ordenó su liquidación, por “incumplimiento grave de las obligaciones (...)” del contratista. En la misma decisión, dispuso el cobro de la cláusula penal pecuniaria establecida en el negocio jurídico. Aunque se interpusieron recursos contra el referido acto administrativo, el mismo fue confirmado por la entidad mediante Resolución N° 05726 del 10 de octubre de 2008. La parte actora demanda la nulidad de las indicadas resoluciones y solicita, adicionalmente, la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte del Invías, por no haber pagado la totalidad del valor pactado, pese a que los estudios objeto del contrato le fueron entregados a la entidad.

### **ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA / COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA / PROCESO DE DOBLE INSTANCIA / FACTOR OBJETIVO / FACTOR FUNCIONAL**

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes—separadamente—contra la sentencia dictada el 7 de marzo de 2012, puesto que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo –vigente en la fecha de interposición de la demanda- estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 82

### **PRESUPUESTO PROCESAL EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

De conformidad con el artículo 136, numeral 10, del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, en las acciones relativas a contratos, el término de caducidad de dos años allí establecido comienza a correr desde el día siguiente al de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 136 NUMERAL 10 / LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 44

**PROBLEMA JURÍDICO:** De acuerdo con los recursos de apelación, así como los hechos y pretensiones de la demanda, en el presente asunto le corresponde a la Sala establecer si las Resoluciones 3393 del 9 de julio y 5726 del 10 de octubre de 2008 adolecen de nulidad, por infringir las normas del ordenamiento que fueron invocadas por la parte actora, en particular, las relativas a la competencia temporal de la entidad para declarar la caducidad del contrato de consultoría N° 2682 de 2005. De resultar contrarios a la ley los aludidos actos administrativos, será preciso examinar la procedencia de las pretensiones de restablecimiento del derecho, formuladas en la demanda. De igual manera, se deberá establecer si el Invías incumplió el contrato de consultoría N° 2682 de 2005, por no haber pagado la totalidad de su valor pese a que, según lo manifestado por la parte demandante, el contratista cumplió con la totalidad de sus obligaciones antes del vencimiento del término de ejecución, pactado en las cláusulas.

**DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA EXCEPCIONAL DEL CONTRATO ESTATAL- Requiere autorización legal expresa**

Cabe destacar, como igualmente lo ha hecho la jurisprudencia en anteriores oportunidades, que aun cuando la ley –en particular, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993- no prohíbe pactar las cláusulas excepcionales al derecho común en el contrato de consultoría, tampoco imparte autorización expresa en ese sentido, lo que permite concluir que, bajo las pautas suministradas por el ordenamiento y especialmente, bajo el prisma del principio de legalidad, no es procedente que en el contrato de consultoría se pacte a favor del Estado la aplicación de potestades excepcionales como la declaratoria de caducidad, pues el carácter extraordinario de tales facultades requiere autorización legal expresa, la cual no existe para el caso del indicado contrato. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar providencia de 12 de marzo de 2015, Exp. 25000-23-26-000-2000-01956-01(29208), C.P. Hernán Andrade Rincón y sentencia de 30 de noviembre de 2003, Exp. 30832, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

**FUENTE FORMAL.** LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 14

**DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Potestad excepcional de la administración / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Debe ejercerse antes del vencimiento del plazo de ejecución del negocio jurídico / TÉRMINO DEL CONTRATO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL**

La declaratoria de caducidad del contrato es una potestad excepcional de la administración, prevista en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 (...) Estas pautas fijadas en la norma en cita han servido de base a la jurisprudencia para subrayar que, toda vez que la caducidad se encamina, entre otras cosas, a dar por terminado el contrato de manera anticipada y evitar la paralización del servicio objeto del mismo, tal potestad debe ejercerse antes del vencimiento del plazo de ejecución del negocio jurídico. Al respecto, la Sala parte por recordar que, en efecto, a partir de la sentencia dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 20 de noviembre de 2008, quedó establecido lo anterior, vale decir, que de acuerdo con la regulación contenida en la Ley 80 de 1993, la declaratoria de caducidad solo puede disponerse por la administración durante la vigencia del término de ejecución del contrato, y no después del vencimiento de ese plazo ni cuando el contrato haya finalizado por el cumplimiento de su objeto –o cualquier otra causa-, toda vez que la finalidad de esa potestad exorbitante es la de terminar, precisamente, en forma anticipada, el

contrato que se encuentre en situación de grave incumplimiento, para que sea la entidad misma la que adopte medidas que garanticen la oportuna y continua prestación del servicio afectado por la inobservancia del contratista. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar providencia de 20 de noviembre de 2008, Exp. 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

**FACULTAD DECLARATORIA DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Competencia pro tempore / FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL - Excepciones**

[E]l análisis de la competencia pro tempore para declarar la caducidad del contrato regido por la Ley 80 de 1993 era pasible de variaciones frente a los precedentes jurisprudenciales –como el invocado por el Invías-, atendiendo a aspectos tales como el régimen legal del negocio jurídico, la época en la que se ejerció la potestad exorbitante y las causas que la motivaron; y si bien, el precedente jurisprudencial es de obligatorio estudio para el juez que resuelve el caso, no siempre resulta de aplicación imperativa, en cuanto ello depende de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso y de la existencia de similitudes que permitan identificar la equivalencia de las razones en que se funda la decisión, “es decir, que la fuerza del precedente depende de si la ‘ratio decidendi’ resulta vinculante o no entre un caso y otro”.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993

**CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Falta de competencia pro tempore para declararla / DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Ejercida después del vencimiento del plazo de ejecución**

En el asunto hoy sometido al juicio de esta Sala, es palmario que el Invías carecía de competencia pro tempore para proferir las resoluciones enjuiciadas, por las cuales declaró la caducidad del contrato de consultoría N° 2682 del 15 de noviembre de 2005, pues el término de ejecución contractual, pactado en tres (3) meses, finalizó en una fecha concreta, esto es, el 10 de marzo de 2006 -como expresamente lo reconoció la entidad estatal-, de suerte que al proseguir en los períodos siguientes con los requerimientos al consultor y postergar la declaratoria de caducidad hasta el año 2008, el Invías dio lugar a que se hiciera insustancial la potestad exorbitante, por la imposibilidad de que la misma cumpliera el específico propósito para la cual fue instituida por la ley.

**NULIDAD DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Por haber sido ejercida extemporáneamente**

[E]s palmario que en el presente caso debe confirmarse el ordinal primero de la sentencia apelada, en cuanto declaró la nulidad por falta de competencia temporal, de las Resoluciones 3393 del 9 de julio y 5726 del 10 de octubre de 2008.

**OBLIGACIONES DEL CONTRATO - Deber de ejecutar las prestaciones pactadas / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO**

La prosperidad de la acción y de las pretensiones encaminadas a sancionar el incumplimiento de una de las partes del contrato depende de que el actor no haya incurrido él mismo en inobservancia de sus propios compromisos, pues las obligaciones de los contratos bilaterales deben cumplirse por ambas partes de

manera coetánea y tan pronto como las mismas sean exigibles, so pena de que opere la excepción de “contrato no cumplido”, con fundamento en el citado artículo 1609 del Código Civil. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencia de 29 de agosto de 2012, Exp. 05001-23-25-000-1994-01059-01(21315), C.P. Danilo Rojas Betancourth (E).

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1609

### **INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - No acreditado**

Es claro que en el presente caso no existe mérito para acoger la pretensión del demandante, encaminada a la declaratoria de incumplimiento contractual del Invías y a la restitución del saldo que se alega como indebidamente retenido al consultor.

### **PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / REQUISITOS DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**

[C]omo acontece naturalmente con todas las tipologías de daño, la responsabilidad del Estado por la “pérdida de oportunidad” solo puede estructurarse sobre la base del nexo causal entre tal menoscabo y la conducta de la administración, materializada, v.gr., en casos como el presente, con la actividad contractual y, en concreto, con los actos de declaratoria de caducidad del contrato materia de litigio. Como lo ha señalado la Sección Tercera de esta Corporación, en la pérdida de oportunidad surge la certeza de que “en caso de no haber mediado el hecho dañino, el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida”. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencia del 11 de agosto de 2010, Exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

### **PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL - No acreditada**

[N]o se encuentra debidamente configurada la relación causal entre la imposibilidad del hoy demandante para contratar con el Estado y la nulidad de los actos acusados en el presente juicio, puesto que esa pérdida de oportunidad obedeció a un hecho ajeno a la presente controversia –y por tanto, se habría dado aún sin la expedición de las resoluciones enjuiciadas en este proceso-, esto es, la declaratoria de caducidad de otro contrato en el que también participó el actor C. R. S. R. Adicionalmente, en el caso puntual de la Licitación Pública INF-OBR-09-005 de 2009, no se aprecia que la descalificación del proponente consorcio Geconsi hubiera sido consecuencia exclusiva y directa de la inhabilidad surgida por la declaratoria de caducidad del contrato N° 2682 de 2005, razón de más para que la Sala deba denegar la pretensión indemnizatoria referente a la “pérdida de oportunidad” alegada en la demanda.

### **CLÁUSULA PENAL - La restitución de su valor está sujeta a la prueba de su pago efectivo / CLÁUSULA PENAL - No se acreditó su efectivo pago por parte del demandante**

[L]a parte demandante no demostró que el Invías hubiera obtenido el pago efectivo de la cláusula penal, pues aun cuando adujo lo referente al cobro de la misma en sede de la jurisdicción coactiva, no probó la existencia de ese trámite ni acreditó que por ese concepto se hubiera efectuado un traslado patrimonial en detrimento del actor y a favor de la entidad, bajo pago coercitivo o cualquier otra modalidad de desembolso (...) deberá rechazarse la pretensión indemnizatoria relativa a la

cláusula penal pecuniaria, por carencia de prueba que acredite su efectivo pago por parte del hoy demandante, directamente ante el Invías, o bien, mediante el reembolso correspondiente a favor de la compañía aseguradora.

**PERJUICIO MORAL EN MATERIA CONTRACTUAL / PRUEBA DEL PERJUICIO MORAL / RELACIÓN DE CAUSALIDAD - Entre la afectación moral y la decisión de la administración / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL**

Tal como lo ha señalado la jurisprudencia en anteriores oportunidades, en el ámbito de la actividad contractual del Estado es posible el reconocimiento de perjuicios morales, especialmente frente a daños derivados de sanciones como la declaratoria de caducidad que afecta al contratista. Sin embargo, también se ha subrayado que la condena por perjuicios morales en esos eventos está sujeta, naturalmente, a la prueba de existencia de ese perjuicio, a lo cual se añade en esta oportunidad, que la aceptación de esa pretensión también depende de que se demuestre la relación causal entre la afectación moral y la decisión de la administración, viciada de nulidad. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencia de 3 de agosto de 2017, Exp. 76001-23-31-000-2010-00615-01(52920), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

**PERJUICIO MORAL EN MATERIA CONTRACTUAL - Denegado por falta de acreditación del nexo causal entre la afectación moral y la expedición de los actos enjuiciados**

[D]ado que no está acreditado el nexo causal entre la afectación moral del demandante –documentada en el informe psicológico- y la expedición de los actos enjuiciados en la presente causa –como tampoco con la actuación que precedió a tales decisiones-, la Sala tampoco acogerá la pretensión del demandante, referente a la indemnización de perjuicios morales. En ese sentido, deberá revocarse la decisión adoptada en el fallo apelado, relativa al reconocimiento de dicha categoría de perjuicio.

**CONDENA EN COSTAS - No hay lugar a su imposición**

De conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –aplicable en el sub lite-, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena de costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

**FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 55**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Compartido por:



**Radicación número: 25000-23-26-000-2009-01062-01(44804)**

**Actor: CARLOS RENÉ SANTAMARÍA RODRÍGUEZ**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS –INVÍAS-**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

*Temas: CONTRATO DE CONSULTORÍA – Régimen legal – No sujeto a potestades exorbitantes / CADUCIDAD DEL CONTRATO – Competencia pro tempore para declararla – Debe disponerse antes de la terminación del contrato regido por la Ley 80 de 1993 / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD – Daño indemnizable - Debe guardar nexos causal con el hecho dañoso (en este caso, la declaratoria de caducidad del contrato) / CLÁUSULA PENAL – La restitución de su valor está sujeta a la prueba de su pago efectivo / PERJUICIOS MORALES – Procedencia en materia contractual – Improcedencia en el sub iudice por no guardar relación de causalidad / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – No se acreditó - Además de la inobservancia alegada, debió demostrarse el cumplimiento del demandante.*

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes –de manera separada- contra la sentencia proferida el 7 de marzo de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

*PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones 3393 del 9 de julio y 5726 del 10 de octubre de 2008, por medio de las cuales el Instituto Nacional de Vías –Invías- declaró la caducidad del contrato 2682 de 2005, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.*

*SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, condenar al Instituto Nacional de Vías –Invías- a pagar a Carlos René Santamaría Rodríguez la suma de treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de este proveído (...).*

*TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda (...).*

## **I. SÍNTESIS DEL CASO**

El 15 de noviembre de 2005, el Instituto Nacional de Vías –Invías- celebró con el señor Carlos René Santamaría Rodríguez, por la suma de \$190'010.900, el contrato de consultoría N° 2682, cuyo objeto consistió en la elaboración de unos estudios técnicos sobre los “sitios críticos del sector Sisga Guateque – Las Juntas –

*Santamaría – San Luis de Gaceno – El Secreto, de la carretera Sisga – Aguaclara”, en Boyacá.*

Pactaron las partes que el término de ejecución del contrato sería de tres meses contados a partir de la orden de inicio. La fecha de expiración fue el 10 de marzo de 2006, pese a lo cual, entre 2006 y 2007 el interventor del contrato continuó requiriendo al consultor para que entregara los estudios a su cargo y cumpliera con las obligaciones asumidas al celebrar el contrato.

En Resolución N° 03393 del 9 de julio de 2008, el Invías declaró la caducidad del contrato de consultoría N° 2682 de 2005 y ordenó su liquidación, por *“incumplimiento grave de las obligaciones (...)”* del contratista. En la misma decisión, dispuso el cobro de la cláusula penal pecuniaria establecida en el negocio jurídico.

Aunque se interpusieron recursos contra el referido acto administrativo, el mismo fue confirmado por la entidad mediante Resolución N° 05726 del 10 de octubre de 2008.

La parte actora demanda la nulidad de las indicadas resoluciones y solicita, adicionalmente, la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte del Invías, por no haber pagado la totalidad del valor pactado, pese a que los estudios objeto del contrato le fueron entregados a la entidad.

## **II. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

El 18 de diciembre de 2009, el señor Carlos René Santamaría Rodríguez, obrando a través de apoderado judicial (fl. 2, c.1), instauró demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales (fls. 3-29, c.1) contra el Instituto Nacional de Vías – Invías-, a efectos de que se acogieran las siguientes pretensiones:

*PRIMERA: Que es nula la Resolución N° 03393 del 9 de julio de 2008, ‘Por la cual se declara la caducidad del contrato N° 2682 de 2005, suscrito con el ingeniero Carlos René Santamaría Rodríguez.*

*SEGUNDA: Que es nula la Resolución N° 05726 del 10 de octubre de 2008, 'Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N° 03393 del 9 de julio de 2008 (...).*

*TERCERA: Que como consecuencia de la declaración anterior, el Instituto Nacional de Vías –Invías- deberá restablecer el derecho de Carlos René Santamaría Rodríguez, pagándole los perjuicios que los actos anulados le causaron, consistentes en la pérdida de oportunidad para celebrar contratos estatales por un período de cinco (5) años, conforme al criterio jurisprudencial del Consejo de Estado, equivalente a un 20% de lo contratado en los últimos 5 años. Al haberse causado un año, se toma como parámetro económico el siguiente valor facturado: \$9.580'519.054,76. El 20% de este valor equivale a \$1.916'103.811.*

*Este valor deberá ser indexado hasta la cancelación respectiva.*

*CUARTA: Que el Instituto Nacional de Vías –Invías- incumplió el contrato N° 2682 del 15 de noviembre de 2005, al dejar de pagar al contratista el saldo correspondiente del total del contrato, equivalente a un 59.66%, cuyo valor es de ciento trece millones trescientos sesenta y cuatro mil cuatrocientos ochenta pesos M/L (\$113'364.480), al ser entregados los estudios en su totalidad por parte del contratista, sin que hubiera la reciprocidad del contratante en pagar lo debido. Este valor debe pagarse junto con los intereses comerciales moratorios desde el 10 de marzo de 2006, correspondiente a la fecha de terminación del contrato, hasta cuando el pago se realice. Este valor deberá ser indexado hasta la cancelación respectiva.*

*QUINTA: Que el Instituto Nacional de Vías –Invías- debe pagar a Carlos René Santamaría Rodríguez el valor de la cláusula penal pecuniaria por un valor de diecinueve millones un mil cero noventa (sic) pesos (\$19'001.090), la cual fue establecida en el artículo segundo de la Resolución N° 03393 del 9 de julio de 2008 Este valor deberá ser indexado hasta la cancelación respectiva (...).*

*SEXTA: Que el Instituto Nacional de Vías –Invías- debe pagar a Carlos René Santamaría Rodríguez el valor de los perjuicios morales por un valor (sic) de noventa y nueve millones trescientos ochenta mil pesos (\$99'380.000) (...).*

Además de lo anterior, se solicitó la suspensión provisional de los actos acusados.

En la exposición de los hechos que fundamentaron la demanda, la parte actora refirió que el 15 de noviembre de 2005, el Instituto Nacional de Vías -Invías- celebró con el señor Carlos René Santamaría Rodríguez el contrato de consultoría N° 2682, para la elaboración de “los estudios de los sitios críticos del sector Sisga-Guateque – Las Juntas – Santamaría – San Luis de Gaceno – El Secreto, de la carretera Sisga Aguaclara”, de acuerdo con los términos de referencia, la propuesta del consultor y las estipulaciones mismas del negocio jurídico.

Señaló que, no obstante, en ninguno de los indicados instrumentos se precisó cuáles eran los sitios críticos del sector materia de los estudios ni “cuántos sitios

*críticos debían elaborarse sobre la vía determinada en el contrato”,* anomalía que conllevó a que las especificaciones para la ejecución de la consultoría quedaran al arbitrio del interventor, que terminó delimitando el alcance del contrato sin tener competencia ni autorización legal para ello.

Manifestó que el Invías desconocía el alcance de los estudios que debían realizarse, puesto que en un primer momento el interventor estimó un total de 50 puntos críticos, pero posteriormente pasó a señalar que eran nueve, determinación que no estaba establecida en el contrato ni en los términos de referencia. Por tanto, era evidente que el Invías había incurrido en negligencia al no precisar los términos y alcances reales que debían tener los estudios objeto del contrato.

Según lo señalado en la demanda, entre el contratista Carlos René Santamaría Rodríguez, el interventor, el supervisor y varios funcionarios de la Subdirección de Apoyo Técnico del Invías, se presentaron discrepancias de orden técnico, referentes al alcance de los estudios, lo que conllevó a que la entidad iniciara un proceso administrativo de declaratoria de caducidad del contrato, sin que el contratista incurriera en incumplimiento alguno.

El contrato de consultoría –prosiguió– terminó el 10 de marzo de 2006, como lo señaló expresamente la propia entidad en Resolución N° 05726 del 10 de octubre de ese año. Por tanto, era claro que después de esa terminación no era procedente declarar la caducidad del contrato, como lo ha indicado la jurisprudencia.

Refirió que el 16 de octubre de 2007 le fue comunicado al contratista el proceso sancionatorio de caducidad que adelantaba el Invías por el supuesto incumplimiento del consultor, por lo cual este ejerció su defensa argumentando la *“ausencia en la nominación de cargos”*. En efecto, la entidad nunca tuvo claros los cargos que configuraban el pretendido incumplimiento, circunstancia que fue evidenciada por la Oficina Jurídica del Invías, así como por la Subdirección Técnica de esa entidad, que en un memorando subrayó la ausencia de certeza sobre *“la clase de incumplimiento que procedería”* y los ítems precisos que se inobservaron.

En oficios del 26 y el 27 de diciembre de 2006, la Oficina de Prevención y Atención de Emergencias emitió concepto favorable sobre los estudios presentados por el contratista, criterio que desconoció la Subdirección de Apoyo Técnico, de manera injustificada.

Se afirmó en la demanda que, en el marco de la controversia técnica surgida entre las partes, se acordó solicitar el concepto de un tercero ajeno a la entidad. No obstante, las dificultades que se presentaron en esa gestión derivaron en que el Invías contratara a unos profesionales adscritos a una de sus subdirecciones, lo cual afectó palmariamente la imparcialidad de la experticia final.

Por otro lado, en la cláusula décima séptima del contrato N° 2682 establecía que las divergencias surgidas entre el contratista y el supervisor del contrato debían ser dirimidas por el subdirector de Apoyo Técnico del Invías y, de no llegarse a un arreglo, el asunto debía ser resuelto por la Secretaría General Técnica de la misma entidad. No obstante, esta última instancia nunca fue agotada, pese al evidente desacuerdo entre el consultor y la Subdirección de Apoyo Técnico.

Adujo el actor que, no obstante las mencionadas irregularidades, el 9 de julio de 2008, el subdirector de Apoyo Técnico del Invías profirió la Resolución N° 03393, por la cual declaró la caducidad del contrato N° 2682 de 2005. El contratista interpuso recurso de reposición contra dicha decisión, que fue confirmada por la entidad el 10 de octubre de 2008, mediante Resolución N° 05726, la cual quedó ejecutoriada el 25 de noviembre de ese año, es decir, 32 meses y 15 días después de la terminación del contrato.

De acuerdo con la demanda, el contratista Carlos René Santamaría Rodríguez fue conminado al pago de la cláusula penal establecida en las resoluciones acusadas, en un proceso de cobro coactivo iniciado por el Invías. Como consecuencia de tales actuaciones, el Invías solo le pagó al contratista el 40,34% del valor del contrato y retuvo indebidamente el porcentaje restante, equivalente a \$113'364.480. Adicionalmente, el Invías hizo efectiva la garantía del contrato ante la firma Seguros del Estado, la cual ha requerido al hoy demandante para restituir la suma pagada por ella a título de sanción.

## **2. Trámite de primera instancia**

2.1. En providencia del 17 de febrero de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y denegó la solicitud de suspensión provisional de los actos enjuiciados (fls. 33-34, c-1). La notificación personal del ente demandado se efectuó el 30 de junio del mismo año (fl. 36).

2.2. El Instituto Nacional de Vías –Invías- expuso en su defensa, que desde el mes de diciembre de 2005 el consultor tenía conocimiento de los puntos críticos establecidos en la zona, puesto que él mismo manifestó, en oficio del 16 de diciembre de ese año, el hallazgo de 38 tramos materia de estudio durante una visita conjunta. Al respecto precisó que, de esos 38 puntos, la interventoría priorizó siete para estudio detallado y dos para la formulación de recomendaciones, siendo ese total de nueve puntos, los que refirió la parte actora en los hechos de la demanda.

En cuanto a las competencias del interventor y del supervisor del contrato, adujo que se encontraban plenamente establecidas en el manual de interventoría y en las cláusulas del acuerdo de voluntades, instrumentos que establecían que el supervisor tenía a su cargo precisar el alcance de las actividades previstas en el negocio jurídico, y que el interventor debía controlar que el consultor se ciñera a los plazos, términos y demás condiciones contractuales. En esa medida –adujo-, era claro que el interventor estaba facultado y contaba con los elementos técnicos para delimitar el alcance del contrato a los nueve puntos críticos que priorizó, no de manera deliberada, sino con fundamento en la visita conjunta previamente realizada por el consultor, el mismo interventor y el supervisor del contrato.

Indicó que, contrario a lo manifestado por la parte actora, la Subdirección de Apoyo Técnico del Invías siempre tuvo claro en qué consistió el incumplimiento del contratista y, si bien, en un primer momento la Oficina Jurídica manifestó que no se vislumbraban plenamente las fallas que se le podían atribuir, ello obedeció a que esa dependencia no tenía conocimiento de las omisiones e inobservancias en que incurrió el consultor desde el inicio del contrato. Asimismo, no era cierto que la Oficina de Emergencias hubiera emitido concepto favorable sobre las labores ejecutadas por el consultor, pues en el primer oficio emitido, dicho órgano se limitó a acoger la solución que el contratista había planteado sobre el componente hidráulico de uno solo de los nueve puntos críticos objeto de estudio, y aun en ese aspecto la Oficina de Emergencias formuló también sugerencias que no fueron tenidas en cuenta por el hoy demandante.

Sostuvo que, en un segundo oficio, la mencionada oficina examinó cinco puntos críticos y describió fallas en los estudios presentados por el consultor, que partió de diagnósticos equivocados para formular propuestas, las cuales, por consiguiente, no se ajustaban a las condiciones reales del terreno estudiado.

Acerca de la designación de profesionales adscritos al Invías para la elaboración del informe técnico que, en principio, debía hacerse por un tercero, la entidad señaló que los especialistas encargados pertenecían al Área de Investigación y Regulación Técnica, con funciones detalladas en el respectivo manual, referentes a la revisión y supervisión de los estudios técnicos que se adelantaran para ejecutar los proyectos a cargo de ese instituto, de suerte que, en su sentir, no podía cuestionarse la idoneidad ni la objetividad de dichos profesionales, pues solo ejercieron funciones plasmadas en el reglamento interno y en el manual aplicable.

Negó que existieran discrepancias técnicas entre el consultor y la Subdirección de Apoyo Técnico, el interventor y el supervisor del contrato, al tiempo que señaló que, de haberse presentado ese conflicto, el contratista lo habría manifestado de manera formal y habría solicitado la aplicación de la cláusula décima séptima del contrato, para que el asunto fuera resuelto por la Secretaría General Técnica.

Defendió la legalidad de los actos acusados señalando que era palmario el incumplimiento del consultor Carlos René Santamaría Rodríguez y que la declaratoria de caducidad se realizó con ceñimiento a la normativa vigente, atendiendo también a lo señalado por la jurisprudencia –según lo adujo–, en cuanto a que la evaluación del cumplimiento del contratista y la aplicación de sanciones eran *“válidas si se [efectuaban] durante el plazo para el cumplimiento del objeto del contrato y la liquidación del mismo”* (fl. 39).

Frente a este último aspecto de la controversia, manifestó que en la época en que fueron emitidas las resoluciones demandadas, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo tenía por establecido que la administración estaba facultada para declarar la caducidad del contrato después de haber vencido el término de ejecución del mismo y antes de expirar el plazo para su liquidación, criterio que siguió el Invías al ejercer esa potestad excepcional en el caso concreto, y que fue solo modificado por el Consejo de Estado con posterioridad a la expedición de los actos materia de censura.

A este respecto destacó que, en las consideraciones de los actos acusados, la entidad había puesto de presente que, aun después del vencimiento del plazo contractual, el consultor se abstuvo de cumplir con la realización de los estudios y diseños, pese a haber sido requerido para ese efecto en varias oportunidades, con

lo que causó un perjuicio a la comunidad que debía beneficiarse con el trabajo del consultor.

2.3. El 20 de agosto de 2010 se dio apertura a la etapa probatoria (fl. 63, c.1) y el 11 de noviembre de 2011 se corrió el traslado del proceso a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto sobre la controversia (fl. 86).

2.4. En concepto de fecha 1 de febrero de 2012, la Procuraduría Primera Judicial II Administrativa señaló que en el caso sometido a juicio se debía declarar la nulidad de los actos administrativos acusados puesto que infringían el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que estableció la potestad excepcional de declaratoria de caducidad y señalaba los contratos en los que se imponía su aplicación o bien, se permitía pactar la sanción, no encontrándose en ninguno de esos dos casos, el contrato de consultoría.

Señaló que, si bien dicho negocio jurídico tampoco se enlistaba entre los contratos en los que la declaratoria de caducidad estaba expresamente prohibida por la ley, el vacío normativo derivado de la no pertenencia del contrato de consultoría a ningún grupo de los previstos por el legislador en materia de potestades excepcionales, debía resolverse bajo el principio de legalidad y de acuerdo con lo indicado por la jurisprudencia, en el sentido de concluir que no era posible pactar las cláusulas exorbitantes en tales acuerdos de voluntades, por inexistencia de autorización legal expresa.

Con base en tal aserto, señaló que en el contrato materia de la presente controversia no resultaba procedente la declaratoria de caducidad, razón por la cual debía declararse en la sentencia la nulidad de las resoluciones enjuiciadas.

Por otro lado, manifestó que, no obstante lo anterior, el demandante no había demostrado los perjuicios que adujo haber sufrido con ocasión de las decisiones adoptadas por el Invías, en particular, la supuesta pérdida de oportunidad para el demandante, de celebrar contratos estatales por un período de cinco años, así como la falta de pago por parte de la entidad, de los saldos adeudados al contratista. En este punto, el Ministerio Público encontró que la única indemnización procedente era la devolución del valor correspondiente a la cláusula penal pecuniaria, ejecutada por la entidad por la vía del cobro coactivo.

2.5. En sus alegatos de conclusión, el Invías señaló que las resoluciones demandas se ajustaban a derecho, toda vez que era procedente la declaratoria de caducidad del contrato, merced al incumplimiento del contratista, evidenciado –según su dicho– por el interventor, en ejercicio de sus competencias.

Refirió que las supuestas discrepancias técnicas que el demandante adujo haber tenido con la Subdirección de Apoyo Técnico, el supervisor y el interventor, no fueron el “*marco determinante*” que llevó a la entidad a declarar la caducidad del contrato, decisión que obedeció a la insuficiencia de los estudios presentados por el consultor, que no se acompasaban –en sentir de la entidad– con lo exigido en el contrato.

Sostuvo que la expedición de los actos acusados estuvo precedida de un trámite en el que se le garantizó al contratista su derecho de defensa, y asimismo, la administración obró investida de plena competencia, aun en el ámbito temporal, a la luz de la jurisprudencia que se encontraba en vigor en la época de los hechos.

2.6. La parte demandante se abstuvo de presentar alegatos de conclusión.

### **3. La sentencia impugnada**

- . El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 7 de marzo de 2012 (fls. 116-120, c. de segunda instancia), oportunidad en la cual declaró la nulidad de las Resoluciones 3393 del 9 de julio de 2008 y 5726 del 10 de octubre del mismo año, y acogió parcialmente las pretensiones económicas de la demanda, en la forma señalada al comienzo de esta sentencia.

Consideró el *a quo* que, en lo referente a la competencia del Invías para declarar la caducidad del contrato objeto de debate, si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado había fijado anteriormente el criterio de que la administración podía ejercer esa potestad excepcional aun después de finalizado el término de ejecución del contrato y durante la fase de liquidación, tal postura había sido reevaluada en sentencia del 20 de noviembre de 2008, que advirtió sobre la competencia temporal de la entidad contratante para declarar la caducidad del contrato, limitada únicamente al período de ejecución de su respectivo objeto.

Con fundamento en esa última posición jurisprudencial, el Tribunal de primera instancia concluyó que los actos administrativos *sub judice* infringían la normativa aplicable, particularmente en cuanto a la competencia para proferirlos, de manera que debía disponerse la declaratoria de su nulidad.

Afirmó:

*[E]l vencimiento del plazo de ejecución se verificó el 10 de marzo de 2006. En consecuencia, como la declaratoria de caducidad se produjo el 9 de julio de 2008, es manifiesta la falta de competencia temporal de la administración para proceder en tal sentido, de conformidad con la postura actual de la jurisprudencia.*

Acerca de la indemnización de perjuicios solicitada en la demanda, el sentenciador de primer grado señaló que no se avizoraba prueba alguna que acreditara la supuesta pérdida de oportunidad del actor para celebrar otros contratos con el Estado, como tampoco elementos que evidenciaran el no pago, por parte del Invías, del saldo del contrato.

No obstante, señaló que los perjuicios morales causados por la ilegal imposición de la sanción sí podían evidenciarse en el plenario –por obrar concepto profesional referente a la salud mental del demandante, ocasionada por la sanción que se le impuso-, por lo que resultaba procedente condenar al ente demandado al pago de 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por ese concepto.

#### **4. Impugnación de la sentencia**

##### **4.1. Apelación de la parte demandante**

El demandante, Carlos René Santamaría Rodríguez, interpuso recurso de apelación contra el ordinal tercero de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y manifestó –en primer lugar- que estaban demostrados en el proceso los perjuicios que, según su dicho, le fueron irrogados con las resoluciones materia de censura y el incumplimiento del Invías. Así, en lo relativo a la pérdida de oportunidad para contratar, afirmó que en la demanda se había relacionado la información pertinente sobre los procesos de selección en los que fue rechazada la propuesta del hoy demandante, documentación que –adujo- podía ser consultada

vía Internet, en la página virtual que daba acceso al Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP-.

En apoyo de tal planteamiento, refirió 22 convocatorias públicas en las que, según su dicho, participó sin éxito en razón a la declaratoria de caducidad hoy sometida a juicio, y estimó las pérdidas por ese concepto en \$1.916'103.811.

Como segundo punto de inconformidad, señaló que el Invías había incurrido en desvío de poder al no “*declarar*” formalmente ante la Cámara de Comercio, la inhabilidad surgida por la declaratoria de caducidad del contrato, trámite que era obligatorio según los Decretos 4881 de 2008 y 836 de 2009, y que al no haberse adelantado, se desconocieron los principios de oponibilidad, eficacia y debido proceso que debían gobernar la sanción impuesta, puesto que a pesar de tal silencio, el actor fue retirado de los procesos de selección aludidos.

En tercer lugar, afirmó que le correspondía al Invías demostrar el pago del saldo insoluto del contrato, puesto que en el plenario estaba acreditado el descuento efectuado por la entidad sobre el 59,66% del valor total pactado, de manera que la entidad solo pagó el equivalente al 40.34%. Por su parte, la cláusula penal también debía ser reconocida en el *sub lite*, puesto que su pago le fue ordenado al contratista por el Invías, en requerimiento hecho durante un proceso de jurisdicción coactiva, al tiempo que la compañía Seguros del Estado S.A. conminó al hoy demandante a restituir lo que dicha sociedad había pagado por esa misma sanción.

Por último, destacó que las declaraciones de renta aportadas al proceso evidenciaban la disminución patrimonial sufrida por el demandante, con ocasión de la declaratoria de caducidad del contrato N° 2682 de 2005.

En sustento de sus argumentos, el demandante solicitó tener como pruebas varios documentos aportados con el recurso, así como el recaudo mediante oficio, de otros instrumentos.

#### **4.2. Apelación de la entidad demandada**

El Instituto Nacional de Vías –Invías- interpuso, igualmente, recurso de apelación contra el fallo de primer grado, y señaló que al declarar la nulidad de los actos acusados, el Tribunal *a quo* había desatendido lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 80 de 1993, referente a la responsabilidad penal y civil de los contratistas por

las acciones y omisiones en que incurrieran al ejercer la actividad contractual. A este respecto, expresó que ese supuesto de responsabilidad se había concretado en el presente caso, con el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista Carlos René Santamaría, al celebrar el contrato N° 2682 de 2005.

Manifestó que, aun cuando el fallo apelado destacó el cambio de la postura jurisprudencial del Consejo de Estado respecto de la oportunidad otorgada a la administración para declarar la caducidad de los contratos, en todo caso debió tenerse en cuenta lo señalado por el Invías en la contestación de la demanda, en cuanto a que, aun después del vencimiento del plazo contractual, el contratista deshonró sus compromisos contractuales a pesar de que se le brindó la oportunidad para adelantar y corregir los estudios y diseños objeto del contrato, y que el Invías profirió las resoluciones enjuiciadas con fundamento en el criterio jurisprudencial vigente en la época de los hechos, que aceptaba la posibilidad de que la caducidad del contrato se declarara después de finalizado su plazo de ejecución y antes de la liquidación respectiva.

Reiteró los argumentos esbozados en torno al incumplimiento del contratista y la gravedad de tal inobservancia, con base en lo cual señaló que en el caso concreto, se cumplían los presupuestos establecidos en la ley para la procedencia de la declaratoria de caducidad del contrato, igualmente porque la imposición de tal medida era un deber de la entidad estatal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4, numerales 1 y 2, de la Ley 80 de 1993<sup>1</sup>.

## **5. Trámite en segunda instancia**

5.1. Los recursos de apelación interpuestos por las partes fueron concedidos el 17 de julio de 2012 –en audiencia de conciliación celebrada en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1395 de 2010, artículo 70- y admitido en providencia del 12 de septiembre de 2012 (fls. 283 y 291).

5.2. En providencia del 14 de febrero de 2013, se denegó la solicitud de pruebas presentada por la parte demandante en su recurso de apelación (fls. 294-295).

---

<sup>1</sup> *“Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*

*1. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.*

*2. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar”.*

5.3. Mediante auto de 22 de marzo de 2013, se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 297).

5.4. En esta oportunidad procesal, el Invías reiteró íntegramente lo expuesto en el recurso de apelación.

5.6. La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio durante el término para alegar de conclusión.

## **II.- CONSIDERACIONES**

La Sala estima necesario precisar que al presente asunto le resultan aplicables las reglas del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984, toda vez que la demanda se interpuso el 18 de diciembre de 2009, vale decir, en vigencia de dicha norma y antes de que entrara en vigor la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que prescribe en el artículo 308 la regla de transición para procesos iniciados en vigencia del anterior estatuto.

### **1. Presupuestos procesales**

#### **1.1. Competencia**

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes—separadamente—contra la sentencia dictada el 7 de marzo de 2012, puesto que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo —vigente en la fecha de interposición de la demanda— estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. En efecto, en esta oportunidad se somete a consideración de la Sala la legalidad de las Resoluciones 3393 del 9 de julio de 2008 y 5726 del 10 de octubre de 2008, por medio de las cuales el Instituto Nacional de Vías —Invías— declaró la caducidad del contrato de consultoría N° 2682 de 2005, en el cual fungió como entidad contratante.

Ahora, la actuación que en esta sentencia habrá de resolverse ostenta vocación de doble instancia, puesto que la cuantía fijada en la demanda es superior a los 500 S.M.L.M.V. (\$248'450.000<sup>2</sup>) establecidos en el artículo 132 – numeral 5 del C.C.A. En efecto, la pretensión de mayor valor de la demanda fue establecida en la suma de \$1.916'103.811, como estimación de la pérdida de la oportunidad que tenía el actor Carlos René Santamaría Rodríguez, para contratar con el Estado.

## **1.2. Legitimación en la causa**

1.2.1. En lo referente a la legitimación en la causa por activa, advierte la Sala que el señor Carlos René Santamaría Rodríguez ostenta vocación procesal para integrar el extremo demandante, por cuanto fungió como contratista en el contrato de consultoría N° 2682 del 15 de noviembre de 2005, del cual el Invías declaró la caducidad en los actos administrativos demandados.

1.2.2. Con respecto a la legitimación en la causa por pasiva, se evidencia que el Instituto Nacional de Vías –Invías- cumplió con ese presupuesto procesal, por haber sido la entidad que profirió las Resoluciones 3393 del 9 de julio y 5726 del 10 de octubre de 2008, demandadas en el *sub lite*, y en su condición de contratante en el negocio jurídico mencionado.

## **1.3. Oportunidad para demandar**

De conformidad con el artículo 136, numeral 10, del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998<sup>3</sup>, en las acciones relativas a contratos, el término de caducidad de dos años allí establecido comienza a correr desde el día siguiente al de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En el presente caso se demanda la nulidad de las Resoluciones 3393 del 9 de julio y 5726 del 10 de octubre de 2008, por medio de las cuales el Instituto Nacional de Vías –Invías- declaró la caducidad del contrato 2682 de 2005- por medio de las cuales el Invías declaró la caducidad del contrato de consultoría N° 2682 del 15 de noviembre de 2005.

---

<sup>2</sup> El salario mínimo legal mensual que rigió en 2009 era de \$496.900 (Decreto 4868 de 2008).

<sup>3</sup> Norma que ya se encontraba vigente para las fechas de expedición de todos los actos administrativos acusados.

Aunque no se tiene noticia de la fecha en que cobró firmeza la decisión contenida en los indicados actos administrativos, resulta palmario que en el presente caso no operó el fenómeno de la caducidad, puesto que la demanda fue presentada el 18 de diciembre de 2009, cuando no habían transcurrido dos años, aun contados desde la fecha de expedición de la resolución que puso fin al procedimiento administrativo, esto es, la N° 5726 del 10 de octubre de 2008.

Por tanto, hay lugar a concluir que la demanda fue interpuesta oportunamente.

## **2. Hechos probados en la actuación**

Las pruebas documentales que obran en el proceso fueron aportadas por las partes en legal forma y permiten tener por acreditados los siguientes hechos:

-. El 15 de noviembre de 2005, el Instituto Nacional de Vías –Invías- celebró con el señor Carlos René Santamaría Rodríguez el contrato de consultoría N° 2682, con el objeto de que se elaboraran *“los estudios técnicos de los sitios críticos del sector Sisga Guateque – Las Juntas – Santamaría – San Luis de Gaceno – El Secreto, de la carretera Sisga – Aguaclara”*, en el departamento de Boyacá. Se indicó en la cláusula primera que el contratista debía elaborar los indicados estudios de acuerdo con los términos de referencia, la propuesta técnica y económica presentada en el proceso de selección y las estipulaciones mismas del acuerdo de voluntades. (fls. 1-4, c.2).

El término de ejecución del contrato, según la cláusula cuarta, sería de tres meses contados a partir de la orden de inicio, impartida por la Subdirección de Apoyo Técnico del Invías.

En las cláusulas tercera y séptima, establecieron las partes que el valor del contrato sería de \$190'010.900, suma que comprendía los costos directos de la consultoría, representados en los salarios del equipo de trabajo del contratista y otros ítems tales como el alquiler de equipos, alquiler de oficina, transporte de personal autorizado, papelería, edición del informe final junto con los planos, comunicaciones y pruebas de laboratorio.

Según lo establecido en el acuerdo de voluntades, el indicado valor se pagaría mediante abonos mensuales -una vez cumplido *“el procedimiento estipulado en la normatividad vigente”*- mediante el reembolso de los salarios del personal que

efectivamente hubiera trabajado en la consultoría –“*afectados por un factor multiplicador*”-, y el cubrimiento de los demás costos que se señalaran en la correspondiente factura. Para ese efecto, se dispuso en la cláusula séptima que las actas de los costos mensuales fueran refrendadas por el representante del consultor en la obra, el supervisor designado por el Invías y el ordenador del pago respectivo, y debían presentarse ante el Invías “*dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al mes de ejecución de los trabajos*” (fl. 2, c.2).

De conformidad con la cláusula séptima, el Invías pagaría las mensualidades dentro de los 90 días calendario siguientes a la presentación de las actas de costos aprobadas por la entidad o subsanadas por el consultor, según el caso, y en el evento de presentar mora, le reconocería al contratista un interés moratorio del 8% anual, bajo el procedimiento previsto en el Decreto 679 de 1994.

Asimismo, se previó la entrega de un anticipo, equivalente al 20% del valor total del contrato, el cual sería amortizado con deducciones a los valores registrados en las actas mensuales de costos.

La cláusula décima cuarta del contrato, le impuso al contratista la obligación de ejecutar el trabajo bajo las normas de calidad NTC-ISO 9000: 1994 o NTC-ISO 9001:2000, para lo cual debía desarrollar un plan de calidad específico para el proyecto, que definiera sus elementos claves, la secuencia de actividades, objetivos, procedimientos aplicables, especificaciones, responsables, recursos, programas de inspección y ensayos y auditoría de calidad, entre otros elementos, todo ello de conformidad con el Anexo 4 del contrato.

En cuanto a la vigilancia de la consultoría, se dispuso en la cláusula décima segunda (fl. 3, reverso, c.2):

*La vigilancia para el cumplimiento de las obligaciones del consultor se hará a través del Subdirector de Apoyo Técnico quien designará como supervisor del proyecto a un ingeniero de la mencionada Subdirección. El supervisor del contrato será el Director Territorial de Cundinamarca del Instituto o el funcionario que este designe, de conformidad con la Resolución N° 1129 del 25 de marzo de 2004, expedida por el Instituto.*

Aunque en el negocio jurídico se guardó silencio sobre la figura del interventor, el Invías señaló, en las resoluciones acusadas, que la interventoría del contrato había sido adelantada por la sociedad Construpavi Ltda (fl. 5, c.2).

Las partes previeron expresamente, en la cláusula vigésima primera, la aplicación de las potestades exorbitantes de la administración, consistentes en la terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato.

En ese mismo sentido, pactaron en la cláusula vigésima segunda:

*El Instituto podrá declarar la caducidad administrativa de este contrato por medio de resolución motivada, a través de la cual lo dará por terminado y ordenará su liquidación, cuando con ocasión de la ejecución de este contrato, el consultor incurra en cualquiera de las causales de caducidad que señala la ley. PARÁGRAFO PRIMERO: Declarada la caducidad, el consultor hará una relación detallada de los trabajos realizados hasta la fecha de ejecutoria de la resolución que la declare (...).*

A su vez, el párrafo tercero de esa misma estipulación contractual determinó que, si el Invías se abstenía de declarar la caducidad del contrato, adoptaría las medidas de control e intervención que fueran necesarias para “*garantizar la continuidad de los trabajos objeto del contrato*” (fl. 4, c.2).

De igual manera, como una consecuencia de la declaratoria de caducidad, se estableció la aplicación de una cláusula penal pecuniaria que equivaldría al 10% del valor total del contrato, y que se haría efectiva “*directamente por el Instituto*”.

Acerca de la cláusula penal pecuniaria, también se dispuso:

*El valor a cancelar se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios que reciba el Instituto. El Instituto podrá tomar directamente el valor de la cláusula penal de los saldos que se adeuden al consultor, o en su defecto, de la garantía constituida para tal fin, y si esto no fuere posible, cobrar los valores por vía judicial.*

Por otro lado, las partes pactaron un mecanismo de solución de las diferencias que se presentaran “*entre el supervisor y el consultor*”, relacionadas con la ejecución de los trabajos. Tales divergencias, según la cláusula décima séptima, serían dirimidas por el subdirector de Apoyo Técnico del Invías, y en caso de no llegarse a un arreglo, se acudiría a la Secretaría General Técnica de la entidad, “*cuya decisión [sería] definitiva*” (fl. 3, reverso, c.2).

El contrato fue firmado por el Subdirector de Apoyo Técnico del Invías, como parte contratante.

- Mediante Resolución N° 03393 del 9 de julio de 2008, el subdirector de Apoyo Técnico del Invías declaró la caducidad y ordenó la liquidación del contrato N° 2682 del 15 de noviembre de 2005, por *“incumplimiento grave de las obligaciones del contrato”*. En la parte resolutive del acto, dispuso el cobro de la cláusula penal pecuniaria al contratista, por el valor de \$19'001.090 (fls. 5-69, c.2).

Al exponer las motivaciones de su decisión, señaló que la orden de inicio de la consultoría había sido impartida por esa misma Subdirección el 30 de noviembre de 2005, y que al día siguiente, en visita conjunta efectuada por las partes y el interventor, se había realizado un recorrido por los *“sitios críticos”* de la zona objeto del contrato y se le indicó al consultor *“la prioridad de los estudios”*.

El Invías refirió el contenido de los oficios de requerimiento en los que el interventor le solicitó al contratista la reprogramación de los trabajos y otras actividades para el cumplimiento del contrato, al tiempo que mencionó las respuestas suministradas por el contratista, así como algunas solicitudes de suspensión del contrato que fueron acogidas por la interventoría, con lo que concluyó que el plazo de ejecución respectivo debía expirar el 10 de marzo de 2006 (fl. 8).

Según la entidad, el 31 de enero de 2006 la interventoría le solicitó al consultor que iniciara entregas parciales de *“lo avanzado hasta el momento”*, y que empleara taladros de mayor capacidad para culminar oportunamente la fase de exploración, en orden a pasar a la etapa de análisis *“lo más pronto posible”*. De acuerdo con el acto administrativo, el contratista dio respuesta el 6 de febrero de ese año, tanto a los requerimientos para efectuar la reprogramación acorde con los tiempos del contrato, como a la solicitud de entregas parciales y avance a la fase de análisis de los estudios. Sobre estos aspectos –de conformidad con la transcripción hecha por el Invías-, el consultor expresó (fls. 6-7, c.2):

*Durante la semana del 10 al 13, usted se reunió en Bogotá y en campo con el ingeniero director del proyecto, ultimando detalles sobre los puntos a trabajar, para que finalmente, el día 16 de enero de 2006 (...) me indicara, vía correo electrónico, cuáles son los puntos que en efecto requerían intervención y metros lineales de perforación (...).*

*La programación maneja una aproximación a la realidad de las ejecuciones pero no puede ser vista como una ciencia exacta en donde no se presente vicisitudes e inconvenientes (...). Los ensayos de laboratorio, como ve en la programación, van caminando paralelos a la exploración geotécnica y (...) los*

*mismos no requieren de grandes cantidades de tiempo para su ejecución, por lo que los dos días planteados de desfase en nuestra opinión son suficientes (...).*

*[E]stamos tomando todas las medidas necesarias para incrementar el rendimiento de las perforaciones, las cuales nos preocupan tanto o más que a usted, puesto que es una actividad crítica dentro del estudio. Su apreciación es muy válida y una vez consolidemos la información, iniciaremos las entregas parciales (...).*

Adujo la entidad que el 21 de febrero de 2006 se requirió al contratista para que adelantara las gestiones que le permitieran hacer entrega oficial de los estudios el 27 de febrero siguiente, y el día 28 de febrero del mismo año, el consultor entregó algunos documentos, a saber: el resultado de los ensayos, un informe de geología, planos y registro de perforación.

El 8 de marzo de 2006, se adelantó una reunión de seguimiento y “*presentación de resultados*”, a la cual no asistió el contratista ni su personal, y en la fecha siguiente, el interventor efectuó un nuevo requerimiento debido a los señalados incumplimientos del consultor, especialmente en relación con los estudios geotécnico e hidráulico, y el prediseño de obras, elementos que no habían sido entregados a la firma interventora. Según el Invías, dado que el hoy demandante se abstuvo de atender estos llamados, la indicada sociedad interventora informó sobre esa circunstancia a la compañía de seguros que expidió la póliza garante del contrato.

Afirmó el Invías que el 21 de marzo de 2006, el consultor entregó los volúmenes finales de los estudios hidráulicos correspondientes a varios puntos de la zona objeto de la consultoría, junto con un plan de manejo ambiental. Sin embargo, el 24 de marzo de 2006, el Invías le indicó al contratista que los informes definitivos no habían sido presentados para su revisión, pese a que el plazo respectivo había expirado el 10 de marzo de esa anualidad.

Indicó, asimismo, que el 27 de marzo de 2006 fue entregado por el contratista el volumen final del diseño estructural de uno de los muros, pero el 4 de abril siguiente, la interventoría informó sobre el resultado de la revisión de los “*Estudios de los Sitios Críticos objeto del contrato 2682*”, que fue desfavorable, puesto que se concluyó que “*lo entregado por el consultor no [era] el producto esperado por el Invías*”, dado que no permitía saber con precisión cuáles eran las obras que se debían contratar

para estabilizar los puntos críticos del corredor objeto del contrato, ni cuál era el valor de las mismas.

La entidad manifestó que el contrato N° 2682 de 2005 había sido celebrado con el fin de dar cumplimiento a una sentencia judicial dictada en proceso de acción popular por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que ordenó adelantar las obras de recuperación y mantenimiento de la carretera Sisga – Guateque; así, el 23 de mayo de 2006 se adelantó una reunión de seguimiento del contrato, en la que se concluyó –mediante acta- que los estudios adelantados hasta esa fecha no se ajustaban a los términos de referencia ni satisfacían las necesidades del Invías, en particular porque no le permitían dar cumplimiento a la mencionada orden judicial.

De acuerdo con los antecedentes señalados por la autoridad, el consultor manifestó, posteriormente, que el objeto del contrato había sido ejecutado, en tanto que los inconvenientes referidos por la entidad solo recaían sobre aspectos de forma que podían ser mejorados. Sin embargo, el contratista también señaló que existían “*circunstancias de otra índole*” que impedían la normal finalización de los estudios y su entrega definitiva.

El 18 de julio de 2006 –adujo el Invías-, se adelantó una reunión en la que participaron los “*especialistas del consultor*”, profesionales que ratificaron que las deficiencias encontradas en los estudios no recaían sobre aspectos de forma sino que comportaban “*problemas graves de diagnóstico*” que impedían la formulación de soluciones adecuadas por parte del Invías. En palabras de la entidad, en esa misma sesión, el consultor asumió algunos compromisos para solucionar los inconvenientes presentados en la ejecución del contrato, de manera que se llegaron a reprogramar algunas de las actividades respectivas, no obstante lo cual, los estudios no se adelantaron a cabalidad, pues no se ajustaron a los requerimientos de la entidad contratante, circunstancia que se hizo constar en informes posteriores de la interventoría.

Expresó el instituto:

*[E]l contratista adquirió los siguientes compromisos, los cuales quedaron sentados en la respectiva acta de reunión (...):*

*-. [E]ntregar en un plazo de un mes el estudio completamente terminado y ajustándose a los términos de referencia.*

*-. El consultor se comprometió a realizar todas las labores de campo necesarias para complementar los diagnósticos y proponer las soluciones definitivas (...).*

*[C]on oficio del 24 de julio de 2006 (...), el contratista envía al supervisor del proyecto la reprogramación del complemento a los Estudios de los Sitios Críticos de la carretera Sisga – Aguaclara, de conformidad con lo acordado el 18 de julio (...).*

*[R]especto a la anterior reprogramación, esta Subdirección, con oficio SAT-031168 del 01 de agosto de 2006, (...) presenta al contratista las observaciones al cronograma de las actividades, solicitándole proveer todos los recursos necesarios para dar estricto cumplimiento a la propuesta por él presentada, recalcándole que los ajustes al cronograma debieron ser presentados el 28 de julio siguiente (...).*

Para el Invías, los compromisos señalados no fueron cumplidos por el consultor, por lo que se le exigió entregar el “estudio completo” el 25 de agosto de 2006, so pena de que se reactivara el proceso adelantado a través de la Oficina Jurídica para la interposición de las sanciones procedentes.

El Invías refirió, igualmente, el concepto emitido el 26 de diciembre de 2006 por la Oficina de Prevención y Atención de Emergencias de la entidad, sobre el estudio hidrológico e hidráulico efectuado por el consultor en el sitio denominado “Los Imposibles”, punto perteneciente al corredor materia del contrato. Según la transcripción del concepto técnico, hecha en la resolución, la indicada dependencia acogió ese estudio específico, aunque señaló algunas deficiencias y formuló recomendaciones.

Señaló que el 16 de octubre de 2007, el contratista fue informado sobre la iniciación del proceso sancionatorio y las motivaciones del mismo, frente a lo cual el consultor formuló los respectivos descargos el 6 de noviembre siguiente. En ese acápite, el Invías describió las demás actuaciones adelantadas para garantizar el derecho de audiencia del contratista, de acuerdo con la Ley 1150 de 2007, promulgada el 13 de diciembre de ese año.

Afirmó que los argumentos técnicos expuestos por el consultor fueron desvirtuados por el interventor del contrato y por los especialistas del Invías a quienes se les solicitó la revisión de los estudios, profesionales que concluyeron que el diagnóstico entregado por el contratista no era claro ni preciso para ninguno de los nueve puntos críticos establecidos como prioritarios para recuperar la movilidad de la carretera

objeto de la consultoría, lo cual, según el Invías, afectó de manera grave la contratación de las obras que se debían adelantar en dicho corredor.

Por otro lado, en cuanto a la competencia temporal de la entidad para declarar la caducidad, refirió jurisprudencia del Consejo de Estado, que exponía la posibilidad de ejercer dicha facultad después del vencimiento del plazo de ejecución y antes de la liquidación del negocio jurídico (fl. 68, c.2).

- La declaratoria de caducidad del contrato N° 2682 de 2005 y el consiguiente cobro de la cláusula penal, fueron confirmados por el Invías en Resolución N° 05726 del 10 de octubre de 2008, que resolvió los recursos de reposición interpuestos por la compañía Seguros del Estado S.A. y por el contratista Carlos René Santamaría Rodríguez.

Según lo referido por la entidad, la defensa del consultor se centró en una supuesta inconsistencia de la Subdirección de Apoyo Técnico del Invías al formular los cargos de incumplimiento y una violación del debido proceso en la actuación que precedió a la declaratoria de caducidad, así como la circunstancia de no haberse adelantado el seguimiento respectivo a nivel técnico, sino solo a nivel jurídico. Refirió, igualmente, los reproches formulados por el recurrente por haberse fundado la decisión del Invías en conceptos técnicos emitidos por personal de su planta y no por terceros, y no haberse aplicado el mecanismo de solución de divergencias previsto en el contrato.

En relación con el procedimiento adelantado por el Invías para la declaratoria de caducidad, la entidad recalcó que se había garantizado el debido proceso y el derecho de defensa del hoy demandante, en particular porque en varios oficios se le puso de presente el resultado de la revisión de los documentos enviados por diferentes dependencias del Invías y la Subdirección de Apoyo Técnico, acerca de las resultas de la consultoría y el inicio del proceso sancionatorio.

Frente a los argumentos relativos al ámbito técnico del debate, la entidad señaló las especificaciones de los términos de referencia que supuestamente fueron inobservadas por el consultor, así como los artículos de ese documento precontractual, referentes a las competencias del interventor y del supervisor del contrato. En el mismo acápite, reiteró que los puntos críticos materia de estudio se le indicaron al consultor desde la visita del 1 de diciembre de 2005 y respondió los

demás interrogantes planteados por el contratista, en el recurso interpuesto contra el acto hoy enjuiciado.

Sobre los conceptos técnicos que descalificaron los estudios del consultor, expresó:

*[L]a deficiencia en los estudios se evidencia en los conceptos emitidos por los especialistas Adolfo Niño, Antonio López, Jorge Posada del área de regulación técnica a cargo del ingeniero Alfonso Montejo, con fechas 28 y 31 de diciembre de 2007, en los cuales se indica [que en] 'las áreas correspondientes a topografía, hidrología, hidráulica y socavación (...), el estudio no cumple con los criterios y normas establecidos en la buena práctica del diseño de ingeniería de carreteras, por lo tanto no se recomienda que los diseños dados como resultado de los estudios no se deben (sic) emplear para la construcción de las soluciones objeto del contrato' (...).*

*Respecto a los memorandos (...) emitidos por la Oficina de Emergencias, se debe hacer su lectura en forma completa para efectos de evidenciar que los estudios presentan muchas deficiencias de tipo técnico que los hacen inservibles para el propósito primordial de licitar las obras diseñadas (...).*

*La Subdirección de Apoyo Técnico en ningún momento se aparta del criterio de la Oficina de Emergencias, lo único que hace es hacer una lectura completa de los informes presentados por los especialistas, de donde se concluye que los estudios se deben ajustar y eso es precisamente en lo que insistió la interventoría y el Instituto desde que el consultor hizo la primera entrega.*

Sostuvo que la entidad no estaba obligada a solicitar conceptos técnicos de terceros cuando evidenciara el incumplimiento de lo establecido en los términos de referencia, de manera que la opinión expresada por los profesionales del Invías tenía plena eficacia y validez.

Después de reiterar que había respetado el debido proceso del contratista, el Invías manifestó (fl. 100, c.2):

*[L]a solicitud de elevación del caso a la Secretaría General Técnica para dirimirlo, se debió hacer durante el término de vigencia del contrato, que es cuando la norma permite al seno de la entidad zanjar las diferencias contractuales, mas no esperar a la etapa posterior a la declaratoria de caducidad, para pretender una solución interna (...).*

*Frente a la desviación de poder alegada por el recurrente, no encuentra la administración que se presente esta infracción normativa, puesto que al declarar la caducidad (...), el subdirector de Apoyo Técnico del Invías, investido de sus facultades legales y reglamentarias, llevó a cabo todo el procedimiento estipulado dentro del Manual de Multas y Sanciones de la entidad, garantizando las debidas audiencias del afectado, los respectivos descargos y, al final, detectar el incumplimiento grave que paralizó la ejecución contractual (...).*

- La parte demandante presentó una relación de 22 procesos de selección adelantados por el Invías y otras entidades, en los que las propuestas presentadas por el señor Carlos René Santamaría Rodríguez fueron, según su dicho, rechazadas o descalificadas por la inhabilidad que surgió con la declaratoria de caducidad del contrato N° 2682 del 15 de noviembre de 2005 (fls. 107-111, c.2).

### **3. Problema jurídico**

De acuerdo con los recursos de apelación, así como los hechos y pretensiones de la demanda, en el presente asunto le corresponde a la Sala establecer si las Resoluciones 3393 del 9 de julio y 5726 del 10 de octubre de 2008 adolecen de nulidad, por infringir las normas del ordenamiento que fueron invocadas por la parte actora, en particular, las relativas a la competencia temporal de la entidad para declarar la caducidad del contrato de consultoría N° 2682 de 2005.

De resultar contrarios a la ley los aludidos actos administrativos, será preciso examinar la procedencia de las pretensiones de restablecimiento del derecho, formuladas en la demanda.

De igual manera, se deberá establecer si el Invías incumplió el contrato de consultoría N° 2682 de 2005, por no haber pagado la totalidad de su valor pese a que, según lo manifestado por la parte demandante, el contratista cumplió con la totalidad de sus obligaciones antes del vencimiento del término de ejecución, pactado en las cláusulas.

#### **3.1. Régimen jurídico del contrato**

El contrato de consultoría N° 2682 del 15 de noviembre de 2005 se reguló por la Ley 80 de 1993, puesto que en él participó como autoridad contratante el Instituto Nacional de Vías –Invías-, establecimiento público del orden nacional, creado mediante Decreto 2171 de 1992, adscrito al Ministerio de Transporte, de suerte que, al ser una entidad pública, su actividad contractual se sujetaba al referido Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2, numeral 1 de tal normativa<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> *“Para los solos efectos de esta ley:*

*1-. Se denominan entidades estatales:*

*a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital (...), los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas (...).”*

Adicionalmente, el mismo Estatuto define expresamente el contrato de consultoría como el acuerdo de voluntades que celebra la entidad estatal, referido a “los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas y proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión” (artículo 32, num. 2). De conformidad con la norma, las actividades de interventoría de obra, asesoría, gerencia de obra, gerencia de proyectos, dirección, programación y ejecución de diseños, planos y proyectos, también se enmarcan en el objeto propio de los contratos de consultoría.

En este punto, resulta pertinente referir lo que, a la luz de esta definición normativa, ha concluido la jurisprudencia<sup>5</sup>:

*[Es] posible señalar, como lo hizo la Sala en la sentencia del 30 de noviembre de 2006, que:*

*‘[El contrato] de consultoría consiste, básicamente, en la realización de estudios, diseños y en la asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en la interventoría y en la gerencia y dirección de obras o proyectos, lo cual encierra una variedad muy amplia de actividades, todas ellas regidas por un común denominador de índole técnico y cargadas de un matiz especializado en la ejecución de este tipo de contratos’<sup>6</sup>.*

*De ello se desprende que la característica fundamental o básica que servirá para identificar los contratos estatales de consultoría será la índole técnica de su contenido, la cual constituye el ‘común denominador’ de todas las actividades descritas como posibles integrantes de su objeto, consideración que se robustece si se tiene presente que, según lo señala la propia norma legal, el desarrollo y la ejecución de esas actividades generalmente se requiere y se justifica en cuanto las mismas han de servir para evaluar, para analizar, para examinar, para diagnosticar la prefactibilidad o la factibilidad de proyectos de inversión o proyectos específicos, esto es que la consultoría tiene como objeto de análisis la ejecución de proyectos o de obras que por esencia son de relativa complejidad técnica o que giran en rededor de los mismos, bajo la modalidad de asesorías técnicas de coordinación, de control o supervisión, así como de interventoría, gerencia, dirección o programación de tales obras o proyectos, cuestión que naturalmente incluye la elaboración de los diseños, planos, anteproyectos y proyectos correspondientes.*

Por otro lado, cabe destacar, como igualmente lo ha hecho la jurisprudencia en anteriores oportunidades, que aun cuando la ley –en particular, el artículo 14 de la

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 13 de febrero de 2013, exp. N° 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996) CP. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>6</sup> Nota original: “Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 30.832, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez”.

Ley 80 de 1993- no prohíbe pactar las cláusulas excepcionales al derecho común en el contrato de consultoría, tampoco imparte autorización expresa en ese sentido, lo que permite concluir que, bajo las pautas suministradas por el ordenamiento y especialmente, bajo el prisma del principio de legalidad, no es procedente que en el contrato de consultoría se pacte a favor del Estado la aplicación de potestades excepcionales como la declaratoria de caducidad, pues el carácter extraordinario de tales facultades requiere autorización legal expresa, la cual no existe para el caso del indicado contrato<sup>7</sup>.

Con todo, se debe reiterar que, dado que el contrato de consultoría celebrado en el caso *sub judice* se reguló por la Ley 80 de 1993, al igual que la declaratoria de caducidad que es materia de controversia, la Sala efectuará el análisis de la presente causa a la luz del indicado estatuto y de los cargos de nulidad formulados en la demanda.

### **3.2. Análisis de legalidad de los actos acusados**

La parte demandante formuló varios cargos de nulidad contra las Resoluciones 03393 del 9 de julio de 2008 y 05726 del 10 de octubre de 2008, entre estos, el de la falta de competencia del Invías para declarar la caducidad del contrato y adoptar las demás decisiones contenidas en dichos actos administrativos.

La Sala analizará en primer lugar el indicado cargo relativo a la competencia de la entidad pública demandada para proferir las resoluciones enjuiciadas, puesto que se trata de un presupuesto determinante para la conformación y validez del acto administrativo, de manera que, en el evento de evidenciarse en el juicio la alegada falta de dicha competencia legal de la administración, el acto es inválido por esa sola circunstancia, lo cual haría innecesario examinar los demás aspectos

---

<sup>7</sup> La jurisprudencia menciona cuatro grupos de contratos con regímenes distintos de aplicación de los poderes exorbitantes previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, a saber: i) aquellos contratos en los que las cláusulas exorbitantes son obligatorias, al punto de entenderse pactadas si no obra acuerdo expreso al respecto en el contrato; ii) los contratos en los que está expresamente prohibido el pacto de facultades excepcionales al derecho común, iii) los contratos en los que la ley autoriza el pacto y aplicación de tales cláusulas excepcionales, aunque no las imponga como obligatorias y, iv) los contratos no incluidos en ninguno de los grupos anteriores, por lo cual dan lugar a concluir que sobre ellos la ley no autoriza la aplicación de las potestades exorbitantes de la administración. Al respecto, consultar la sentencia proferida por el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A, el 12 de marzo de 2015, exp. N° 25000-23-26-000-2000-01956-01(29208). C.P. Hernán Andrade Rincón; así como el fallo dictado el 30 de noviembre de 2003, exp. 30832, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

denunciados en la demanda para verificar la conformidad de la decisión estatal con el ordenamiento.

Así entonces, con respecto a la competencia, se tiene que el demandante señaló que el Invías obró sin ella al expedir los actos acusados, puesto que antes de declarar la caducidad debía dirimirse la divergencia ante el superior inmediato del Subdirector de Apoyo Técnico, tal como estaba establecido en el contrato, además de lo cual, no era dicho subdirector el funcionario llamado por la ley ni por la normativa que regulaba la consultoría, a establecer el incumplimiento técnico del contratista, como tampoco el interventor, cuyos informes sirvieron de basamento para la declaratoria de caducidad.

Igualmente –prosiguió-, se faltó al presupuesto de la competencia en cuanto el Invías ejerció la indicada potestad exorbitante después de haber vencido el plazo de ejecución del contrato, pese a que la jurisprudencia del Consejo de Estado tenía por establecido que la caducidad del contrato solo puede declararse dentro del término de ejecución del objeto contractual y mientras se encuentre vigente el negocio jurídico. En esa medida, el plazo destinado para la liquidación del contrato no debía emplearse para declarar su caducidad y, aun cuando el ordenamiento facultaba al acreedor para aceptar el cumplimiento tardío de la obligación o prestación, esa atribución no le permitía a la entidad contratante declarar la caducidad del contrato dentro del término previsto para liquidarlo.

Bajo la línea contraria, el Invías manifestó que las resoluciones enjuiciadas fueron expedidas con fundamento en el criterio jurisprudencial vigente en la época de los hechos, que aceptaba la posibilidad de que la caducidad del contrato se declarara después de finalizado su plazo de ejecución y antes de la liquidación respectiva. Asimismo, adujo que debía tenerse en cuenta la responsabilidad penal y civil que la ley les atribuía a los contratistas por las acciones y omisiones en que incurrieran en desarrollo de la actividad contractual, y que en el presente caso la declaratoria de caducidad fue oportuna y procedente, puesto que después del vencimiento del plazo pactado en el contrato, se le continuó brindando al consultor la oportunidad de realizar los estudios y diseños pactados, pese a lo cual, persistió en el incumplimiento que dio lugar a la sanción.

La declaratoria de caducidad del contrato es una potestad excepcional de la administración, prevista en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

*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 evidencie 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.*

*En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá 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 podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.*

Estas pautas fijadas en la norma en cita han servido de base a la jurisprudencia para subrayar que, toda vez que la caducidad se encamina, entre otras cosas, a dar por terminado el contrato de manera anticipada y evitar la paralización del servicio objeto del mismo, tal potestad debe ejercerse antes del vencimiento del plazo de ejecución del negocio jurídico.

Al respecto, la Sala parte por recordar que, en efecto, a partir de la sentencia dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 20 de noviembre de 2008<sup>8</sup>, quedó establecido lo anterior, vale decir, que de acuerdo con la regulación contenida en la Ley 80 de 1993, la declaratoria de caducidad solo puede disponerse por la administración durante la vigencia del término de ejecución del contrato, y no después del vencimiento de ese plazo ni cuando el contrato haya finalizado por el cumplimiento de su objeto –o cualquier otra causa-, toda vez que la finalidad de esa potestad exorbitante es la de terminar, precisamente, en forma anticipada, el contrato que se encuentre en situación de grave incumplimiento, para que sea la entidad misma la que adopte medidas que garanticen la oportuna y continua prestación del servicio afectado por la inobservancia del contratista.

Al respecto, precisó esta Corporación:

---

<sup>8</sup> Expediente N° 50422-23-31-000-1369-01 (17.031).

*La verdadera razón de estas potestades de la Administración consiste en que a través de ellas se asegura el cumplimiento de la función pública y se garantiza la continuidad de los servicios públicos, tal y como acertadamente lo señalan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, así:*

*'(...) [L]a verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas o, si se prefiere, con los 'servicios públicos', cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración, y cuyo gobierno, por consiguiente, debe ésta de atender con todas sus facultades específicas, sobre todo en evitación de retrasos, que serán ineludibles si la Administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso. De nuevo también es en el tráfico en masa el que a fortiori da más relieve a estas razones y justifica con ello en último extremo esta técnica'<sup>9</sup>.*

Igualmente, se indicó en la jurisprudencia que, bajo estas orientaciones y principios, la Ley 80 de 1993 estableció en su artículo 14 una serie de prerrogativas exorbitantes a favor de la administración, con el objeto de evitar la paralización o afectación grave del servicio público objeto del contrato y asegurar, entre otras cosas, “su inmediata, continua y adecuada prestación”, lo que presupone –en criterio de esta Sala-, que si la entidad estatal encuentra en la ley las herramientas para asegurar la prestación oportuna, inmediata y continua del servicio, debe emplearlas igualmente con esa misma perentoriedad, so pena de que las mencionadas prerrogativas no alcancen tales finalidades.

Es por ello que la providencia comentada también subraya que dichos poderes exorbitantes –entre los que se encuentra la declaratoria de caducidad del contrato- no constituyen propiamente “derechos” de la administración, sino facultades que la ley le llama a ejercer para proteger el interés público y procurar el cumplimiento de los fines generales buscados con la contratación. En esa medida, de acuerdo con la sentencia aludida, la entidad estatal debe ejercer las aludidas potestades “en el marco de la juridicidad de la función administrativa que involucra la contratación pública”, juridicidad que –para la Sala- comprende el plazo o término en que pueden aplicarse las cláusulas excepcionales al derecho común, teniendo en cuenta el propósito específico que buscan.

Para el caso de la declaratoria de caducidad, indicó la aludida jurisprudencia:

*La caducidad (...) es la posibilidad que tiene la Administración para terminar unilateralmente un contrato estatal con efectos hacia el futuro, en ciertos*

---

<sup>9</sup> Cita textual: “EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Duodécima Edición, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004, Págs. 696 y 697”.

*eventos contemplados en la ley, dentro de los que se encuentra el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que repercuta seriamente en la ejecución del contrato, con el propósito de desplazarlo o removerlo de manera que pueda asumir aquella directamente la construcción de la obra o la prestación del servicio objeto del mismo o por medio de un tercero que cumpla las exigencias de idoneidad y capacidad necesarias para desarrollarlo.*

Por tanto, la declaratoria de caducidad se encamina a que, con el desplazamiento del contratista incumplido, *“la obra o prestación del servicio”* se ejecute de manera inmediata o perentoria bajo el mecanismo que disponga la entidad contratante. Ello va de la mano con el hecho de que, al ejercerse tal prerrogativa, se *“romp[a] el vínculo contractual y se exting[a] el negocio jurídico estatal”*, cuestión que solo puede ocurrir, naturalmente, si ese vínculo se encuentra vigente, y únicamente puede satisfacer su alcance teleológico –el de procurar la prestación inmediata del servicio y evitar su paralización- si se dispone antes de que expire el término de ejecución del objeto contractual.

La declaratoria de caducidad –como el ejercicio de las demás potestades exorbitantes- entraña una doble responsabilidad, pues no solo informa sobre las consecuencias que acarrea para el contratista incumplido, sino sobre el deber que le asiste a la entidad estatal contratante de que, al optar por la adopción de dicha medida, lo haga dentro del ámbito temporal que posibilite su eficacia, y que la misma ley le suministra al señalar que la caducidad opera *“dando por terminado el contrato”* para evitar *“la paralización del servicio”*.

En esos términos, la jurisprudencia referida señala que la legitimidad de la declaratoria de caducidad gravita primordialmente en el cumplimiento de las funciones estatales que determinan *“la continuidad sin dilaciones e interrupciones”*, del servicio público objeto del contrato que se ha incumplido.

Por tanto, de acuerdo con la misma providencia, al tenerse en cuenta lo anterior y evidenciando, asimismo, que la caducidad entraña la sanción más drástica para el contratista -pues le impide obtener indemnización por la terminación anticipada del contrato y lo priva de continuar contratando con el Estado durante un término-, su declaratoria solo puede disponerse durante el plazo de ejecución y mientras este se encuentre vigente, puesto que:

*Declarar la caducidad del contrato con posterioridad al fenecimiento del plazo de ejecución y en la etapa o plazo que se tiene para liquidarlo, sería*

*reconocerle a este instituto un carácter meramente sancionatorio e indemnizatorio, dejando a un lado que con él se persigue la continuidad en la prestación de los servicios y funciones a cargo de las entidades, en los eventos en que se presente un incumplimiento del contratista que afecte grave y directamente el contrato y amenace con su paralización.*

Ahora bien, contrario a lo manifestado por el Invías, la jurisprudencia aludida resulta aplicable en el presente caso, aun cuando fue sentada con posterioridad a la celebración del contrato hoy examinado por la Sala y a la ocurrencia de los hechos materia de controversia; y en contrapartida, resulta inaplicable el criterio jurisprudencial invocado por la entidad estatal, esto es, el que admitía que la declaratoria de caducidad pudiera disponerse después del vencimiento del plazo de ejecución del contrato y antes de su liquidación definitiva. Lo anterior por cuanto esta última postura no cobija casos como el que se estudia en el presente juicio, pues fue fijada por la Corporación en un asunto sujeto al Decreto-ley 222 de 1983, derogado por la Ley 80 de 1993, normativa esta bajo la cual se rigió el contrato debatido en esta causa y que dispuso para las potestades exorbitantes, un régimen distinto al del antiguo estatuto.

Sobre este punto y en un caso similar al hoy analizado, se pronunció esta misma Subsección<sup>10</sup> en el siguiente sentido:

*“[E]n relación con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en la sentencia C- 949 de 2001, la Corte Constitucional advirtió que la caducidad era uno de los medios para el cumplimiento del objeto contractual, ‘una herramienta de uso excepcional cuya finalidad es evitar la paralización o afectación grave del servicio con prevalencia del interés público social, justificación que constitucionalmente se considera razonable y proporcional’ (...).*

*Desde ese punto de vista, de acuerdo con la interpretación constitucional que soportó la potestad exorbitante y dada la naturaleza excepcional de la competencia para imponer la caducidad del contrato, en vigencia de la Ley 80 de 1993 no resultaba aplicable la sentencia del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 1999, según la cual la declaratoria de caducidad procedía siempre y cuando no se hubiera extinguido el vínculo contractual, incluso en etapa de liquidación del contrato, teniendo en cuenta que: i) esa jurisprudencia no constituyó precedente obligatorio para casos como el que ahora se examina, por cuanto se refirió a un acto regido por el Decreto-ley 222 de 1983, en el cual se regulaba la caducidad bajo algunas causales que se referían al incumplimiento y además mencionaba los perjuicios derivados de este último dentro de la misma figura jurídica y ii) a partir del juicio de constitucionalidad de la sentencia C-949 de 2001, sobre el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional indicó que la caducidad era una herramienta excepcional cuya finalidad era evitar la paralización y afectación grave del servicio que se*

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019, exp. N° 15001-231-000-2009-00261-01(56349). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

*pretende satisfacer con el contrato -y no la causación de perjuicios- por lo cual no se podía ejercer respecto del contrato cuya ejecución había terminado, interpretación que reflejó la modificación de esta potestad excepcional, respecto de la legislación contenida el Decreto-ley 222 de 1983 .*

*En ese orden de ideas, puede plantearse que la ubicación finalista y temporal de la potestad para imponer la sanción de caducidad consagrada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 se infería de la interpretación constitucional contenida en la sentencia C – 941 de 2001, incluso antes de que el Consejo de Estado adoptara su posición sobre la oportunidad legal para ejercer el mencionado poder exorbitante, al proferir la sentencia 17031 de noviembre 20 de 2008, en la cual se expuso la tesis de la incompetencia temporal y la consecuente nulidad de la caducidad decretada habiendo vencido el plazo de ejecución contractual.*

*Si se analiza con cuidado, la línea jurisprudencial entre la sentencia de 1999 y la de 2008 tuvo una variante de importancia, en cuanto la ley sustancial aplicada en los casos que dieron lugar a los respectivos fallos no contenía un supuesto normativo idéntico.*

Con base en tales premisas, se advirtió que el análisis de la competencia *pro tempore* para declarar la caducidad del contrato regido por la Ley 80 de 1993 era pasible de variaciones frente a los precedentes jurisprudenciales –como el invocado por el Invías-, atendiendo a aspectos tales como el régimen legal del negocio jurídico, la época en la que se ejerció la potestad exorbitante y las causas que la motivaron; y si bien, el precedente jurisprudencial es de obligatorio estudio para el juez que resuelve el caso, no siempre resulta de aplicación imperativa, en cuanto ello depende de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso y de la existencia de similitudes que permitan identificar la equivalencia de las razones en que se funda la decisión, “*es decir, que la fuerza del precedente depende de si la ‘ratio decidendi’ resulta vinculante o no entre un caso y otro*”.

En ese orden de ideas, “*el precedente no puede ser construido con base en un análisis de coincidencia semántica aislada, sino que debe integrar a la regla expuesta el juicio de valoración razonada*<sup>11</sup>”<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Cita transcrita: “Corte Constitucional, Sentencia C-634/11. ‘El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. (...). Estos debates, que están presentes en cualquier disposición de derecho, solo pueden solucionarse en cada escenario concreto mediante una decisión judicial que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción”.

<sup>12</sup> Cita transcrita: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia del 10 de diciembre de 2018, radicación: 11001032600020180005300 (61431), convocante: Unión Temporal Medidores del Cesar 2015, convocado: Empresa de Servicios Públicos de Valledupar Emdupar S.A. E.S.P., referencia: recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral”.

Al aplicar tales criterios al asunto entonces estudiado, la Subsección indicó que el criterio fijado en la sentencia del 20 de noviembre de 2008 sí resultaba aplicable al caso en controversia –en el que se impuso la sanción en vigencia de la Ley 1150 de 2007, como aconteció en el *sub judice*-, puesto que la entidad había ejercido la potestad excepcional de declaratoria de caducidad bajo el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, que contenía los elementos de la competencia *pro tempore* para aplicar la indicada facultad, competencia que se había extinguido en ese caso, por haberse ejercido después de finalizado el plazo de ejecución contractual.

Igualmente, se recalcó:

*[E]l plazo de ejecución contractual ya estaba vencido y la medida consistente en la caducidad no cumplía con la finalidad de evitar la paralización del servicio que se pretendía satisfacer con la obra, como se exigió en el artículo 18 antes citado.*

*Desde otro ángulo, se adiciona que, en vigencia de la Ley 1150 de 2007, para hacer efectiva la cláusula penal no se requería declarar la terminación anticipada del contrato (...) puesto que para la fecha en que se impuso la caducidad –de manera extemporánea- ya había ocurrido tal terminación, por vencimiento del plazo contractual.*

*Así las cosas, aunque no se hubiera evidenciado la diferencia *pro tempore* entre el supuesto de declarar la caducidad y el incumplimiento, lo cierto es que desde el punto de vista legal ese vencimiento del plazo contractual permitía entrar a establecer la cuenta final de liquidación y el cobro del perjuicio, sin pasar necesariamente por la declaratoria de caducidad. Además, en la etapa de liquidación estaba permitido consolidar y cuantificar el incumplimiento, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, caso en el cual -previo el debido proceso- podía imponerse la cláusula penal pecuniaria de manera independiente a la decisión de caducidad.*

*Ahora, en lo que se refiere a la declaración de caducidad, es importante observar que el Invías obró en uso de una facultad que se había extinguido y en contra de la interpretación constitucional del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, a la luz de la Constitución Política, pero, si se tiene en cuenta que invocó de manera expresa la jurisprudencia de esta Corporación que razonó como vigente, se debe aceptar que no obró de manera descuidada o negligente, pues se entiende que la jurisprudencia del Consejo de Estado podía prestarse para una interpretación aceptable, desde la óptica de la autoridad administrativa y de sus asesores.*

En el asunto hoy sometido al juicio de esta Sala, es palmario que el Invías carecía de competencia *pro tempore* para proferir las resoluciones enjuiciadas, por las cuales declaró la caducidad del contrato de consultoría N° 2682 del 15 de noviembre de 2005, pues el término de ejecución contractual, pactado en tres (3) meses,

finalizó en una fecha concreta, esto es, el 10 de marzo de 2006 -como expresamente lo reconoció la entidad estatal-, de suerte que al proseguir en los períodos siguientes con los requerimientos al consultor y postergar la declaratoria de caducidad hasta el año 2008, el Invías dio lugar a que se hiciera insustancial la potestad exorbitante, por la imposibilidad de que la misma cumpliera el específico propósito para la cual fue instituida por la ley.

Así, en este punto la Sala reitera lo dicho igualmente por la Subsección en la comentada providencia, en cuanto a que, de conformidad con las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-949 de 2001, *“la declaratoria de caducidad (...) [es] una herramienta de uso excepcional cuya finalidad es evitar la paralización o afectación grave del servicio con prevalencia del interés público social”*, de manera que, en su aplicación, al igual que la modificación unilateral del contrato y las demás potestades exorbitantes, la entidad *“debe constatar la existencia de los supuestos fácticos previstos en la norma”*, entre estos, que la paralización grave del servicio sea inminente, merced al incumplimiento del contratista, y no que tal circunstancia haya obedecido por igual a la inactividad de la autoridad pública, por falta de adopción oportuna de las medidas otorgadas por la ley.

Ahora, en defensa de su decisión, el Invías manifestó que después de la fecha de expiración del plazo contractual, le brindó al consultor la oportunidad de entregar los estudios pendientes y de cumplir con las obligaciones para las que había sido requerido con anterioridad, pero al abstenerse el contratista de atender cabalmente a tales llamados, dio lugar a la declaratoria de la caducidad.

Sin embargo, tal y como lo señaló la jurisprudencia en la sentencia del 20 de noviembre de 2008, la facultad que tiene el acreedor de recibir o aceptar tardíamente el cumplimiento de la prestación no ejecutada en tiempo no puede ser entendida como una extensión del término convenido para la ejecución contractual, de suerte que no habilita ni autoriza a la autoridad pública para declarar la caducidad después del vencimiento de dicho plazo ni en la fase prevista para su liquidación. Lo que acontece en tal evento –el de finalización del plazo contractual sin que el particular obligado lo haya cumplido-, es que la autoridad puede disponer del cobro de la cláusula penal bajo las demás normas aplicables, e incluso, disponerlo así en la liquidación del contrato, todo ello sin necesidad de declarar la caducidad –como también lo advirtió esta Subsección en la providencia anteriormente aludida-; pero,

en orden a evitar la afectación grave del servicio, siendo esa su finalidad, dicha declaratoria de caducidad debe disponerse en el límite temporal que permita su eficacia, pues solo así se justifica que, adicionalmente, pese sobre el contratista la sanción aparejada con tal decisión.

Un sector de la doctrina considera que, dado que el plazo suspensivo del contrato solo hace exigible la obligación a partir de la fecha en que expira aquel, es posible declarar la caducidad del contrato después del vencimiento del término pactado, pues solo al finalizar este, y no antes –en referencia al plazo suspensivo-, es posible exigir o constreñir el cumplimiento de las obligaciones convenidas, y es errado señalar que el vencimiento del término estipulado para la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista *“siempre extingue las obligaciones brotadas del contrato”* y el negocio mismo<sup>13</sup>.

Sin embargo, es pertinente precisar que la declaratoria de caducidad constituye una potestad excepcional que la ley le otorga a la administración bajo un régimen jurídico gobernado por el derecho público, de suerte que no se trata de una figura surgida del derecho civil ni del común entendimiento que las normas privadas permiten tener sobre los contratos, incluidos los del Estado, especialmente frente al alcance sinalagmático de los mismos y al derecho que le asiste al deudor, de que solo se le exija la obligación cuando expira el plazo respectivo.

En efecto, sin perjuicio de que se advierta que la Ley 80 de 1993 les impone a las entidades públicas exigir del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, debe subrayarse que la declaratoria de caducidad no constituye una simple modalidad de exigencia de cumplimiento contractual –en particular porque su aplicación no implica requerir al contratista para que atienda sus compromisos sino precisamente relevarlo de ello, con consecuencias sancionatorias, a fin de que

---

<sup>13</sup> En ese sentido, Dávila señala que la extinción de las obligaciones y del contrato en que fueron pactadas solo se produce con el vencimiento del plazo extintivo, *“definido como la fecha cierta y futura que extingue las obligaciones (...). Pero si el plazo corresponde a uno suspensivo, la solución [al incumplimiento] debe ser otra (...). En un contrato con plazo suspensivo, después de su vencimiento, la obligación es exigible; el cumplimiento será verificable después y por supuesto también la declaratoria de caducidad. La terminación, interpretación y modificación unilaterales del contrato podrán proceder antes del vencimiento del plazo suspensivo en que ya existe la obligación, solo que no es exigible y también después de él, siempre y cuando el vínculo contractual persista. Reiteramos que la terminación del plazo suspensivo no extingue las obligaciones sino que coloca al contratista que no ha satisfecho la prestación como incumplido pero con posibilidades de cumplirlo posteriormente, mientras no se demande la resolución del contrato o se declare la caducidad. Por tanto, durante el período que sigue a la finalización del plazo suspensivo es dable persistir y consentir en la ejecución, por supuesto retrasada, del contrato, lo que permite la aplicación de los poderes excepcionales si se configuran los motivos que las sustentan, aún en tal período. La teoría general de las obligaciones consagra los principios y efectos que se derivan de las diversas clases de obligaciones, todo ello dependiendo del acuerdo de voluntades”* (DÁVILA VINUEZA, Luis G. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. 3 ed. Bogotá D.C. Legis, 2016).

el servicio pueda prestarse por otros medios legalmente establecidos-, sino una medida especial, extraordinaria y excepcional, que solo se le brinda a la administración y que está orientada a impedir, oportunamente, que el incumplimiento del contratista –verificable durante el término de ejecución- lleve a una paralización del servicio y afecte de esa manera los fines del Estado y el interés general buscado con el contrato.

En ese sentido, es claro que la competencia *pro tempore* para la declaratoria de caducidad no se pregona únicamente bajo el entendimiento de que la expiración del plazo del contrato pone fin al mismo y extingue las obligaciones surgidas de él –y que por ello se haga nugatoria la aplicación de la sanción-, sino también porque la finalidad que la ley le atribuye a esa potestad exorbitante solo puede cumplirse con su ejercicio oportuno, esto es, antes de la expiración del plazo de ejecución del contrato, aún si el mismo es suspensivo.

Dicho lo anterior, es palmario que en el presente caso debe confirmarse el ordinal primero de la sentencia apelada, en cuanto declaró la nulidad por falta de competencia temporal, de las Resoluciones 3393 del 9 de julio y 5726 del 10 de octubre de 2008.

Así las cosas, la Sala reitera que no es necesario examinar los restantes argumentos y cargos de nulidad formulados en la demanda, puesto que es palmario que, habiéndose demostrado la falta de competencia alegada por la parte actora, ha quedado desvirtuada por esa sola circunstancia, la presunción de legalidad de los actos administrativos sometidos a juicio.

### **3.3. El cumplimiento del contrato**

En la pretensión cuarta de la demanda, el actor solicitó que se declarara el incumplimiento del Invías respecto del contrato N° 2682 de 2005, por no pagar el saldo que se alega como insoluto, pese a que los estudios, según sus palabras, fueron *“entregados en su totalidad por parte del contratista, sin que hubiera la reciprocidad del contratante en pagar lo debido”*. Por este rubro, reclamó la suma de \$113'364.480, junto con los intereses moratorios causados desde el 10 de marzo de 2006, fecha de terminación del contrato.

Al respecto, el Tribunal de primera instancia señaló que no obraba prueba alguna que permitiera establecer que el Invías hubiera efectuado descuentos sobre las sumas supuestamente adeudadas al contratista, de manera que debía negarse la mencionada pretensión, postura que fue cuestionada por el demandante en el recurso de apelación, al señalar que la entidad estatal solo pagó el 40,34% del contrato y retuvo indebidamente el 59.66% restante, y que le correspondía al Invías demostrar los pagos realizados al consultor (fl. 168, c. segunda instancia).

Cierto es que, en principio, el pago debe ser demostrado por el deudor que lo alega, pues así se desprende de la elemental disposición contenida en el artículo 1757 del Código Civil, conforme al cual, “[i]ncumbe probar las obligaciones o su extinción, al que alega aquellas o esta”.

No obstante, ello debe obrar en armonía con los principios y reglas que informan los contratos bilaterales, en los cuales, también según la ley, “ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos” (Código Civil, art. 1609).

Así, aunque en el presente caso el contratista señaló que los estudios objeto del contrato de consultoría N° 2682 de 2005 fueron entregados oportunamente y en su totalidad, esta circunstancia no fue demostrada en el proceso, pues en el plenario no figura informe alguno del interventor, del supervisor de la consultoría o de un funcionario competente, que señale la entrega de los estudios a satisfacción del Invías; menos aún obra prueba de que esa obligación se hubiera cumplido de manera total, ni dentro del término de ejecución del negocio jurídico.

En este punto, es del caso señalar que el demandante, al interponer el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, aportó varios documentos –entre estos un acta de recibo (parcial) de los estudios- con el propósito de que fueran tenidos como prueba en la segunda instancia. Sin embargo, por auto del 14 de febrero de 2013, esta Corporación negó la indicada solicitud probatoria respecto de algunos de los instrumentos aportados, incluyendo el acta aludida, por no reunir los requisitos previstos en el artículo 214 del C.C.A.<sup>14</sup>. Por tanto, el documento aportado para

---

<sup>14</sup> “Cuando se trate de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.

demostrar la supuesta entrega parcial de los estudios no puede ser valorado por la Sala, so pena de incurrir en violación del debido proceso y de las normas que regulan la actividad probatoria de las partes y del juez.

Por lo demás, para afirmar su propio cumplimiento y, correlativamente, la responsabilidad del Invías por las deficiencias de los estudios supuestamente entregados, el actor Carlos René Santamaría Rodríguez sostuvo que los términos de referencia no especificaron los puntos críticos objeto de diagnóstico, como tampoco se hicieron precisiones al respecto en las cláusulas del contrato. Asimismo, adujo que si bien en visita del 1 de diciembre de 2005 se fijaron de manera preliminar 50 puntos críticos, los cuales fueron luego reducidos a 9, lo cierto era que el interventor no era competente para hacer tales delimitaciones y las mismas no se establecieron en el acuerdo de voluntades, mientras que la circunstancia anotada ponía de manifiesto, en contrapartida, que el Invías “*no conocía la magnitud de los estudios*” requeridos.

Al respecto, cabe anotar que los términos de referencia que dieron lugar al contrato de consultoría N° 2682 de 2005 no figuraron en el expediente ni fueron solicitados por la parte actora y, en todo caso, al margen de las especificaciones que se hubieran señalado u omitido en dicho instrumento, el contratista decidió y aceptó participar en el proceso y celebrar el contrato mencionado, con lo cual asumió la obligación de adelantar los estudios, compromiso que mantuvo incluso después de la visita del 1 de diciembre de 2005, aducida por el actor, aunque de la misma, dicho sea de paso, no se tiene registro o prueba alguna en este juicio, excepción hecha de la mención que al respecto hizo el Invías en los antecedentes de los actos acusados.

En todo caso, la Sala no evidencia que tras la realización de la mencionada visita, el consultor Santamaría Rodríguez le hubiera puesto de presente a la entidad estatal la falta de información o precisión acerca de los puntos críticos materia de diagnóstico, como tampoco su inconformidad con las definiciones establecidas por el interventor, aspectos estos sobre los que el contratista no demostró haber

---

2. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.

3. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

4. Cuando con ellas se trate de desvirtuar los documentos de que trata el numeral anterior”

reclamado, ni aun en las respuestas mencionadas y transcritas por el Invías en los antecedentes de la declaratoria de caducidad.

A la par con ello y, como quedó señalado con anterioridad, se tiene que la cláusula primera del contrato establecía que los estudios objeto del mismo debían ajustarse a los términos de referencia y a la propuesta técnica del consultor, en tanto que la cláusula séptima disponía que los pagos del contrato se harían por mensualidades, previa presentación de “*las actas de costos mensuales*”, además del cumplimiento de otros requisitos (fl. 2, c.2). Ello significaba que se debían registrar avances mensuales en el cumplimiento del contrato, lo cual no fue acreditado en manera alguna por el hoy demandante quien, al no allegar, además, los términos de referencia ni la propuesta técnica, impidió que en este juicio se estableciera su cumplimiento contractual, concretado en la entrega puntual de los estudios y la conformidad de los mismos con los aludidos documentos del proceso de selección.

La prosperidad de la acción y de las pretensiones encaminadas a sancionar el incumplimiento de una de las partes del contrato depende de que el actor no haya incurrido él mismo en inobservancia de sus propios compromisos, pues las obligaciones de los contratos bilaterales deben cumplirse por ambas partes de manera coetánea y tan pronto como las mismas sean exigibles, so pena de que opere la excepción de “*contrato no cumplido*”, con fundamento en el citado artículo 1609 del Código Civil.

En torno a este aspecto, ha señalado la jurisprudencia<sup>15</sup>:

*Es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna<sup>16</sup>, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato).*

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B. Sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. N° 05001-23-25-000-1994-01059-01(21315), C.P. Danilo Rojas Betancourth (E).

<sup>16</sup> Nota original: “Cfr. Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia de 3 de julio de 1963: ‘La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad, dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada; y la oportunidad alude al tiempo convenido’”.

*En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio 'lex contractus, pacta sunt servanda', consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial.*

*En los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir.*

*Quiere decir lo anterior que el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A. cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago.*

Así las cosas, es claro que en el presente caso no existe mérito para acoger la pretensión del demandante, encaminada a la declaratoria de incumplimiento contractual del Invías y a la restitución del saldo que se alega como indebidamente retenido al consultor.

#### **3.4. Las pretensiones de restablecimiento del derecho, derivadas de la nulidad de los actos acusados**

A título de restablecimiento del derecho afectado con los actos administrativos viciados de nulidad, el señor Carlos René Santamaría Rodríguez solicitó el reconocimiento de la pérdida de oportunidad de contratar con el Estado por el lapso de cinco años, merced a la inhabilidad surgida por la declaratoria de caducidad. El actor estimó este perjuicio en la suma de \$1.916'103.811, equivalente al "20% de lo contratado en los últimos 5 años", concepto este que, a su vez, fue tasado por el mismo demandante en \$9.580'519.054,76, como "valor facturado" en dicho período.

De igual manera, formuló pretensión indemnizatoria por el monto de \$19'001.090, correspondiente a la cláusula penal impuesta por el Invías en las resoluciones acusadas.

Por último, solicitó que se le resarcieran los perjuicios morales que –afirmó- le fueron causados por el Invías al declarar la caducidad del contrato materia de controversia.

Como ya se anotó, la sentencia apelada solo reconoció los perjuicios morales reclamados por el demandante, por considerar que los restantes conceptos solicitados no habían sido debidamente acreditados en el proceso.

Dejando a salvo lo ya resuelto sobre las pretensiones referentes al alegado incumplimiento contractual del Invías y al pago del saldo insoluto del contrato, la Sala pasará a examinar cada una de las restantes pretensiones indemnizatorias de la demanda, como sigue.

#### **a) La pérdida de oportunidad**

Con respecto a la alegada pérdida de oportunidad, recuerda la Sala que esta constituye una categoría especial de daño, considerada por la doctrina y la jurisprudencia como de naturaleza autónoma, dadas sus particulares características.

En efecto, el tratadista Javier Tamayo Jaramillo refiere que la pérdida de la oportunidad surge cuando la víctima *“se encuentra en una situación en la que el hecho del agente le impide tener la posibilidad de que el azar le otorgue un beneficio o le evite un daño”*<sup>17</sup>, y de las condiciones existentes es igualmente previsible que el beneficio se produzca o no. Sobre esta base, el doctrinante explica que, en esencia, el daño consiste, *“no en la pérdida del [beneficio] o de la pretensión, sino en la pérdida de la oportunidad de conseguirlos”*. Por tanto, aunque el elemento de certeza no recaiga sobre el beneficio o ganancia –pues en efecto, era incierto que la víctima fuera a obtenerlos-, sí opera respecto de la posibilidad de alcanzarlos,

---

<sup>17</sup> TAMAYO, Javier. *“Tratado de responsabilidad civil”*. Tomo II –pp. 358 y 359. Bogotá, Legis, 2007.

vale decir: se habla de pérdida de oportunidad cuando esta era palmaria y existía, de ahí que su injusta supresión comporte un daño indemnizable<sup>18</sup>.

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha ocupado en definir la pérdida de oportunidad, en los siguientes términos<sup>19</sup>:

*[L]a pérdida de oportunidad (...) alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho (...) o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, (...) que (...) ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial<sup>20</sup>; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que (...) facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.*

Ahora, como acontece naturalmente con todas las tipologías de daño, la responsabilidad del Estado por la “pérdida de oportunidad” solo puede estructurarse sobre la base del nexo causal entre tal menoscabo y la conducta de la administración, materializada, v.gr., en casos como el presente, con la actividad contractual y, en concreto, con los actos de declaratoria de caducidad del contrato materia de litigio. Como lo ha señalado la Sección Tercera de esta Corporación, en la pérdida de oportunidad surge la certeza de que “*en caso de no haber mediado el hecho dañino, el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida*”<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> En ese sentido, se ha señalado que, “*la pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él’, para su determinación*” (Consejo de Estado- Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. N°18593).

<sup>19</sup> Consejo de Estado - Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. N°18593. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Providencia reiterada en fallo de fecha 25 de agosto de 2011. C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. N° 25000-23-26-000-1997-03994-01(19718).

<sup>20</sup> Cita original: “*MAYO, Jorge, ‘El concepto de pérdida de chance’, en Enciclopedia de la responsabilidad civil. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207*”.

<sup>21</sup> Consejo de Estado- Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. N° 18593, CP. Mauricio Fajardo Gómez.

De singular importancia resulta dicho aspecto en el presente caso, toda vez que el actor manifiesta que, al declararse la caducidad del contrato N° 2682 de 2005 en las Resoluciones 3393 y 5726 de 2008, el consultor quedó inhabilitado para contratar con el Estado por el término de cinco años, al tenor de lo dispuesto en el artículo 8, numeral 1 – literal c), de la Ley 80 de 1993<sup>22</sup>.

Ciertamente, la jurisprudencia también ha señalado que cuando el acto de declaratoria de caducidad está viciado de nulidad, da lugar a la pérdida de oportunidad que directamente surge por la inhabilitación prevista en la indicada norma del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; inhabilitación que le impide al afectado con la sanción, contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes<sup>23</sup>. Sin embargo, en el asunto bajo análisis, las pruebas aportadas al proceso evidencian que el consultor Carlos René Santamaría Rodríguez no solo quedó inhabilitado para contratar entre los años 2008 y 2013 por efecto de las mencionadas resoluciones, sino igualmente por la declaratoria de caducidad de otro contrato estatal en el que también había participado en calidad de contratista, de suerte que esa última sanción, impuesta en un negocio distinto al examinado en este juicio, rompe la relación de causalidad entre la expedición de las resoluciones demandadas en el *sub judice* y la mencionada “*pérdida de oportunidad*” para contratar con el Estado.

Arriba la Sala a esta conclusión, por las razones que pasa a exponer:

Como se señaló en el análisis de los hechos probados, la parte actora aportó a esta causa la relación de 22 procesos de selección -20 concursos de méritos y 2 licitaciones públicas- y señaló que en los mismos se dispuso el rechazo de sus propuestas debido a la inhabilitación surgida por la declaratoria de caducidad del contrato N° 2682 del 15 de noviembre de 2005. Asimismo, en el recurso de apelación, el demandante subrayó que la mencionada documentación podía ser

---

<sup>22</sup> “Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales (...):  
c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad”

<sup>23</sup> Consejo de Estado- Sección Tercera. Sentencia del 12 de julio de 2012, exp. N° 85001-23-31-000-1995-00174-01(15024). C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sobre la pérdida de oportunidad en materia contractual, consultar, entre otras, las sentencias proferidas por la Sección Tercera de esta Corporación el 9 de mayo de 2011, exp. N° 05001-23-26-000-1994-02376-01(18048), CP Enrique Gil Botero; el 1 de junio de 2013, exp. N° 25000-23-26-000-1996-14924-01(24559), CP. Hernán Andrade Rincón y, el 3 de agosto de 2017, exp. N° 76001-23-31-000-2010-00615-01(52920). CP. Marta Nubia Velásquez Rico.

consultada en la página de Internet [www.contratos.gov.co](http://www.contratos.gov.co), la cual daba acceso al Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP-.

De conformidad con lo regulado por la Ley 527 de 1999 -especialmente los artículos 2, 6, 10 y 11-, los documentos electrónicos o “*mensajes de datos*” son admisibles como prueba y apreciables bajo las reglas de la sana crítica, para lo cual se debe tener en cuenta, entre otras cosas, la confiabilidad en “*la forma en la que se identifique al iniciador*” del mensaje de datos y en la “*forma en que se haya conservado la integridad de la información*”<sup>24</sup>.

Pues bien, al verificar en la página virtual señalada por el actor los procesos de contratación relacionados por este, solo se encontró información sobre las Licitaciones Públicas LP-OPA-022-2009 e INF-OBR-09-005 de 2009, adelantadas por el Invías y por el departamento de Santander, respectivamente.

En el primero de los indicados procesos se encontró, en efecto, el informe de evaluación de las propuestas presentadas, instrumento en el que el Invías señaló<sup>25</sup>:

*Se advierte que mediante Resolución No. 03069 del 20 de junio de 2008 se declara la caducidad del contrato No. 1957 de 2006 celebrado entre el Instituto*

---

<sup>24</sup> “Artículo 2. Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

a) *Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax (...)*”.

“Artículo 6. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

*Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito”.*

“Artículo 10. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

*En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”.*

“Artículo 11. Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”.

<sup>25</sup> Los documentos de la licitación, incluido el informe de evaluación de las propuestas, se encuentran en el siguiente enlace: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do? numConstancia=09-1-41806> (Consultado por última vez el 16 de julio de 2020).

*Nacional de Vías y el consorcio CAVA integrado entre otros por el señor CARLOS RENE SANTAMARIA RODRIGUEZ, acto administrativo que fue confirmado mediante Resolución No. 06609 del 27 de Noviembre de 2008, decisión que fue notificada personalmente el día 2 de febrero de 2009, fijada en edicto el 20 de enero y desfijado el 2 de febrero de 2009, con constancia de ejecutoria de fecha 3 de febrero de 2009.*

*Igualmente mediante resolución No. 03393 del 9 de julio de 2008 se declaró la caducidad del contrato No. 2682 de 2005 celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y el ingeniero CARLOS RENE SANTAMARIA RODRIGUEZ, acto administrativo que fue confirmado mediante Resolución No. 05726 del 10 de Octubre de 2008, decisión que fue notificada personalmente el día 25 de Noviembre de 2008, con constancia de ejecutoria de fecha 26 de noviembre de 2008.*

*En tal sentido (...), el señor CARLOS RENE SANTAMARIA RODRIGUEZ se encuentra inhabilitado para contratar con el Estado y por ende el CONSORCIO CONSTRUVIAS del cual hace parte. Por las razones anteriormente expuestas la propuesta presentada por el CONSORCIO CONSTRUVIAS obtiene la calificación NO ADMISIBLE en [la] evaluación jurídica.*

Por tanto, es palmario que la pérdida de la oportunidad que inicialmente tenía el hoy demandante para contratar con el Estado no solo fue suprimida por la declaratoria de caducidad del contrato N° 2682 de 2005 -contenida en las Resoluciones 3393 del 9 de julio y 5726 del 10 de octubre de 2008-, sino también porque esa misma sanción se le impuso al consultor Santamaría Rodríguez en el marco de otro contrato estatal -ajeno a la presente controversia-, en la misma época en que se profirieron los actos enjuiciados en el *sub lite*.

Aunado a lo anterior, evidencia la Sala que en el otro proceso de selección registrado en la página virtual indicada por el demandante, si bien se constata la inhabilidad del consorcio integrado por el proponente Carlos René Santamaría Rodríguez, no se hace referencia expresa a las Resoluciones 3393 del 9 de julio y 5726 del 10 de octubre de 2008, como tampoco al contrato de consultoría N° 2682 de 2005, razón por la cual, habiéndose evidenciado que sobre el actor pesaba la inhabilidad por más de una declaratoria de caducidad, no es posible concluir que la imposibilidad de participar en esta última contratación se derivó exclusivamente de la sanción examinada en la presente instancia.

En efecto, al relacionar en las pruebas la Licitación Pública INF-OBR-09-005 de 2009, adelantada por el departamento de Santander, el demandante manifestó que presentó oferta en ese proceso como miembro del consorcio denominado "Geconsi", el cual fue descalificado debido a la inhabilidad de su integrante.

Así entonces, al examinar los documentos de la aludida licitación en el portal virtual [www.contratos.gov.co](http://www.contratos.gov.co), se advierte que el departamento de Santander expresó en el acta de adjudicación<sup>26</sup>:

*Antes de proceder a dar lectura a los oferentes habilitados el departamento de Santander informa que el Consorcio GECONSI fue declarado no hábil para continuar en el presente proceso de contratación teniendo en cuenta que uno de los integrantes del consorcio se encuentra inhabilitado para contratar con el estado, se anexó oficio radicado el 14 de julio remitido por Freddy Julián Asprilla Valencia y el reporte impreso de la página de la Procuraduría General de la Nación.*

En esa medida, no se encuentra debidamente configurada la relación causal entre la imposibilidad del hoy demandante para contratar con el Estado y la nulidad de los actos acusados en el presente juicio, puesto que esa pérdida de oportunidad obedeció a un hecho ajeno a la presente controversia –y por tanto, se habría dado aún sin la expedición de las resoluciones enjuiciadas en este proceso-, esto es, la declaratoria de caducidad de otro contrato en el que también participó el actor Carlos René Santamaría Rodríguez. Adicionalmente, en el caso puntual de la Licitación Pública INF-OBR-09-005 de 2009, no se aprecia que la descalificación del proponente consorcio Geconsi hubiera sido consecuencia exclusiva y directa de la inhabilidad surgida por la declaratoria de caducidad del contrato N° 2682 de 2005, razón de más para que la Sala deba denegar la pretensión indemnizatoria referente a la “*pérdida de oportunidad*” alegada en la demanda.

#### **b) La cláusula penal**

El demandante solicitó, adicionalmente, el reembolso del valor de la cláusula penal pecuniaria que fue impuesta en los actos acusados por \$19'001.0090, y señaló que el Invías había conminado al contratista al pago de la sanción, en requerimiento hecho durante un proceso de jurisdicción coactiva, al tiempo que la compañía Seguros del Estado S.A. requirió al hoy demandante para que restituyera lo que dicha aseguradora había pagado por ese concepto.

Como lo evidenciaron las pruebas del proceso, la cláusula penal fue pactada en el contrato para que operara, precisamente, “*en caso de declaratoria de caducidad*”

---

<sup>26</sup> Documento disponible en el enlace <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-42880> (Consultado por última vez el 16 de julio de 2020).

(fl. 3, reverso, c.1), de suerte que la nulidad que en el presente proceso se declarará respecto de las resoluciones demandadas, cobija la indicada sanción pecuniaria.

No obstante, la parte demandante no demostró que el Invías hubiera obtenido el pago efectivo de la cláusula penal, pues aun cuando adujo lo referente al cobro de la misma en sede de la jurisdicción coactiva, no probó la existencia de ese trámite ni acreditó que por ese concepto se hubiera efectuado un traslado patrimonial en detrimento del actor y a favor de la entidad, bajo pago coercitivo o cualquier otra modalidad de desembolso.

Ahora, aunque en el proceso obra el oficio DIF 0751/09 del 9 de marzo de 2009, dirigido por la compañía Seguros del Estado al hoy demandante<sup>27</sup>, en este solo se evidencia que la sociedad aseguradora informó haber pagado la referida cláusula penal y le solicitó al actor el reembolso del dinero, pero no acredita que el señor Carlos René Santamaría Rodríguez hubiera entregado o transferido al suma alguna por ese concepto, a la firma de seguros.

En ese orden de ideas, deberá rechazarse la pretensión indemnizatoria relativa a la cláusula penal pecuniaria, por carencia de prueba que acredite su efectivo pago por parte del hoy demandante, directamente ante el Invías, o bien, mediante el reembolso correspondiente a favor de la compañía aseguradora.

### **c) Los perjuicios morales**

Finalmente, en la demanda se solicitó que el Invías fuera condenado a indemnizar los perjuicios morales supuestamente sufridos por contratista sancionado, para lo cual la parte actora reclamó la suma de \$99'380.000. En sustento de ello, se indicó que la declaratoria de caducidad contenida en los actos censurados había lesionado el buen nombre del consultor Carlos René Santamaría Rodríguez, quien al ver afectados su prestigio y reputación comercial con ocasión de la declaratoria de caducidad del contrato, experimentó sufrimientos que incidieron en su estado de ánimo y su vida diaria, a tal punto que se hizo necesario acudir a terapia psicológica.

Tal como lo ha señalado la jurisprudencia en anteriores oportunidades, en el ámbito de la actividad contractual del Estado es posible el reconocimiento de perjuicios morales, especialmente frente a daños derivados de sanciones como la declaratoria

---

<sup>27</sup> Folio 177, c. de apelación. El documento fue admitido como prueba en el auto del 14 de febrero de 2013, por referirse a un hecho ocurrido con posterioridad a la oportunidad para solicitar pruebas en la primera instancia.

de caducidad que afecta al contratista. Sin embargo, también se ha subrayado que la condena por perjuicios morales en esos eventos está sujeta, naturalmente, a la prueba de existencia de ese perjuicio<sup>28</sup>, a lo cual se añade en esta oportunidad, que la aceptación de esa pretensión también depende de que se demuestre la relación causal entre la afectación moral y la decisión de la administración, viciada de nulidad.

En el presente caso, el demandante adujo como prueba del perjuicio mencionado un “*informe psicológico*” elaborado por la profesional Rosalba Durán Dederté, quien relaciona varias consultas efectuadas por el paciente Carlos René Santamaría Rodríguez, así como seguimientos efectuados a los miembros de su familia.

De acuerdo con el informe, la primera de las indicadas consultas tuvo lugar el 27 de mayo de 2008, y en ella el hoy demandante manifestó (fl. 117, c.2):

*Malestar por la situación que estoy pasando. Conformé un consorcio laboral en el cual asumí plenamente el compromiso de cumplir el contrato con el Invías, condición que no tuvo en cuenta el contratante, pese a ello, lo que hubo fue intransigencia y hostilidad por parte del Invías. En consecuencia de lo anterior, hoy enfrento persecución y muerte laboral por parte del Estado.*

Después de referir otras descripciones hechas por el paciente, el informe concluye, en la primera consulta, que los síntomas experimentados por el señor Carlos René Santamaría Rodríguez “*después del evento*” se asocian con lo que la OMS considera como “*trastorno por estrés agudo*”.

No obstante la claridad de las conclusiones de la psicóloga sobre el estado emocional y mental del señor Santamaría Rodríguez, advierte la Sala que no es posible asociar tal circunstancia a la declaratoria de caducidad del contrato de consultoría N° 2682 de 2005, puesto que, tanto la consulta como el hecho desencadenante de la misma son anteriores a la Resolución N° 03393 del 9 de julio de 2008 –demandada en el *sub lite*- y en él se refiere la conformación de un “*consorcio laboral*”, figura que no fue la utilizada por el consultor para participar en la contratación que es objeto de estudio en este proceso.

---

<sup>28</sup> Al respecto, consultar, entre otras, las sentencias proferida por el Consejo de Estado – Sección Tercera el 8 de febrero de 2001, exp. N° 12848 -C.P. María Elena Giraldo Gómez- y el 3 de agosto de 2017, exp. N° 76001-23-31-000-2010-00615-01(52920) –Subsección A, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Por consiguiente, dado que no está acreditado el nexo causal entre la afectación moral del demandante –documentada en el informe psicológico- y la expedición de los actos enjuiciados en la presente causa –como tampoco con la actuación que precedió a tales decisiones-, la Sala tampoco acogerá la pretensión del demandante, referente a la indemnización de perjuicios morales. En ese sentido, deberá revocarse la decisión adoptada en el fallo apelado, relativa al reconocimiento de dicha categoría de perjuicio.

#### **4. Conclusiones**

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la Sala concluye que debe declararse la nulidad de las Resoluciones 3393 del 9 de julio y 5726 del 10 de octubre de 2008, por cuanto en la fecha en que se profirieron, el Invías carecía de competencia temporal para declarar la caducidad del contrato N° 2682 de 2005, celebrado con el demandante.

No obstante, no hay lugar a acoger las pretensiones de restablecimiento del derecho, por no contar con sustento probatorio en el presente juicio, en particular, sobre su ocurrencia –en el caso de la cláusula penal- y sobre su relación de causalidad con la declaratoria de caducidad del contrato –en cuanto a la pérdida de oportunidad y el daño moral-.

Por otro lado, tampoco se declarará el incumplimiento contractual del Invías –aducido en la demanda-, puesto que tal inobservancia de las obligaciones de la entidad no fue acreditada en el proceso, mientras que sí operó, en todo caso, la excepción de “*contrato no cumplido*”, por no haber demostrado el demandante, por su parte, el cumplimiento de los compromisos que asumió al celebrar el contrato de consultoría materia de controversia.

#### **5. Costas**

De conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –aplicable en el *sub lite*-, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena de costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

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

### **FALLA**

**MODIFÍCASE** la sentencia de primera instancia, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 7 de marzo de 2012, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLÁRASE** la nulidad de las Resoluciones 3393 del 9 de julio y 5726 del 10 de octubre de 2008, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

**SEGUNDO: NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda, por las razones señaladas en la parte motiva del presente fallo.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

**QUINTO:** Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Firmado electrónicamente*  
**MARÍA ADRIANA MARÍN**

*Firmado electrónicamente*

**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

*Firmado electrónicamente*

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

