**ESTADO - Fines - Celebración de contratos - Particulares**

El Estado tiene como fines esenciales, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; que la función administrativa ésta al servicio de los intereses generales y que se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. (…) Esta preceptiva superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al disponer que “los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.” (…) la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley.

**POTESTADES EXCEPCIONALES - Ley 80 de 1993 - Inclusión - Obligatorias - Facultativo - Prohibidas**

El contrato estatal se celebra, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad en aras del interés público o general, queriendo con esto significar que en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, al romperse la concepción clásica francesa que diferenciaba entre contratos de derecho administrativo y los propiamente privados de la administración, se consolidó a la igualdad como principio y a la unilateralidad de la administración como una excepción de aplicación altamente restrictiva a casos taxativamente señalados en la ley, esto a través de la determinación de un nuevo régimen de cláusulas denominadas propiamente como excepcionales y no en la jerga clásica del contrato administrativo francés como exorbitantes. (…) Del primer grupo hacen parte los contratos señalados en el inciso 1.º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993, según el cual: [Se] Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, se incluirá la cláusula de reversión”. (…) El segundo grupo se caracteriza porque el régimen de excepción es discrecional. Señala el inciso 2º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993 que las entidades estatales podrán pactar las cláusulas de excepción en los contratos de suministro y de prestación de servicios; luego, si no se pactan de manera expresa, estos contratos no podrán quedar sujetos a dicho marco jurídico de excepción. En estos casos, el legislador le otorga confianza a las entidades estatales para que, teniendo en cuenta ante todo al contratista, le permitan celebrar el contrato en un plano de igualdad con la entidad estatal. (…) El tercer grupo lo constituyen todos los contratos que no queden incorporados en los dos anteriores y, adicionalmente, los que de forma expresa señala el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993: “En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales... Respecto de los contratos en los que son obligatorias las cláusulas de excepción, el legislador ha establecido un sistema de protección a los intereses generales, que consiste en que, de llegar a faltar la correspondiente estipulación normativa en el contrato, la cláusula excepcional, por mandato legal, se entiende incorporada. De esta manera, nunca un contrato de los que señala el artículo 14.2 del estatuto de la contratación pública quedará sin régimen de excepción. Cosa contraria ocurre frente a los contratos de suministro y prestación de servicios, donde para la procedencia de la cláusula excepcional, ésta deberá estar contemplada en forma expresa en el texto del contrato; de lo contrario, lo único que se presume es la igualdad entre la entidad estatal contratante y el contratista.

**CADUCIDAD - Potestad excepcional - Concepto - Finalidad - Procedencia - Plazo**

Dentro de los mecanismos a los que se hace alusión se consagra la caducidad del contrato como una potestad excepcional al régimen de derecho común, en desarrollo del cual se faculta a la administración para que dé por terminado el contrato estatal cuando se advierta un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista que pueda afectar la ejecución de éste o conduzca indefectiblemente a su paralización. (…) el artículo 18 de la ley 80 de 1993 define la figura de la caducidad contractual como aquella estipulación por virtud de la cual se le otorga competencia a la administración para que mediante un acto administrativo motivado pueda dar por terminado unilateralmente el contrato celebrado y ordenar su liquidación cuando advierta que el contratista incurrió en un incumplimiento grave de sus obligaciones que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y que se evidencie que tales hechos constitutivos de incumplimiento puedan conducir a la paralización del contrato estatal. (…) La finalidad primordial del ejercicio de la facultad excepcional de la caducidad es que la Administración conjure el grave incumplimiento en que incurrió el contratista y garantice el cumplimiento del objeto contractual y en últimas la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos. (…) teniendo en cuenta los requisitos de procedencia y la finalidad primordial de la figura de la caducidad contractual, se evidencia que su ejercicio no tiene sentido alguno una vez vencido el plazo de ejecución del contrato, pues mal podría pretenderse terminar por la vía de la caducidad lo que ya se terminó por la vía de extinción del plazo, razón, entre otras, por la cual una vez que esto ha acaecido se extingue la competencia de la administración para declararla.

**IUS PUNIENDI - Potestad sancionatoria - Procedimiento - Reserva legal** **- Normativa aplicable**

Conforme al numeral 2º del artículo 150 de la Constitución política y al ser la potestad sancionadora una manifestación del ejercicio del Ius Puniendi del estado, la regulación de los procedimientos para su ejercicio le corresponde exclusivamente al órgano legislativo, más no a las autoridades administrativas, ni mucho menos a los particulares en el ejercicio de la actividad contractual, siendo entonces improcedente que las autoridades administrativas fijen dichos procedimientos a través de un acto administrativo general reglamentario o que las partes los acuerden en el contrato o negocio jurídico. De esta forma, teniendo en cuenta que no hay una Ley especial que regule el procedimiento a seguir para la imposición de sanciones en el ejercicio de la actividad contractual de Estado, tales como las multas o la declaratoria de caducidad administrativa, se entiende que el procedimiento a seguir es el previsto en la Ley general, es decir, el consagrado en las normas del Código Contencioso Administrativo. (…) teniendo en cuenta que la Ley 80 de 1993, aplicable al presente asunto para la fecha en la que se celebraron los contratos de aporte que dieron lugar al presente litigio, es la ley que de forma especial regula el ejercicio de la actividad contractual del estado y que ésta no establece ningún procedimiento especial para la imposición de sanciones en ejercicio de dicha actividad, tales como las multas o la declaratoria de caducidad, se entiende que el procedimiento aplicable para el efecto es el previsto en el Código Contencioso Administrativo, siendo entonces improcedente que se aplique un procedimiento que ha sido convenido por las partes en el contrato.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente:** **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., tres (03) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00145-02(53339)**

**Actor: ASOCIACIÓN LUZ Y ESPERANZA - ASOLUCEZ**

**Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF REGIONAL CUNDINAMARCA.**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)**

Contenido: Descriptor: Se declara la nulidad parcial de los contratos suscritos por vulnerar procedimiento previsto para las sanciones y se niegan las pretensiones de la demanda al existir un incumplimiento grave de las prestaciones a cargo de la demandante/Restrictor: Régimen jurídico aplicable/Las potestades excepcionales como mecanismos de regulación, vigilancia y control para la prestación de los servicios públicos/Las potestades excepcionales y su inclusión en los contratos estatales en vigencia de la Ley 80 de 1993/La caducidad administrativa como potestad excepcional al derecho común en los contratos estatales/Procedimiento para la imposición de sanciones en materia de contratación estatal- reserva legal/Nulidad de los contratos o negocios jurídicos/ Nulidad parcial de los contratos o negocios jurídicos.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la Sentencia del 14 de agosto de 2014 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se acogieron parcialmente las súplicas de la demanda.

**I ANTECEDENTES.**

1. **Lo pretendido.**

El 17 de marzo de 2010[[1]](#footnote-1) la **Asociación Luz y Esperanza para la Niñez Desamparada – Asolucez-** instauró demanda contra el **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF- Regional Cundinamarca** solicitando que se declarara la nulidad de las Resoluciones Nos. 3818 del 9 de octubre de 2007, de la No. 4791 del 28 de diciembre de 2007 y de la No. 0014 del 11 de enero de 2008, mediante las cuales, respectivamente, se declaró la caducidad del Contrato de aporte No. 25-18-2007-631 y se resolvieron los correspondientes recursos de reposición interpuestos tanto por la contratista, como por la Compañía Aseguradora Seguros del Estado S.A.

Pide también, que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 3819 del 9 de octubre de 2007, de la No. 4792 del 28 de diciembre de 2007 y de la No. 0015 del 11 de enero de 2008, por medio de las cuales, respectivamente, se declaró la caducidad del contrato de aporte No. 25-18-2007-632 y se resolvieron los correspondientes recursos de reposición interpuestos tanto por la contratista como por la Compañía Aseguradora Seguros del Estado S.A.

Solicita como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se condene al demandado al reconocimiento y pago de la suma equivalente a $6´880.000, por concepto de los cánones que tuvo que cancelar desde septiembre de 2007 hasta el 30 de abril de 2008 en razón del contrato de arrendamiento celebrado sobre un inmueble ubicado en el Barrio Marsella para ejecutar el contrato No. 25-18-2007-631; a la suma de $16´000.000 por concepto de los cánones que tuvo que cancelar desde septiembre de 2007 a julio de 2008 en razón del contrato de arrendamiento celebrado sobre un inmueble ubicado en el Barrio Venecia para ejecutar el contrato No. 25-18-2007-632; a la suma de $3.600´000.000, por concepto de los perjuicios económicos ocasionados por la inhabilidad para contratar con el Estado por un término de 60 meses; a la suma de $69´374.320, por concepto de las utilidades dejadas de percibir por la no ejecución del contrato No. 25-18-2007-631; a la suma de $44´736.408, por concepto de las utilidades dejadas de percibir por la no ejecución del contrato No. 25-18-2007-632; y a la suma de $288.221, por concepto de las sumas canceladas para la constitución de las Pólizas Nos. 071203306 y 071200823 expedidas por Seguros del Estado el 9 de julio de 2007.

Estima la cuantía del proceso en la suma total equivalente a $3.737´278.940,00.

* 1. **La Solicitud de Suspensión Provisional.**

En un acápite de la demanda la Sociedad accionante solicitó la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones en mención argumentando que dichos actos se expidieron con violación al derecho al debido proceso, a los artículos 2º,6º, 25º, 83 y 124 de la Constitución Política, a los artículos 23, 26 No. 1º, 2º, y 4º, 28, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1602 del Código Civil.

En cuanto a las Resoluciones Nos. 3818 del 9 de octubre de 2007, la No. 4791 del 28 de diciembre de 2007 y la No. 0014 del 11 de enero de 2008, mediante las cuales, respectivamente, se declaró la caducidad del Contrato de aporte No. 25-18-2007-631 y se resolvieron los correspondientes recursos de reposición, señaló que se habían expedido de mala fe, con falsa motivación, con violación a los procedimientos de Ley y que se fundaron en objeto y causa ilícita.

En efecto, dice que el I.C.B.F. en desarrollo de sus funciones de garantía y protección de los derechos de los menores tenía a su cargo la obligación de verificar que los proponentes de los contratos de aporte reunieran las condiciones requeridas para prestar los servicios de protección y atención previamente a su adjudicación, razón por la cual no resultaba válido que hubiera adjudicado el contrato No. 631 sin verificar dichas condiciones para luego señalar, transcurridas 30 horas después de su ejecución que la contratista no reunía los requisitos para prestar dichos servicios.

Señala que la responsabilidad por el supuesto incumplimiento de los contratos de aporte resulta atribuible únicamente al I.C.B.F. por no verificar que la sociedad adjudicataria no reunía los requisitos necesarios para prestar los servicios de protección y atención de los niños, niñas y adolescentes, previamente a su adjudicación.

Afirma que el accionado declaró la caducidad del contrato de aporte No. 25-18-2007-631 de forma arbitraria, injusta, apresurada y subjetiva, pues para ello sólo tuvo en cuenta las situaciones expuestas en el informe de una sola de las visitas realizada a las instalaciones de la Sociedad contratista transcurridas 30 horas después de que éste empezara a ejecutarse, incurriendo con ello en la violación de los principios de imparcialidad y buena fe, así como también de su derecho fundamental al trabajo.

Los hechos que dieron lugar a la declaratoria de caducidad del contrato de aporte No. 25-18-2007-631 no son atribuibles al dolo o la culpa de la sociedad contratista, pues ésta le comunicó oportunamente al demandado los inconvenientes presentados en la ejecución de las obligaciones objeto del mismo y le solicitó en diversas oportunidades la suscripción de un convenio para la implementación de un plan de mejoramiento e incluso la asesoría técnica requerida conforme al contrato, medidas éstas que no fueron acogidas por éste quién optó por terminar abruptamente el contrato y colocar a los menores en circunstancias de inestabilidad.

La contratista no incurrió en un incumplimiento grave de las obligaciones a su cargo que pudiera conducir a la paralización de la prestación de los servicios objeto del contrato, éste no puede atribuírsele a título de dolo o culpa, o por su grave atraso o mora y no presenta antecedentes de haber sido sancionado con multas, razón por la cual la ruptura unilateral del vínculo contractual *“no estuvo precedido de un balance real y objetivo ni de un prudente juicio”*.

Dice que el accionado actuó de mala fe al conocer las condiciones de ejecución de los contratos de aporte y no ejecutar las actividades de supervisión sobre los mismos e iniciar acciones de cacería y persecución en detrimento de los intereses de la sociedad contratista.

Las inconsistencias presentadas entre el informe rendido por el I.C.B.F. Regional Cundinamarca y el rendido por el I.C.B.F. Regional Bogotá reflejan las irregularidades presentadas en la declaratoria de caducidad del contrato de aporte No. 25-18-2007-631, pues mientras en aquel se señala que la Sociedad *“Asolucez”* no tiene licencia de funcionamiento para prestar los servicios de protección y asistencia a menores con discapacidad y que no reúne las condiciones requeridas para ello, en éste se señala que por medio de la Resolución No. 3451 del 6 de diciembre de 2006 se le había otorgado a la accionante la licencia de funcionamiento respectiva de conformidad con sus Estatutos, documentos éstos que establecían la *“ATENCIÓN DE NIÑOS CON Y SIN DISCAPACIDAD”* y se da un concepto favorable a las condiciones de prestación y mejoramiento de los servicios.

En lo relativo a las Resoluciones Nos. 3819 del 9 de octubre de 2007, de la No. 4792 del 28 de diciembre de 2007 y de la No. 0015 del 11 de enero de 2008, por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato de aporte No. 25-18-2007-632 y se resolvieron los correspondientes recursos de reposición, afirma que éstas se fundaron únicamente en el concepto rendido por la supervisora del contrato que no fue objetivo y en un informe presentado por ex trabajadoras de Asolucez que no era vinculante y únicamente contenía comentarios mal intencionados de dichas funcionarias, frente a las cuales dice que instauró la respetiva denuncia penal por los delitos de injuria y calumnia.

No podía el accionado fundar su decisión de declarar la caducidad del contrato No. 25-18-2007-632 en el hecho de que la defensora de familia hubiera afirmado que no era viable la ubicación de las menores en un horario nocturno, pues ésta fue sólo una propuesta alternativa que se presentó teniendo en cuenta el periodo académico y la edad de las menores y que fue sometida al concepto de la defensoría, razón por la cual no podía ser considerada como una violación flagrante a los derechos de las menores por parte de la contratista.

Tampoco podía fundar su decisión en la existencia de una modificación entre la sede ofertada para la prestación de los servicios de protección y atención y la dispuesta por la sociedad contratista para el desarrollo del objeto contractual, pues dicha modificación fue conocida por el accionado quién no la objetó y avaló el traslado de los menores a la misma sin formular reparo alguno.

Afirma que la modificación de las sedes para la prestación de los servicios se debió a que presentó propuesta para las dos convocatorias aspirando resultar favorecida en sólo una de ellas y que al resultar adjudicataria de ambas le informó al accionado que aceptaba sólo una, frente a lo cual éste señaló que debía aceptar las dos, circunstancia que evidenciaba el desorden administrativo de dicha entidad, pues al adjudicar los contratos no verificó los datos de las propuestas, ni las estudio de forma detallada y organizada conforme a las necesidades de los menores.

Concluye señalando que los argumentos expuestos por el accionado para declarar la caducidad de los contratos Nos. 25-18 2007-631 y el No. 25-18-2007-632 no tenían asidero legal alguno y no se encuadraban en ninguna de las causales previstas en la Ley para darlos por terminado anticipadamente.

Realiza varios cuestionamientos frente a las actuaciones del I.C.B.F. en la adjudicación de los contratos de aporte a través de los cuales reitera algunos de los argumentos antes expuestos, para luego resaltar que es una fundación de amplio reconocimiento y experiencia en la ejecución de contratos para el desarrollo de programas y proyectos dirigidos a la población vulnerable.

Señala que cuenta con la licencia de funcionamiento para desarrollar las actividades contenidas en sus Estatutos, es decir para prestar los servicios de protección y atención de los niños, niñas y adolescentes con o sin discapacidad conforme a la Resolución No. 3451 del 6 de diciembre de 2006, así como también con la certificación de cumplimiento para I.P.S. para la prestación del servicio de discapacidad, pues si bien ésta no se encuentra vigente se inscribió en la Secretaría Distrital de Salud el 28 de abril de 2006, es decir con anterioridad a la apertura de las licitaciones.

El accionado vulneró los artículos 23 y 28 de la Ley 80 de 1993, pues su decisión de declarar la caducidad de los contratos de aporte no se ajustó a los postulados de la buena fe, igualdad y equilibrio entre las prestaciones, así como tampoco a los principios de seguridad, imparcialidad, *“eticidad”*, responsabilidad y honorabilidad.

Conforme a los artículos 26, 50 y 51 del Estatuto Contractual el accionado deberá responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que ocasiono al no sujetar sus actuaciones a las finalidades de la contratación estatal, ni a la protección de los derechos del contratista.

Concluye reiterando que los actos administrativos deben ser declarados nulos por haber sido proferidos con violación al artículo 1602 del Código Civil y con abuso o desviación de poder.

1. **Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.**

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-Regional Cundinamarca dio apertura a la Convocatoria Pública No. 016 de 2007 con el objeto de contratar la prestación de los servicios de protección a los niños, niñas y adolescentes con o sin discapacidad en condiciones de amenaza o vulneración de sus derechos, en favor de los cuales se hubiera decretado una medida de ubicación en un programa de atención especializada o en un medio socio familiar o institucional para el restablecimiento de sus derechos en los términos del artículo 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

En desarrollo de dicha convocatoria el accionado dio apertura a las invitaciones públicas Nos. 31 de 2007 con el objeto de contratar la prestación de los servicios de atención integral y protección en la modalidad de internado de los niños, niñas y adolescentes “*CON DISCAPACIDAD*”; y la No. 22 de 2007 para contratar la prestación de los servicios de atención integral y protección en la modalidad de internado de los niños, niñas y adolescentes *“EN SITUACIÓN DE PELIGRO O ABANDONO”*.

El 4 de julio de 2007 se celebró entre la demandante y el demandado el contrato de aporte No. 25-18-2007-631 en el que se reprodujo el objeto de la invitación pública No. 31 de 2007 por un valor total de $121´408.560.

El mismo 4 de julio de 2007 se celebró entre la demandante y el demandado el contrato No. 25-18-2007-632 en el que se reprodujo el objeto de la licitación pública No. 25-18-2007-632.

Por medio de la Cláusula Décimo Quinta, numeral 15.3 de ambos contratos se estableció la facultad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para declarar la caducidad del contrato conforme a la normatividad vigente.

A través de la Cláusula Décima Sexta de ambos contratos las partes convinieron el procedimiento a seguir en caso de declaratoria de incumplimiento parcial o total de las obligaciones a cargo de la contratista.

En ambos contratos de aporte se fijó como plazo de duración el término de tres (3) meses y medio contados desde el 16 de julio de 2007.

El mismo 16 de julio de 2007 la supervisora del contrato de aporte No. 25-18-2007-632 realizó una visita a las instalaciones de *“Asolucez”*, a partir de la cual rindió un concepto técnico en el que señaló que ésta no reunía las condiciones requeridas para el desarrollo del objeto contractual, para lo cual hizo referencia a los hallazgos e inconsistencias presentadas para la prestación de los servicios de atención y protección de los niños, niñas y adolescentes.

El 18 de julio de 2007 la Supervisora del contrato de aporte No. 25-18-2007-631 y su grupo de trabajo realizaron una única visita a la institución *“Asolucez”* con el objeto de aplicar los estándares de verificación de los datos consignados en la propuesta, luego de la cual se expidió un acta en la que se señalaron las inconsistencias presentadas para la ejecución del objeto del contrato, acta que se negó a suscribir la accionante *“por lo allí consignado”.*

El 24 de julio de 2007 la sociedad accionante presentó descargos frente a las observaciones presentadas en el informe referido.

Mediante el Oficio No. 018929 del 25 de julio de 2007 el Director Regional del I.C.B.F. de Cundinamarca le informó a la Representante Legal de la Sociedad Accionante que en atención a los informes presentados por el Grupo de Asistencia Técnica del I.C.B.F. con ocasión de las visitas realizadas a las instalaciones de dicha Entidad y las diversas quejas presentadas se daría apertura a una actuación administrativa que podría conducir a la declaratoria de caducidad de los contratos de aporte Nos. 25-18-2007-631 y el No. 25-18-2007-632 y le otorgó 5 días para efectos de que presentara sus explicaciones sobre los hallazgos presentados en las respectivas visitas.

Dice la demandante que por medio del Oficio radicado el 3 de agosto de 2007 dio respuesta al requerimiento del Director Regional del I.C.B.F. de Cundinamarca.

El 17 de agosto de 2007 el Grupo de Asistencia Técnica del I.C.B.F. Regional Bogotá realizó nuevamente una visita a las instalaciones de Asolucez, de la que se rindió un informe en el que se señaló que dicha entidad sí cumplía con los puntos evaluados para la prestación de los servicios de atención y protección de los niños, niñas y adolescentes.

A través del Oficio No. 023523 del 13 de septiembre de 2007 el Director Regional del I.C.B.F. de Cundinamarca le dio traslado a la accionante de las quejas y los informes presentados mediante los Oficios Nos. 020070 del 6 de agosto, el No. 016783 del 15 de agosto, el No. 021520 del 23 de agosto y el No. 0226698 del 6 se septiembre de 2007, frente a los cuales ésta presentó los descargos respectivos mediante el Oficio radicado el 26 de septiembre de 2007

Afirma la accionante que el 26 de noviembre de 2007 presentó denuncia penal contra las funcionarias Freicy Johana Castro Sánchez (psicóloga) y Martha Fernanda Jiménez González (Trabajadora social) por los presuntos delitos de injuria y calumnia en razón de las quejas y denuncias presentadas ante el ICBF mediante el Oficio Radicado bajo el No. 06669.

Mediante las Resoluciones Nos. 3818 y 3819 del 9 de octubre de 2007 el Director Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Cundinamarca declaró la Caducidad de los contratos de aporte Nos. 25-18-2007-631 y del No. 25-18-2007-632 argumentando que la sociedad contratista había incurrido en un incumplimiento de las obligaciones previstas en los numerales Nos. 1), 2) y 3) del artículo 2º de dichos contratos.

Contra dichas Resoluciones la Sociedad accionante instauró los recursos de reposición, los cuales fueron resueltos a través de las Resoluciones Nos. 4791 y la No. 4792 del 28 de diciembre de 2007 en el sentido de confirmarlas en todas y cada una de sus partes.

Los recursos de reposición interpuestos por la Compañía Aseguradora Seguros del Estado S.A. en contra de las Resoluciones Nos. 3818 y 3819 del 9 de octubre de 2007 fueron resueltos a través de las Resoluciones Nos. 0014 y 0015 de 2008.

**3. El trámite procesal.**

Admitida que fue la demanda[[2]](#footnote-2) y noticiado el demandado Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. Regional Cundinamarca del auto admisorio, éste le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas y presentando como excepciones la de inexistencia o falta de causa para demandar, inepta demanda e indebida acumulación de pretensiones y la de caducidad de la acción contractual[[3]](#footnote-3).

Después de negada la solicitud de llamamiento en garantía de la Compañía Aseguradora Seguros del Estado S.A.[[4]](#footnote-4), se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas[[5]](#footnote-5) y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por todas ellas.

**II LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.**

En sentencia del 14 de agosto de 2014 el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, pues declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 3818 y 3819 del 9 de octubre de 2007 y de las Nos. 4791 y 4792 del 28 de diciembre de 2007, mediante las cuales, respectivamente, se declaró la caducidad de los Contratos de aporte Nos. 25-18-2007-631 y 25-18-2007-632 y se resolvieron los correspondientes recurso de reposición; condenó en abstracto al accionado al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales ocasionados, al monto de las utilidades dejadas de percibir por Asolucez por la no ejecución del contrato de aporte No. 25-18-2007-632; al monto de las utilidades dejadas de percibir con ocasión del contrato de aporte No. 595 de 2007 y le ordenó reintegrar las sumas que hubieran sido canceladas por concepto de cláusula penal en caso de encontrar demostrado su desembolso.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

Declara como no probadas las excepciones de inepta demanda e indebida acumulación de pretensiones por estimar que si bien la actora pretendía la declaratoria de nulidad de unas Resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad de dos contratos independientes entre sí, éstos tenían una misma finalidad de protección y habían sido suscritos por las mismas partes; y que además las pretensiones formuladas no se excluían entre sí, razones por las cuales no existían las alegadas excepciones.

También declara improcedente la excepción de caducidad de la acción al señalar que teniendo en cuenta que las Resoluciones Nos. 3818 y 3819 del 9 de octubre de 2007 quedaron ejecutoriadas el 25 de enero de 2008, el término de dos (2) años para que operara dicho fenómeno se consolidaría en principio el 26 de enero de 2010, pero como se presentó solicitud de conciliación prejudicial el 18 de diciembre de 2009, dicho término se suspendió por casi tres (3) meses, es decir hasta el 11 de marzo de 2010, con lo que la caducidad de dos (2) años se consolidaría el 20 de abril de 2010; y que como la demanda se presentó el 17 de marzo de 2010, era evidente que dicho fenómeno aún no se había consolidado para ese momento.

Trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 11 de agosto de 2010 bajo el radicado No. 16.941 relativa al contrato de aporte y hace referencia a la caducidad y a la obligación a cargo de la administración de garantizar el derecho al debido proceso en su imposición, para luego señalar que si bien conforme a lo acordado en la Cláusula Décimo Quinta de los contratos de aporte suscritos, el accionado tenía la facultad de declarar la caducidad administrativa ante el incumplimiento grave de las obligaciones a cargo de la contratista, debía sujetar su imposición al artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y al procedimiento convenido por las partes a través de la Cláusula Décimo Sexta de éstos.

En efecto, señala que si bien se logró demostrar que a través de la comunicación del 25 de julio de 2007 el I.C.B.F. le comunicó oportunamente a la accionante que iniciaría una actuación administrativa que podría dar lugar a la declaratoria de caducidad de los contratos suscritos, por medio de la misma no se respetaron las garantías al debido proceso y no se logró demostrar que para imponer dicha sanción el accionado hubiera observado el procedimiento acordado por las partes a través de la cláusula décimo sexta, pues si bien requirió a la contratista para que ésta se manifestara sobre el incumplimiento en el que estaba incurriendo, no puso a su disposición las pruebas tenidas en cuenta para adoptar su decisión y el supervisor de dichos negocios jurídicos no emitió concepto alguno por medio del cual solicitara la imposición de la sanción respectiva.

Dice que si bien el accionado se enfrentó a una situación apremiante que exigía su intervención inmediata y eficaz, ello no la facultaba para actuar de forma arbitraria, desconociendo las garantías que conforman el derecho al debido proceso.

Reitera que al expediente no se allegó prueba alguna a través de la cual se lograra demostrar que el accionado dio apertura a un proceso de investigación en contra de la accionante, ni que dicha comunicación se le haya notificado, ni mucho menos que se le haya dado la oportunidad de contradecir las pruebas que se allegaron en su contra.

Con base en los argumentos expuestos el Tribunal declaró la nulidad de las Resoluciones impugnadas por vicios de procedimiento en su expedición por no haberse garantizado el derecho fundamental al debido proceso en la declaratoria de caducidad de los contratos de aporte suscritos.

Niega el reconocimiento de los perjuicios materiales reclamados por concepto de los contratos de arrendamiento suscritos, uno sobre un inmueble ubicado en el Barrio Marsella y el otro sobre un inmueble ubicado en el Barrio Venecia, al considerar que la actora no había logrado acreditar que éstos hubieran sido celebrados efectivamente para desarrollar los objetos contractuales y que además una de las razones que había tenido en cuenta el accionado para declarar la caducidad era que dichos inmuebles no reunían los requisitos necesarios para la prestación de los servicios contratados.

De otra parte, niega el reconocimiento de los perjuicios materiales solicitados por la no ejecución del contrato de aporte No. 25-18-2007-631 al estimar que contrario a lo que afirmaba la accionante, éste si se había ejecutado en su totalidad teniendo en cuenta a través de la cláusula cuarta las partes habían fijado como plazo de ejecución el término de 3 meses, el acta de inicio de las obras se suscribió el 16 de julio de 2007 y la Resolución que declaró la caducidad se expidió el 9 de octubre de 2007.

Pero además, también señaló que teniendo en cuenta que las partes acordaron que el valor final del contrato sería el resultante de multiplicar el valor del cupo mensual por el número de cupos efectivamente utilizados por la contratista y que ésta no logró acreditar los cupos utilizados, no había lugar a reconocer dichos perjuicios.

Niega igualmente el reconocimiento de las sumas canceladas para la constitución de las Pólizas de garantía al señalar que eran costos en los que la accionante debía incurrir con el objeto de garantizar la ejecución de los contratos suscritos, aún en el evento en el cual la accionante no hubiera decretado la caducidad administrativa de éstos.

Por último, condenó en abstracto al accionado a indemnizar en favor de la sociedad accionante los perjuicios solicitados por concepto de las utilidades dejadas de percibir por la no ejecución del contrato de aporte No. 25-18-2007-632 desde el 9 de octubre de 2007 hasta el 31 de octubre de 2007; por concepto de la pérdida de oportunidad por la inhabilidad para celebrar contratos con el estado derivada de la declaratoria de caducidad por el 100% de las utilidades del contrato de aporte No. 595 de 2007 desde el 1º de febrero al 31 de mayo de 2007, al ser éste el único contrato cuya celebración se acreditó dentro de los 5 años anteriores; y ordenó el reintegro de las sumas canceladas por la accionante a título de cláusula penal en caso de que se demostrara su pago efectivo en el incidente respectivo con fundamento en los siguientes parámetros a saber:

1. El incidente de regulación de perjuicios debía ser promovido ante el Tribunal de Primera instancia dentro de los términos previstos en el artículo 56 de la Ley 446 de 1998.
2. Las utilidades dejadas de percibir por la no ejecución del contrato No. 25-18-2007-632 debían ser determinadas por un contador público con T.P. vigente ante la Junta Central de contadores con base en el mismo contrato desde la fecha en la que éste se debía empezar a ejecutar, es decir, el 16 de julio de 2007 hasta que hubiese culminado el plazo de ejecución pactado, suma que debía ser debidamente actualizada hasta la fecha de la providencia que resolviera el incidente respetivo.
3. Para determinar los montos a indemnizar por concepto de la pérdida de oportunidad por la inhabilidad para celebrar contratos con el estado derivada de la declaratoria de caducidad, se debían determinar las utilidades percibidas por Asolucez con ocasión del contrato No. 595 de 2007, suma que debía actualizarse hasta la fecha de la sentencia y a su vez multiplicarse por los 5 años de la inhabilidad.
4. En las sumas referidas únicamente debían incluirse los rubros de utilidad, sin que fuera posible incluir otros rubros tales como administración e imprevistos.
5. Condenó al accionado al reintegro de las sumas canceladas por la accionante a título de cláusula penal en caso de que se demostrara su pago, desde la fecha en la que éste se realizó hasta la fecha de la providencia que resuelva el incidente de regulación de perjuicios.

**III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN**

Contra lo así resuelto tanto el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- Regional Cundinamarca, como la Asociación Luz y Esperanza – Asoluces - instauraron los recursos de apelación.

**3.1. El recurso de apelación interpuesto por el demandado Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF- Regional Cundinamarca.**

Para sustentar éste recurso el recurrente expuso las siguientes razones:

Luego de hacer un breve recuento de los hechos y de hacer referencia a las normas constitucionales y legales que la rigen, afirma que en el procedimiento para declarar la caducidad de los contratos suscritos actúo conforme a las facultades legales conferidas y motivado por su responsabilidad y compromiso frente a los niños, niñas y adolescentes del país.

Señala que a través de un equipo interdisciplinario realizó las visitas de supervisión respectivas por medio de las cuales pudo determinar el incumplimiento en el que estaba incurriendo la sociedad contratista, pues la infraestructura visitada no correspondía a la ofertada, las instalaciones no reunían las condiciones adecuadas para la atención de los niños, y la atención prestada a los menores era inferior a la proporcionada en otras instituciones.

Dice que sujetó la expedición de los actos administrativos impugnados al debido proceso, pues le comunicó oportunamente a la accionante las causas que darían lugar a la declaratoria de caducidad de los contratos suscritos, le otorgó la posibilidad de manifestar su posición al respecto y le notificó oportunamente el contenido de las resoluciones impugnadas para que ésta expresara sus puntos de vista y ejerciera su derecho de defensa instaurando los recursos respectivos.

Manifiesta que al declarar la caducidad de los contratos de aporte Nos. 27-18-2007-631 y el No. 27-18-2007-632 dio cumplimiento a sus obligaciones de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes del país y de preservar su integridad, pues al percatarse del incumplimiento en el que estaba incurriendo la ahora accionante adoptó las decisiones pertinentes, de forma diligente y eficaz, evitando de ésta manera que los menores pudieran salir lesionados o afectados y ordenando su traslado a otras instituciones.

Afirma que no se le puede condenar por cumplir con las obligaciones impuestas por la Ley y procurar la atención digna de los niños, niñas y adolescentes y garantizar las condiciones adecuadas para la prestación de los servicios contratados que permitieran su desarrollo intelectual, físico y psicológico.

No podía pasar por alto los incumplimientos en los que estaba incurriendo la contratista, sino que debía actuar de forma rápida y diligente al estar en riesgo la salud, la vida y la integridad de los menores.

Señala que en asuntos tales como el que ahora se somete a decisión, el Consejo de Estado debe realizar un test de proporcionalidad para determinar si la medida adoptada por la administración, esto es, la declaratoria de caducidad de los contratos de aporte, resultaba razonable y proporcional para proteger un interés superior como la protección de los derechos de los menores y evitar un daño mayor consistente en la lesión o el fallecimiento de los niños, niñas y adolescentes destinatarios de la prestación de los servicios contratados.

En lo relativo a los perjuicios, señala que no hay lugar a su reconocimiento y pago teniendo en cuenta que su actuación se sujetó a las normas constitucionales y legales y que no vulneró los derechos de la accionante.

Agrega que teniendo en cuenta que la sociedad contratista era una entidad sin ánimo de lucro, al suscribir los contratos de aporte no tenía interés alguno en su enriquecimiento personal, sino propender por el desarrollo y la protección de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar familiar.

Por último, señala que tampoco hay lugar al reconocimiento y pago de las agencias en derecho en favor de la ahora demandante, pues a lo largo del proceso no desplegó ninguna actuación temeraria o de mala fe que pudiera dar lugar a éstas.

Con base en lo anterior, la apelante solicita que se revoque la sentencia impugnada y que en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

**3.2. El Recurso de apelación interpuesto por la demandante Asociación Luz y Esperanza- Asolucez-.**

Dice que si bien el fallo impugnado fue favorable a sus intereses no se satisficieron en su totalidad las pretensiones de la demanda, pues el Tribunal no se pronunció sobre la condena en abstracto del demandado por concepto de las utilidades dejadas de percibir por la no ejecución del contrato de aporte No. 25-18-2007-631.

Señala que el Tribunal negó las pretensiones de reconocimiento y pago de los aludidos perjuicios afirmando equivocadamente que para la fecha en la que se expidieron las Resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad administrativa el contrato de aporte No. 25-18-2007-631 ya se había ejecutado en su totalidad, cuando de las probanzas arrimadas se demostró que para esa fecha éste aún se encontraba en ejecución.

En efecto, señala que no se podía negar el reconocimiento de los aludidos perjuicios teniendo en cuenta que los niños, niñas y adolescentes destinatarios de los servicios contratados fueron trasladados de las instalaciones arrendadas a otras instituciones sólo hasta el 29 de agosto de 2007, es decir que el contrato no se había ejecutado en su totalidad para la fecha en la que se expidieron las Resoluciones impugnadas como equivocadamente lo señaló el Tribunal, sino que éste se encontraba en ejecución.

Por último, señala que no se podía negar el reconocimiento y pago de los perjuicios derivados del pago de los cánones de los contratos de arrendamiento celebrados sobre algunos inmuebles para la prestación de los servicios contratados, pues de las pruebas arrimadas al plenario se logró demostrar que la celebración de dichos contratos se constituyó en un gasto que debió asumir la demandante para ejecutar el objeto de los respectivos contratos de aporte, más aun teniendo en cuenta que esta se vio obligada a cancelar los referidos cánones de forma anticipada.

**IV EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público guardó silencio en ésta instancia.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes.

**V. CONSIDERACIONES.**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** Régimen jurídico aplicable; **2)** Las potestades excepcionales como mecanismos de regulación vigilancia y control en la prestación de los servicios públicos ;**3)** Las potestades excepcionales y su inclusión en los contratos estatales en vigencia de la Ley 80 de 1993; **4)** La caducidad administrativa como potestad excepcional al derecho común en los contratos estatales; **5)** Procedimiento para la imposición de sanciones en materia de contratación estatal – Reserva legal; **6)** Nulidad absoluta de los contratos o negocios jurídicos; **6.1)** De la nulidad parcial de los negocios jurídicos; **7)** Los Hechos probados; **8)** La solución del caso concreto.

1. **Régimen jurídico Aplicable**.

Según lo dispone el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración.

De ésta forma, teniendo en cuenta que los contratos de aporte Nos. 25-18-2007-631 y el No. 25-18-2007-632 que dieron lugar al presente litigio se celebraron el 4 de julio de 2007, que la Ley 1150 de 2007 fue publicada el 16 de julio de 2007[[6]](#footnote-6) y que según lo dispuesto en su artículo 33[[7]](#footnote-7) empezó a regir 6 meses después de su promulgación, esto es desde el 16 de enero de 2008, es evidente que al presente asunto le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993.

1. **Las potestades excepcionales como mecanismos de regulación, control y vigilancia de la prestación de los servicios públicos.**

Ya en anteriores oportunidades se había resaltado que según los artículos 2º, 209 de la Constitución Política, el Estado tiene como fines esenciales, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan*[[8]](#footnote-8);* que la función administrativa ésta al servicio de los intereses generales y que se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad[[9]](#footnote-9).

Por su parte, el artículo 365 de la misma Carta Política dispone que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del estado, que es su deber asegurar que su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional y que podrán ser prestados por éste directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares[[10]](#footnote-10) [[11]](#footnote-11) y que *“en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios*.*”*

Pues bien, de las normas referidas se encuentra que la actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados, a la promoción y prevalencia de los intereses generales y a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política y, de otro, a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Esta preceptiva superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al disponer que *“los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”*[[12]](#footnote-12)

De otro lado la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley.[[13]](#footnote-13)

Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que el contrato estatal se constituye en un instrumento de la administración para la satisfacción de las finalidades estatales, pues por medio de éste el Estado persigue la adecuada prestación de los servicios públicos en colaboración con el contratista.

1. **Las potestades excepcionales y su inclusión en los contratos estatales en vigencia de la Ley 80 de 1993.**

En lo relativo a las cláusulas excepcionales y su inclusión en los contratos estatales en vigencia de la Ley 80 de 1993, ya ésta Subsección había tenido la oportunidad de señalar:

*“El contrato estatal se celebra, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad en aras del interés público o general, queriendo con esto significar que en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, al romperse la concepción clásica francesa que diferenciaba entre contratos de derecho administrativo y los propiamente privados de la administración, se consolidó a la igualdad como principio y a la unilateralidad de la administración como una excepción de aplicación altamente restrictiva* *a casos taxativamente señalados en la ley, esto a través de la determinación de un nuevo régimen de cláusulas denominadas propiamente como excepcionales y no en la jerga clásica del contrato administrativo francés como exorbitantes[[14]](#footnote-14).*

*Recordemos que bajo el anterior régimen contractual, esto es, el influenciado por los trabajos franceses en la materia hacían del contrato propiamente administrativo, el ámbito de aplicación de la llamada exorbitancia pública que se traducía en cláusulas no pactadas, sino imperativamente impuestas en los contratos y que facilitaban el ejercicio del poder público unilateral sobre el contrato y el contratista, esto como presupuesto fundamental y justificativo de la pregonada sustantividad del contrato administrativo, marcando con esto fronteras y diferencias entre el contrato público y el propio de los particulares y justificando por lo tanto un régimen diferente de derecho público para el mismo.*

*En este sentido, bajo el régimen jurídico de la Ley 80 de 1993, las cláusulas excepcionales son de la naturaleza del contrato estatal en la medida que se entienden pertenecerle por mandato legal, incluso en algunos casos sin necesidad de cláusula especial. La ley de contratos estatales recoge para los mismos el concepto de elementos naturales del contrato que se señala en el artículo 1501[[15]](#footnote-15) del Código Civil. El legislador engloba estas cláusulas bajo el concepto de mecanismos de excepción para el control del objeto contractual[[16]](#footnote-16).*

*Conforme a lo dispuesto en el artículo 14[[17]](#footnote-17) de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales al celebrar un contrato se sujetan a un específico principio de legalidad en esta materia. El esquema diseñado por el legislador en el estatuto de contratos del Estado parte de la premisa de que las cláusulas excepcionales deben ser en verdad excepcionales y, por lo tanto, no de aplicación generalizada para todos los contratos que celebren las entidades estatales. El marco jurídico de este régimen permite diferenciar entre aquellos contratos en los que es inevitable entender incorporadas las cláusulas de excepción, aquellos en los que es facultativo establecerlas, y aquellos otros donde sencillamente no procede ningún tipo de poderes excepcionales de las entidades estatales frente al contratista[[18]](#footnote-18).*

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

*En estos contratos, siempre y necesariamente existirán cláusulas excepcionales, con independencia del nombre que se le dé al correspondiente contrato; si tiene por objeto los indicados en esta norma o se refiere a los tipos de contrato también expresamente indicados, no puede hacerse caso omiso del régimen de excepción.*

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

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

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

*En tratándose del tercer grupo, por simple respeto al principio de legalidad, consideramos improcedente incorporar cualquier cláusula excepcional o pensar siquiera en una aplicación de las mismas. En estos casos, la celebración y ejecución de los contratos se sujeta plenamente al derecho privado; no así la escogencia de los contratistas pues, de acuerdo con las reglas expuestas, procedería licitación pública o contratación directa, debiendo, por lo tanto, estar dominada en esta etapa contractual por los principios de planeación, transparencia y, en especial, selección objetiva.”[[19]](#footnote-19) [[20]](#footnote-20)*

1. **La caducidad como potestad excepcional al derecho común en los contratos estatales.**

Mediante el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 la ley le otorga a la administración una serie de potestades o mecanismos por medio de los cuales en ejercicio de la actividad contractual puede asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, alcanzar las finalidades estatales y garantizar la prevalencia del interés general, adoptando las medidas adecuadas para el manejo de situaciones de incumplimiento contractual.

Dentro de los mecanismos a los que se hace alusión se consagra la caducidad del contrato como una potestad excepcional al régimen de derecho común, en desarrollo del cual se faculta a la administración para que dé por terminado el contrato estatal cuando se advierta un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista que pueda afectar la ejecución de éste o conduzca indefectiblemente a su paralización.

En efecto, el artículo 18 de la ley 80 de 1993 define la figura de la caducidad contractual como aquella estipulación por virtud de la cual se le otorga competencia a la administración para que mediante un acto administrativo motivado pueda dar por terminado unilateralmente el contrato celebrado y ordenar su liquidación cuando advierta que el contratista incurrió en un incumplimiento grave de sus obligaciones que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y que se evidencie que tales hechos constitutivos de incumplimiento puedan conducir a la paralización del contrato estatal; “*evento éste caso en el cual no hay lugar a indemnizaciones, el contratista se hace acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley y se constituye el siniestro por incumplimiento”*[[21]](#footnote-21) [[22]](#footnote-22)

Así, de la normatividad se desprende que los requisitos para que la administración pueda declarar la caducidad del contrato son: i) Que se presente un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista, es decir que se trate de obligaciones esenciales; y ii) Que éste afecte de forma grave y directa la ejecución del contrato, es decir que el incumplimiento sea de tal magnitud que se haga nugatoria la posibilidad de continuar ejecutando el contrato, conduzca a la paralización de la prestación del servicio público a cargo de la administración o imposibilite el cumplimiento del objeto contractual.

Si bien entorno a éste asunto se suscitaron diversas posturas jurisprudenciales teniendo en cuenta que previamente a la expedición de la sentencia del 20 de noviembre de 2008 bajo el radicado No. 17.031 se consideraba procedente que la administración declarara la caducidad del contrato incluso en la etapa de liquidación del contrato, por medio de dicha providencia se estimó que en atención al objeto y finalidades que caracterizan la figura de la caducidad contractual su declaratoria sólo resultaba procedente en vigencia del contrato respectivo.

Al respecto ésta Corporación señaló:

*“(…)*

*El motivo legal que da lugar a la caducidad, en esencia, es el incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones que incide seriamente en la “ejecución del contrato”, de manera que, razonablemente, se infiera que no se podrá continuar con el objeto contractual y, por tanto, que no se obtendrá el fin requerido con el negocio jurídico estatal. Sus efectos, como se recuerda, consisten en la terminación del vínculo contractual, sin indemnización alguna a favor del contratista; la liquidación del contrato; la configuración del siniestro del incumplimiento y, por ende, la exigibilidad de las garantías; la efectividad de la cláusula penal pecuniaria; la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años, y en general la pérdida de los derechos que emanaban para aquél del contrato. Y, para el ejercicio de esta facultad la Administración debe analizar la gravedad del incumplimiento y el peligro que representa para la ejecución del contrato, de modo que puede abstenerse de decretarla y, en cambio, adoptar las medidas de control e intervención necesarias para superar la situación.*

*(…)*

*En este contexto,* ***al examinar nuevamente los límites temporales de este poder exorbitante, la Sala concluye que la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre éste vigente, y no durante la etapa de la liquidación, teniendo en cuenta: en primer lugar, los elementos de su definición legal; en segundo lugar, la finalidad de protección del interés público de esta medida excepcional; en tercer lugar, que la etapa de liquidación del contrato no está concebida para la adopción de la caducidad del contrato; y en cuarto lugar, que el hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo previsto en el contrato para ejecutarlo(…)***

*(…)si la declaratoria de caducidad resulta viable únicamente cuando se determina por parte de la Administración que el incumplimiento del contratista es de tal magnitud y gravedad que conducirá indefectiblemente a la paralización del contrato, o sea, que irremediablemente no se cumplirá en el tiempo esperado y requerido con el objeto contractual, ello presupone que el plazo de ejecución pactado en el mismo no se encuentre vencido, pues la lógica y dinámica jurídica de esos supuestos indica que no es posible que se afecte “la ejecución del contrato” y se presente su “paralización” cuando ya ha expirado o finalizado ese plazo para el cumplimiento regular y oportuno de las prestaciones que emanan de él. La caducidad supone, entonces, un contrato ejecutivo, en curso y de ningún modo un contrato ejecutado, cumplido o finalizado el plazo o el término fijado por las partes para llevarlo a cabo en oportunidad debida”* [[23]](#footnote-23)(Resaltado propio)

De lo citado se desprende que la finalidad primordial del ejercicio de la facultad excepcional de la caducidad es que la Administración conjure el grave incumplimiento en que incurrió el contratista y garantice el cumplimiento del objeto contractual y en últimas la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos.

Así las cosas, teniendo en cuenta los requisitos de procedencia y la finalidad primordial de la figura de la caducidad contractual, se evidencia que su ejercicio no tiene sentido alguno una vez vencido el plazo de ejecución del contrato, pues mal podría pretenderse terminar por la vía de la caducidad lo que ya se terminó por la vía de extinción del plazo, razón, entre otras, por la cual una vez que esto ha acaecido se extingue la competencia de la administración para declararla.

Posteriormente, dicha postura fue reiterada mediante la Sentencia de Unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de ésta Corporación el 12 de julio de 2012 bajo el radicado No. 15.024, providencia mediante la cual se reconoció que uno de los asuntos que más había generado inquietudes respecto de la facultad para declarar la caducidad del contrato era la competencia temporal de la administración para hacerlo, reiterando que *“la falta de competencia constituye el más grave de los vicios que puede afectar la validez de un acto y, por tal razón, puede ser declarado de oficio”[[24]](#footnote-24).*

En lo relativo a la Competencia temporal de la administración para declarar la caducidad del contrato se señaló en la precitada providencia:

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

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

*(…)*

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

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

*Como argumento final, el bien jurídico que se ampara, esto es, la ejecución del objeto contratado, no se puede proteger mediante la declaratoria de caducidad cuando el plazo para la ejecución del contrato –pactado originariamente en el contrato o en la adición u otrosí que para el respecto se suscriba– haya expirado. Si bien es cierto que en ocasiones el contratista ejecuta obras pactadas después de expirado el plazo, incluso con la aquiescencia de la entidad, tal comportamiento no genera jurídicamente extensión alguna del plazo de ejecución, puesto que un contrato que es solemne por prescripción legal[[25]](#footnote-25) –como el contrato estatal y dentro de este, por supuesto, la cláusula que establece el plazo de ejecución–, solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario, dado que la convención modificatoria está tomando el lugar del contrato originario y la solemnidad que se predica legalmente de éste, se exige para reconocer existencia, validez y eficacia a la convención que lo modifica[[26]](#footnote-26)”.*

1. **Procedimiento para la imposición de sanciones en materia de contratación estatal – Reserva legal.**

Conforme al numeral 2º del artículo 150 de la Constitución política y al ser la potestad sancionadora una manifestación del ejercicio del *Ius Puniendi* del estado, la regulación de los procedimientos para su ejercicio le corresponde exclusivamente al órgano legislativo, más no a las autoridades administrativas, ni mucho menos a los particulares en el ejercicio de la actividad contractual, siendo entonces improcedente que las autoridades administrativas fijen dichos procedimientos a través de un acto administrativo general reglamentario o que las partes los acuerden en el contrato o negocio jurídico.

De ésta forma, teniendo en cuenta que no hay una Ley especial que regule el procedimiento a seguir para la imposición de sanciones en el ejercicio de la actividad contractual de Estado, tales como las multas o la declaratoria de caducidad administrativa, se entiende que el procedimiento a seguir es el previsto en la Ley general, es decir, el consagrado en las normas del Código Contencioso Administrativo.

Así lo dispone el artículo 1º de dicho Estatuto al señalar que*“los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas, en lo no previsto en ellas se aplicaran las normas de ésta parte primera que sean compatibles”.*

Ahora, teniendo en cuenta que la Ley 80 de 1993, aplicable al presente asunto para la fecha en la que se celebraron los contratos de aporte que dieron lugar al presente litigio, es la ley que de forma especial regula el ejercicio de la actividad contractual del estado y que ésta no establece ningún procedimiento especial para la imposición de sanciones en ejercicio de dicha actividad, tales como las multas o la declaratoria de caducidad, se entiende que el procedimiento aplicable para el efecto es el previsto en el Código Contencioso Administrativo, siendo entonces improcedente que se aplique un procedimiento que ha sido convenido por las partes en el contrato.

Ya en anteriores oportunidades la esta Subsección había señalado al respecto:

*“(…)*

*La ausencia de procedimiento administrativo o las falencias normativas de los de naturaleza especial que hubiere establecido el legislador se llenan siempre y bajo cualquier circunstancia con las disposiciones de la primera parte del código contencioso administrativo, que configura en nuestro ordenamiento la gran regla general de los procedimientos administrativos.*

*Al respecto basta con recordar el viejo principio de nuestro ordenamiento jurídico en materia de procedimientos administrativos, positivizado en el inciso segundo del artículo 1 del decreto 01 de 1984, según el cual, “… Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles…”.*

*4.3.1.2.- Así las cosas, la Sala advierte que tanto la jurisprudencia[[27]](#footnote-27) como la doctrina especializada[[28]](#footnote-28) han señalado que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales, corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa, conclusión a la que se ha llegado a partir del estudio del artículo 150 de la Constitución, pues éste asigna como competencia exclusiva al legislador la expedición de códigos y, por tanto, los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.*

(…)

*4.3.1.3.- En consecuencia, mediante acto administrativo no es posible crear procedimientos administrativos que regulen las relaciones entre la Administración y el ciudadano, esto es, con efectos extra-orgánicos, y si la ley no regula esos mínimos procedimentales será preciso acudir al procedimiento general consignado en el artículo 1º del C.C.A[[29]](#footnote-29), como norma supletoria para estos casos[[30]](#footnote-30).*

(…)

*En cuanto al debido proceso en materia administrativa, como la garantía contemplada en el artículo 29 de la Constitución que tiene por objeto limitar el poder para que ninguna de las actuaciones de la Administración dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentre sujeta a los procedimientos establecidos en la ley, la jurisprudencia constitucional[[31]](#footnote-31) y la doctrina especializada[[32]](#footnote-32) han entendido que este debe estar presente en todas las actuaciones administrativas que adelanten los servidores públicos o los particulares con funciones de esta naturaleza.*

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

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

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

*(…)*

*En definitiva, según el artículo 29 constitucional, en todas las actuaciones administrativas debe garantizarse el debido proceso, regla general que también resulta aplicable en materia contractual, tanto por mandato constitucional como legal, pero siempre y cuando se hubiere garantizado a través de los senderos procesales establecidos por el legislador y ante las falencias de este, o su ausencia, como ocurre en el presente asunto aplicando de manera estricta las disposiciones de la primera parte del código contencioso administrativo, tal como se expuso ampliamente en el numeral anterior”[[37]](#footnote-37).*

**7.** **Nulidad Absoluta de los contratos o negocios jurídicos**.

En lo relativo al fenómeno de la nulidad de los actos o negocios jurídicos también ésta Subsección en reciente providencia tuvo la oportunidad de señalar:

“*La invalidez es la sanción que el ordenamiento jurídico le impone a aquellos negocios jurídicos existentes cuando sobre éstos se omite el cumplimiento de alguno o algunos de los requisitos exigidos por la ley para su valor.*

*Con otras palabras, la invalidez es el juicio negativo de valor que se le hace a un acto dispositivo de intereses con el que se vulnera una norma imperativa, las buenas costumbres o cualquier norma establecida en favor de personas susceptibles de especial protección.*

*La nulidad o juicio de valor requiere ser declarada judicialmente, pues se entiende que el acto dispositivo o negocio jurídico existe, es válido y produce a plenitud todos sus efectos hasta que el juez competente declare la nulidad destruyéndolo, razón por la cual el fallo proferido en ése sentido es de carácter constitutivo.*

*De ésta forma, tanto el negocio jurídico como el vicio existen, pero la nulidad no se configura hasta que el juez no declare su existencia.*

*Ahora, tanto la nulidad absoluta como la relativa son susceptibles de saneamiento, bien por ratificación o bien por el término de prescripción, aclarando que si la nulidad proviene de un objeto o de una causa ilícitos, no puede sanearse por ratificación.*

 *La nulidad absoluta del contrato o negocio jurídico se produce por alguno de los siguientes vicios a saber: I) Por objeto ilícito; II) Por causa ilícita; III) Por la Incapacidad absoluta de alguna de las partes y; IV) Por la omisión en el cumplimiento de algunas de las “solemnidades que la ley pida para la validez del acto en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes que lo celebran”[[38]](#footnote-38).*

*A su vez, éste tipo de nulidad puede ser alegada por las partes, por todo aquel que conozca el vicio o cualquier persona que demuestre un interés en el proceso e incluso por el Ministerio Público.*

*También puede ser declarada de oficio por el juez cuando así aparezca de forma manifiesta en el acto o contrato y cuando estén presentes todas las partes en el proceso.*

*Se considera que hay objeto ilícito o causa ilícita cuando estos se encuentran prohibidos por la Ley o son contrarios a las buenas costumbres o al orden público.*

*Ahora, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta una vez ha operado la prescripción extraordinaria ya no podrá ser declarada ni a solicitud de parte, ni de oficio, pues así lo impone el orden jurídico, que en aras de garantizar la paz social y la seguridad jurídica, “estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos”[[39]](#footnote-39)*

*(…)*

*Cuando el vicio de nulidad que aqueja al contrato no comprende sus elementos estructurales sino otros que se podrían llamar accidentales es evidente que el decreto de nulidad no destruye por entero el contrato sino la parte viciosa, cuestión esta que se desprende del principio de conservación del negocio jurídico.*

*En consecuencia, como se trata de un elemento accidental, la eliminación de este no comporta la desaparición de todo el contrato y consiguiente lo demás subsistirá y las relaciones jurídicas de las partes se regirán de acuerdo con lo convenido, exceptuando por supuesto la parte cuya nulidad se decreta”[[40]](#footnote-40).*

* 1. **De la nulidad parcial de los negocios jurídicos.**

En los términos referidos, la nulidad del negocio jurídico puede ser total o parcial, ésta última se produce cuando del determinado contrato suscrito se logra evidenciar que aún sin la parte viciada de nulidad, las partes de todos modos lo hubiesen celebrado[[41]](#footnote-41).

La finalidad principal de la nulidad parcial de los negocios jurídicos se concreta procurar su preservación, pero para que ésta sea procedente se requiere el cumplimiento de ciertos requisitos a saber: I) Que sólo una parte del negocio jurídico se encuentre viciada de nulidad; II) Que el negocio jurídico pueda subsistir sin la parte que se encuentra viciada y que las partes de cualquier forma manifiesten el *“querer”* de preservar su validez, esto es que aún sin la parte nula lo hubieran celebrado[[42]](#footnote-42).

Así las cosas, se entiende que si en un determinado contrato lo que se encuentra viciado de nulidad absoluta es una de las cláusulas contenidas en éste y el juez se percata de ése vicio pero se reúnen los requisitos previstos en la ley para que no se deba declarar la nulidad de la totalidad del negocio jurídico por haber reunido éste todos sus elementos estructurales, así como también los requisitos exigidos para su valor, puede entonces en ésta hipótesis proceder a declarar únicamente la nulidad de la cláusula viciosa.

1. **Los hechos probados.**

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-Regional Cundinamarca dio apertura a la Convocatoria Pública No. 016 de 2007 con el objeto de contratar la prestación de los servicios de protección a los niños, niñas y adolescentes con o sin discapacidad en condiciones de amenaza o vulneración de sus derechos, en favor de los cuales se hubiera decretado una medida de ubicación en un programa de atención especializada o en un medio socio familiar o institucional para el restablecimiento de sus derechos en los términos del artículo 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

El grupo de asistencia técnica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- Regional Cundinamarca dio apertura a la invitación pública No. ICBF OA-31-07 con el objeto de contratar la prestación de los servicios de protección para niños, niñas y/o adolescentes mediante contratos de aporte con el ICBF Regional Cundinamarca, en la modalidad con Discapacidad (Fols. 12 a 62 del C. No. 2).

A su vez, dio apertura a la invitación pública No. ICBF OA-22-07 con el objeto de contratar la prestación de los servicios de protección para niños, niñas y/o adolescentes, con o sin discapacidad, mediante contratos de aporte con el ICBF Regional Cundinamarca, en la modalidad ***“Protección internado EN SITUACIÓN DE PELIGRO/ ABANDONO”*** (Fols. 248 a 306 del C. No. 2).

El 23 de septiembre de 2006 tanto el defensor de familia, como la trabajadora social y la nutricionista supervisora del contrato, integrantes del Grupo de asistencia técnica del ICBF- Regional Cundinamarca, rindieron un informe de la visita realizada a las instalaciones de la demandante el 18 de septiembre de 2006, en el que se señaló que la ahora accionante no reunía los requisitos mínimos para la prestación de los servicios objeto del contrato No. 25-18-2007-631 y que no se podía iniciar con un plan de mejoramiento teniendo en cuenta que ésta había afirmado bajo la gravedad de juramento que reunía los requerimientos técnicos, administrativos y financieros para la prestación de dichos servicios (Fols. 167 a 170 del C. No. 8).

El 4 de julio de 2007 se celebró entre la demandante y el demandado el contrato de aporte No. 25-18-2007-631, por virtud del cual aquella se obligó en favor de éste a brindar la atención integral en la modalidad de Internado para la protección de niñas, niños y adolescentes con Discapacidad (Fols. 139 a 148 del C. No. 2), por un valor total de $121´408.560 (Fol. 141 del C. No. 2).

Ese mismo día se celebró entre la demandante y el demandado el contrato de aporte No. 25-18-2007-632, por virtud del cual aquella se obligó en favor de éste a brindar la atención integral en la modalidad de Protección Internado en Situación de Peligro/Abandono a niñas, niños y adolescentes (Fols. 365 a 376 del C. No. 2), Por un valor de $78´288.714 (Fol. 367 del C. No. 2).

En la **Cláusula Segunda** de ambos contratos se fijaron como obligaciones especiales a cargo del contratista i) Respetar y salvaguardar los derechos fundamentales de los niños según el artículo 44 de la Constitución Política, la Convención Internacional de los derechos del niño, el Código del Menor y demás normas pertinentes; ii) Brindar la atención objeto del contrato conforme al nivel de desarrollo de los usuarios, sus características personales y familiares, el Decreto 2737 de 1890, lo estipulado en las normas del ICBF, los lineamientos técnico administrativos vigentes y los estándares de estructura, proceso y resultado fijados por éste; iii) contar con la disponibilidad de 36 cupos para la regional de Cundinamarca, más los 5 cupos adicionales ofertados bajo su responsabilidad (41 cupos para el contrato No. 25-18-2007-632); iv) Abrir una carpeta para cada uno de los menores incluyendo su historia sociofamiliar, sus valoraciones periódicas, las actuaciones de cada uno de los profesionales o funcionarios que intervengan en desarrollo del Plan de Atención Integral Individual – PLATIN-; v) garantizar que todos los menores cuenten con un registro civil o realizar las gestiones pertinentes para ellos; vi) Garantizar que todos los menores cuenten con el Esquema Nacional de vacunación y realizar las gestiones requeridas en caso de que éste incompleto; vii) Coordinar la afiliación de los menores al Sistema General de Seguridad Social en Salud y garantizar el acceso oportuno a todos los servicios médicos y odontológicos y el suministro de medicamentos; viii) Gestionar la vinculación de los menores a programas de educación formal y adelantar las gestiones de nivelación y esfuerzo escolar; ix) Coordinar, gestionar y desarrollar con los menores proyectos de vivienda independiente; x) Contar con el personal requerido para ejecutar el objeto del contrato; xi) Adelantar estrategias de atención interdisciplinaria que involucren a las familias de los menores teniendo en cuenta sus contextos particulares; xii) identificar oportunamente situaciones que pongan en riesgo la vida, integridad física, emocional y mental de los menores y en caso de tener conocimiento de algún evento de maltrato o violencia sexual presentar la respetiva denuncia; xiii) Elaborar y entregar al equipo técnico del ICBF o al juez competente los informes de seguimiento de los niños a su cargo; xiv)implementación sistemas de mejoramiento continuo en la prestación del servicio de atención; xv) Aceptar la asesoría que proporcionen los equipos técnicos interdisciplinarios del ICBF y seguir sus recomendaciones; xvi) Entregar mensualmente los registros primarios mediante comunicaciones y actos administrativos establecidos por el ICBF; xvii) presentar los respectivos informes ante el supervisor; xviii) facilitar la revisión trimestral de los cupos contratados y efectivamente atendidos; vix)Permitir la participación de los organismos de control; xx) informar cualquier modificación a las instalaciones físicas; xxi) informar previamente al ICBF en caso de suspender los servicios de atención, ubicar a los menores en otra institución bajo su cuidado, devolver los menores al ICBF, permitir el ingreso de estudiantes, periodistas, etc…, permitir la realización de entrevistas a los menores con fines periodísticos, investigativos, entre otros; xxii) realizar el pago de los aportes a salud y parafiscales y presentar los respectivos documentos que lo acrediten y; xxiii) Mantener una valla visible donde se indique el Servicio Público de Bienestar Familiar y el No. de línea nacional; y xxiv) cumplir con las instrucciones del supervisor y demás obligaciones (Fols. 58 y 59 (cto. 631) y 69 y 70 (cto. 632) del C. No. 5).

Por medio de la **Cláusula Cuarta** de ambos contratos se fijó como plazo de duración del contrato el término de tres (3) meses y medio contados desde el 16 de julio de 2007 (Fols. 141 (Cto.631) y 367 (Cto. 632) del C. No. 2).

A través de la **Cláusula Décimo Quinta**, relativa a las **Sanciones por incumplimiento** de ambos contratos las partes convinieron mediante el Numeral 15.3 que en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista el ICBF podría declarar la caducidad del contrato conforme a lo previsto en la normatividad vigente.

Por su parte, mediante la **Cláusula Décima Sexta** de ambos contratos las partes convinieron el procedimiento a seguir en caso de declaratoria de incumplimiento parcial o total de las obligaciones a cargo de la contratista en los siguientes términos a saber:

*“****DÉCIMA SEXTA. PROCEDIMIENTO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO****: Ante el incumplimiento total o parcial del presente contrato, y, de algunas de sus obligaciones, el ICBF adelantará el siguiente procedimiento: 16.1) Requerirá a EL CONTRATISTA por escrito, cuando se perciba el no cumplimiento oportuno de una o varias obligaciones pactadas y le exigirá en plazos ciertos y perentorios que cumpla con las obligaciones que está incumpliendo. 16.2) Si ante este primer requerimiento, EL CONTRATISTA persiste en el incumplimiento o no cumple dentro del plazo pactado, requerirá por segunda vez a EL CONTRATISTA por escrito y con plazos perentorios y ciertos, remitiendo copia de dicho requerimiento al Grupo Jurídico de la Regional o Agencia y a la compañía aseguradora. 16.3) Si persiste el incumplimiento, el interventor y/o supervisor solicitará la imposición de la sanción correspondiente a la(sic) Grupo Jurídico de la Regional o Agencia, a través del envío de los siguientes documentos: (i) Concepto técnico donde precise la(s) obligaciones incumplidas, el valor de ejecución al que corresponde tal incumplimiento, y, los daños y perjuicios que el incumplimiento está o(sic) puede generar. (ii) copia de las diferentes comunicaciones cruzadas entre EL CONTRATISTA y el interventor y/o supervisor sobre el particular, y (iii) las demás pruebas documentales pertinentes al caso, con copia de dicha solicitud a la compañía aseguradora. 16.4) El acto administrativo a través del cual se impongan las sanciones a que haya lugar se notificará a EL CONTRATISTA acorde con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo. 16.5) En firme la Resolución sancionatoria se comunicará al Grupo Administrativo y Financiero el proceso adelantado para que efectúen los descuentos a que haya lugar. Igualmente se comunicará ésta decisión, a la compañía aseguradora, a las demás dependencias interesadas en el proceso y a la Cámara de Comercio”* (Fols. 144 (Cto.631) y 372 (Cto. 632) del C. No. 2).

El 16 de julio de 2007 se elaboró un informe técnico de la entrega de menores a la institución Asolucez con ocasión del contrato No. 25-18-2007-631 en el que la supervisora del contrato puso de presente el incumplimiento de los requerimientos necesarios para la prestación de los servicios contratados a los menores con discapacidad (Fols. 175 a 178 del C. No. 8).

Por medio del informe elaborado en ésa misma fecha frente al contrato No. 25-18-2007-632 se señaló que la entidad tampoco cumplía con los requisitos mínimos para la prestación de los servicios contratados en favor de las menores en situación de peligro o abandono (Fols. 332 a 336 del C. No. 8).

En Acta de supervisión de la visita que se realizó en las instalaciones de la entidad el 18 de julio de 2007 y que tuvo por objeto la *“Aplicación de Estándares verificación de datos consignados en la propuesta”, tanto* la supervisora del sistema de supervisión de los contratos de aporte suscritos por el ICBF, Leonor Enríquez como su equipo señalaron algunas inconsistencias en la ejecución del contrato No. 25-18-2007-631,referidas fundamentalmente a que la institución no estaba suministrando a los menores los implementos de vestuario y aseo, que la comida suministrada era de muy mala calidad, que la fundación no contaba con consultorios de servicios médicos, ni de odontología, y que las instalaciones presentaban condiciones de aseo, espacio y organización deficientes (Fols. 87 a 89 del C. No. 5).

En el Informe del 23 de julio de 2007 respecto del contrato No. 25-18-2007-632 con ocasión de la visita realizada a las instalaciones de la entidad el grupo de asistencia del demandado señaló que la institución no reunía los requisitos para la prestación de los servicios contratados, vulnerando con ello los derechos de las menores en situación de peligro o abandono (Fols. 327 a 331 del C. No. 8).

A través de la comunicación del 24 de julio de 2007 radicada bajo el No. 005799 la Asolucez dio respuesta a las observaciones presentadas señalando que no había suministrado el vestuario en razón a que se encontraba gestionando la lista de tallaje y género; que los alimentos suministrados eran comprados en almacenes de cadena teniendo sumo cuidado de su fecha de fabricación y vencimiento; que según el contrato no se exigía la inclusión de exámenes médicos en las hojas de vida; que la fundación sí tenía un consultorio médico; que los espacios de vestuario se encontraban en los dormitorios que se había reubicado la planta física para solucionar los problemas de espacio en favor de los menores, que se les realizaron exámenes médicos y que se estaban organizando actividades de esparcimiento en su favor (Fols. 81 y 82 del C. No. 5).

Por medio del Oficio Radicado bajo el No. 018929 del 25 de julio de 2007 el Grupo Jurídico del ICBF Regional Cundinamarca le informó a la contratista que en atención a los informes de las visitas realizadas a las instalaciones de la institución daría apertura a una actuación administrativa que podía culminar con la declaratoria de caducidad de los contratos de aporte Nos. 25-18-2007-631 y el No. 25-18-2007-632 y puso en conocimiento los hallazgos encontrados requiriéndola para que presentara los descargos respectivos (Fols. 83 a 86 del C. No. 5).

A través del informe de visita a la institución del 26 de julio de 2007, radicado bajo el No. 11-30000-119 integrantes del Grupo de Asistencia técnica del ICBF Regional Bogotá señalaron:

*“(…)*

*Se encontró que estaban atendiendo 36 niños discapacitados (13 niñas y 23 niños), circunstancia que nos llamó la atención puesto que quienes practicamos la visita para otorgar licencia de funcionamiento, orientamos a la representante legal respecto a que este inmueble no reunía condiciones para la atención de discapacitados, por los espacios tan reducidos; por esta razón el PAI que presentó la institución planteaba como objetivo la atención de niños en peligro o abandono, motivo por el cual la modalidad de atención referida en el informe técnico en el que se rindió concepto favorable para conceder licencia de funcionamiento fue de: internado de protección para niños de 2 a 14 años.*

*Al requerir a la Representante Legal – Directora de la Asociación en el sentido que la Licencia de Funcionamiento no la facultaba para atender discapacitados puesto que los requerimientos locativos, de equipo y el PAI son diferentes, manifestó que los estatutos registrados en e l ICBF le permiten atender niños con o sin discapacidad (...) Al respecto, se revisó la Resolución No. 3451 del 06 de diciembre de 2006 y se verificó que no precisa la modalidad de atención para la cual se otorga la Licencia de Funcionamiento y, en la copia de los estatutos presentada en el objetivo se plantea la atención de niños con o sin discapacidad.*

*(…)*

***CONCLUSIONES:***

*1. La capacidad instalada para dormitorios solo permite una cobertura máxima de treinta y seis (36) niños, en camarotes, lo cual puede no ser funcional para discapacitados. El área del inmueble no admite más adecuaciones para dormitorios puesto que configuraría hacinamiento.*

*2. La carencia de equipos requeridos para terapia física y de espacio para recreación son limitantes para el debido cumplimiento de los estándares de estructura y de proceso.*

*3. La ubicación de las duchas de los baños exteriores para los niños, en el primer piso debe replantearse para facilitar esta labor; de igual manera disponer de un área de vestuario para quienes presentan mayor discapacidad.*

*4. Las áreas asignadas para terapia ocupacional, del lenguaje y sicológica son aceptables.*

*5. Mientras permanezcan los niños en la institución es recomendable que se practiquen visitas en los momentos de la cotidianidad que no han sido observados.*

*CONCEPTO:*

*Teniendo en cuenta que la Institución no tiene Licencia de Funcionamiento para discapacidad, debe agilizar los trámites con la Secretaría de Salud para que practique la visita en la expectativa de que sea habilitada como IPS. Así mismo, debe solicitar un nuevo concepto sanitario para esta modalidad de atención. Cumplido este proceso solicitar a la Regional Bogotá, Licencia para Discapacidad adjuntando los respectivos documentos”* (Fols. 160 a 164 del C. No. 8 de pruebas).

En comunicación del 2 de agosto de 2007 Radicada bajo el No. 041966 la Representante legal de Asolucez le informa a la Directora General del ICBF sobre las actuaciones desplegadas con ocasión del contrato No. 25-18-2007-632, señalando entre otros hechos:

*“(…)*

*El día 16 de Julio de 2007 se reciben los niños, niñas y jóvenes con discapacidad por parte de la Fundación ACONIR en presencia de la Dra. Leonor Enríquez Bucheli quién presentó una actitud poco objetiva en el momento de la entrega de los niños, manifestando con llanto e informando al representante legal de dicha institución que ésta decisión no era de ella sino de la regional (…)*

*Luego, al llegar los jóvenes a la fundación ASOLUCEZ al grupo técnico del ICBF, a cargo de la Dra. Enríquez Buchelli, se mostró inconforme por las instalaciones, teniendo como punto de referencia a MYA, sin tener en cuenta que la fundación ASOLUCEZ es una institución relativamente nueva en la ejecución de estos contratos, pero cabe aclarar que la fundación NO ESTA IMPROVISANDO Y TIENE PREVIO CONOCIMIENTO DE LAS NORMAS Y ESTANDARES EXIGIDOS POR EL ICBF(…)”*

Por último, manifestó su inconformidad con el contenido del acta suscrita por la supervisora del contrato con ocasión de la visita del 18 de julio de 2007, afirmando que ésta había sido elaborada por fuera de las instalaciones de la entidad, a la hora del almuerzo y sin la presencia de algún funcionario para su respectivo consenso y aclaración (Fols. 90 y 91 del C. No. 5).

El 16 de agosto de 2007 el Grupo de Asistencia Técnica del ICBF Regional Bogotá elaboró un informe de visita a la institución con ocasión del contrato No. 25-18-2007-632 en el que se puso de presente que la contratista no contaba con la licencia de funcionamiento ni con los requisitos mínimos requeridos para la prestación de los servicios contratados (Fols. 318 a 321 del C. No. 8).

Mediante la comunicación radicada bajo el No. 021520 del 23 de agosto de 2007 tanto la señora María Mercedes Contreras Carrillo en su calidad de defensora de familia de Zipaquirá y la señora Yolima Galeano Galeano en su calidad de Psicóloga solicitaron ante el Director Regional del ICBF el traslado urgente de las menores que estaban siendo atendidas en la fundación Asolucez con ocasión del contrato No. 25-18-2007-632 señalando que ésta estaba vulnerando sus derechos fundamentales al no suministrarles los servicios de atención contratados, pues no les entregó ropa ni implementos de aseo, no realizaba actividades de distracción educación o talleres y las instalaciones presentaban malas condiciones de ventilación e iluminación, aseo y organización (Fols. 165 y 166 del C. No. 8 de pruebas).

A través del Oficio No. 25-20000-021520- Radicado Bajo el No. 025492 del 28 de septiembre de 2007 el Director del ICBF Regional Cundinamarca le informó a la señora María Mercedes Contreras Carrillo que 27 de las menores habían sido trasladadas a diferentes instituciones y que las 7 menores restantes *“se evadieron durante su estadía en Asolucez”* (Fol. 322 del C. No. 8).

Al respaldo del acta referida la Representante Legal de la Sociedad Asolucez manifestó:

*“Yo Luz Esperanza Forero identificada con c.c. 35´510.901 de suba No Firmó la presente acta por lo allí expuesto, además realizaré el descargo respectivo y recordamos que a la fecha de la visitar(sic) van 2 días”* (Fol. 89 vto. del C. No. 5).

A través de comunicación del 28 de agosto de 2007 radicada bajo el No. 00669 tanto la Señora Freicy Johanna Castro Sánchez en su calidad de Psicóloga de la Universidad Cooperativa de Colombia, como la señora Fernanda Jiménez González en su calidad de Trabajadora Social Fundación Universitaria Monserrate, quienes trabajaron en la Institución Asolucez con ocasión del contrato No. 25-18-2007-632 solicitaron ante la Supervisora del contrato de Protección Regional Cundinamarca el traslado inmediato de las menores a la Fundación Servicio Juvenil Bosconia donde antes les estaban prestando los servicios de atención y protección, señalando que éstas no se encontraban en las condiciones propicias para su bienestar y desarrollo adecuado, que se sentían insatisfechas, desmotivadas y aburridas y exponiendo las irregularidades presentadas en la prestación de los servicios, que se concretan en la inexistencia de medicamentos de urgencia, el no suministro de útiles escolares ni vestuario, cancelación de salidas lúdico pedagógicas por falta de transporte, no colaborar con el suministro de la información requerida para los trabajos psicosociales en los menores, descuido de la coordinadora del programa, consumo de alcohol por parte de la Directora de la institución en presencia de las menores, indiferencia ante las gestiones de los funcionarios, instalaciones en malas condiciones tales como inexistencia de agua caliente, zonas de recreación, materiales de trabajo, de zonas para lavar y extender la ropa, condiciones de humedad, maltrato psicológico de menores que rompieron los vidrios e intentaron escapar de la institución (Fols. 92 a 94 del C. No. 5).

Mediante Comunicación del 25 de septiembre de 2007 Radicada bajo el No. 007519 Asolucez presentó descargos frente a las diversas quejas e informes presentados, afirmando que no había vulnerado los derechos de los menores a su cargo con ocasión de los contratos celebrados (Fols. 95 a 102 del C. No. 5).

Mediante las Resoluciones Nos. 3818 (Fols. 118 a 140 del C. No. 5) y 3819 (Fols. 141 a 163 del C. No. 5) del 9 de octubre de 2007 el Director Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Cundinamarca declaró la Caducidad de los contratos de aporte Nos. 25-18-2007-631 y del No. 25-18-2007-632 argumentando que la sociedad contratista había incurrido en un incumplimiento de las obligaciones previstas en los numerales Nos. 1), 2) y 3) del artículo 2º de dichos contratos, decisiones que fundó en los diferentes informes presentados como producto de las visitas realizadas a la institución y las normas aplicables al asunto.

Contra dichas Resoluciones la Sociedad accionante instauró los recursos de reposición (Fols. 232 a 240 del C. No. 5), los cuales fueron resueltos a través de las Resoluciones Nos. 4791 (Fols. 164 a 174 del C. No. 5) y la No. 4792 (Fols. 175 a 186 del C. No. 5) del 28 de diciembre de 2007 en el sentido de confirmarlas en todas y cada una de sus partes.

Los recursos de reposición interpuestos por la Compañía Aseguradora Seguros del Estado S.A. (Fols. 446 a 460 del C. No. 8) en contra de las Resoluciones Nos. 3818 y 3819 del 9 de octubre de 2007 fueron resueltos a través de las Resoluciones Nos. 0014 (Fols. 187 a 205 del C. No. 5) y 0015 de 2008 (Fols. 205 a 226 del C. No. 5).

1. **La solución del caso concreto.**

La actora en su demanda pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 3818 del 9 de octubre de 2007, de la No. 4791 del 28 de diciembre de 2007 y de la No. 0014 del 11 de enero de 2008, mediante las cuales, respectivamente, se declaró la caducidad del Contrato de aporte No. 25-18-2007-631 y se resolvieron los correspondientes recursos de reposición interpuestos tanto por la contratista, como por la Compañía Aseguradora Seguros del Estado S.A. y de las Resoluciones Nos. 3819 del 9 de octubre de 2007, de la No. 4792 del 28 de diciembre de 2007 y de la No. 0015 del 11 de enero de 2008, por medio de las cuales, respectivamente, se declaró la caducidad del contrato de aporte No. 25-18-2007-632 y se resolvieron los correspondientes recursos de reposición interpuestos tanto por la contratista como por la Compañía Aseguradora Seguros del Estado S.A.

Funda sus pretensiones de nulidad en que dichos actos se expidieron con mala fe; con falsa motivación al fundarse en una única visita realizada a las instalaciones de la entidad y en las quejas presentadas por exfuncionarias de ésta que no eran objetivas; con violación al debido proceso al no observar el procedimiento convenido por éstas a través de la cláusula 16 de ambos contratos de aporte, con abuso o desviación de poder y con objeto y causa ilícita.

El Tribunal de primera instancia declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 3818 y 3819 del 9 de octubre de 2007 y las Nos. 4791 y 4792 del 28 de diciembre de 2007, mediante las cuales, respectivamente, se declaró la caducidad administrativa de los contratos de aporte Nos. 25-18-2007-631 y el No. 25-18-2007-632 y se resolvieron los correspondientes recursos de reposición; y accedió parcialmente a las pretensiones indemnizatorias afirmando que dichos actos habían sido expedidos con violación al debido proceso al no observarse el procedimiento fijado por las partes mediante la cláusula No. 16.

Pues bien, tal como se explicó en líneas anteriores, resulta del todo improcedente que las partes establezcan en el contrato el procedimiento a seguir para imponer sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, pues según el No. 2º del artículo 150 de la Constitución Política dicha facultad se encuentra exclusivamente en cabeza del órgano legislativo, de forma tal que cualquier estipulación contractual encaminada a regular éste tipo de procedimientos se encontrara viciada de nulidad absoluta.

De ésta forma, mal podía el Tribunal de primera instancia declarar la nulidad de las Resoluciones impugnadas señalando que éstas habían sido proferidas con violación al debido proceso al no observarse el procedimiento fijado por las partes a través de la Cláusula No. 16 de los contratos suscritos, pues el procedimiento aplicable no era el fijado o acordado por las partes en el contrato sino el previsto en la Ley general, esto es, el Código Contencioso Administrativo.

Así las cosas, teniendo en cuenta que no es posible pactar una cláusula a través de la cual se regule el procedimiento a seguir para la imposición de sanciones en caso de incumplimiento del contrato en tanto dicha facultad se encuentra exclusivamente reservada al legislador, aquellos contratos que contengan una cláusula en ése sentido se encontraran viciados de nulidad absoluta, siendo innecesario que por ese vicio necesariamente deba declararse la nulidad de todo el contrato.

Por estas razones, y las que atrás se expresaron es que la Cláusula Décima Sexta de los contratos de aporte Nos. 25-18-2007-631 y el No. 25-18-2007-632 celebrados entre las partes de este litigio es absolutamente nula, pues su pacto no resulta procedente por éstas siendo la regulación del procedimiento para imponer sanciones una facultad exclusivamente delegada al legislador por vía constitucional y legal.

Como la nulidad de esta cláusula Décimo Sexta, convenida en iguales términos en ambos contratos suscritos no implica la de todo su contenido, el decreto oficioso de la nulidad sólo comprenderá aquel aspecto.

Y como así no lo vio ni lo decidió el Tribunal de primera instancia, la sentencia apelada deberá ser revocada para en su lugar declarar la nulidad absoluta de la Cláusula Décimo Sexta del Contrato de aporte No. 25.18-2007-631 y la Cláusula Décimo Sexta del contrato de aporte No. 25-18-2007-632.

* 1. Por otro tanto, se encuentra demostradoque la Sociedad accionante incurrió en un incumplimiento grave de las obligaciones a su cargo con ocasión de los contratos de aporte celebrados con el ICBF- Regional Cundinamarca, circunstancia que se vio acreditada no solamente a través de los diversos informes presentados por las funcionarias supervisoras del contrato, sino también por el grupo de asistencia técnica de dicha entidad y de las quejas y solicitudes de traslado presentadas por profesionales que prestaban sus servicios, incumplimientos que se ven agravados cuando de por medio se encuentra en juego la garantía y la protección de los derechos y la integridad física y psicosocial de los menores.

En efecto, de las pruebas allegadas se logró demostrar que la ahora accionante no obstante al presentar su propuesta afirmó bajo la gravedad de juramento que reunía las condiciones técnicas y administrativas para la prestación de los servicios contratados, de las visitas efectuadas por los supervisores y las demás quejas presentadas se logró determinar que ésta no cumplía con las condiciones mínimas requeridas para ello, poniendo a los menores en circunstancias de vulneración a sus derechos fundamentales y lesionando su integridad física, emocional y psicosocial.

Así las cosas y atendiendo a los incumplimientos graves en los que incurrió la sociedad contratista, para la Sala es claro que el accionado no sólo ostentaba la facultad funcional para declarar la caducidad de los contratos suscritos mediante los actos administrativos que ahora se impugnan, siendo ésta la autoridad encargada para propender por la defensa y garantía de los derechos fundamentales de los menores, sino también la competencia temporal para ello, pues para la fecha en que dichos actos se expidieron, esto es, el 9 de octubre de 2007, aún se encontraba vigente el plazo inicialmente convenido para la ejecución de ambos contratos de aporte.

No es cierto, como equivocadamente lo afirma la accionante que los actos administrativos impugnados hubieran sido expedidos con violación al debido proceso, pues tal como se precisó en líneas anteriores el procedimiento para la imposición de sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista no podía ser el convenido por las partes mediante la cláusula décimo sexta, sino el contenido en el Código Contencioso Administrativo.

Pero además de las pruebas allegadas se demostró que con anterioridad a la imposición de la sanción el accionado sí garantizó el derecho al debido proceso, pues le informó a la interesada que daría inicio a un procedimiento administrativo por los incumplimientos graves en los que estaba incurriendo, le otorgó la oportunidad para que expresara sus puntos de vista y ejerciera su derecho de defensa presentando las pruebas que estimara convenientes y controvirtiendo los informes y las quejas que habían sido presentadas en su contra y le notifico oportunamente el contenido de las Resoluciones por medio de las cuales declaró la caducidad del contrato, estando éstos actos debidamente motivados.

Las Resoluciones impugnadas tampoco fueron expedidas con mala fe o falsa motivación, pues dicha decisión se adoptó una vez acreditado el incumplimiento grave en el que estaba incurriendo la contratista y con base en los diferentes informes presentados por los integrantes del grupo de asistencia técnica de la institución, los supervisores del contrato y las quejas presentadas por diferentes profesionales, psicólogos, trabajadores sociales, nutricionistas, entre otros, quienes propendían por la protección y garantía de los derechos fundamentales de los menores destinatarios de los servicios de protección y atención contratados.

En la expedición de los actos administrativos impugnados el accionado tampoco incurrió en abuso o desviación de poder, pues adoptó su decisión con base en los diversos documentos a través de los cuales se demostró el incumplimiento grave en el que estaba incurriendo la contratista, en ejercicio de sus facultades legales, con fundamento en las normas jurídicas vigentes y con la finalidad de proteger y garantizar los derechos fundamentales de los menores que estaban siendo vulnerados.

Las razones expuestas resultan suficientes para afirmar que el demandado no sólo ostentaba la capacidad funcional sino temporal para declarar la caducidad de los contratos de aporte suscritos y que los actos administrativos por medio de los cuales adoptó dicha decisión fueron expedidos con sujeción al derecho al debido proceso, de buena fe, estuvieron debidamente motivados y se fundaron en las normas jurídicas vigentes.

Ahora, no encontrando acreditado ninguno de los cargos de nulidad alegados por la accionante lo que se impone en el presente asunto es un fallo denegatorio de las pretensiones de la demanda.

Y como así no lo vio ni lo decidió el Tribunal de primera instancia la sentencia apelada deberá ser revocada para en su lugar declarar la nulidad de la Cláusula Décimo Sexta del contrato de aporte No. 25-18-2007-631 y de la Cláusula Décimo Sexta del contrato de aporte No. 25-18-2007-632, negar las pretensiones de la demanda y mantener incólume la presunción de legalidad de la que se encuentran revestidas las Resoluciones Nos. 3818 y 3819 del 9 de octubre de 2007 y las Nos. 4791 y 4792 del 28 de diciembre de 2007.

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

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia apelada cual quedará así:

1. **DECLARAR** la nulidad de la Cláusula Décima Sexta del contrato de aporte No. 25-18-2007-631 por las razones expuestas en ésta providencia.
2. **DECLARAR** la nulidad de la Cláusula Décima Sexta del contrato de aporte No. 25-18-2007-632 por las razones expuestas en ésta providencia.
3. **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.
4. **ORDENAR** se compulsen copias a la Fiscalía General de la Nación para que investigue si al presentar su propuesta la accionante afirmó bajo la gravedad de juramento que reunía las condiciones técnicas y administrativas para la prestación de los servicios contratados.

**SEGUNDO: DEVOLVER**  el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Presidente de la Sala de Sección C Magistrado**

1. Folios 3 a 26 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 49 y 50 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 75 a 101 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 105 a 107 del C. No.1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 109 y 110 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Diario Oficial No. 46691 del 16 de julio de 2007. [↑](#footnote-ref-6)
7. ***“Artículo******33.****Vigencia. La presente ley empieza a regir seis (6) meses después de su promulgación, con excepción del artículo 6° que entrará a regir a los dieciocho (18) meses de su promulgación.*

***Parágrafo 1****°. En tanto no entre en vigor el artículo 6° de la presente ley las entidades podrán verificar la información de los proponentes a que se refiere el numeral 1 del artículo 5° de la presente ley.*

***Parágrafo 2****°. Los artículos 9° y 17 entrarán a regir una vez se promulgue la presente ley”.* [↑](#footnote-ref-7)
8. Artículo 2º de la Constitución Política. [↑](#footnote-ref-8)
9. Artículo 365 de la Constitución Política. [↑](#footnote-ref-9)
10. Artículo 365 de la Constitución Política. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 8 de agosto de 2012, Exp. 23.358. [↑](#footnote-ref-11)
12. Esta es la redacción con que quedó la norma después de la modificación que le introdujo el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-12)
13. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tesis Doctoral. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Universidad Carlos III de Madrid. http://hdl.handle.net./10016/8339. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, en Banco de datos jurídicos, cit.: “El interés público implícito en la contratación estatal afecta de tal manera este instituto jurídico que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la prominencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general...” (Original del texto que se cita). [↑](#footnote-ref-14)
15. Código Civil. Artículo 1501. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales (Original del texto que se cita). [↑](#footnote-ref-15)
16. Sobre el ejercicio de cláusulas excepcionales y su carácter limitado, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de febrero de 2012, Rad: 19730. […] la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley. Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos y que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general. Así que entonces, una vez celebrado el contrato, la ejecución del objeto contractual resulta siendo la finalidad que debe ser atendida primordialmente por las partes contratantes y es por esto que resulta contrario a la prestación del servicio público y por ende al interés general la posibilidad de terminar los contratos estatales unilateralmente y de manera discrecional o ad nutum. Con otras palabras, las estipulaciones para dar por terminado el contrato unilateralmente y de manera discrecional, que hoy en día encuentran cabida con mayor vigor en el derecho privado, no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden.”

Consultar entre otras, las Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 18 de marzo de 2004, Rad: 15936, Sentencia del 21 de abril de 2004, Rad. Nº 10875, Sentencia del 21 de abril de 2004, Rad. Nº 12852, Sentencia del 20 de octubre de 2005, Rad. Nº 14579, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Sentencia del 5 de diciembre de 2007, Rad. N° 16704, Sentencia del 1 de diciembre de 2008, Rad. N° 15603, Sentencia del 23 de abril de 2009, Rad. N° 16372, Sentencia del 17 de marzo de 2010, Rad.N° 18394, Sentencia del 7 de octubre de 2010, Rad. N° 18496, Sentencia del 24 de enero de 2011, Rad: 15940, Rad: 17557, sentencia del 8 de mayo de 2013, Rad: 24510, sentencias del 23 de junio de 2013, Radicados 26637 y 24580 (Original del texto que se cita). [↑](#footnote-ref-16)
17. Ley 80 de 1993. Artículo 14 De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo [77](http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0080_93.HTM#77) de esta ley (Original del texto que se cita).

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales (Original del texto que se cita). [↑](#footnote-ref-17)
18. En lo relativo a la sujeción al derecho del debido proceso en materia sancionadora del estado o en ejercicio de facultades excepcionales y con sujeción a la Doctrina asentada sobre el tema por el Tribunal Constitucional, se ha señalado: “[…] con anterioridad a la imposición de la sanción debe concedérsele al interesado la oportunidad para que exprese sus puntos de vista y ejerza su derecho de defensa y es por esta razón que no es suficiente que esas decisiones estén debidamente motivadas y que sean notificadas, pues hay un procedimiento de imperativo cumplimiento que debe surtirse en todas las actuaciones administrativas para garantizar el debido proceso. […] no sólo se declaró la caducidad del contrato sin que el contratista pudiera ser oido previamente, sino que también sin haber sido notificada esa decisión, la Asamblea Departamental de Casanare procedió de inmediato, y por supuesto también sin audiencia de aquel, a liquidar unilateralmente el contrato, comportamiento este que nuevamente viola el derecho al debido proceso del señor Luis Carlos Leonel Jiménez López. Estas vulneraciones sucesivas del derecho al debido proceso implican que los mencionados actos sean nulos así como aquellos otros actos administrativos que negaron la revocatoria directa, aprobaron la liquidación unilateral del contrato y resolvieron el recurso de reposición que se interpuso contra ésta determinación.” Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 25 de julio de 2011,CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad: 19150. Ver entre otras, Consejo de estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de abril de 2011, Rad: 17259, sentencia del 8 de junio de 2011, Rad: 17858, sentencia del 21 de febrero de 2011, Rad:16105, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Original del texto que se cita). [↑](#footnote-ref-18)
19. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. En: Revista Digital de Derecho Administrativo. En: Revista De Doctrina, Jurisprudencia, Legislación Y Práctica  (Argentina)*,* 2008, v.67 p.33 – 83 (Original del texto que se cita). [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 18 de marzo de 2015, Exp. 33.223. [↑](#footnote-ref-20)
21. *Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio “Esta definición representa una importante modificación frente al régimen anterior del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 61 a 6520), en el que la caducidad se encontraba establecida por la ocurrencia de varios supuestos establecidos en causales que no reflejaban la esencia de este instituto, pues, además de proceder por el incumplimiento de las obligaciones del contratista del que se derivaran consecuencias que hicieran imposible la ejecución del contrato o causaran perjuicios a la entidad pública contratante (art. 62 - f), podía declararse por la muerte o la incapacidad física permanente del contratista, o su interdicción judicial, o la disolución de la persona jurídica contratista, o su incapacidad financiera” (original del fallo que se cita).*  [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 6 de mayo de 2015, Exp. 35.766. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031, Sentencia del 10 de marzo de 2011, Exp 16.856, entre otras. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 1999, Exp. 10.196, Sentencia del 15 de abril de 2010, Exp. 18.292. [↑](#footnote-ref-24)
25. *“Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. (…)” “Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”* [↑](#footnote-ref-25)
26. El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla al señalar que: *“[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, de suerte que el consentimiento mutuo para modificar o adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales, por ende a las solemnidades, que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente n.° 15596 (Original del fallo en cita) [↑](#footnote-ref-26)
27. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010. Expediente: 36054. Véase también, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias Sentencia C – 252 de 1994. En igual sentido, la Sentencia C – 229 de marzo 18 de 2003 (Original del fallo que se cita) [↑](#footnote-ref-27)
28. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Op., cit.,*  pp. 182 a 190. [↑](#footnote-ref-28)
29. Artículo 1 del Código Contencioso Administrativo: *“…los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean aplicables”* (Original del fallo que se cita) [↑](#footnote-ref-29)
30. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Exp. 36054 (Original del fallo que se cita) [↑](#footnote-ref-30)
31. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-150 de 1993, SU-620 de 1996, T-249 de 2011(Original del fallo que se cita) [↑](#footnote-ref-31)
32. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Op., cit.,*  pp. 72-74(Original del fallo que se cita) [↑](#footnote-ref-32)
33. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-788 de 2002(Original del fallo que se cita) [↑](#footnote-ref-33)
34. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-983 de 2010(Original del fallo que se cita) [↑](#footnote-ref-34)
35. Todas estas garantías han sido objeto de estudio por la jurisprudencia constitucional, que las ha clasificado según el momento en que se deban proteger. En palabras de la Corte Constitucional, el derecho al debido proceso administrativo está amparado por dos tipos de garantías, las mínimas previas, que son aquellas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras; y de otro lado las garantías mínimas posteriores, que se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa. *Ibídem.* En este sentido véase también la Sentencia C-089 de 2011(Original del fallo que se cita) [↑](#footnote-ref-35)
36. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de junio de 2010, Expediente: 16367, Sentencia del 30 de marzo de 2011, Expediente 20917 y Sentencia del 26 de julio de 2011, Expediente: 21318(Original del fallo que se cita) [↑](#footnote-ref-36)
37. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 21 de marzo de 2012, Expediente: 39.477. [↑](#footnote-ref-37)
38. ALARCÓN ROJAS Fernando, “*La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos”*, Ed. Universidad Externado de Colombia, año 2011, pág. 249. [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 9 de abril de 2015, Expediente. 31.274. [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril de 2013, Expediente 23.042. [↑](#footnote-ref-40)
41. ALARCÓN ROJAS Fernando, ob., cit., Pág. 255. [↑](#footnote-ref-41)
42. ALARCÓN ROJAS Fernando, ob., cit., Pág. 256. [↑](#footnote-ref-42)