

LIQUIDACIÓN UNILATERAL – Decaimiento del acto administrativo

La Resolución [...] por medio de la cual liquidó unilateralmente el contrato [...] se profirió como consecuencia de la caducidad del negocio jurídico [...], acto administrativo que por las razones expuestas en el acápite anterior será declarado nulo, circunstancia que genera, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 -, el decaimiento del acto de liquidación unilateral.

PERJUICIO MORAL EN MATERIA CONTRACTUAL – Noción

En relación con los perjuicios morales reclamados por la parte actora, resulta pertinente establecer, como lo señaló la Corporación en sentencia del 8 de febrero de 2001, que en materia contractual es perfectamente válido que el Juez condene por concepto de perjuicios morales causados con ocasión de la actividad contractual estatal, no obstante, dicho reconocimiento está condicionado, al igual que la indemnización por cualquier otro tipo de perjuicio, a la prueba de su existencia. [...] Así las cosas, sin duda alguna la prueba del perjuicio es condición necesaria para que proceda su restablecimiento y como quiera en el presente asunto la parte demandante no acreditó la existencia de los perjuicios morales, no habrá lugar a concederlos.

CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL – Efectos

La caducidad administrativa de los contratos estatales es una potestad exorbitante cuyo ejercicio conlleva la terminación de la relación contractual, sin derecho a que el contratista respectivo pueda percibir indemnización; consecuentemente, le genera a este inhabilidad para celebrar contratos con entidades estatales; tal declaratoria resulta constitutiva del siniestro de incumplimiento, el cual es necesario para hacer efectivas las garantías respectivas y da lugar a la imposición y ejecución de la cláusula penal pecuniaria, si ésta fuere pactada en el respectivo contrato.

CLÁUSULAS EXORBITANTES – Contrato de prestación de servicios

Por su parte, el inciso 2º del numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, dispone que pactar la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de prestación de servicios y de suministro constituye una facultad discrecional de las partes, en ese sentido, la Administración únicamente podrá ejercer los poderes que devienen de tales cláusulas cuando éstas se hubieren pactado expresamente en el correspondiente contrato.

PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL – Interpretación de demanda

[E]n aplicación del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial, corresponde a la Sala interpretar la demanda y establecer la intención de la parte actora en relación con el tema. [...] Así las cosas, partiendo de la facultad - deber que le asiste al juez para interpretar la demanda y para desentrañar la intención de quien demanda en aquellos casos en los cuales exista duda o incomprensión, procede la Sala a analizar cuál fue el propósito de la parte demandante al hacer referencia a aspectos relacionados con “la inhabilidad para laborar con el Estado” que le fue impuesta como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato de prestación de servicios [...].

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá D. C., veintisiete (27) de junio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1996-14924-01(24559)

Actor: EDNA KAROLINA CUELLAR PEREZ

Demandado: INSTITUTO PARA LA SEGURIDAD SOCIAL Y BIENESTAR DE LA POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida el 5 de febrero de 2003 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se dispuso:

“1. DECLARAR LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES No. 290 del 2 de abril de 1997, No. 768 del 2 de julio de 1997 a través de las cuales el Director General del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, declaró la caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 de agosto de 1996, y de los artículos primero y segundo de la resolución No. 768 de 2 de julio de 1997 en la parte correspondiente al referido contrato.

Condenar al INSTITUTO PARA LA SEGURIDAD SOCIAL Y BIENESTAR DE LA POLICIA NACIONAL a pagar a la señora EDNA CAROLINA CUELLAR PEREZ, como perjuicios materiales la suma de CINCO MILLONES OCHOCIENTOS DIECISIETE MIL SETECIENTOS PESOS MCTE. (\$5.817.700.00)

3. Niéganse las demás súplicas de la demanda.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 25 de agosto de 1997, la señora Edna Karolina Cuéllar Pérez, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda ordinaria para solicitar que, previa citación de la parte demandada y del Ministerio Público, se declare la nulidad de la Resolución No. 290 del 2 de abril de 1997, por medio de la cual el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional declaró la caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la garantía única de cumplimiento y ordenó la liquidación del negocio jurídico. Así mismo, solicitó que se declare la nulidad de la Resolución No. 768 del 2 de julio de 1997, a través de la cual el Instituto demandado liquidó de manera unilateral el referido contrato de prestación de

servicios.

Consecuencialmente y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la parte demandada a pagar a su favor *“las sumas líquidas de dinero que se establezcan dentro del proceso por concepto de perjuicios morales y materiales, tanto por daño emergente como por lucro cesante”*.

De manera subsidiaria, solicitó que se condene a la parte demandada a pagar *“el valor de seiscientos mil (\$600.000,00) mensuales (sic), desde día tres (3) de abril de 1997 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, debidamente actualizado ese valor conforme al índice de precios al consumidor, nivel de ingresos medios, según lo certifique el DANE”*.

Pidió que, cualquiera sea la pretensión que se acoja, se condene a la parte demandada a pagar a su favor *“el valor de los intereses comerciales moratorios sobre las sumas de dinero reconocidas en la sentencia, liquidados al doble de la tasa del interés que cobran los bancos en los créditos ordinarios de libre asignación, por el lapso comprendido entre el 3 de abril de 1997, cuando a la contratista se le impidió prestar el servicio y el día de ejecutoria del fallo que el ponga fin al proceso”*.

Finalmente, solicitó que se ordene a la parte demandada cumplir la sentencia de conformidad con los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y que se la condene a pagar a su favor los gastos procesales y las costas del proceso.

1.1. Hechos.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, la parte demandante expuso los que la Sala se permite resumir de la manera que sigue:

El 28 de agosto de 1996, entre el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y la señora Edna Karolina Cuéllar Pérez, se suscribió el contrato No. 573, en virtud del cual la contratista se obligó a prestar sus servicios profesionales como instrumentadora quirúrgica de la entidad.

El 2 de abril de 1997, la señora Edna Karolina Cuéllar Pérez se presentó a prestar sus servicios normalmente, sin embargo, debido a que ese día los empleados de la entidad iniciaron una asamblea permanente, no pudo hacerlo.

El mismo día, el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional “*en forma intempestiva*” declaró la caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996.

El 2 de julio de 1997, el Instituto demandado, mediante Resolución No. 768 y dándole cumplimiento a lo dispuesto en el acto de caducidad, liquidó el contrato.

La parte demandante solicitó copia auténtica de los actos administrativos demandados y de su constancia de notificación y ejecutoria, no obstante lo cual los documentos no le fueron entregados debido a que la entidad demandada se estaba trasladando a una nueva sede.

Por último, afirmó la parte actora que hasta la fecha de presentación de la demanda no le habían sido cancelados los servicios que prestó durante el último mes de vigencia del contrato.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

En este acápite de la demanda la parte actora señaló que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984-, cuando de una actuación administrativa iniciada de oficio se desprende que hay particulares que pueden verse afectados en forma directa, corresponde a la Administración comunicarles de la existencia de dicha actuación y del objeto de la misma, lo cual debe hacerse tan pronto como se inicie el procedimiento, para permitirle al afectado una participación eficaz que le garantice su derecho de defensa.

En ese sentido, alegó la parte demandante que el acto administrativo por medio del cual se declaró la caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996 se expidió en forma irregular, por cuanto la entidad pretermitió íntegramente el procedimiento consagrado en el artículo 28 del Decreto 01 de 1984 para tales efectos, ya que guardó silencio sobre la actuación administrativa que de manera oficiosa se habría iniciado y, posteriormente, se sorprendió a la contratista con la notificación de la sanción.

Adujo también que la Resolución No. 290 del 2 de abril de 1997, por medio de la cual se declaró la caducidad del ya mencionado contrato de prestación de servicios debe anularse, por cuanto se profirió con fundamento en una actuación administrativa ilegal que violó el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991.

Al respecto, indicó que el acto administrativo demandando se sustentó en unos hechos cuyo único soporte lo constituye un informe, el cual, según consideró, es una prueba nula de pleno derecho, en tanto que se obtuvo a espaldas de la parte afectada y, por tanto, con violación de los principios de publicidad y contradicción.

Manifestó que el informe se produjo por fuera del procedimiento legal pertinente, en tanto que *“si se pretendía darle efectos a esa prueba para sustentar la caducidad, previamente ha debido ordenar que se iniciara el procedimiento administrativo con ese fin, comunicar esa decisión a la interesada y después sí producir la prueba, ponerla en conocimiento de la contratista para que pudiera controvertirla y, finalmente, valorarla teniendo en cuenta todos los asuntos que hubieran surgido alrededor de esta prueba, como lo ordena el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo”*.

Mencionó también que, según lo previsto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la caducidad del contrato sólo puede declararse en aquellos eventos en los cuales el incumplimiento afecte de manera grave la prestación del servicio y se evidencie que pueda conducir a su paralización, sin embargo, aseguró que no era este el caso, por cuanto la asamblea permanente que adelantaron los empleados de la entidad accionada fue una situación eminentemente temporal que no dependía de la contratista y que terminó cuando se llegó a un acuerdo entre quienes participaron en ella y los directivos del Instituto.

Señaló que con el acto administrativo de caducidad y con el de la liquidación del contrato se violaron los artículos 4, 5 y 8 de la Ley 153 de 1998; el artículo 1603 del Código Civil, el Preámbulo y los artículos 2, 4, 25, 29, 58, 83 y 209 constitucionales, los artículos 4, 5, 8 y 9 de la Ley 80 de 1993 y las demás normas concordantes.

Explicó que las violaciones por las cuales se demanda hacen alusión a dos temas, el primero, a la violación del derecho de defensa y, el segundo, al pago del tiempo de inactividad laboral por la imposibilidad de percibir los honorarios o emolumentos que como contratista del Estado la demandante estaba en

posibilidad real y jurídica de percibir e inclusive los intereses causados desde la fecha en que terminó el servicio. En cuanto a este aspecto se refiere, indicó que como la caducidad genera una inhabilidad para contratar con el Estado por cinco años, ese lapso debe ser indemnizado.

En ese orden de ideas, señaló que en virtud de la protección de la propiedad privada consagrada en el artículo 58 constitucional, la Administración está en la obligación de proteger los derechos que emanan de la relación contractual a favor del particular que como colaborador le presta sus servicios.

Finalmente, en relación con el derecho de defensa, expresó que este es un desarrollo del principio de la buena fe consagrado de modo general en el artículo 1603 del Código Civil, al igual que en los artículos 4, 5, 8 y 9 de la Ley 80 de 1993, preceptos todos que son de obligatoria aplicación en el asunto *sub judice*, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 a 8 de la Ley 153 de 1887¹.

1.3. El trámite de la primera instancia

Previa corrección de la demanda², ésta fue admitida por auto del 23 de octubre de 1997³ y notificada en legal forma al Ministerio Público el 11 de noviembre de 1997⁴ y a la entidad demandada el 19 de marzo de 1998⁵.

1.4. La contestación de la demanda

Dentro del término legal dispuesto para ello, la parte demandante contestó la demanda para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones; en cuanto a los hechos narrados aceptó unos y negó otros y como razones de la defensa expuso, en suma, las siguientes:

Que la parte demandante no demostró las razones que soportarían las pretensiones de la acción, en tanto que *“realizó una mezcla de solicitudes, sin limitarse realmente a la razón de su ataque tomando visos de varias acciones contencioso administrativas sin concreción alguna”*.

¹ Folios 1 a 20 del expediente.

² Por auto del 11 de septiembre de 1997 se ordenó corregir la demanda en cuanto al número del primer acto administrativo demandado, error que fue subsanado por la parte demandante dentro del término que fue dispuesto para tales efectos por el *a quo* (Folios 23 y 24 del expediente).

³ Folios 26 del expediente.

⁴ Reverso folio 26 del expediente.

Señaló que los actos administrativos demandados son totalmente independientes, pues nada tiene que ver la liquidación de los contratos con la declaratoria de caducidad, por cuanto ésta no es una consecuencia de la primera, dado que siempre que el contrato termina, cualquiera sea su causa, debe liquidarse.

En cuanto a la expedición irregular del acto administrativo de caducidad, sostuvo que la afirmación de la parte actora en el sentido de señalar que correspondía a la Administración informar a la contratista acerca de la actuación administrativa que culminó con la adopción de dicha medida era falsa, toda vez que del mismo contrato es posible deducir que ella sabía perfectamente la situación a la que se vería avocada por el hecho de no prestar el servicio al que se había comprometido, razón por la cual consideró que no era posible alegar la vulneración del derecho de defensa, pues, a su juicio, *“la Administración, sólo necesitaba constatar el grave incumplimiento del contrato para proceder a la declaratoria de caducidad, no era para nada necesaria la aquiescencia de la contratista pues al suscribir el contrato facultó a la administración para proceder como lo hizo, en caso que se diera la situación prevista”*.

Adicionalmente, señaló que el acto administrativo de carácter particular y concreto fue notificado a la demandante con el propósito de respetar su derecho a la defensa, en tanto que con tal actuación se le dio la oportunidad para que interpusiera los recursos de ley que considerara pertinentes.

En lo que concierne al cargo de violación del debido proceso, arguyó que la parte actora no fue clara en la apreciación de este aspecto, por cuanto partió de premisas que no eran ciertas. En ese sentido, indicó que la nulidad del informe al que se hizo alusión en la demanda debió debatirse a través de los recursos procedentes en contra del acto administrativo por medio del cual se declaró la caducidad administrativa del contrato de prestación de servicios, trámite en el que, según afirmó, *“se invierte la carga de la prueba y la señora instrumentadora debió demostrar, o que asistió normalmente a prestar sus servicios en cumplimiento de la obligación contractual, o que tuvo poderosos e insalvables obstáculos que le impidieron asistir al sitio en que debía dar cumplimiento al objeto del contrato”*.

En ese mismo sentido, aseguró que *“las pruebas que soportan la caducidad se controvierten en la Vía Gubernativa como un todo que hace parte del trámite administrativo, no se*

⁵ Folio 30 del expediente.

requiere una instancia anterior para la declaración de la caducidad, eso equivaldría a crearle una instancia más al actuar de la administración, lo que a todas luces si (sic) sería causal para afirmar una violación flagrante del debido proceso y una violación igualmente grave a los principios que rigen la Ley 80 de 1993, especialmente el de la transparencia y la economía. El acto condición para la procedencia de la declaratoria de caducidad es un grave hecho perturbador durante la ejecución del contrato. Y qué más hecho grave perturbador de tal ejecución que la no prestación del servicio sin justificación alguna”.

Adicionalmente, manifestó la parte demandada que no es posible afirmar que la asamblea permanente a la que se refiere la actora hubiera sido un hecho momentáneo que no afectaba gravemente la ejecución del contrato, ya que, debido a la clase de servicio y a las personas a las cuales estaba dirigida su prestación, se puso en peligro la vida de los pacientes usuarios del servicio de salud de la Policía Nacional, pues éstos se vieron afectados por el retraso en la realización de cirugías programadas con anterioridad.

Indicó también la parte demandada que de ser cierto que los asambleístas le hubieran impedido el ingreso a la contratista, ésta habría dejado constancia de tal novedad, pero que, por el contrario, *“lo que es real es que la contratista acompañaba a los asambleístas en sus demostraciones de inconformidad, es decir, desplegó una actividad sindical que a ella como contratista no le estaba legalmente permitida...”*.

Por último, en lo que al acta de liquidación del contrato concierne, señaló que ésta no guarda relación con la declaración de caducidad. Expresó que el de liquidación es un acto administrativo plenamente válido que se expidió de conformidad con las normas legales, por autoridad competente, que no se hizo sobre la base de una falsa motivación, pues se profirió en cumplimiento de una obligación legal y, además, que con él no se buscaron fines ocultos⁶.

1.5. Alegatos de conclusión

Vencido el término probatorio, mediante auto del 24 de septiembre de 2002 se ordenó correr traslado a la partes para que alegaran de conclusión⁷, término procesal del que únicamente hizo uso la demandante para insistir en los argumentos de la demanda⁸.

⁶ Folios 37 a 44 del expediente.

⁷ Folio 102 del expediente.

2. La sentencia impugnada

La Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia proferida el 5 de febrero de 2003, resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. Para ello, expuso, en síntesis, que con la expedición de la Resolución No. 290 del 2 de abril de 1997, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato de prestación No. 573 del 28 de agosto de 1996, el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional violó el derecho al debido proceso de la contratista por dos razones, la primera, porque se le impidió defenderse y, la segunda, porque la resolución acusada se basó en una prueba que la parte demandante no tuvo la oportunidad de controvertir.

Señaló que como la Resolución No. 768 del 2 de julio de 1997, por medio de la cual se liquidó el contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, se profirió con ocasión de la declaratoria de caducidad del contrato, ésta debe también dejarse sin efectos.

En cuanto a los perjuicios morales reclamados señaló el *a quo* que no se accedía a su reconocimiento, por cuanto “*la jurisprudencia para estos casos no lo acepta*”.

En lo que respecta a los perjuicios materiales, reconoció, debidamente indexados a la fecha de la sentencia de primera instancia, el valor de los honorarios dejados de percibir durante el tiempo que hacía falta para culminar el contrato⁹.

3. La impugnación

3.1. De la parte demandante

La parte demandante presentó recurso de apelación con el objeto de que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia en lo que respecta a las pretensiones que no fueron concedidas y a los perjuicios materiales para que se aumente su valor.

⁸ Folios 103 a 106 del expediente.

⁹ Folios 110 a 118 del expediente.

Señaló que a pesar de que se declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, se denegó el reconocimiento de los perjuicios morales y la cuantía que se reconoció a título de perjuicios materiales es inferior a la solicitada, por cuanto no se accedió al reconocimiento del lucro cesante, de los intereses ni de las costas y, además, por considerar que existe un error aritmético en la aplicación del IPC.

Indicó que la Ley 80 de 1993 no regula lo concerniente a la indemnización de perjuicios morales y materiales y que, por tanto, para ello es necesario remitirse a lo que al respecto regula el Código Civil, normativa de conformidad con la cual el resarcimiento debe ser completo y, por ello, denegar a la contratista la indemnización correspondiente al concepto de perjuicios morales viola ese precepto y desconoce el principio de equidad.

Por otra parte, manifestó que resulta imperativo el reconocimiento pleno de los perjuicios ocasionados a la contratista, dada la pérdida temporal de la oportunidad para celebrar contratos, no sólo con la entidad pública demandada, sino con las demás entidades públicas con las que podía contratar hallándose legalmente habilitada para ese efecto antes de ocurrir el hecho dañoso.

Adujo que el reconocimiento que realizó el *a quo* a título de restablecimiento del derecho es mínimo y que no guarda proporción con la magnitud de los perjuicios causados. En ese sentido, arguyó que para efectos de tasar la indemnización debe tenerse en cuenta que como consecuencia de los actos administrativos anulados, la actora fue inhabilitada para contratar con el Estado por un término de 5 años, *“circunstancia que generó enormes perjuicios morales, como la afectación de su buen nombre como persona social, el deterioro de su honra, la merma de su prestigio profesional y el desasosiego de su núcleo familiar que repercute también en ella, dada la gravedad y trascendencia de esa ilegal sanción”*.

En cuanto a la condena en costas, señaló que, según lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, corresponde al juez examinar si efectivamente se realizaron gastos con el propósito de hacer efectivo el derecho reconocido en la sentencia y determinar cuáles son los gastos que se deben imputar a cada parte.

Al respecto, indicó que la sentencia apelada infringió el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, el cual modificó el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo,

así como los artículos 1626 y 1629 del Código Civil, normas éstas últimas que determinan que el pago efectivo es la satisfacción de lo que se debe, en este caso la indemnización, incluyendo los gastos que genera el trámite del proceso judicial, gastos que debe asumir el deudor *“sin perjuicio de los que el juez ordenare acerca de las costas judiciales”*.

Argumentó que debido a que la demandante incurrió en diferentes gastos, tales como la cancelación de honorarios, los costos de notificaciones, el valor de las copias, entre otros y que la parte accionada se *“opuso obstinadamente al derecho reclamado en la demanda, invocando tesis jurídicas contrarias a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, lo cual acredita lo necio de la oposición, manteniendo esa tenaz oposición a la realidad jurídica, es procedente la condena en costas”*¹⁰.

3.2. De la parte demandada

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada solicitó, a través del recurso de apelación, que la providencia se revoque en su integridad y que, en consecuencia, se nieguen las pretensiones de la demanda.

Como sustento de su solicitud, aseveró que la sentencia de primera instancia se había fundamentado en la ausencia de pruebas acerca de que la demandante hubiera participado en el cese de actividades que adelantaron los funcionarios de la entidad, frente a lo cual señaló que al revisar la lista de asistentes, documento que se tuvo en cuenta para declarar la caducidad administrativa del contrato de prestación de servicios, se podía constatar la participación de la contratista en tales actividades.

Por otra parte, señaló que debido a que la labor contratada tenía relación directa con los derechos fundamentales de vida, integridad personal, derechos de los niños, entre otros, cualquier circunstancia que afectara el servicio de salud que prestaba la entidad debía ser considerada como grave. En ese sentido, afirmó que si una persona deja de prestar sus servicios en una institución hospitalaria, el daño podría ser muy lesivo, pero si de lo que se trata es de una parte considerable del personal médico, entonces el daño resulta evidente.

¹⁰ Folios 120 a 126 del expediente.

Adujo que en los actos administrativos demandados se dejó constancia de los procedimientos que no pudieron practicarse a varios pacientes, como consecuencia directa de la no prestación del servicio por parte de la demandante, lo que, aunado a la ausencia de las demás personas, demostraba la afectación grave del servicio, la cual no ha sido desvirtuada.

Señaló también que, como quedó consignado en los actos administrativos demandados, durante el cese de actividades varias personas ingresaron a la Institución y no suspendieron la prestación del servicio. En consecuencia, no encuentra la razón por la cual la demandante no hubiera podido hacerlo.

Manifestó el Instituto demandado que debe tenerse en cuenta que el cese de actividades fue declarado ilegal por el Ministerio del Trabajo y que dicho acto administrativo se encuentra en firme.

Con sustento en las anteriores circunstancias, afirmó el Instituto que no está desvirtuada la legalidad de los actos administrativos acusados, cuya motivación se habría basado en la declaratoria del ilegalidad del cese de actividades, en las actas firmadas por los manifestantes, en la verificación tomada por la entidad en presencia de testigos y avalada por las actas de visita realizada por los delegados del Ministerio de Trabajo, cuyas copias informales indicó que aportaba *“por sí no reposan en el expediente”*¹¹.

8. El trámite de la segunda instancia

Los recursos presentados dentro del término legal dispuesto para ello fueron admitidos por auto del 27 de abril de 2003¹² y, ejecutoriado éste, mediante proveído del 28 de mayo de la misma anualidad¹³ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, término procesal del que sólo hizo uso la entidad demandada para insistir en los argumentos del recurso¹⁴.

II.- CONSIDERACIONES

¹¹ Folios 120 a 128 del expediente.

¹² Folio 161 del expediente.

¹³ Folio 163 del cuaderno principal.

¹⁴ Folios 164 a 170 del expediente.

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por la subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 5 de febrero de 2003, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en treinta y seis millones de pesos (\$36'000.000) por concepto de daños materiales, mientras que el monto exigido al momento de su presentación¹⁵ para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de trece millones cuatrocientos sesenta mil pesos (\$13'460.000) (Decreto 597 de 1988).

Sumado a lo anterior, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su artículo 75¹⁶ prescribe, expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa y como quiera que en este caso el contrato en virtud de cuya ejecución se expidieron los actos administrativos demandados se suscribió entre un particular y un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa¹⁷, dable es concluir que esta Jurisdicción es competente para asumir el conocimiento de la demanda instaurada en su contra.

2. Aspecto preliminar

Toda vez que la entidad pública contratante fue el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar Social de la Policía Nacional y que éste, con posterioridad a la presentación de la demanda - 25 de agosto de 1997 -, se suprimió mediante la Ley 352 de 1997¹⁸, se debe determinar entonces cuál fue la entidad que lo sucedió

¹⁵ 25 de agosto de 1997 (Folio 20 del expediente).

¹⁶ Art. 75, Ley 80 de 1993. "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa."

¹⁷ Artículo 1º del Decreto 352 de 1994, derogado por el artículo 65 de la Ley 352 de 1997.

¹⁸ Ley 352 de 1997: "ARTÍCULO 53. SUPRESIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS. Ordénase la supresión y liquidación de los establecimientos públicos denominados Instituto de Salud de las Fuerzas Militares e Instituto para la Seguridad Social y bienestar de la Policía Nacional, creados mediante el Decreto 1301 del 22 de junio de 1994 y la Ley 62 del 12 de

procesalmente. Para esto es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, normativa a la cual se remite la Sala de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 -.

“Artículo 60. Sucesión procesal. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador.

Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.

“El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

“El auto que admite o rechaza a un sucesor procesal es apelable.

“Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil, se decidirán como incidentes.” (Destaca la Sala).

Según esta norma, en uno de sus supuestos - el que interesa a este caso -, en el evento que se extinga la persona jurídica que es parte en el proceso, el sucesor de ésta deberá continuar con la posición procesal que ocupaba aquella. Incluso, si no comparece al proceso éste continuará y producirá sus efectos, como si hubiere hecho parte del mismo.

En el caso concreto, para establecer cuál es la entidad pública que sucedió en el proceso por pasiva, corresponde hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 133 del 19 de enero de 1998, *“por el cual se dictan normas para la liquidación del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional”*.

“Artículo 4o. Las condenas que se produzcan con posterioridad a la liquidación del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, Inssponal, en los procesos que se sigan o se estén siguiendo contra la entidad se observarán las siguientes reglas:

agosto de 1993, respectivamente, dentro de un plazo máximo de un año, contado a partir de la vigencia de la presente ley.

PARÁGRAFO 1o. Los institutos seguirán cumpliendo sus respectivas funciones hasta tanto las Fuerzas Militares y la Policía Nacional puedan asumir plenamente las funciones asignadas en el título I. Las actividades, estructura y planta de personal de los institutos se irán reduciendo progresivamente hasta desaparecer en el momento en que finalice su liquidación, garantizando la continuidad de la vinculación del personal en los términos del artículo siguiente.

PARÁGRAFO 2o. Durante el proceso de liquidación se aplicarán a los institutos en liquidación las normas contractuales, presupuestales y de personal propias de los establecimientos públicos”.

1. Aquellas originadas en desarrollo de los programas de Educación, Recreación, Deporte, y Vivienda Fiscal, responderá la Nación-Policía Nacional. Las originadas en desarrollo del programa de Salud durante la vigencia del Decreto 1301 de 1994 y hasta el 31 de diciembre de 1997, serán asumidas con cargo a los recursos del Fondo Cuenta Subsistema de Salud de la Policía Nacional.

2. Aquellas originadas en desarrollo del programa de Vivienda propia y de la administración de cesantías del Nivel Ejecutivo, responderá el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional”.

De conformidad con lo anterior, será la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional - quien se vincule a los efectos de esta decisión, entidad que fue justamente la que asumió la defensa del proceso desde el momento mismo de la contestación de la demanda.

3. Las pruebas que obran en el proceso

3.1. Aportadas por la parte demandante

Junto con la demanda la parte actora aportó los siguientes documentos:

Copia simple de la Resolución No. 290 del 2 de abril de 1997, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, celebrado entre la entidad demandada y la señora Edna Karolina Cuéllar Pérez¹⁹.

Copia simple de la Resolución 768 del 2 de julio de 1997, por medio de la cual se liquidó de manera unilateral, entre otros contratos, el No. 573 del 28 de agosto de 1996, celebrado entre la entidad demandada y la señora Edna Karolina Cuéllar Pérez²⁰.

3.2. Aportadas por la parte demandada

Previo requerimiento del Tribunal *a quo*, la parte demandada, mediante oficio presentado el 8 de agosto de 2001, allegó al proceso el documento denominado “RELACION DE CIRUGIAS CANCELADAS EL DIA 02 DE ABRIL DE 1997”²¹.

¹⁹ Folios 1 a 3 del cuaderno de pruebas.

²⁰ Folios 4 a 6 del cuaderno de pruebas.

²¹ Folios 13 a 16 del cuaderno de pruebas.

4. Valor probatorio de los documentos aportados en copia simple por la parte demandante y que no pudieron obtenerse en copia auténtica, por obra de la parte demandada

Encuentra la Sala que los actos administrativos acusados fueron aportados en copia simple por la parte demandante, circunstancia que, en principio, implicaría que en este caso se profiriera un fallo inhibitorio por desconocimiento de lo previsto en el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo, norma con sustento en la cual es posible concluir que, para que la acción dirigida en contra de un acto administrativo prospere, constituye requisito ineludible que éste obre en copia auténtica en el proceso, pues de lo contrario, ante la ausencia del acto o ante la falta de mérito probatorio del documento que lo contenga, resulta imposible para el operador jurídico realizar un análisis de fondo respecto de la legalidad del acto administrativo acusado.

En ese sentido, la norma en comento exige que con la demanda el actor aporte *“Una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución”*. Adicionalmente, la misma disposición señala que se reputan copias auténticas las publicadas en los medios oficiales y si la publicación se ha hecho por otros medios, será necesaria la autenticación del funcionario correspondiente. Sólo en el evento en el que el acto administrativo no haya sido publicado o la autoridad deniegue la copia o la certificación sobre su publicación, el ordenamiento jurídico permite su no aportación al proceso siempre y cuando se expresen las anteriores circunstancias en la demanda, *“con la indicación de la oficina en la que se encuentra el original o del periódico en el que se hubiere publicado, a fin de que se solicite por el ponente antes de la admisión de la demanda”*.

En este caso encuentra la Sala probadas las siguientes circunstancias:

La parte demandante manifestó en el texto del libelo introductorio que solicitó ante la demandada copia de los actos administrativos acusados con constancias de notificación y ejecutoria, pero que los documentos no le fueron entregados por cuanto la entidad estaba trasladándose a una nueva sede. En tal virtud, pidió al Tribunal que, de manera previa a la admisión de la demanda, solicitara al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, que enviara en copia auténtica los referidos documentos, petición a la que no se le dio trámite.

Adicionalmente, la parte actora allegó junto con la demanda copia simple de los actos administrativos acusados, al tiempo que solicitó como prueba que se oficiara a la demandada para que “*remita al proceso los antecedentes administrativos de los actos demandados*”, prueba que fue decretada mediante proveído del 15 de noviembre de 1998²² y para cuya práctica se libró el oficio No. 99-5-457 del 7 de mayo de 1999²³.

Debido a que al vencimiento del plazo otorgado para allegar los documentos la entidad demandada no los aportó, el a quo, mediante oficio No. JJ-2001-5-180 del 25 de julio de 2001²⁴, la requirió nuevamente para que diera cumplimiento a lo ordenado en ese sentido en el auto de 15 de noviembre de 1998, no obstante lo cual la demandada, sin justificación alguna, se abstuvo de dar cumplimiento a la obligación y se limitó a remitir únicamente una prueba que fue solicitada por ella misma - “*RELACION DE CIRUGIAS CANCELADAS EL DIA 02 de Abril de 1997*” - y en la cual se sustentaron varios de los argumentos de su defensa²⁵.

Así entonces, si bien es cierto los documentos contentivos de los actos administrativos demandados fueron aportados por la parte demandante en copia simple, circunstancia que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, implicaría que a éstos no se les pudiera otorgar mérito probatorio alguno, no lo es menos que en el asunto que se examina está demostrado que la parte actora fue diligente en su actuar, pues solicitó que la entidad accionada aportara copia auténtica de dichas pruebas documentales, no empero, éstas no se allegaron debido a la conducta asumida por la demandada. Ante la actitud renuente y omisiva de la entidad pública demandada, considera la Sala que debe darse aplicación al precedente jurisprudencial de la Corporación, según el cual, resulta posible otorgarle eficacia probatoria a las copias simples en aquellos casos en los cuales las copias auténticas no pudieron obtenerse por razón de la conducta endilgable a la entidad en cuyo poder se encontraba la documentación. Lo anterior para evitar que resulten premiadas maniobras que afecten, entre otros, el principio de lealtad procesal:

“La Sala considera que cuando una de las partes no cumple con el deber de aportar la copia auténtica de un documento cuyo original se encuentra en su poder o legalmente bajo su guarda y archivo, corre con el riesgo y los efectos que con su conducta

²² Folio 55 del expediente.

²³ Folio 82 del expediente.

²⁴ Folio 97 del expediente.

²⁵ Folios 11 a 16 del cuaderno de pruebas.

omisiva pretendió evitar, que, en el presente caso, se concreta en tener como susceptible de valoración la copia remitida por la parte que desplegó todas las gestiones que estuvieron dentro de su esfera material y jurídica para que la misma fuera remitida al proceso en las condiciones formales requeridas, y dado que el estudio de la misma interesa al proceso en su conjunto.

Es decir que el incumplimiento o renuencia en aportar el documento en dichas condiciones legales pese a la orden judicial proferida por el a quo en tal sentido, acarrea como consecuencia en aplicación del principio de la comunidad de la prueba que deba otorgársele valor o mérito probatorio a las copias aportadas con la demanda, solución procesal que restablece el equilibrio de las partes en el proceso, y que se sustenta en los principios constitucionales de igualdad procesal (art. 13 C.P.), del debido proceso y derecho de defensa (art. 29 de la C.P), y de presunción de buena fe respecto de ellas (art. 83 C.P.), honrando con ella además los deberes de probidad, lealtad procesal y colaboración de las partes en el proceso (art. 71 del C. de P. Civil)”²⁶.

De conformidad con lo anterior, en aplicación de los principios de lealtad procesal y de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y, además, en consideración a que la parte demandada no tachó de espurios los actos administrativos aportados en copia simple por la parte actora, ni refutó la transcripción literal que de ellos se hizo en el texto mismo de la demanda, la Sala, atendiendo la pauta jurisprudencia a la que viene de hacerse referencia, les otorgará plena eficacia demostrativa y, en consecuencia, procederá, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, a pronunciarse de fondo acerca de la legalidad de tales actos administrativos y, posteriormente, si es de caso, respecto de las reclamaciones de resarcimiento presentadas por la parte demandante en su recurso de apelación.

5. La ausencia del documento contentivo del contrato estatal

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993²⁷, en concordancia con lo previsto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo²⁸ - Decreto 01 de 1984 -, la acción de controversias contractuales

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de abril de 2007, expediente AG-025, Magistrada Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁷ Ley 80 de 1993: “**Artículo 77º.-** De la Normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

²⁸ Decreto 01 de 1984: “Artículo 87.- Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

puede comprender diferentes pretensiones a condición de que tengan por origen un contrato. En consecuencia, ésta es la acción pertinente para obtener la nulidad de la Resolución No. 290 del 2 de abril de 1997, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, así como la nulidad de la Resolución No. 768 del 2 de julio de 1997, por medio de la cual se lo liquidó unilateralmente y, lo es también, para debatir las demás condenas consecuenciales.

Como ya en otras oportunidades lo ha señalado la Corporación, dado que a través de la acción de controversias contractuales es posible ventilar cualquier conflicto que se suscite no solamente en el contrato mismo, sino también en torno a los actos contractuales que con motivo de éste se expidan o los hechos que se presenten en su ejecución y cumplimiento, *“constituye presupuesto sine qua non para la prosperidad de las pretensiones que por esta vía procesal se incoen, que se acredite dentro del proceso la existencia del contrato origen de la controversia, salvo, claro está, cuando lo que se solicite sea la declaración de existencia del mismo, dado que, el contrato como fuente obligacional generadora de los derechos y obligaciones de las partes, es el que permite que el juzgador pueda analizar la materia de la acción, esto es, que el contenido de aquél se encuentre ajustado a ley o que los hechos que se presenten en su ejecución y cumplimiento y los actos contractuales que se expidan con motivo del mismo estén acordes con lo pactado y con las disposiciones jurídicas a él aplicables”*²⁹.

En el expediente cuyo estudio constituye la base para el pronunciamiento que en esta oportunidad corresponde emitir a la Sala, no obra el documento contentivo del contrato estatal con sustento en el cual se habrían expedido los actos administrativos demandados, circunstancia que, en principio y de conformidad con lo que acaba de señalarse, daría lugar a que se nieguen las pretensiones de la demanda.

No obstante lo anterior, tal y como quedó esbozado en el acápite que antecede, en este caso la parte actora, en el libelo introductorio, solicitó de manera expresa que se oficiara a la demandada para que remitiera a este proceso *“los antecedentes administrativos de los actos demandados y además **la copia auténtica del contrato de Prestación de Servicios Profesionales**, suscrito entre la Entidad demandada y la demandante”*

(...)

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente radicado bajo el número interno 16211, C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

(se destaca), prueba que a pesar de haber sido decretada³⁰ y de haberse librado el oficio correspondiente para su práctica³¹, no fue allegada por la entidad accionada, no obstante haber sido requerida formalmente para tales efectos³².

Dadas las circunstancias antes descritas, considera la Sala que si bien el documento contentivo del contrato estatal no obra en el proceso, las consecuencias adversas de su ausencia no pueden ser atribuidas a la parte actora, pues además de que ésta fue diligente y ajustada a la ley en su actuar al solicitar de manera oportuna que se oficiara a la accionada para que aportara la copia auténtica del contrato estatal que se encontraba en su poder, fue la demandada quien resolvió, sin que mediara justificación alguna, omitir el cumplimiento de la obligación que le impuso el *a quo* en ese sentido al decretar la prueba y al librar el oficio correspondiente y, en su lugar, se limitó a allegar un documento que consideraba soportaba su defensa³³, violando de esta manera los deberes de lealtad procesal y colaboración que de las partes en el proceso³⁴.

Así pues, considerando que la prueba de la existencia del contrato estatal no se allegó debido a la conducta asumida por la demandada, imputar a la demandante los efectos negativos de tal comportamiento, además de romper el equilibrio procesal que debe existir entre las partes del proceso, implicaría desconocer flagrantemente los principios de igualdad procesal, debido proceso y derecho a la defensa que le asisten.

En ese orden de ideas y ante la actitud renuente y omisiva de la entidad pública accionada, considera la Sala que, en cuanto a la existencia y condiciones del contrato estatal se refiere, las cuales no han sido objeto de debate por ninguna de las partes de este proceso, debe otorgársele pleno valor probatorio a las manifestaciones realizadas por la demandada en el texto mismo de los actos administrativos cuya anulación se pretende, los cuales a pesar de obrar en copia simple, por las razones que ya se expusieron, serán valorados en este juicio y de

³⁰ La prueba fue decretada mediante proveído del 15 de noviembre de 1998 (Folio 55 del expediente).

³¹ Para la práctica de la prueba se libró el oficio No. 99-5-457 del 7 de mayo de 1999 (Folio 82 del expediente).

³² Debido a que al vencimiento del plazo otorgado para allegar los documentos la entidad demandada no los aportó, el *a quo*, mediante oficio No. JJ-2001-5-180 del 25 de julio de 2001, la requirió nuevamente para que diera cumplimiento a lo ordenado en ese sentido en el auto de 15 de noviembre de 1998 (Folio 97 del expediente).

³³ Allegó el documento que denominado "*RELACION DE CIRUGIAS CANCELADAS EL DIA 02 de Abril de 1997*".

³⁴ Artículo 71 del Código de Procedimiento Civil.

cuyo contenido es posible tener por acreditado, por el propio dicho de la entidad accionada, que, en efecto, entre la señora Edna Karolina Cuéllar Pérez y el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional el 28 de agosto de 1996 se suscribió el contrato de prestación de servicios No. 573, cuyo objeto consistió en contratar los servicios profesionales de la demandante como “Tecnóloga en Instrumentación Quirúrgica en la Unidad Hospitalaria Nivel III - HOCEN”, así como las demás condiciones que son necesarias para resolver de fondo el presente asunto, tal y como más adelante se demostrará.

Previo a analizar el contenido de los mencionados actos administrativos, considera la Sala oportuno destacar que las razones que en esta ocasión le sirven de sustento para soportar su posición, son las mismas que se han tenido en cuenta para otorgar valor probatorio a las copias simples aportadas por la parte demandante cuando la demandada se muestra renuente a allegar los originales o copias auténticas de los documentos que tiene en su poder, aspecto frente al cual la Corporación se ha pronunciado en los términos que se citan a continuación y que resultan plenamente predicables al caso sub judice:

“La equidad que debe gobernar la actuación judicial en estas circunstancias (artículo 238 C.P.), determina que se garantice el derecho a la obtención de la prueba que tiene la parte que, como en el sub lite, realizó todo lo que legalmente estuvo a su alcance para la producción en debida forma de aquel elemento de convicción con el que pretende hacer valer sus argumentos, toda vez que no resultan admisibles las conductas procesales en las que la contraparte gozando de una posición privilegiada se abstiene de aportar la prueba, pues ello perturba la investigación de la verdad real en el proceso y, por ende, el correcto y normal funcionamiento de la Administración de Justicia, en contraposición al deber que le atañe a todos los colombianos de colaborar con ésta (numeral 7 del artículo 95 C.P.).

Por lo tanto, como quiera que eran las entidad públicas demandadas las que estaban en condiciones de aportar a la causa las copias auténticas de los documentos - balance financiero de 1989 - y no las trajeron, no se puede, bajo el criterio de la sana crítica, valorar a su favor esta actitud o conducta pasiva dentro del proceso y, al contrario, esa falta de remisión sin justificación jurídica atendible de los documentos solicitados por el a quo, debe ser estimada en forma desfavorable a la parte incumplida, con el rigor de dar mérito probatorio a los documentos aportados con la demanda a efectos de ser apreciados y valorados”³⁵.

Ahora bien, del contenido de la Resolución No. 290 del 2 de abril de 1997, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato de prestación No. 573, se extrae la siguiente información:

- El 28 de agosto de 1996, el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional - INSSPONAL -, suscribió con la señora Edna Karolina Cuéllar

Pérez el contrato No. 573, cuyo objeto consistió en contratar los servicios profesionales de la demandante como *“Tecnóloga en Instrumentación Quirúrgica en la Unidad Hospitalaria Nivel III - HOCEN”*.

- En el referido contrato, las partes acordaron un término de duración de 12 meses *“contados a partir de la orden de iniciación, es decir, a partir del 27 de septiembre de 1996 con vencimiento 27 de septiembre de 1997”*.

- Las partes del contrato pactaron *“la cláusula de Caducidad por la existencia de hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y que evidencia que pueda conducir a su paralización, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993”*.

- Las partes estipularon una cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor del contrato.

- La contratista *“constituyó la Garantía Única de cumplimiento No. UO384834 expedida por la Compañía de Seguros La Previsora S.A., con vigencia del 23 de septiembre de 1996, al 13 de diciembre de 1997”*.

Por otra parte, según el contenido de la Resolución No. 768 del 2 de julio de 1997, el referido negocio jurídico se pactó por un valor total de \$7'200.000 y, de conformidad con el mismo documento, la contratista prestó sus servicios profesionales hasta el 1 de abril de 1997, fecha para la cual la entidad accionada manifestó adeudarle la suma de \$20.000.

Si bien de la información suministrada en los actos administrativos acusados no es posible establecer, entre otras cosas, las obligaciones pactadas y especialmente la forma de cumplimiento de la prestación del servicio contratado, en este caso esa situación resulta irrelevante, pues, además de encontrarse demostrada la existencia del contrato estatal en las condiciones y por las razones que vienen de exponerse, los motivos con sustento en los cuales la parte demandante enjuició las resoluciones acusadas no tienen que ver precisamente con tales aspectos, sino con la violación del debido proceso ocurrida con ocasión de la declaratoria de caducidad administrativa del negocio jurídico, cargo para cuya evaluación no se hace necesario analizar el contenido exacto del contrato, pues la información a la

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de abril de 2007, expediente AG-025,

que viene de hacerse referencia resulta suficiente para resolver de mérito el asunto.

En lo que a este preciso aspecto concierne, considera la Sala oportuno recordar lo que ya en otra oportunidad señaló la Sección Tercera de esta Corporación, en el sentido de indicar que no en todos los casos la ausencia del contrato estatal impide pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda, por cuanto tal aspecto dependerá del tema que constituya el objeto de la litis. Al respecto, así se pronunció:

“En esta medida, se precisa que la ausencia del contrato estatal, en el expediente de una acción contractual, no impide, inexorablemente, decidir de fondo, porque todo depende del alcance que tenga el debate procesal. En estos términos, no pueden negarse automáticamente las pretensiones o las excepciones del proceso, simplemente porque en el proceso no reposa el contrato, en original o en copia auténtica. Es necesario hacer un análisis, en cada caso, sobre la causa petendi y las pretensiones, en función de la necesidad del texto del contrato para pronunciarse sobre ellas, pues en casos como el sub judice el contenido de las obligaciones del negocio -valor del contrato, forma de pago, plazo, entre otros acuerdos-, no se requiere para decidir de fondo.

Cosa distinta acontece, sólo para citar un ejemplo, cuando se debate la nulidad del contrato o de una de sus cláusulas, en cuyo evento su contenido se debe acreditar en la forma indicada por el Código de Procedimiento Civil. Lo mismo sucedería con la exigibilidad del actor de una especificación técnica o económica que sólo consta en una cláusula del contrato, o con un debate acerca del cumplimiento de un plazo parcial acordado en el mismo. En estos supuestos es evidente que la copia del contrato, en debida forma, es necesaria para estudiar la demanda y su contestación, y su ausencia conduce, indefectiblemente, a negar las pretensiones o las excepciones, según el caso.”³⁶

6. El ejercicio oportuno de la acción

Como quiera que se trata de una acción contractual dirigida en contra de unos actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad administrativa de un contrato de prestación de servicios y se liquidó de manera unilateral el negocio jurídico, la caducidad de la acción deberá contarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984- que literalmente señala:

“d. En los que requieran de liquidación [se refiere a los contratos] y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la

Magistrada Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, expediente radicado bajo el número interno 16494, C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”.

En ese contexto y dado que la Resolución No. 290 por medio de la cual se declaró la caducidad administrativa del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, se profirió el 2 de abril de 1997 y la Resolución No. 768, por medio del cual se liquidó unilateralmente el negocio jurídico, se profirió el 2 de julio de 1997, encuentra la Sala que la acción se interpuso dentro del término legal dispuesto para ello, toda vez que la demanda se presentó el 25 de agosto de la misma anualidad³⁷.

7. El objeto del debate.

La parte actora en la demanda formuló, en síntesis, las siguientes pretensiones: **i)** la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 290 del 2 de abril de 1997 por medio de la cual se declaró la caducidad de contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, así como la nulidad de la Resolución No. 768 del 2 de julio de 1997, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el referido negocio jurídico; **ii)** que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a pagar a su favor el valor de los perjuicios que le fueron ocasionados.

La entidad pública demandada se opuso a las pretensiones con sustento, en suma, en que los actos administrativos acusados se profirieron con total apego a la legalidad y, además, que el de liquidación no es consecuencial al acto administrativo de caducidad, razón por la cual lo alegado respecto de éste no afecta su validez.

La Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró la nulidad de las resoluciones acusadas y condenó a la entidad demandada a pagar a favor de la actora la suma de 5'817.700, por concepto de perjuicios materiales y negó las demás pretensiones de la demanda.

Ambas partes apelaron la sentencia proferida en la primera instancia:

La demandante para solicitar que se acceda al reconocimiento de todos los perjuicios reclamados, por considerar que a pesar de que se declaró la nulidad de los actos administrativos acusados, se negó el pago de los perjuicios morales; la

cuantía que se reconoció por perjuicios materiales es inferior a la solicitada, por cuanto no se accedió al reconocimiento del “*lucro cesante*”, de los intereses moratorios, ni de las costas y, además, porque, según aseguró, existe un error aritmético en la aplicación del IPC.

La parte demandada para solicitar que se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda, con sustento en que la providencia se habría fundamentado en la ausencia de pruebas en cuanto a la asistencia de la demandante al cese de actividades que adelantaron los funcionarios de la entidad, circunstancia que, según afirmó, sí se encuentra acreditada en el proceso; así como también la afectación grave del servicio cuya prestación se había contratado con la señora Cuéllar Pérez.

Conviene recordar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial —en este caso la que contiene una sentencia—, razón por la cual corre a cargo de la parte recurrente la obligación de confrontar los argumentos que se hayan expuesto en la providencia de la que discierne, con aquellos que soportan su oposición y, con fundamento en ello, solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los aspectos que se plantean para ser resueltos segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

*“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y **por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. (... ..)”* (negritas adicionales).

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia.

Esta Sección ha delimitado el estudio del recurso de alzada a los motivos de inconformidad expresados por el recurrente, como se expresa en el siguiente pronunciamiento:

“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con

³⁷ Folio 20 del expediente.

los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”³⁸.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, en virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante en la sentencia de primera instancia. Acerca del alcance de la garantía de la *no reformatio in pejus*, la Sala ha señalado:

“En efecto, la no reformatio in pejus , o, prohibición de la agravación en peor, se concibe como garantía del derecho al debido proceso dentro del trámite de la segunda instancia, pues condiciona la competencia del ad quem que conoce del mismo; el alcance de dicho condicionamiento ha sido precisado por la Corte Constitucional, en los siguientes términos³⁹:

*“Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’ (...). En otros términos, la apelación siempre se entiende interpuesta en lo desfavorable, tanto que una alzada propuesta contra una decisión que de ninguna manera agravia, tendría que ser declarada desierta por falta de interés para recurrir, pues tal falta afecta la legitimación en la causa. Por tanto, **tratándose de apelante único**, esto es, de un único interés (o de múltiples intereses no confrontados), **no se puede empeorar la situación del apelante, pues al hacerlo se afectaría la parte favorable de la decisión impugnada, que no fue transferida para el conocimiento del superior funcional.**” (se resalta y subraya)*

“La prohibición de empeorar la situación del apelante único se circunscribe entonces al contenido de la decisión que se impugna, es decir, el juez de segunda instancia sólo puede modificarla si con ello el apelante resulta favorecido o mejorado en el reconocimiento de sus pretensiones.

“De allí que, si el recurso de apelación no prospera y por ende se confirma la decisión que, por desfavorable, fue impugnada, no existe fundamento alguno que permita siquiera considerar el quebrantamiento del aludido principio”⁴⁰.

Resulta claro entonces que el límite material para las competencias del juez superior constituye el alcance de la apelación y los propósitos específicos que con la misma se persiguen, el cual se complementa de manera diáfana con la garantía de la *no reformatio in pejus*, a la cual, simultáneamente, le sirve de fundamento y explicación.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de abril de 2009, Exp. 32.800, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁹ Sentencia C-583 del 13 de noviembre de 1997.

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia fechada en julio 18 de 2002. Radicación número: 85001-23-31-000-2000-0266-01(19700).

Bajo esta perspectiva cobra pleno sentido que la propia ley se hubiere ocupado de precisar que tales limitaciones, las cuales restringen las competencias del juez de segunda instancia, no tendrán aplicación cuando la apelación del fallo provenga de ambas partes –entiéndase demandante y demandada o, en cualquier caso, de intereses contrapuestos o, mejor aún, con pretensiones excluyentes entre sí–, al determinar expresamente: “[s]in embargo, cuando ambas partes hayan apelado el superior resolverá sin limitaciones” (artículo 357, inciso primero, parte final, C. de P. C.).

Ahora bien, lo anterior en modo alguno puede significar que en los eventos en los cuales se presenten intereses contrapuestos el juez pueda, a su arbitrio, revivir la litis, por cuanto, como lo ha entendido la Jurisprudencia de la Sección, también en esos casos se encuentra limitado por los aspectos que hubieren sido objeto de apelación; en efecto, así se pronunció:

“Si bien es cierto que en los casos en los cuales la respectiva impugnación provenga de ambas partes o de intereses contrapuestos o, mejor aún, cuando las impugnaciones contengan pretensiones excluyentes entre sí, la ley autoriza al juez de segunda instancia para resolver la apelación sin limitaciones, no es menos cierto que ello no significa que en todos esos eventos, de manera categórica y absoluta, el ad quem deba o incluso pueda ‘revivir’ la litis en su integridad y examinar todos los aspectos, todos los puntos y todas las decisiones del fallo cuestionado, aunque ello no resultare necesario para la reforma de la sentencia apelada y aunque ello no hubieren sido objeto de ataque alguno; para la Sala, sin perjuicio de subrayar que la solución correspondiente deberá adoptarse consultando las particularidades que cada proceso concreto revele y amerite, dado que no es posible ni válido, por vía de las decisiones judiciales, formular sub-reglas que pudieren entenderse con alcance general para la totalidad de los casos similares, según lo prescribe con precisión el artículo 17 del Código Civil⁴¹, no es menos cierto que aun en casos como el que ahora se examina, en cuanto las apelaciones correspondientes provienen de ambas partes (demandante y demandada), de todas formas será menester la observancia de las limitaciones materiales que restringen la competencia del juez superior al examen de los aspectos cuestionados de manera puntual y específica, en el entendido de que la facultad de resolver ‘sin limitaciones’ bien puede entenderse referida a la posibilidad de que en esas precisas materias –constitutivas del objeto de la apelación–, el fallo de segunda instancia pueda dictarse a favor o en perjuicio de cualquiera de los apelantes, sin tener, por tanto, que mantener para uno de ellos los términos o condiciones que le hubieren sido definidos en la decisión de la primera instancia⁴².”⁴³

⁴¹ Así reza el texto del artículo 17 del Código Civil:

*“Artículo 17.- Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. **Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria**”.* (Se deja resaltado en negrillas).

⁴² Original de la Sentencia en cita: *“Piénsese, por ejemplo, que en un fallo de primera instancia se hubieren denegado las excepciones de nulidad del contrato y de contrato no cumplido que en su momento hubiere formulado y sustentado, en su defensa, la parte demandada, al tiempo que se hubiere accedido a la pretensión del demandante consistente en declarar el incumplimiento del contrato y como consecuencia de ello se hubiere condenado al demandado a indemnizar los perjuicios ocasionados por su responsabilidad mediante el pago de una suma de dinero más el reconocimiento de intereses corrientes causados durante un lapso y de moratorios durante otro período de tiempo; añádase a lo anterior que tanto el demandante como el demandado convienen en admitir que las razones expuestas y las decisiones adoptadas por el juez de primera instancia en relación con la denegación de las excepciones, con la declaratoria de incumplimiento del contrato, con la tasación de los perjuicios correspondientes e incluso con la determinación de los*

Así pues, en el presente caso, en tanto la decisión fue recurrida por ambas partes de este proceso, el fallo que se profiera en esta instancia podrá dictarse a favor o en perjuicio de cualquiera de los apelantes, sin la limitación de mantener para alguno de ellos los términos o las condiciones que le hubieren sido definidos en la sentencia proferida en la primera instancia, desde luego, de conformidad con las limitaciones materiales que restringen la competencia del juez superior al examen de los aspectos puntual y específicamente recurridos.

8. El caso concreto

Considerando que la entidad pública demandada pretende la revocatoria de la sentencia de primera instancia, por medio de la cual se declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, uno a través del cual se declaró la caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, previo a analizar los motivos de inconformidad, resulta imperativo para la Sala examinar de oficio el tema relacionado con la competencia de la entidad para el ejercicio de la potestad de declarar la caducidad del mencionado contrato.

8.1. La cláusula exorbitante de caducidad del contrato estatal.

intereses corrientes causados resultan perfectamente válidas, ajustadas al ordenamiento jurídico y suficientemente soportadas en el material probatorio arrimado al expediente, razones por las cuales cada una de tales partes manifiesta, de manera expresa, su conformidad para con esos aspectos del fallo. Supóngase, además, que en lo único en lo que cada parte (demandante y demandada) discrepa del fallo es en la determinación de la tasa de interés moratorio aplicable, comoquiera que mientras el demandante estima que allí se cometió un error y que la tasa correspondiente debe ser más alta a la indicada por el a quo, por su parte el demandado coincide en señalar como equivocada la decisión del juez por considerar que la tasa de interés moratorio debe ser muy inferior a la consignada en el fallo de primer grado.

Ante esa imaginaria situación resulta claro que el juez de segunda instancia podría y debería resolver sin limitaciones, esto es que al proferir el fallo de segundo grado no estará obligado a respetar la situación definida ab initio para alguno de los apelantes, puesto que bien podría –consultando, claro está, tanto el ordenamiento vigente como las particularidades del caso concreto– modificar el fallo para incrementar la tasa de interés moratorio –cuestión que haría más gravosa la situación del demandado– o, por el contrario, reformarlo para precisar que en la referida tasa de interés moratorio debe ser muy inferior a la establecida en el fallo de primera instancia –perjudicando así a la parte demandante–, ajustándose así plenamente a las previsiones y dictados del artículo 357 del C. de P. C., pero sin adentrarse a revisar y menos a modificar aquellos aspectos del fallo inicial con cuyos análisis y decisión se encuentran satisfechas las partes (validez del contrato, incumplimiento del contrato, perjuicios ocasionados, monto de los perjuicios, tasa de interés corriente, etc.), al punto que sobre esas materias nada cuestionaron y nada atacaron en sus correspondientes recursos de apelación.”

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de abril 23 de 2009, Expediente 17160, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

La caducidad administrativa de los contratos estatales es una potestad exorbitante cuyo ejercicio conlleva la terminación de la relación contractual, sin derecho a que el contratista respectivo pueda percibir indemnización; consecuentemente, le genera a este inhabilidad para celebrar contratos con entidades estatales⁴⁴; tal declaratoria resulta constitutiva del siniestro de incumplimiento, el cual es necesario para hacer efectivas las garantías respectivas y da lugar a la imposición y ejecución de la cláusula penal pecuniaria, si ésta fuere pactada en el respectivo contrato.

- Competencia funcional para declararla

La controversia que dio origen al presente proceso tuvo su génesis en la declaratoria de caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 que fue suscrito en 1996 entre el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y la señora Edna Karolina Cuéllar Pérez el 16 de agosto de 1996, por tanto, al mencionado negocio jurídico le son aplicables las reglas de la Ley 80 de 1993, norma que en su artículo 18 reguló lo concerniente a la mencionada facultad exorbitante.

Por su parte, el inciso 2º del numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, dispone que pactar la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de prestación de servicios y de suministro constituye una facultad discrecional de las partes, en ese sentido, la Administración únicamente podrá ejercer los poderes que devienen de tales cláusulas cuando éstas se hubieren pactado expresamente en el correspondiente contrato.

Al respecto, de conformidad con el contenido de la Resolución No. 290 del 2 de abril de 1997, las partes acordaron que al contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, le sería aplicable la facultad exorbitante de caducidad administrativa del contrato, en consecuencia, la entidad contratante, según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se encontraba facultada para efectuar la declaratoria respectiva, desde luego, bajo los lineamientos señalados por el ordenamiento jurídico.

⁴⁴ En este sentido, el artículo 8 numeral 1º literal c) de la Ley 80 de 1993 reza: "DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

"1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

.....

"c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad."

- Competencia temporal para declararla

De acuerdo con la posición actual acogida por la Sección Tercera de esta Corporación, la declaración de caducidad de un contrato tiene como límite temporal para su ejercicio el plazo de ejecución estipulado, por ende, fenecido éste, la respectiva entidad pública contratante pierde la competencia *ratio temporis* para declararla⁴⁵.

Revisado el expediente, encuentra la Sala que en este caso la declaración de caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996 se realizó cuando se encontraba vigente el plazo pactado para su ejecución, toda vez que, de conformidad con la información consignada en la Resolución No. 290 del 2 de abril de 1997, el contrato tendría un plazo de ejecución de 12 meses contados a partir de la orden de iniciación, lo que tuvo lugar, según el mismo documento, el 27 de septiembre de 1996 y la caducidad se declaró el 2 de abril de 1997, es decir, cuando aún faltaban aproximadamente 5 meses para el vencimiento de dicho plazo.

8.2. La apelación formulada por la parte demandada

Debido a que la parte demandada cuestionó la decisión adoptada por el *a quo* en el sentido de declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, corresponde a la Sala analizar los argumentos presentados por ella como soporte de la impugnación, de cara a las consideraciones expuestas en primera instancia para adoptar la referida decisión.

8.2.1. Resolución No. 290 del 2 de abril de 1997, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996

En lo que a este acto administrativo se refiere, la parte demandada solicitó que se revoque la decisión de anularlo, por cuanto, a su juicio, la decisión adoptada en ese sentido se habría fundamentado en la ausencia de pruebas acerca de que la contratista hubiera participado en el cese de actividades que adelantaron los funcionarios de la entidad, frente a lo cual señaló que al revisar la lista de

asistentes, documento que se tuvo en cuenta para declarar la caducidad administrativa del contrato de prestación de servicios, se podía constatar la participación de la contratista en tales actividades.

Así mismo, consideró que la decisión de primera instancia debe revocarse, por cuanto en el proceso no se logró desvirtuar la causa que dio lugar a la declaración de caducidad del contrato, es decir, la grave afectación del servicio de salud que prestaba la entidad accionada, afectación que, según dijo, se habría generado como consecuencia del incumplimiento contractual en el que habría incurrido la señora Edna Karolina Cuéllar Pérez.

Sobre este particular, corresponde a la Sala precisar que la razón en la que se soportó la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para declarar la nulidad de la Resolución No. 290 del 2 d abril de 1997, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, así como la nulidad de la Resolución No. 768 del 2 de julio de 1997, por medio del cual se liquidó unilateralmente el negocio jurídico, no fue la señalada por la parte accionada en el recurso, toda vez que la decisión se fundamentó en la violación del debido proceso en la expedición de los referidos actos administrativos, vulneración que fue alegada en la demanda y que el Tribunal *a quo* encontró plenamente acreditada. Al respecto, así se pronunció:

*“Así las cosas, tan apresurada fue la decisión que el mismo día de los hechos y sin mediar actuación de indagación previa sobre lo sucedido, se expidió por parte del Director General del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional la resolución 290 del 2 de abril de 1997 declarando la caducidad del contrato No. 573 del 28 de agosto de 1996. **Lo anterior constituyó una clara violación al derecho de defensa, por dos situaciones: la primera se le impidió a la contratista defenderse, por que (sic) no se requirió por su ausencia, la segunda porque la resolución acusada, se basó en el acta que como constancia se dejó el día del insuceso, prueba que como bien lo afirma la parte demandante, no tuvo la oportunidad de contradecir, y que de otra parte no fue anexada por la entidad demandada.***

Consecuencia de lo anterior es que la resolución número 768 del 2 de julio de 1997, a través de la cual el Director del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional liquidó el contrato 573, debe dejarse sin efecto, toda vez que se fundó en la declaratoria de caducidad ya referida” (Se destaca).

Al revisar el expediente, encuentra la Sala que la entidad demandada, previo a tomar la decisión de declarar la caducidad del contrato, no concedió a la

⁴⁵ Al respecto, ver sentencia proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 20 de noviembre de 2008, dentro del proceso radicado

contratista afectada la oportunidad para ejercer su derecho de defensa y, en virtud de ello, entre muchas otras actuaciones posibles, para expresar sus contra - argumentos, para aportar las pruebas que los hubieran podido respaldar y para controvertir aquellas que en contra suya la entidad adujo.

En efecto, de conformidad con lo consignado en la Resolución No. 290 del 2 de abril de 1997, por medio de la cual se declaró la caducidad administrativa del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, el mismo día en el que la señora Edna Karlonia Cuellar Pérez dejó de prestar los servicios a que los que se había comprometido en virtud de mencionado negocio jurídico, sin que mediara un mínimo procedimiento que le garantizara el derecho al debido proceso, la entidad resolvió declarar la caducidad del contrato, la cual motivó en los términos que se transcriben a continuación:

“... teniendo en cuenta que el servicio de salud es un servicio público esencial que no puede ser interrumpido y goza de protección constitucional e igualmente que la no prestación del mismo en forma intempestiva coloca en grave riesgo la vida e integridad de la salud de los pacientes que acuden a los servicios médico asistenciales que se prestan por parte del INSSPONAL en el Hospital de la Policía Nacional, es necesario dar aplicación al contenido de la cláusula de caducidad prevista contractualmente, como quiera que la contratista participó en el cese de actividades del personal de la salud el pasado 02 de abril de 1997, incumpliendo en forma flagrante las obligaciones pactadas contractualmente de prestar servicios profesionales.

Que la ausencia de la contratista como instrumentadora en la intervención quirúrgica de los pacientes (...) ocasionó riesgos y perjuicios para el instituto por posibles reclamaciones administrativas y judiciales de los usuarios por la no oportuna prestación del servicio. Tales hechos afectaron de manera grave y directa la ejecución del contrato y condujeron a la paralización de las actividades en las cirugías programadas por la Unidad Hospitalaria, según consta en Acta de Revista de Sala de cirugía de la Unidad Hospitalaria de fecha 02 de abril de 1997, (...), encuadrándose la situación en lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.”

Al parecer, según lo expresado en la contestación de la demanda, la entidad accionada habría omitido adelantar cualquier actuación previa que hubiera permitido a la demandante ejercer su derecho de defensa, por considerar que dicho trámite era innecesario, en tanto que “del mismo clausurado (sic) del contrato se puede deducir que la contratista sabía perfectamente la situación a que se vería avocada por el hecho de no prestar el servicio a que se había comprometido”; además, por cuanto, a su juicio, “eso equivaldría a crearle una instancia más al actuar de la administración, lo que a todas luces sería causal para afirmar una violación al debido proceso y una violación igualmente grave a los principios que rigen la Ley 80 de 1993, especialmente el de la transparencia y la economía” y, finalmente, porque, según consideró, el derecho de defensa se ejerce de manera posterior a la expedición del acto a través de los recursos que en su contra

procedan, vía a través de la cual debían controvertirse las pruebas que soportaron la declaración de caducidad del contrato.

Al respecto, es oportuno señalar que, como ya de tiempo atrás lo ha hecho la Corporación, la Sala se aparta de la posición que sobre el tema en particular ha adoptado la Corte Constitucional, en el sentido de indicar que la Administración, salvo cuando que se tratara de las causales que fueron previstas en el Decreto 1875 de 1992 dictado con ocasión del Estado de Conmoción establecido mediante Decreto 1793 de 1992, no está obligada a adelantar ningún procedimiento previo a la declaratoria de caducidad de un contrato estatal para escuchar en descargos al contratista y, en general, para que ejerza su derecho de defensa de manera anterior a la adopción de la decisión, por cuanto, a juicio de la Corte Constitucional, es el propio acto administrativo *“el que le permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa, primero ante la administración y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso administrativa”*⁴⁶.

En relación con el tema, esta Corporación ha sido enfática en señalar que la imposición de la caducidad del contrato por parte de la Administración, dada su naturaleza sancionatoria, no puede ejercerse de manera sorpresiva, toda vez que en ella debe aplicarse el debido proceso y, como corolario del mismo, debe brindarse una oportunidad al particular para que ejerza su derecho de defensa y adecúe su conducta a los compromisos contractuales contraídos⁴⁷.

En efecto, en sentencia del 17 de marzo de 2010⁴⁸, la Sección Tercera de esta Corporación se refirió a la posición adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia antes referenciada y para refutarla recordó que en el ámbito de las potestades sancionatorias, como la declaratoria de caducidad (predicable a otras potestades, como la de imposición de multas), es necesario que se apliquen las garantías del debido proceso dentro de las actuaciones administrativas previas a su decreto, pues, siendo una medida de gran trascendencia, que implica no sólo la terminación anticipada del contrato, sino la inhabilidad por cinco años para contratar con el Estado, no se puede tomar en forma sorpresiva para el contratista a quien debe brindársele la oportunidad de contradecir las imputaciones de

⁴⁶ Corte Constitucional sentencia T-569 de 1998.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 2 de febrero de 2006, Exp. 8.385.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente radicado bajo el número interno 18394.

incumplimiento que se le hacen por parte de la Administración, sin perjuicio de los recursos administrativos y las acciones judiciales que pueda presentar.

En esa oportunidad el Consejo de Estado indicó que los motivos por los que debe adelantarse un procedimiento previo a la adopción de la caducidad del contrato, consisten básicamente en que: *“(i) las actuaciones contractuales se sujetan, según remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, a las normas generales del Código Contencioso Administrativo (arts. 3, 14, 28, 34, 35 y 50) o, en su defecto, a las de la Ley 58 de la 1982 (art. 5), que imponen previa la decisión que en ellas se adopte adelantar un procedimiento en el que se le de la oportunidad de conocer y expresar previamente sus opiniones, o sea, con audiencia del interesado; (ii) con mayor razón de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción; y (iii) el carácter sancionatorio que reviste la declaratoria de caducidad implica que no se tome de manera sorpresiva para el contratista y se le brinde la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales, so pena de que cuando no se le ha dado a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento (requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas, avisos por faltantes, etc.), se comprometa la legalidad de la medida⁴⁹”*.

Posteriormente, la Corporación precisó también que para el derecho administrativo colombiano actual constituye prácticamente un lugar común sostener que en el procedimiento administrativo formalizado —es decir, en el que debe seguirse por la Administración antes, durante y después de la adopción de decisiones contenidas en actos administrativos— son claramente diferenciables —y están debidamente reguladas en la ley— una etapa anterior a la expedición del acto —actuación administrativa previa— y una —o más, según que se incorporen, o no, dentro de la misma, las posibilidades de impugnación, la publicitación y la materialización de lo decidido— posterior, consistente en permitir a los administrados controvertir, aún en sede administrativa, la manifestación de voluntad productora de efectos jurídicos que les conciernen, antes de que la misma sea ejecutada —vía gubernativa—.

⁴⁹ En Sentencia de 9 de julio de 1998, Exp. 13.900, el CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, había sentado las bases para el desarrollo de esta tesis, así: “...siendo el derecho de defensa parte sustancial del debido proceso, y el derecho a la audiencia previa, inherente a la esencia de tales derechos fundamentales, todas las veces que el reglamento no sea explícito en reconocer esas garantías, la administración está en el deber de acudir al C.C.A., para llenar el vacío y, en todo caso, otorgarle al interesado la oportunidad de expresar su opinión, antes, naturalmente, de decidir. Los recursos por vía gubernativa no suplen esa exigencia, porque se trata de otra fase de la actuación, en la que se discute la decisión con quien haya participado en el procedimiento de formación de la misma...” Posteriormente, se prohió esta misma tesis en Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 14040.

En ese sentido, indicó que si bien hasta antes de la entrada en vigor del Decreto 01 de 1984, brillaba por su ausencia la regulación de la actuación administrativa a observar con anterioridad a la expedición del acto administrativo, pues el Decreto 2733 de 1959 regulaba tan sólo el derecho de petición y la vía gubernativa, omitiendo referirse al procedimiento de formación de la decisión; con el advenimiento del Decreto 01 de 1984, el derecho positivo colombiano señaló la obligatoriedad, para la Administración, de instruir un expediente que convierta el procedimiento administrativo previo a la toma de la decisión en un escenario verdaderamente participativo, al que puedan concurrir no sólo aquellos que podrían verse directamente afectados con el contenido de la determinación, sino los terceros interesados en las resultas de un trámite en particular y con el fin de que, a unos y a otros, se les garanticen el debido proceso y el derecho de defensa y además con el propósito de que, también a unos y a otros, les sea posible concurrir a colaborar en el proceso de formación de la voluntad administrativa.

Igualmente, manifestó que con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y, especialmente, de sus artículos 29 y 209, *“se consolidó el procedimiento administrativo como un espacio aún más propicio para garantizar la protección de los intereses generales y particulares, porque resultaba injustificable que en materia judicial se garantizaran, sin ambages, el derecho de defensa y el debido proceso, mientras que, en materia administrativa, tan caras garantías no tuvieran reconocida tal entidad, al menos no con la claridad que era deseable”*⁵⁰.

En esa misma dirección, la Corporación, en sentencia proferida el 23 de junio de 2010 dentro del proceso radicado bajo el número interno 16367, realizó un análisis de la vigencia y el alcance en materia contractual de cada una de las garantías que componen el debido proceso administrativo y, en tratándose específicamente de las concernientes a las formas propias de cada juicio, de la presunción de inocencia, del derecho de defensa y contradicción y del principio de culpabilidad, se pronunció en los términos que se transcriben in extenso, dada la pertinencia en el tema del cual se ocupa la Sala en esta oportunidad.

⁵⁰ Al respecto, ver sentencia proferida por la Sección Tercera de la Corporación el 18 de marzo de 2010 dentro del proceso radicado bajo el número interno 14390, con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

“5.2. Vigencia y alcance, en materia contractual, de cada una de las garantías del debido proceso administrativo⁵¹.”

(...)

c) El derecho a que el procedimiento administrativo se adelante con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio también tiene raigambre en la contratación estatal⁵².

En general, proscribe las sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, porque esto atenta contra el procedimiento a través del cual el contratista puede participar en las etapas y momentos oportunos para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate. La Corte Constitucional expresa al respecto, en defensa del derecho, que ‘Sin embargo, bajo la consideración de que la prestación de servicios públicos domiciliarios involucra derechos de rango fundamental, esta Corporación precisó que una decisión en tal sentido no puede adoptarse por la empresa de manera automática, es decir, una vez se den las circunstancias objetivas que establece la norma, sino que ella debe estar precedida de un debido proceso que le permita al usuario conocer sobre la eventual adopción de estas medidas, ejercer su derecho a la defensa y controvertir la decisión.’⁵³

Desde este punto de vista, la Constitución exige a la administración, previo a adoptar una decisión sancionatoria, adelantar un procedimiento que garantice el derecho a que de manera pausada y tranquila se debata el asunto en cuestión⁵⁴. En este sentido, debe destacarse –como lo señala Juli Ponce Solé– que el debido proceso, aplicado a la administración, garantiza dos cosas. De un lado, que la administración queda mejor equipada para adoptar decisiones administrativas, pues ‘... facilita a priori la investigación y toma en consideración los datos e intereses relativos a un caso concreto... a fin de proceder a la ponderación para la adopción de las futuras decisiones adecuadas en su servicio de interés general...’⁵⁵. De otro lado, contribuye a la legitimación de la administración pública, pues en el modelo de Estado actual ya no basta el qué o el cuánto de las cosas, sino el cómo de ellas, lo cual se garantiza

⁵¹ La jurisprudencia de esta Sección ya analizó ampliamente este tema, y bajo la misma perspectiva -sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 18.394-. Indica que el debido proceso rige en materia administrativa y contractual, porque: “De acuerdo con lo expuesto, no es materia de discusión que el debido proceso consagrado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, y que implica, entre otros aspectos, el derecho de ser juzgado por conductas que estén previamente contempladas en la ley, por juez o autoridad pública competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, con garantía de los derechos de presunción de inocencia, de audiencia, defensa y contradicción, entre otros, es extensiva a toda clase de actuación tanto judicial como administrativa, incluyendo dentro de ésta última las derivadas de la actividad contractual del Estado.”

⁵² En un caso donde la administración aplicó la caducidad a un contratista, expresó la Corte Constitucional sobre este derecho -sentencia SU-219 de 2003-: “Por todo lo anterior resulta explicable por qué el Constituyente de 1991 extendió el deber del debido proceso a las actuaciones administrativas; **la forma debida se impone como exigencia general de protección de los intereses de los administrados. Es preciso que los órganos del Estado observen un procedimiento riguroso, en la formación y expedición de los actos administrativos**, sean ellos de carácter general o de contenido particular y concreto.” (Negrillas fuera de texto).

⁵³ Corte Constitucional, sentencia SU-1010 de 2009.

⁵⁴ En sentencia T-352 de 1996 la Corte Constitucional consideró lo siguiente sobre el tema: “Del debido proceso en las actuaciones administrativas **hace parte la sujeción de la administración a las reglas propias del trámite respectivo**. Cuando la ley señala unos determinados elementos integrantes de la actuación, en especial si son en beneficio del administrado o han sido instituidos en garantía de sus derechos, y la administración omite cumplirlos, viola el debido proceso y compromete la validez de los actos que sean resultado de la actuación viciada. Atañe a la jurisdicción Contencioso Administrativa, en principio, definir esa validez, si bien, de manera extraordinaria, cuando la decisión que adopten los jueces administrativos puede resultar apenas formal y teórica, es decir carente de idoneidad y aptitud para la efectiva protección de los derechos fundamentales, o en casos de perjuicio irremediable, cabe la acción de tutela en lo que respecta al imperio de los preceptos constitucionales para el caso concreto.” (Negrillas fuerza de texto).

⁵⁵ Ob. Cit. Pág. 114-115.

con el procedimiento administrativo debido, es decir '... con un reforzamiento de la racionalidad procedimental: el procedimiento administrativo permite el análisis de los intereses envueltos en el caso concreto y la elaboración de razones que fundamentan la decisión final...'56. Agrega que el procedimiento permite la discusión pública, fomenta la existencia de una democracia deliberativa e influye en la legitimidad, desde la perspectiva de la equidad, con lo que incide favorablemente en el adecuado cumplimiento del deber de realizar una buena administración pública. Por ello la Sala ha sostenido –auto de 24 de septiembre de 1998. Exp. 14.821-, en defensa de este derecho y fustigando las sanciones de plano, que:

'Como quiera que el cargo formulado por la demandante se concreta en la ausencia de una oportunidad para conocer las razones de incumplimiento alegadas por la entidad contratante para poder justificarlas, lo cual en su criterio respondía a una defensa adecuada y necesaria para la expedición del acto, el punto central de análisis por parte de la Sala será determinar si es suficiente la expedición de un acto debidamente motivado como lo señala el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, o si por el contrario, antes de la expedición del acto debe agotarse un procedimiento administrativo concreto que garantice el derecho de defensa y el debido proceso.

(...)

'De la doctrina constitucional citada merece destacarse el hecho de que en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar su puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. **De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad** o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública.

(...)

'Aplicados los razonamientos anteriores al caso que se examina se tiene que la entidad demandada declaró la caducidad administrativa del contrato que celebró con la demandante para la prestación de servicios profesionales como instrumentadora quirúrgica a través de la resolución 291 de 2 de abril de 1997 y le imputó como causal de incumplimiento hechos que ocurrieron el mismo día de la expedición del acto - participación en el cese de actividades del personal de la salud que constituyeron riesgos y perjuicios en la vida e integridad de pacientes...- de acuerdo con informes que la contratista no pudo conocer para controvertir antes de que se tomara la decisión.

'La entidad demandada actuó con fundamento en un hecho que calificó de inmediato como de incumplimiento grave. **En estas condiciones, la contratista fue sorprendida con la terminación del contrato sin que hubiera mediado procedimiento administrativo alguno sobre su conducta.** Distinto sería el caso cuando el contratista incumplido al menos está advertido de las consecuencias de su proceder en cuanto la administración le haya dado a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento (requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas, avisos por faltantes, etc.), con lo cual la declaratoria de caducidad no siempre será intempestiva y permitirá un análisis particular de los antecedentes en cada caso.

'Esto hace que el proceder de la administración no se ajuste a los procedimientos que establece el Código Contencioso Administrativo, de obligatorio cumplimiento por disposición del art. 29 de la Carta y 77 de la Ley 80 de 1993 y que con ello desconoció y vulneró fundamentalmente el derecho de defensa que estatuye el art. 35 de la normatividad examinada.'

Esta garantía, sin embargo, tampoco es exclusiva de los procedimientos sancionatorios contractuales, sino de los demás trámites administrativos que se surten al interior de la actividad contractual, que también deben garantizar un procedimiento previo que racionalice las decisiones que se adoptan a través suyo. Los más representativos son los procesos de selección de contratistas, cuyas etapas y requisitos son de estricta observancia, tanto para la administración como para los

⁵⁶ Ob. Cit. Pág. 123.

participantes, en señal de respeto al principio de legalidad como a este derecho que integra el debido proceso.

El artículo 17 de la ley 1.150 exaltó aún más esta garantía, al disponer sobre la imposición de las sanciones que ‘Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista.’ Sobra insistir en que este derecho no sólo es predicable de las sanciones de multa o cláusula penal, sino de cualquiera otra, por aplicación analógica de esta disposición –analogía in bonam partem- y por aplicación directa del art. 29 CP. En otras palabras, para la Sala no cabe duda que también cuando se ejercen los poderes exorbitantes, como la terminación, modificación o interpretación unilateral, caducidad, reversión, así como cuando se declara un siniestro, y en general cuando se adopta cualquier otra decisión unilateral de naturaleza contractual, es necesario que la administración observe el debido proceso a lo largo del procedimiento correspondiente.

Ahora, la siguiente disyuntiva surge ante la cuestión de si las formas propias de cada juicio deben regularse por ley, o si también un reglamento ordinario puede ocuparse del tema. Recientemente esta Sala definió el problema, al juzgar la validez del art. 87 del decreto 2.474 de 2008⁵⁷, señalando que sólo el legislador puede hacerlo, porque en este aspecto existe una reserva de ley, derivada del art. 29 CP.:

‘Es necesario advertir, que con la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, no hay lugar a dudas respecto de la capacidad de la Administración de imponer unilateralmente las multas pactadas en el contrato, como una forma de conminar al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. En virtud, del mismo precepto legal, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, al tratarse de la imposición de una sanción, la autoridad administrativa deberá asegurar en su actuación las garantías propias del debido proceso, razón por la cual, la decisión que se asuma deberá estar precedida de “audiencia del afectado, que deberá contar con un procedimiento mínimo.”

*‘Visto lo anterior, el problema suscitado en el libelo de la demanda se centra en determinar, si es ajustado a la legalidad que el procedimiento para la imposición de las multas se confíe a cada entidad estatal o si con ello se incurre en un desbordamiento de la potestad reglamentaria.
(...)*

‘La Sala, en primer lugar precisa 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. Esta conclusión, tal como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.

‘Esta postura ha sido defendida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha señalado que: “a partir de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que puedan existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo como lo exige

⁵⁷ “Artículo 87. *Procedimiento de imposición de multas.* De conformidad con el inciso 2 del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

“Para la imposición de la respectiva multa, a efecto de respetar el derecho de audiencia del afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad señalará en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir, en el que en todo caso se precisará el mecanismo que le permita al contratista ejercer su derecho de defensa de manera previa a la imposición de la sanción, dejando constancia de todo ello en el acto administrativo de imposición (...).

con fines de sistematización, el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política,...⁵⁸ (Subraya fuera de texto).

'Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (relación extra-orgánica), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, norma supletoria para estos casos⁵⁹.

'Sin embargo, la Sala debe precisar que los aspectos inter-orgánicos del procedimiento sí pueden ser confiados a la potestad de auto-organización de cada entidad administrativa, tal como se señaló cuando se estudiaban los cargos formulados contra el artículo 89 del decreto 2474 del 2008 –fls. 58 y ss.-. La determinación, por ejemplo, del trámite interno que deben seguir los funcionarios en las dependencias de la entidad cuando se adelanta un procedimiento administrativo de carácter sancionador no condiciona ninguna de las garantías del debido proceso, la eficacia de esta clase de normas se agota en el interior del aparato administrativo y por ende pueden regularse en los denominados manuales de contratación o de funciones.

'Para la Sala, si bien no es nulo todo el aparte acusado, por las razones expuestas, en todo caso se condiciona su alcance en cuanto a que "...el procedimiento mínimo a seguir para la imposición de multas y que las entidades pueden señalar en sus manuales de contratación" se refiera a aspectos inter-orgánicos, es decir, a los trámites internos que deben adelantar los funcionarios encargados del correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio. Por oposición, **debe entenderse que la posibilidad de crear procedimiento administrativo sancionador, con base en la norma analizada, vulnera el ordenamiento jurídico constitucional.**' (Negrillas fuera de texto)

Si se hace una integración de principios constitucionales, en relación con el tema que se estudia, se tiene que el procedimiento que se echa de menos no tiene que ser tan complejo como el judicial, porque se sabe que la administración también debe ajustarse a los principios de eficiencia, economía y eficacia –entre otros del art. 209 CP.-, que por sí mismos demandan rapidez en las decisiones; pero esto tampoco puede llevar a desconocer las garantías ciudadanas. En palabras de la sentencia de 17 de marzo de 2010 de esta Sección –exp. 18.394-: 'Por regla general, todos los derechos que integran el debido proceso deben ser aplicables en esta actividad administrativa en cumplimiento del mandato perentorio del artículo 29 de la Constitución Política y para lograrlo es necesario precisar la manera, forma y grado en que ello debe serlo, dado que el mismo debe ser armonizado con la naturaleza y objetivos de la contratación pública, en tanto los contratos son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales (art. 2 C.P.)⁶⁰, 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 (artículo 3 de la Ley 80 de 1993), bajo el principio de legalidad, en desarrollo del interés general y en ejercicio de la función administrativa (art. 209 de C.P.).'

⁵⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 252 de 1994. En igual sentido, la sentencia C – 229 de marzo 18 de 2003.

⁵⁹ 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".

⁶⁰ Constitución Política: "Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo."

Además, es una verdad irrefutable que la ejecución de los contratos públicos tampoco puede convertirse en un sucedáneo de la función judicial, en cuanto a la resolución de conflictos que surgen en los negocios; pero esto tampoco puede justificar la inmediatez atropellante del poder público sobre el ciudadano. No es sencillo precisar lo que se debe lograr, pero está claro que se tiene que alcanzar un justo medio entre el derecho a las formas propias de cada juicio –art. 29-, con los principios de economía, celeridad y eficacia –art. 209 CP.-.

(...)

e) El derecho a que ‘Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable’ también rige en la contratación estatal.

Su espacio de aplicación se expresa en el deber que asume la administración de demostrar que el contratista ha incumplido alguna de sus obligaciones o deberes, si pretende sancionarlo por ello, como quiera que la presunción de que no es responsable lo protege.

En esta perspectiva, la carga de acreditar la mora o el incumplimiento recae en la administración, como titular del ius puniendi administrativo, y por eso requiere pruebas al interior del respectivo proceso para desvirtuar la presunción que el contratista tiene en su favor, por disposición constitucional.

f) En las actuaciones contractuales también rige el derecho a que ‘Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa, así como la garantía ‘a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra’, del mismo modo que ‘Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso’, pero se requiere hacer dos precisiones.

De un lado, y en armonía con la garantía inmediatamente analizada, la necesidad de la prueba de los hechos que se imputan es conditio sine qua non de la validez de la decisión administrativa, porque sólo así se legitima la misma, y se contrarresta la arbitrariedad y el abuso del poder, que fácilmente se esconde tras una medida sin soporte en hechos demostrados. En esta perspectiva, la Corte Constitucional ha manifestado: ‘En conclusión, en toda actuación administrativa la apreciación de las pruebas por parte del funcionario deberá ceñirse a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en desarrollo del principio constitucional del debido proceso en actuaciones administrativas.’ (sentencia T-011 de 1993)

De otro lado, el derecho de defensa también garantiza que se vincule al afectado con el procedimiento sancionatorio, para que exponga las razones que explican su percepción de los hechos investigados. Es tan arraigada esta garantía, que el Código Contencioso Administrativo ya aseguraba su defensa desde 1984. Sobre el particular, el art. 28 CCA. protege, incluso, a las personas que pudieran afectarse con la decisión⁶¹, de manera que ordena hacerlas parte del procedimiento administrativo. Y si esto acontece con los terceros, con mayor razón aplica para quien es parte⁶².

Así mismo, el derecho de defensa no tiene más limitaciones en materia contractual, y por eso se admite cualquier manifestación suya. Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes⁶³, ser oído y que se

⁶¹ Dispone el art. 28 CCA. “DEBER DE COMUNICAR. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

“En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.”

⁶² Entre otras cosas, la aplicación del CCA al procedimiento contractual, y los demás que se deriven de él, se fundamenta en el art. 77 de la ley 80: “DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. **En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales.** A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.” (Negrillas fuera de texto).

⁶³ Discurre la Corte al respecto, en la sentencia T-796 de 2006, del siguiente modo: “6.1. En esta oportunidad las sociedades... consideran que el Invías incurrió en una vulneración a sus derechos

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

(...)

j) La culpabilidad de la conducta aplica de manera variable en materia administrativa.

Ante todo se debe advertir que no se trata de un principio del debido proceso de origen constitucional, porque el artículo 29, ni alguno otro de dicha norma, lo enuncia. Sin embargo, rige en muchas actuaciones sancionatorias, como la penal, la fiscal y la disciplinaria, pero por incorporación que el legislador hizo de él a través de las leyes que los regulan.

Aún así, para el común de las actuaciones sancionatorias administrativas no se puede decir, con criterio de validez general, si rige o no, pues se debe hacer un estudio caso a caso para concluir algo al respecto.

Tratándose de la contratación estatal se sabe que muchas sanciones incorporan la culpabilidad como requisito para deducir la punición, pero otras no. En el primer grupo se encuentra, por ejemplo, la inhabilidad que surge cuando no se firma un contrato sin justa causa –art. 8.1.b) de la ley 80-; y en el segundo la terminación unilateral por muerte del contratista, incapacidad física permanente, o interdicción judicial. De hecho el ejercicio de las potestades exorbitantes no necesariamente involucra la imposición de una sanción, lo cual conduce a que el elemento culpabilidad sea ajeno a algunos eventos, como es el caso de la interpretación unilateral en general, a la modificación unilateral o a la reversión.

Sobre el alcance problemático del tema, señala Alejandro Huergo Lora que ‘En la responsabilidad contractual y por incumplimiento de obligaciones en general, la regla general es que solo se responde del dolo o de la culpa, pero esa regla puede ser desplazada por normas contrarias y por el pacto de las partes...’, concepto que refleja perfectamente que en cada caso –es decir, en cada actuación sancionatoria- se debe analizar si la culpa integra uno de los aspectos que se deben considerar en las actuaciones administrativas.’ (Subrayas fuera de texto).

fundamentales, al resolver los recursos de reposición interpuestos contra los actos administrativos que liquidaron unilateralmente el contrato de concesión N° 388/97, pues no se les permitió objetar el dictamen pericial decretado por la administración, y en el cual se basó la liquidación del contrato. **Si bien solicitaron su aclaración o complementación, los peritos se negaron a ello, y además, tampoco se les corrió traslado de dicha respuesta dada por los peritos.**

(...)

“A juicio de la Sala, como lo consideraron los jueces de instancia, **la anterior situación trasgrede el derecho fundamental al debido proceso en cabeza de las sociedades..., por cuanto no pudieron contradecir el dictamen pericial.** En primer lugar, los peritos se negaron a aclarar o complementar el dictamen pericial rendido sin que la administración hiciera nada al respecto, pues ni exigió que los peritos cumplieron con su deber ni corrió traslado a las partes para que pudieran pronunciarse objetándolo por error grave, en los términos del numeral 4° del artículo 238 del C.P.C., norma que se aplicaba al caso concreto dadas las razones desarrolladas en la parte dogmática de esta providencia.

(...)

“Así las cosas, no existe razón válida para que el Invías no haya corrido traslado a la respuesta de solicitud de aclaración o complementación al dictamen pericial que elevaron las sociedades accionantes en escrito radicado ante la entidad el 9 de agosto de 2005 (folio 143 a 146 del cuaderno de primera instancia), sin importar en que sentido lo hayan hecho los peritos, y que en el caso concreto se traduce en la negativa de proferir la aclaración. Por lo que el Invías al resolver los recursos de reposición, pretermitiendo el mencionado trámite, desconoció el derecho al debido proceso de las sociedades actoras, máxime cuando se trataba de un caso en que los peritos se negaron a la aclaración o complementación solicitada sin que al respecto la administración tampoco tomara alguna decisión.”

En ese contexto, encuentra la Sala que las razones expuestas por la parte demandada para solicitar que se revoque la decisión de primera instancia no tienen vocación de prosperidad, toda vez que, como viene de verse, con anterioridad a la imposición de la sanción debe concedérsele al afectado la oportunidad para que haga efectivas todas las garantías que le asisten en virtud del derecho al debido proceso, razón por la cual no es suficiente para su ejercicio efectivo que, como erradamente lo consideró la parte demandada, la decisión se encuentre debidamente motivada y sea notificada, por cuanto existe un procedimiento de imperativo cumplimiento que debe surtirse en todas las actuaciones administrativas para garantizar la realización efectiva del mencionado derecho, lo que impone que deba confirmarse la decisión del *a quo* en lo que concierne a la nulidad de la Resolución No. 290 de 1997.

8.1.2. Resolución No. 768 del 2 de julio de 1997, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996

Debido a que la decisión de declarar la nulidad de la Resolución No. 768 del 1997, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato de prestación de servicios No. 573 de 1996, se decretó con sustento en que este acto administrativo se profirió con ocasión de la declaratoria de caducidad del negocio jurídico, los motivos de la parte demandada para solicitar la nulidad de la liquidación unilateral se sustentaron en los mismos que alegó en contra de la Resolución No. 290 de 1997, a través de la cual la entidad demandada ejerció la mencionada facultad exorbitante.

No obstante lo anterior, en lo que al acto administrativo de liquidación unilateral corresponde, resulta pertinente hacer las siguientes consideraciones:

La Resolución No. 768 de 1997, por medio de la cual liquidó unilateralmente el contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, se profirió como consecuencia de la caducidad del negocio jurídico que fue declarada mediante Resolución No. 290 de 1997, acto administrativo que por las razones expuestas en el acápite anterior será declarado nulo, circunstancia que genera, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 66 del Código

Contencioso Administrativo⁶⁴ - Decreto 01 de 1984 -, el decaimiento del acto de liquidación unilateral.

En relación con el decaimiento de los actos administrativos, la Corporación, en concordancia con lo previsto en el artículo 66 del Decreto 01 de 1984, ha señalado que dicho fenómeno se produce, entre otras circunstancias, cuando las disposiciones legales o reglamentarias en las cuales se funda su expedición desaparecen del ordenamiento jurídico, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable o de nulidad de la norma que los sustenta, así como también por la anulación o la suspensión provisional del acto administrativo que les sirve de fundamento.

El decaimiento de un acto administrativo impide que éste produzca efectos hacia el futuro, pues desaparecen los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron su expedición. En ese sentido, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 -, prevé tal circunstancia como uno de los eventos en los cuales los actos administrativos, a pesar de no haber sido declarados nulos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pierden su fuerza ejecutoria.

En cuanto a la posibilidad de que el decaimiento de los actos administrativos sea declarada por el juez administrativo, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme en afirmar que esta Jurisdicción no es competente para ello, por cuanto la misma está instituida para la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 -. Al respecto ha afirmado:

“Sin embargo, tal declaración de pérdida de fuerza ejecutoria y su consecuente inejecutabilidad no es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, pues ésta está instituida para declarar la nulidad de los actos administrativos, de conformidad con el artículo 84 del C.C.A, por infringir las normas en que deberían fundarse, por haber sido expedidos por funcionario incompetente, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió, en

⁶⁴ Art. 66, C.C.A.: “Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

“1. Por suspensión provisional.

“2. **Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.** “3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

“4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto. “5. Cuando pierdan su vigencia.” (Negrilla fuera del texto)

tanto que la pérdida de fuerza ejecutoria trae sus propias causales, cuales son, que el acto administrativo haya sido suspendido provisionalmente, que hayan desaparecido sus fundamentos de hecho o de derecho, que al cabo de 5 años de estar en firme la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlo, que se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto o cuando pierde su vigencia.”⁶⁵

En lo que concierne a la competencia de la Corporación para declarar la nulidad de actos administrativos respecto de los cuales ha operado el decaimiento, por la desaparición de su fundamento jurídico, en ocasiones ha considerado que no es procedente entrar a dictar fallo de fondo, en tanto resultaría inocuo pronunciarse respecto de actos que no tienen vigencia; en la actualidad la Corporación sostiene que el decaimiento del acto administrativo no impide que se realice el juicio de legalidad del mismo por cuanto éste debe hacerse de acuerdo con las circunstancias que se encontraban vigentes al momento de la expedición del acto⁶⁶.

Ahora bien, al revisar la demanda, encuentra la Sala que a pesar de que la parte actora solicitó que se declarara la nulidad de la Resolución No. 768 del 2 de julio de 1997, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, en contra de este acto administrativo no se endilgó cargo alguno de anulación, pues todos los fundamentos de la demanda se dirigieron a lograr que se declarara la nulidad de la Resolución No. 290 del 2 de abril de 1997, por medio de la cual se declaró la caducidad del referido negocio jurídico y, como consecuencia de ello, la nulidad del acto de liquidación unilateral.

En efecto, las pocas manifestaciones que la parte demandante hizo en relación con el acto administrativo de la liquidación se dirigieron a señalar que su nulidad devenía como consecuencia de la ilegalidad de la Resolución No. 290 del 2 de abril de 1997, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573, sin embargo, este argumento claramente no constituye un cargo de anulación del acto, sino que pone en evidencia la posibilidad de su decaimiento en caso de que la pretensión anulación del acto administrativo de la caducidad tuviera vocación de prosperidad.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de mayo 11 de 2006. Radicado 76001-23-33-000-2000-01681-01. C.P. Martha Sofia Sanz Tobón.

⁶⁶ Al respecto, ver sentencia del 5 de julio de 2006, proferida por la Sección Tercera de la Corporación dentro del proceso radicado bajo el número interno 21.051.

Así las cosas, debido a que no existieron cargos de anulación en contra de la Resolución No. 768 del 2 de julio de 1997, no era procedente que se declarara su nulidad, en consecuencia, en este punto de la sentencia de primera instancia deberá ser revocada y como en este caso lo que se presenta en relación con el acto administrativo en mención es el decaimiento, la Sala no efectuará pronunciamiento alguno al respecto, pues carece de competencia para ello.

8.3. En cuanto a la apelación formulada por la parte demandante

Los motivos que de inconformidad de la parte demandante se circunscriben a solicitar que se reconozca indemnización por los siguientes perjuicios:

8.3.1. Perjuicios morales

En relación con los perjuicios morales reclamados por la parte actora, resulta pertinente establecer, como lo señaló la Corporación en sentencia del 8 de febrero de 2001⁶⁷, que en materia contractual es perfectamente válido que el Juez condene por concepto de perjuicios morales causados con ocasión de la actividad contractual estatal, no obstante, dicho reconocimiento está condicionado, al igual que la indemnización por cualquier otro tipo de perjuicio, a la prueba de su existencia. Al respecto manifestó:

“En otras palabras, los precitados perjuicios morales contractuales, que pudieron ocasionarse con la expedición del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, y que podrían consistir, según el caso, en el pesar, angustia, congoja, tristeza, desolación etc. que sufrió el contratista, requieren ser demostrados en el proceso, como todo aquel perjuicio respecto del cual se pretenda su resarcimiento.

Así lo precisó la Sala al negar los perjuicios morales reclamados por el contratista; afirmó:

“En general, la doctrina del Consejo de Estado⁶⁸ ha sido reacia a reconocer el perjuicio moral tratándose de responsabilidad patrimonial contractual o precontractual, aunque no niega su procedencia en el evento de que se presentare lesión a alguno de los bienes extrapatrimoniales (honor, reputación, etc.) y estuviese demostrada en el expediente. En el subjudice no procede la condena por daño moral solicitada por el actor por cuanto no hay una sola prueba que así lo indique y los perjuicios no pueden presumirse del sólo incumplimiento obligacional⁶⁹).

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad:12848 M.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁶⁸ Ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de julio 25 de 1985. Expediente 2963 Magistrado Ponente Julio Cesar Uribe Acosta; Sentencia del 24 de septiembre de 1987. Expediente 4039. Magistrado Ponente Jorge Valencia Arango y Sentencia del 24 de agosto de 1990. Expediente 5712. Consejo Ponente Gustavo De Greiff Restrepo.

⁶⁹ Sentencia proferida dentro del expediente 10038 el día 6 de marzo de 1997; actor: Oscar Gómez España.

Es cierto que el acto de caducidad del contrato puede alterar el good will del contratista sancionado lo que indiscutiblemente causaría su afectación emocional; pudo acontecer también que a raíz del mismo acto el contratista sancionado perdiese nuevas oportunidades de contratar, lo que también podría afectar su tranquilidad y autoestima, pero todas estas posibilidades, causas y efectos, de llegar a concretarse en la realidad, deben acreditarse ante el juez del contrato para que, establecida su existencia y magnitud, profiera la deprecada decisión condenatoria.

La sola creencia de que la ilegalidad del acto produce perjuicios morales no es de recibo para la Sala; no es dable presumir, porque no existe sustento normativo, que la expedición de un acto de caducidad del contrato declarado nulo, causa perjuicios morales”.

Así las cosas, sin duda alguna la prueba del perjuicio es condición necesaria para que proceda su restablecimiento y como quiera en el presente asunto la parte demandante no acreditó la existencia de los perjuicios morales, no habrá lugar a concederlos.

8.3.2. Pérdida de oportunidad

La parte demandante solicitó que se reconozca a su favor el “*lucro cesante*” que, considera, se habría negado en primera instancia. Como sustento de su petición adujo que resultaba imperativo el reconocimiento pleno de los perjuicios ocasionados a la contratista, dada “*la pérdida temporal de la oportunidad para celebrar contratos*”, no sólo con la entidad pública demandada, sino con las demás entidades públicas con las que hubiera podido contratar de hallarse legalmente habilitada para ese efecto.

Con el propósito de resolver acerca de este cargo de la apelación, la Sala se permite hacer las siguientes precisiones en relación con lo que comportan los perjuicios de daño emergente, lucro cesante y pérdida de oportunidad.

- Daño emergente

La jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación, en concordancia con lo dispuesto al respecto en el artículo 1614 del Código Civil, ha señalado que el daño emergente supone para el afectado el padecimiento de una pérdida “*con la consiguiente necesidad de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se perdió*”⁷⁰. En ese sentido, se ha considerado que la configuración de un daño emergente supone que algún bien de tipo económico salió o saldrá del patrimonio

⁷⁰ Consejo de Estado, sentencia del 4 de diciembre de 2006, radicado interno No. 13168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

de la víctima y, por tanto, que el daño que a este concepto corresponde puede ser presente o futuro.

- Lucro cesante

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1614 del Código Civil, el lucro cesante corresponde a “*la ganancia o provecho que deja de reportarse*”, o como en otras oportunidades lo ha señalado la Corporación, a “*la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima*”⁷¹.

- Pérdida de oportunidad

En sentencia del 11 de agosto de 2010, la Sección Tercera de esta Corporación señaló que la pérdida de oportunidad es una modalidad de daño autónomo en el que lo que se repara no es la ventaja esperada, sino la oportunidad o probabilidad perdida de obtenerla. Al respecto, discurrió la Sala de la manera que sigue:

“En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial⁷²; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba⁷³, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este

⁷¹ ibídem.

⁷² MAYO, Jorge, “El concepto de pérdida de chance”, en *Enciclopedia de la responsabilidad civil. Tomo II*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207.

⁷³ En esa dirección sostiene Zannoni que esta modalidad de daño “*lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito —el acere licere, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión de ese interés —cualquiera sea éste— produce en concreto un perjuicio*” (énfasis en el texto original). Cfr. ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 36.

*tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento; no ofrece lugar a la menor hesitación que 'esa oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la 'carrera' de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto sólo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediablemente truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado'*⁷⁴.

La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del "chance" en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida 'tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él', para su determinación."⁷⁵

- El perjuicio que se reclama

Precisado lo anterior, al revisar la petición de la parte demandante en lo que a este cargo de la apelación se refiere, es decir, el reconocimiento de "lucro cesante" correspondiente a "la pérdida temporal de la oportunidad para celebrar contratos" con el Estado, observa la Sala que se confunde el rubro del daño consistente en el lucro cesante con aquel consistente en la pérdida de la oportunidad, cuya diferencia radica, como ya en otras oportunidades lo ha señalado la Corporación⁷⁶, en que "mientras que la primera [se refiere a la pérdida de la oportunidad] constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo [se refiere al lucro cesante] implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían⁷⁷—".

En efecto, las pretensiones de la parte demandante relacionadas con el pago de los honorarios que se dejaron de percibir como consecuencia de la declaratoria de

⁷⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 274, *apud* TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 30.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 18593. Sentencia de agosto 11 de 2010.

⁷⁶ Al respecto, ver sentencia proferida por la Sección Tercera de la Corporación el 11 de agosto de 2010, expediente 18953, reiterada, entre otras, en la sentencia proferida por esta Subsección el 7 de julio de 2011, expediente 20139, así como en sentencia del 9 de mayo de 2012, expediente 20968.

⁷⁷ Al respecto la doctrina afirma que "...en el lucro cesante está 'la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca', mientras que en la pérdida de chance hay 'un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla', diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio". Cfr. VERGARA, Leandro, *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, *apud* TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 262.

caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, corresponden al rubro de lucro cesante, pues habiéndose suscrito el mencionado negocio jurídico entre la actora y la entidad demandada y estando éste en ejecución, es un hecho cierto que si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, es decir, de no haberse declarado la caducidad del contrato, el valor de los honorarios que le correspondía a la contratista percibir por el servicio que se comprometió a prestar hubieran ingresado a su patrimonio.

Por otra parte, la indemnización que se pretende en relación con la imposibilidad de contratar con el Estado por efecto de la inhabilidad que le fue impuesta a la contratista como consecuencia de la caducidad del contrato es una diferente a la del lucro cesante, pues comprende, no el valor de lo que le correspondía percibir por concepto de honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, sino la pérdida de la posibilidad de suscribir otros contratos con el Estado y de obtener ganancias por éstos.

Ahora bien, encuentra la Sala que a pesar de que en la sentencia de primera instancia se señaló que por concepto de perjuicios materiales *“en la modalidad de daño emergente, se reconocerán los valores dejados de percibir por la contratista durante el tiempo que le faltaba para culminar el contrato”*, resulta evidente, según lo que viene de verse, que esta indemnización correspondió al rubro de lucro cesante y que, en ese contexto, según lo expresado por la parte impugnante, lo que se pretende en la segunda instancia es el reconocimiento de la pérdida de oportunidad que se habría generado como consecuencia de la inhabilidad para contratar con el Estado que le fue impuesta a la señora Edna Karolina Cuéllar Pérez a raíz de la declaratoria de caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996.

Al revisar el texto de la demanda, se observa que a pesar de que la parte actora no solicitó en el acápite de pretensiones reconocimiento por concepto de pérdida de oportunidad, sí lo hizo en el acápite que denominó *“DE LAS RAZONES DE CONVENIENCIA”*, sin embargo, en varios apartes del libelo lo confundió con el de lucro cesante y generó duda acerca de lo que realmente quiso solicitar. En consecuencia, en aplicación del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial, corresponde a la Sala interpretar la demanda y establecer la intención de la parte actora en relación con el tema. Respecto de la interpretación de la

demanda, la Sección Tercera de la Corporación se ha manifestado de la manera que sigue:

“La interpretación y concreción del petitum que se hizo en la sentencia recurrida obedeció a la facultad y, desde luego, al deber que tiene el juzgador de interpretar la demanda con miras a no entorpecer el accionar del reclamante, con mayor razón cuando del contexto mismo de dicho libelo resulta clara la vía procesal a seguir y la orientación que lleva a las distintas peticiones relacionadas, así lo hayan sido en forma desordenada e informal. Cabe recordar que corresponde al fallador, por mandato legal contenido en el artículo 4º del C. de P. C., tener en cuenta ‘que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial...’: Con acierto sostuvo la Corte que ‘una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no solo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hechos y de derecho’ (XLIV. Pág. 627). No se puede entonces desestimar la demanda, más hoy, cuando el artículo 228 de la Carta prescribe que en las actuaciones judiciales ‘prevalecerá el derecho sustancial.’”⁷⁸

En similar sentido, en sentencia de enero 23 de 2003, esta misma Sección sostuvo:

“Como cualquier otro acto de hombre o de persona, la demanda es objeto de valoración; ésta implica no dejarse llevar por su mera apariencia formal. Por eso el Código de Procedimiento Civil enseña que ‘Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes’ (art. 4º).

“Por consiguiente la doctrina indica que para el estudio de la ley procesal ‘no puede el juzgador aferrarse a las palabras ni al sentido literal, sino que debe perseguir el conocimiento del contenido jurídico que ella encierra, y si el objeto de los procedimientos es la tutela de los derechos reconocidos en la ley sustancial, con mayor razón es imperativo adoptar un criterio de interpretación conjunta, razonada y científica de la demanda’⁷⁹.

“Así entonces conociendo que la demanda es un todo, si en su apreciación no se encuentra armonía absoluta habrá, si se puede, que acudir a los hechos históricos que la informan como a los fundamentos de derecho que alude para hacer visible su verdadero sentido (...).”⁸⁰

Posteriormente, en sentencia del 31 de agosto de 2006, la Sección indicó:

“... reitera la Sala la jurisprudencia que ha sostenido en decisiones anteriores, en las cuales se ha considerado que es deber del juez interpretar la demanda como un todo

⁷⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de noviembre 22 de 1991, Rad. 6223. C.P. Daniel Suárez Hernández.

⁷⁹ CITA ORIGINAL: “Compendio de derecho procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I. Hernando Devis Echandía. Biblioteca Jurídica Dike. Duodécima edición. Pág. 436.”

⁸⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de enero 23 de 2003, Exp. 22113. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

armónico⁸¹, deber que no constituye una mera liberalidad sino el cumplimiento de los artículos 228 y 229 de la Constitución, que consagran como principios de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial y la garantía a su acceso. La falta de técnica en la demanda no es óbice para que el juzgador desentrañe su sentido⁸²; aunque, claro está, teniendo buen cuidado de no alterar el propósito expresado por el actor y siempre que no se contravenga el derecho de defensa de la otra parte⁸³.

Así las cosas, partiendo de la facultad - deber que le asiste al juez para interpretar la demanda y para desentrañar la intención de quien demanda en aquellos casos en los cuales exista duda o incomprensión, procede la Sala a analizar cuál fue el propósito de la parte demandante al hacer referencia a aspectos relacionados con “la inhabilidad para laborar con el Estado” que le fue impuesta como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, así:

En el acápite de la demanda que se denominó “DE LAS RAZONES DE CONVENIENCIA”, la parte actora expuso lo siguiente:

“... Como la caducidad genera una inhabilidad para laborar con el Estado, por cinco años, ese lapso debe ser indemnizado por la parte demandada, pues la nulidad de las resoluciones demandadas no impide que se cause el perjuicio del tiempo transcurrido mientras sus efectos existieron.

⁸¹ En este sentido, providencias de la Sección de 20 de septiembre de 1990, exp: 6133; 1 de octubre de 1993, exp. 6474, entre muchos otros. De manera más reciente, la Sala señaló: “Como cualquier otro acto de hombre o de persona, la demanda es objeto de valoración; ésta implica no dejarse llevar por su mera apariencia formal. Por eso el Código de Procedimiento Civil enseña que “Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes” (art. 4º). Por consiguiente la doctrina indica que para el estudio de la ley procesal “no puede el juzgador aferrarse a las palabras ni al sentido literal, sino que debe perseguir el conocimiento del contenido jurídico que ella encierra, y si el objeto de los procedimientos es la tutela de los derechos reconocidos en la ley sustancial, con mayor razón es imperativo adoptar un criterio de interpretación conjunta, razonada y científica de la demanda” *Compendio de derecho procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I. Hernando Devis Echandía. Biblioteca Jurídica Dike. Duodécima edición. Pág. 436.* Así entonces conociendo que la demanda es un todo, si en su apreciación no se encuentra armonía absoluta habrá, si se puede, que acudir a los hechos históricos que la informan como a los fundamentos de derecho que alude para hacer visible su verdadero sentido; así ocurre jurídicamente en otras materias sustantivas como en los convenios y contratos cuando no son claros, y para tal efecto la ley sustancial indica cuáles son los métodos de interpretación” Sentencia de 23 de enero de 2003, exp. 22.113.

⁸² “La demanda no constituye en este caso, precisamente, un modelo de lo que deba ser la pieza procesal de introducción. Pero, ello no es óbice para que el juzgador cumpliendo con el deber de interpretar razonablemente los diversos actos procesales, pueda y deba llegar a desentrañar el verdadero propósito que tuvo el actor para reclamar en contra de quien estaba llamado a responder por los perjuicios ocasionados en virtud de los hechos enrostrados a éste”. Sentencia de 8 de agosto de 1991, exp: 6414.

⁸³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de enero 31 de agosto de 2006, Exp. 15772. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

(...)

Las violaciones denunciadas dicen relación con dos aspectos fundamentales: el primero es el relativo a la caducidad en sí misma con violación del derecho de defensa por parte del INSSPONAL y del BIG. JORGE ENRIQUE MONTERO PIRAQUIVE. **El segundo es el que dice relación con el pago del tiempo de inactividad laboral por la inhabilidad, lo que genera daño moral y material, por la imposibilidad de percibir honorarios, o emolumentos que como contratista del Estado estaba en posibilidad real y jurídica de percibir e inclusive los intereses causados - a título de perjuicios, como dice el artículo 1617, regla 2a., de Código Civil - desde la fecha en que terminó el servicio**" (Negrillas fuera de texto).

Más adelante, en el mismo acápite expresó:

"Lo anteriormente expresado es suficiente para reiterar la petición de que se anule la caducidad y la confirmación de la misma, lo mismo que la liquidación del contrato (...) y, como consecuencia, se restablezca el derecho que se ha requebrajado gravemente durante la ejecución del contrato de prestación de servicios citado y durante la inhabilidad creada por ese acto" (Negrillas fuera de texto).

Posteriormente, señaló:

"... la cuantía a que debe ser condenada a cancelar la entidad deudora en favor de la demandante es la estimada en las peticiones de la demanda es decir el valor de los honorarios, más lo que resulte de aplicar la actualización de valor más la tasa de interés actual..." (Negrillas fuera de texto).

Al determinar la cuantía del proceso indicó que:

"El valor actual de los honorarios mensuales es superior a \$600.000,00; luego dentro de la hipótesis los 5 años, o 60 meses, sin trabajar por la inhabilidad creada por la caducidad hoy valen más de \$36.000.000,00" (Negrillas fuera de texto).

Y, finalmente, al formular sus pretensiones la parte demandante solicitó que como consecuencia de la declaración de nulidad de los actos administrativos acusados se condenara a la entidad accionada a reconocer y a pagar a su favor *"las sumas líquidas de dinero que se establezca dentro del proceso por concepto de perjuicios morales y materiales, tanto por daño emergente como por lucro cesante."*

De conformidad con lo anterior, se observa que la parte demandante confundió, como lo hizo también en el recurso de apelación, los conceptos de lucro cesante y de pérdida de oportunidad y, al solicitar indemnización por perjuicios materiales, los acumuló en el primero de los mencionados rubros; no obstante lo anterior, resulta claro que su intención era reclamar indemnización, tanto por los honorarios dejados de percibir como consecuencia de la terminación del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996 - *lucro cesante* -, como por los perjuicios que le habrían sido ocasionados en razón de la imposibilidad de

contratar con el Estado como consecuencia de la inhabilidad que le fue impuesta en virtud de la declaratoria de caducidad del contrato estatal - *pérdida de oportunidad* -.

En ese orden de ideas, la circunstancia de que en la demanda no se hubiera hecho referencia expresa a la frase "*pérdida de oportunidad*" y que, por un error de técnica jurídica, se hubiese incluido ese rubro en el de lucro cesante, no constituye óbice para que, en aplicación del principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial, la Sala pueda interpretar la demanda y establecer la intención de la parte actora, quien, como ya se dijo, solicitó una indemnización que claramente involucra, además de los perjuicios morales, del daño emergente y del lucro cesante, el rubro relacionado con la pérdida de oportunidad, este último en razón de la "*inactividad laboral*" que afirmó haberse generado como consecuencia de la inhabilidad que le fue impuesta en virtud de la declaratoria de caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996.

Así las cosas, dado que no se varía la *causa petendi* de la demanda, resulta procedente pronunciarse en relación con la solicitud de reconocimiento de perjuicios que le habrían sido ocasionados a la parte demandante como consecuencia de la "*pérdida temporal de la oportunidad para celebrar contratos*" con el Estado.

En relación con la mencionada pérdida de oportunidad, corresponde señalar que de conformidad con lo dispuesto en el literal c) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, se encuentran inhabilitados para contratar con el Estado quienes hubieren dado lugar a la declaratoria de caducidad, sanción que, según lo previsto en el inciso final del citado artículo, se extiende por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto administrativo por medio del cual se haga tal declaratoria.

En ese sentido, resulta plenamente acreditado que al haberse declarado la caducidad administrativa del contrato de prestación de servicios que la señora Edna Karolina Cuéllar Pérez suscribió en el año de 1996 con el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, cuya nulidad será confirmada por las razones anteriormente expuestas, se causó a la demandante, de manera automática, un daño consistente en la pérdida de la oportunidad para participar, durante el período de cinco (5) años, en procesos de selección, para celebrar y

ejecutar contratos con el Estado y, en consecuencia, se le privó también de la oportunidad para obtener un beneficio económico por tal actividad, perjuicio que dada la ilegalidad del acto administrativo en cuestión, no estaba en la obligación jurídica de soportar y que, por tanto, debe ser reparado.

En lo que concierne al daño consistente en la pérdida de oportunidad, la Corporación, en sentencia del 11 de agosto de 2010⁸⁴, expresó lo que la Sala se permite citar en extenso en esta oportunidad, dada, además de la pertinencia del asunto, la precisión y la claridad con la que éste fue tratado en la referida providencia.

“De acuerdo con esta concepción, entonces, “la doctrina de la pérdida de oportunidad se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal”⁸⁵, por manera que no deben catalogarse como “pérdida de chance” ni los eventos en los cuales sí existe la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño —pues allí estará demostrada la causalidad en virtud de que la alta probabilidad da lugar a la aludida razonable certeza y el daño sufrido en tales circunstancias no es la pérdida de la probabilidad sino la desaparición de la ventaja o provecho esperado, luego la íntegra reparación será lo jurídicamente procedente—, ni aquellos supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resultan insignificantes —pues la escasa probabilidad da lugar a que la víctima no tenga derecho a indemnización alguna—; por consiguiente, sólo hay lugar a la aplicación de la figura de la pérdida de chance “... cuando el coeficiente de probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada”⁸⁶. (Destaca la Sala).

(...)

El concepto de pérdida de oportunidad implica que se demuestre la relación causal existente entre el acontecimiento o la conducta dañosa y la desaparición, exclusivamente, de la probabilidad de acceder a la ganancia o de evitar el deterioro como rubros que se integran efectivamente en el patrimonio del afectado, con independencia de los demás tipos de daño cuya ocurrencia pudiere tener lugar; la pérdida de oportunidad no representa, por tanto, una especie de daño subsidiario en defecto de prueba respecto de la relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido, sino una clase autónoma de daño respecto del cual no puede presentarse la tantas veces mencionada incertidumbre causal, toda vez que tal falta de certeza debería conducir, directa e indudablemente, a la exoneración de responsabilidad por el anotado concepto⁸⁷; de allí que resulte atinado aseverar que “cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad, no podemos incluir allí la simple imposibilidad de saber cuál es la causa de un daño”⁸⁸.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 18593. Sentencia de agosto 11 de 2010.

⁸⁵ *Ejusdem*, p. 88.

⁸⁶ Cfr. MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, cit., p. 88. En el mismo sentido, el autor citado —p. 89— expresa lo siguiente en relación con el tipo de supuestos en los cuales la noción de pérdida de oportunidad debe tener aplicación: “Cuando la probabilidad no es insignificante, pero tampoco es alta, es decir, cuando las posibilidades de que la víctima hubiera conseguido la ventaja son serias y reales, pero insuficientes para tener por cierto el hecho causal, la víctima puede tener derecho a un resarcimiento (parcial) en concepto de chance irreversiblemente sacrificada” (énfasis añadido).

⁸⁷ GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de oportunidad en materia médica, un tema de daño, no de imputación*, cit., pp. 42-57.

⁸⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil. Tomo II*, segunda edición, Legis, Bogotá, 2007, p. 360. De hecho, en el mismo lugar y con el fin de destacar la que entiende que es

El correcto entendimiento y la adecuada utilización de la teoría de la pérdida de chance u oportunidad presupone, consiguientemente, la necesidad de distinguir entre dos tipos de daño y dos cursos causales nítidamente diferenciables: (i) el daño consistente en la imposibilidad definitiva de acceder a una ganancia o de evitar un perjuicio y la relación causal entre la pérdida de ese provecho buscado o la ocurrencia de ese deterioro patrimonial no querido y el hecho que se cuestiona si fue, o no, el desencadenante del respectivo daño; y (ii) el daño consistente en la pérdida de la probabilidad de obtener el aludido provecho o de eludir el referido detrimento y el ligamen causal existente entre la desaparición de tales posibilidades y el mismo hecho o conducta enjuiciados. Para que opere la noción de pérdida de oportunidad el primero de los dos daños aludidos —la pérdida de la ventaja esperada— sólo resulta de interés al momento de cuantificar la indemnización que haya de ordenarse y el primer vínculo causal mencionado carece de toda relevancia jurídica en el caso concreto; por el contrario, los segundos daño y ligamen causal en mención, sí deben hallarse acreditados en el proceso, pues de no ser así resultará inviable la imposición de una condena a reparar el tipo de daño del cual ahora se ocupa la Sala —la pérdida de chance—.

(...)

Sin embargo, la aceptación de una noción de causalidad probabilística —como corolario del reconocimiento de la innegable realidad que se ha descrito en punto de los límites del conocimiento científico— en virtud de la cual el juez puede válidamente dar por demostrada la relación de causalidad en un supuesto específico sin necesidad de exigir plena prueba o certeza absoluta de la misma, de suerte que puede bastar con la demostración de una probabilidad preponderante o probabilidad determinante⁸⁹ —baremo de exigencia probatoria que, de hecho, ha sido admitido y aplicado por la jurisprudencia de esta Sección, por vía de ejemplo, frente a eventos de responsabilidad médica⁹⁰—, es una cuestión que no precisa, en modo alguno, del recurso a la figura de la pérdida de oportunidad, cuyos alcances, propósitos y ubicación conceptual entre los elementos del juicio de responsabilidad son claramente diversos, según se ha dejado expuesto: la causalidad probabilística perfectamente puede operar en el territorio del examen de la relación causal, sin necesidad de entremezclarse o de confundirse indebidamente con el contenido de una modalidad singular del daño, como lo es la pérdida de chance o de oportunidad.

la “diferencia entre incertidumbre causal y pérdida de oportunidad —título número 354 de la obra aludida— el citado autor afirma que “el mayor problema que tiene la institución de la pérdida de una oportunidad radica en la permanente confusión entre incertidumbre causal de un daño que ya ocurrió y la pérdida de la oportunidad”.

⁸⁹ El aludido recurso a la causalidad probabilística ha sido explicado por la doctrina en los siguientes términos:

*“En términos generales, y en relación con el grado de probabilidad preponderante, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aún sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que se presentan con grado de probabilidad predominante. No basta con que el hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante” (subraya la Sala). Cfr. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 77-79.*

⁹⁰ A este respecto pueden verse los siguientes pronunciamientos, a los cuales se hará nuevamente alusión, con mayor detenimiento, más adelante dentro del presente proveído: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 1999; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 11169; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

(...)

En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino”.

Adicionalmente, en la mencionada providencia se señalaron los siguientes requisitos cuya concurrencia se precisó con el propósito de que pueda considerarse configurada la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto:

*“(i) **Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde**, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de ‘una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente’⁹¹ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes⁹²;*

*(ii) **Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento**, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el*

⁹¹ *Idem*, pp. 38-39.

⁹² A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésta no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado.

La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263.

porvenir podría convertir en indebida⁹³; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el 'chance' aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la 'pérdida de oportunidad' del 'lucro cesante' como rubros diversos del daño, pues mientras la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían⁹⁴—;

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que 'no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida'⁹⁵ (Negrillas fuera de texto).

Como ya se dijo, en el caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996 - cuya nulidad será confirmada - y por esa razón, de la disposición legal contenida en el litera c) y en el inciso final del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, la señora Edna Karolina Cuéllar Pérez quedó automáticamente inhabilitada para participar en procesos de selección con el Estado, así como para celebrar y ejecutar contratos con éste por el término de cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria del mencionado acto administrativo.

En ese contexto, resulta razonable concluir que la demandante, como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 que suscribió con una entidad pública, cuya nulidad será

⁹³ HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

⁹⁴ Al respecto la doctrina afirma que "...en el lucro cesante está 'la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca', mientras que en la pérdida de chance hay 'un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla', diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio". Cfr. VERGARA, Leandro, *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, *apud* TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 262.

⁹⁵ ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., pp. 110-111.

confirmada en esta instancia por las razones anteriormente expuestas, sufrió un daño antijurídico consistente en la pérdida de oportunidad para participar en procesos de selección para en procedimiento administrativos con entidades públicas en Colombia, para celebrar y ejecutar contratos estatales y, en tal virtud, se le privó también de la oportunidad que tenía para obtener un beneficio económico proveniente de tal actividad.

Así las cosas, encuentra la Sala que en este caso se reúnen los requisitos necesarios para que se entienda configurado el daño consistente en la pérdida de oportunidad, pues existe **certeza** en cuanto a que, por disposición legal, como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato No. 573, la demandante quedó inhabilitada para contratar con el Estado por el término de cinco (5) años, **oportunidad que perdió definitivamente** durante ese lapso; así mismo, se encuentra demostrado que la señora Cuéllar Pérez, antes de la declaratoria de caducidad se **encontraba en una situación potencialmente apta para contratar con el Estado**, tanto así que celebró el negocio jurídico cuya declaratoria de caducidad es ahora objeto de anulación.

- La liquidación del perjuicio

Para llevar a cabo las correspondientes operaciones y razonamientos en orden a establecer en qué monto la oportunidad perdida es resarcible, la Corporación en la sentencia del 11 de agosto de 2010 que viene de citarse, se basó en las ilustraciones que para tales efectos ha señalado la doctrina, así:

“... el juez debe realizar un análisis retrospectivo, para remontarse a la situación en que se hallaba el damnificado al ocurrir el hecho dañoso. Una vez situado allí, tendrá que realizar un análisis prospectivo de cómo podría haber evolucionado la situación del perjudicado, de acuerdo con las circunstancias en que se encontraba; es decir, determinar cuál de sus posibilidades era la de más probable realización. Establecido ello, se deberá evaluar, aproximadamente, cuál era la proporción estimativa de esa posibilidad, en comparación con los otros escenarios futuros posibles de la víctima.

Sólo entonces surgirá la cuantificación definitiva del chance perdido. Cuando se determine si era probable que se concretara y, por lo tanto, fuese indemnizable; en su caso en qué medida o proporción lo era o si en definitiva no lo era verdaderamente, en cuyo caso no sería, entonces, resarcible”⁹⁶.

Con base en lo anterior, en la citada providencia se concluyó que:

“Para la cuantificación de la indemnización a reconocer por concepto de pérdida de oportunidad, entonces, será fundamental e ineludible el recurso a la estadística como herramienta que posibilita construir inferencias sobre la base del cálculo de las

⁹⁶ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *La pérdida de chance*, cit., pp. 276-277.

probabilidades que realmente tenía la víctima de conseguir el provecho esperado o de evitar la lesión a la postre padecida”.

Ahora bien, como quiera que en este caso se cuenta con los elementos suficientes para establecer la existencia del daño relativo a la pérdida de oportunidad, mas no con aquellos que permitan determinar su cuantificación, corresponde a la Sala proferir una condena en abstracto, con el propósito de que, a través de un incidente, se practiquen las pruebas necesarias que permitan dilucidar este extremo de la litis.

En consecuencia, en caso de llegar a promoverse el referido incidente, el Tribunal Administrativo de origen deberá realizar la liquidación del perjuicio, teniendo en cuenta para ello las bases que se señalan a continuación, las cuales se fijaron atendiendo las pautas a las que hizo referencia la Corporación en la sentencia del 11 de agosto de 2010 que viene de citarse, así:

1. Información que deberá acreditarse.

La parte actora deberá allegar la documentación contentiva de la información que se describe a continuación, para cada uno de los cinco (5) años anteriores a la fecha de ejecutoria del acto administrativo a través del cual se declaró la caducidad del contrato:

1.1. Estados de resultados, firmados por profesional idóneo (Contador Público con tarjeta profesional vigente ante la Junta Central de Contadores), en los cuales se deberá evidenciar la siguiente información: i) A_i = Ingresos operacionales; ii) B_i = costos y gastos operacionales; iii) C_i =Utilidad operacional, la cual se obtiene de la diferencia entre A_i y B_i ($C_i=A_i-B_i$). El subíndice i varía entre 1 y 5 y corresponde a cada uno de los años en estudio.

1.2. Facturas, cuentas de cobro o certificaciones expedidas por las entidades estatales, con las cuales se acredite el monto de la contratación con el Estado para cada uno de los años mencionados.

2.1. Bases para el cálculo.

A continuación indicará la Sala las bases que se deben tener en cuenta por el Tribunal, a efectos de determinar: *i)* el monto de la contratación estatal, *ii)* las

posibles utilidades derivadas de la misma y con base en la información arrojada de tales aspectos calcular *iii*) el costo de la pérdida de oportunidad.

A través de un método estadístico apropiado se deberá proyectar la pérdida de oportunidad en relación con la contratación estatal durante los cinco (5) años en los cuales tuvo efecto la inhabilidad derivada de la declaratoria de caducidad, a la cual alude el artículo octavo, letra c, de la Ley 80 de 1993, lo cual se hará con base en el comportamiento de la actividad contractual con el Estado de la demandante, durante el mismo número de años, inmediatamente anteriores a la entrada en vigencia de tal inhabilidad.

Como quiera que la pérdida de oportunidad se debe calcular de manera proporcional al beneficio que se esperaba percibir, con base en la contratación estatal de los cinco (5) años anteriores a la declaratoria de caducidad, se deberá proyectar la utilidad de los cinco (5) años en los que permaneció vigente la inhabilidad.

La proyección se deberá realizar con base las siguientes pautas:

a) Se debe obtener la suma de los contratos celebrados por la demandante con el Estado dentro de los cinco (5) años anteriores a la fecha en que quedó en firme la declaratoria de caducidad administrativa del contrato 573 de 1996.

b) Con base en el método contable que se considere apropiado, se deberá calcular el porcentaje de las utilidades derivadas de los contratos celebrados por la demandante dentro de los cinco (5) años anteriores a la fecha en que quedó en firme la declaratoria de caducidad administrativa del contrato 573 de 1996.

c) Con base en el método estadístico que se considere adecuado y teniendo en cuenta la información obtenida según lo indicado en el punto a), se deberá proyectar el valor correspondiente a los contratos que hubiera podido celebrar la demandante durante los cinco (5) años en los cuales permaneció vigente la inhabilidad para contratar con el Estado.

d) Al valor que resulte después de desarrollar el punto anterior, se deberá aplicar el porcentaje de utilidad hallado según lo indicado en la letra b).

Así entonces, a partir de los valores contratados en los cinco (5) años anteriores a la declaratoria de caducidad, será posible predecir los valores de los contratos que corresponderían a los cinco (5) años posteriores a dicha declaratoria, sin embargo, como no se cuenta con la certeza absoluta de que efectivamente los hubiera contratado, toda vez que en la vida cotidiana la posibilidad real de recibir tales sumas se encuentra sometida a una serie de contingencias, resultará necesario ajustar tales valores en función de una interpretación probabilística que permita vislumbrar cómo puede ser afectado el resultado por diversas circunstancias externa, por tanto:

e) Al valor que resulte después de desarrollar el punto *d*), con base en un método estadístico que se considere adecuado, se le deberá aplicar la probabilidad que hubiere tenido la demandante para obtener las utilidades anteriormente proyectadas.

f) La probabilidad aplicada a la proyección de la utilidad constituirá el valor que ha de indemnizarse por concepto de la pérdida de oportunidad que sufrió la demandante para contratar con el Estado a causa de la declaratoria de caducidad del contrato 573 de 1996.

3. Indemnización en caso de un único contrato estatal.

Precisa la Sala que la forma de efectuar los cálculos que antes se expresó parte del presupuesto de que se trata de una contratista habitual del Estado, cuyos volúmenes de contratación se ven perfectamente reflejados en sus estados de resultado; en virtud de lo cual es posible estadísticamente estimar tendencias y aproximarse a resultados respecto de la oportunidad perdida.

Ahora bien, la Sala ignora y no resulta posible determinar en este momento si la demandante era, o no, contratista habitual del Estado, toda vez que únicamente se conoce que se encontraba ejecutando un contrato cuya caducidad fue declarada por la entidad estatal, el cual perfectamente pudo ser el único que hubiere celebrado con la Administración, lo que no puede significar en manera alguna que la pérdida de su oportunidad no deba ser indemnizada, en razón de que no resulte factible calcularla con las bases que se dejaron previamente sentadas.

En el evento antes mencionado se deberá estimar el monto de la indemnización, de la siguiente forma:

i) Atendiendo a los criterios expuesto por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia del 12 de julio de 2012, dentro del proceso radicado bajo el número interno 15.024, en la que, en un caso como el descrito, se estimó, con base en la equidad, que el contratista podía ejecutar un contrato igual a aquel cuya caducidad le fue declarada por cada uno de los cinco (5) años de vigencia de la inhabilidad, respecto de cada uno de los cuales debía serle indemnizada la utilidad.

En el caso en estudio, el contrato celebrado tuvo un valor de \$7'200.000, lo cual, en cinco años equivale a \$36'000.000.

Luego, siguiendo las pautas descritas anteriormente se deberá:

ii) Calcular el valor de utilidad con base en el método contable que se considere apropiado.

iii) Calcular la probabilidad que hubiere tenido la demandante para obtener tales utilidades.

iv) La probabilidad aplicada a la utilidad constituirá el valor que ha de indemnizarse por concepto de la pérdida de oportunidad que sufrió la demandante para contratar con el Estado a causa de la declaratoria de caducidad del contrato 573 de 1996.

8.3.3. Condena en costas

La parte demandante solicitó que se condene en costas a la entidad demandada.

En relación con el tema se tiene que el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, dispuso que: *“En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil”*.

Lo anterior significa que no basta que la parte sea vencida, sino que se requiere valorar la conducta asumida por ella en el proceso. Como en el presente asunto no se vislumbra temeridad, ni mala fe de la parte demandada, la Sala se abstendrá de condenarla en costas de conformidad con lo reglado en la norma antes citada.

8.3.4. Intereses moratorios

No se liquidarán intereses moratorios, puesto que, como lo ha dicho la Sala, en estos casos la obligación de pagar surge a cargo de la parte demandada con ocasión de la sentencia judicial.

8.3.5. La actualización de la condena impuesta en primera instancia

En el recurso de apelación la parte demandante manifestó que al realizar la actualización de la condena que se impuso en primera instancia en contra de la entidad demandada, el Tribunal *a quo* habría incurrido en error al aplicar el IPC, por cuanto tomó un IPC inicial calculado sobre un año base diferente al que se tuvo en cuenta para calcular el IPC final que tomó el *a quo* para completar la fórmula matemática de la actualización.

Sobre este particular, cabe señalar que como a la fecha en la que se profiere la presente decisión el año base para calcular el IPC corresponde al 2008, la cual, por supuesto, no se tenía en cuenta para el momento de la expedición de la sentencia de primera instancia -febrero de 2003-, la condena deberá ser actualizada nuevamente con base en el IPC inicial - el vigente a la fecha en que se declaró la caducidad del contrato - e IPC final - el vigente a la fecha de la presente providencia - calculado según la base que se encuentra vigente a la fecha⁹⁷.

La fórmula aplicable es la siguiente:

⁹⁷ El IPC certificado por el DANE, calculado a partir de una canasta de bienes de consumo elaborada en el año 2008, es decir, teniendo como base el 2008, ha sido adoptada por la Subsección A en varias oportunidades por ser la aplicable a la fecha y contener el ajuste de los índices hacia el pasado. Al respecto, ver, entre otras, las siguientes providencias: sentencia del 7 de julio de 2011 proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 20724; sentencia del 9 de mayo de 2012 proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 23361; sentencia del 3 de abril de 2013 proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 25671; sentencia del 17 de abril de 2013 proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 36566.

$$Ra = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde:

Ra: Renta actualizada a establecer;

Rh: Renta histórica que se va a actualizar: **3.500.000**, correspondiente al valor de la condena impuesta en primera instancia sin actualización.

Ipc (f): Es el índice mensual de precios al consumidor final, es decir, el correspondiente a la fecha en que se realiza la actualización: **113.479**⁹⁸.

Ipc (i): Es el índice mensual de precios al consumidor inicial, es decir, el correspondiente a la fecha en que se declaró la caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 de 1996 y que tuvo en cuenta el *a quo* para realizar la actualización: (abril de 1997): **41.107**⁹⁹.

Reemplazando tenemos:

$$Ra = 3.500.000 \times \frac{113.479}{41.107}$$

$$\underline{\underline{Ra = \$9'662.016,20}}$$

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

FALLA:

⁹⁸ Tomado el 14 de junio de 2013 a las 4 p-m., de la página web del Banco de la República, http://obiee.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&_scid=DIHQ2yfFC88, calculado con la base del año 2008.

⁹⁹ *Ibidem*.

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 5 de febrero de 2003 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, la cual quedará así:

1.- DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 290 del 2 de abril de 1997, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

2.- Como consecuencia de la declaración anterior, **CONDENAR** a la **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL**, como sucesora procesal del **INSTITUTO PARA LA SEGURIDAD SOCIAL Y BIENESTAR DE LA POLICIA NACIONAL**, a pagar a favor de la señora **EDNA KAROLINA CUELLAR PEREZ** a título de daño material en la modalidad de lucro cesante, la suma de **NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y DOS MIL DIECISEIS PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$9'662.016,20)**, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

3.- CONDENAR en abstracto a la **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL**, como sucesora procesal del **INSTITUTO PARA LA SEGURIDAD SOCIAL Y BIENESTAR DE LA POLICIA NACIONAL**, a pagar a favor de la señora **EDNA KAROLINA CUELLAR PEREZ** a título de pérdida de oportunidad, la suma que resulte liquidada mediante trámite incidental, en los términos y bajo las pautas que se dejaron sentadas en la parte considerativa de la presente providencia.

4.- REVOCAR la nulidad de la Resolución No. 768 del 2 de julio de 1997, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato de prestación de servicios No. 573 del 28 de agosto de 1996, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia y, en su lugar, la Sala se **DECLARA INHIBIDA** para pronunciarse respecto del mencionado acto administrativo.

5.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

6.- Sin condena en costas.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVA** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA MAURICIO FAJARDO GOMEZ