

## **ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Contrato de prestación de servicios - Ley 80 de 1993 - Caducidad del contrato - Indemnización de perjuicios - Lucro cesante – Definición**

No sobra puntualizar que la *no reformatio in pejus* –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: *i*).- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva hubiere sido formulada por un solo interesado, lo cual comprende tanto las hipótesis en las cuales la apelación hubiere sido interpuesta por diversos sujetos procesales que comparten un mismo interés o que integran una misma parte dentro de la litis [demandada o demandante], como los eventos en los cuales si bien la apelación proviene de diversos sujetos procesales lo cierto es que cada una de tales impugnaciones se refiere a puntos, a decisiones o a intereses diferentes entre sí, totalmente independientes y que, por tanto, no chocan ni se contradicen. *ii*).- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo «... *aun cuando fuere desfavorable al apelante*» [artículo 357, inciso final, C. de P. C.].

Acerca del alcance de la garantía de la *no reformatio in pejus*, la Sala ha señalado:

«La consagración en la Carta Política de la prohibición de agravar la pena impuesta al condenado cuando éste es apelante único eleva a nivel constitucional la garantía de la *proscriptio in pejus*» [...] «Es un principio general del derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.N). Ella es consecuencia de la regla ínsita en la máxima latina «*tantum devolutum quantum appellatum*», en virtud de la cual se ejerce la competencia del juez superior. El ejercicio de las competencias judiciales radicadas en el juez superior y su límite, ambos, se suscitan y a la vez se limitan por virtud de la impugnación y las pretensiones que ella involucra [...]». «Couture expresa que ‘La reforma en perjuicio [*reformatio in pejus*] consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante, en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario» y agrega que dicho principio, en primer término, es negativo pues restringe la iniciativa del juez por fuera de los casos expresamente señalados en la ley y, segundo término, dicho principio también lo es del agravio, en el sentido de que el agravio es la medida de la apelación [1]. «Viene de lo dicho, de una parte, que como los demandantes no apelaron la sentencia en lo que les fue desfavorable y, de otra parte, que como al demandado no se le puede agravar su situación –por ser apelante único– el fallo se confirmará».

### **NO REFORMATIO IN PEJUS – Alcance**

«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 términos:

«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

---

<sup>1</sup> Cita original de Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia fechada en agosto 10 de 2000, radicación No. 12648. M. P. Dra. María Elena Giraldo Gómez: “Eduardo J. Couture. Fundamentos del derecho procesal civil. Ediciones de Palma Buenos Aires. 1990. Pág. 367 y ss”.

*desfavorable, fue impugnada, no existe fundamento alguno que permita siquiera considerar el quebrantamiento del aludido principio»*

## **NO REFORMATIO IN PEJUS – Deberes - Contenido**

Pues bien, a la luz de esta garantía, que le impone al juez de la segunda instancia el deber de respetar o de preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resultaren desfavorables para el apelante único, conecta perfectamente con la anteriormente referida limitación material que de igual manera debe respetar el juez de segunda instancia, contenida en la parte inicial del inciso primero del artículo 357 del C. de P. C., en razón de la cual *«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, ...»*, de lo cual se desprende, con claridad, que si la apelación debe entenderse interpuesta únicamente en relación con aquello que en el fallo impugnado resultare perjudicial o gravoso para el recurrente, el juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único –y con ello para el resto de las partes del proceso-, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente por encontrarse conforme con ellos.

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

Atendiendo lo dicho en relación con la competencia del Juez en segunda instancia y el principio de la *no reformatio in pejus*, corresponde a la Sala precisar que los argumentos presentados por la parte demandante en la etapa de alegatos tendientes a solicitar que en esta instancia se realice un análisis de todos los aspectos de la litis y, por esa vía, que se revoque en su integridad la providencia apelada, no pueden ser tenidos en cuenta para desatar la alzada, toda vez que dicha actuación - *a manera de sustentación de un recurso no ejercitado* - se realizó de forma extemporánea, sin que sea dable utilizar la etapa procesal de alegaciones para incluir motivos de censura frente a la providencia impugnada.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION A**

**Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON**

Bogotá, D. C., doce (12) de junio de dos mil trece (2013).

**Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02373-01(25132)**

**Actor: JOSE HILARIO LOPEZ RINCON**

**Demandado: CORPORACION NACIONAL DE TURISMO DE COLOMBIA - EN LIQUIDACION**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 23 de abril de 2003 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

## **I.-ANTECEDENTES**

### **1. La demanda.**

El señor **JOSE HILARIO LOPEZ RINCON**, actuando en su propio nombre y representación y en ejercicio de la acción contractual dirigida en contra de la **CORPORACION NACIONAL DE TURISMO DE COLOMBIA - EN LIQUIDACION** -, solicitó que, previa citación y audiencia de la parte demandada y del Ministerio Público, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

*“1.1. Declarar la Nulidad de la Resolución 0018 del 9 de febrero de 1998 proferida por la Corporación Nacional de Turismo de Colombia - en liquidación -, por la cual se declara la caducidad administrativa del contrato de prestación de servicios número 047 de 1994 celebrado entre la Corporación Nacional de Turismo de Colombia y el abogado José Hilario López Rincón.*

*1.2. Declarar la nulidad de la Resolución 00031 del 31 de marzo de 1998 proferida por la Corporación Nacional de Turismo de Colombia - en liquidación- por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 00018 del 9 de febrero de 1998 y confirma en todas y cada una de sus partes el contenido de la resolución número 00018 de fecha 9 de febrero de 1998.*

*1.3. Como consecuencia de la declaración anterior, condénese a la Corporación Nacional de Turismo de Colombia - en liquidación - a pagarle al demandante, José Hilario López Rincón por concepto de daños morales subjetivos el valor que se pruebe en el proceso de quinientos gramos (500 grs.) oropuro (sic).*

*1.4. Declárase responsable a la Corporación Nacional de Turismo de Colombia de los perjuicios materiales que se demuestren en el proceso, sufridos por el demandante, José Hilario López Rincón, en la cuantía que resulta de las bases demostradas en el curso del proceso, reajustada en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga. Igualmente pagará los intereses compensatorios de las sumas que por este concepto se condenen, desde la fecha de ejecutoria de la sentencia que las imponga y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo de esta suma por parte de la entidad demandada.*

*El pago del equivalente de gramo oro al tiempo de la sentencia se hará con base en el certificado de su valor expedido por el Banco de la República”.*

### **1.1. Hechos.**

Como fundamento fáctico de sus pretensiones la parte demandante indicó los que la Sala se permite resumir de la manera que sigue:

El 8 de agosto de 1994, el demandante, en su condición de abogado, presentó ante la Corporación Nacional de Turismo de Colombia una propuesta de prestación de servicios profesionales encaminada a *“realizar el estudio y cobro de las cuotas partes pensionales que se le adeudan”* a dicha entidad, propuesta en la

que la actividad a realizar se dividió en dos partes, la primera, comprendía el estudio y el análisis de las hojas de vida de cada uno de los pensionados, con el objeto de establecer el valor de la cuota parte de la pensión que cada una de las entidades le adeudaba a la Corporación, así como determinar si dichas entidades habían sido notificadas, o no, y en los casos que lo requirieran cruzar la información con el Instituto de los Seguros Sociales –ISS- con el propósito de tomar las medidas pertinentes; la segunda, comprendía el cobro de lo adeudado de manera judicial o extrajudicial.

La Corporación Nacional de Turismo de Colombia aceptó la propuesta presentada por el demandante y como consecuencia de ello, el 17 de agosto de 1994, suscribió con el señor José Hilario López Rincón el Contrato No. 047, por medio del cual el contratista se obligó a *“prestar sus servicios profesionales con el fin de obtener el cobro de las cuotas partes pensionales de los servidores públicos y que se adeudan a esa entidad, en los términos de la propuesta presentada por el Contratista que hace parte integrante del contrato”*. Por su parte, la entidad contratante se obligó a *“a) Proporcionar al Contratista todos los documentos e información que sean necesarios para ejecutar el trabajo que se contrata, en la forma como éste lo solicite y b) Atender oportunamente las solicitudes del Contratista, en cuanto a suministro de información se refiere”*. La forma de pago se fijó en un 10% para cobro extrajudicial y en un 20% para cobro judicial.

En la cláusula décima sexta se estipuló en favor de la entidad la potestad de declarar la caducidad administrativa del contrato, en el evento de que se presentara *“Alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista que afecte de manera grave y directa el contrato y se evidencia que puede conducir a su paralización tal y como lo prescribe el artículo 18 de la Ley 80 de 1993”*.

El 13 de noviembre de 1994 las partes suscribieron la modificación número 1 al contrato de prestación de servicios, en la que se acordó que el valor del contrato era de \$4'500.000 más el 10% del total de los dineros recaudados por vía de cobro extrajudicial, o, en caso de cobro por vía judicial, más un porcentaje del 20% del total de los dineros recaudados.

Según lo afirmado en la demanda, a pesar de los esfuerzos realizados por el contratista no le fue posible dar cumplimiento a la totalidad de las obligaciones pactadas en el Contrato de Prestación de Servicios No. 047 de 1994, dados los incumplimientos en los cuales incurrió la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, con la expedición y la entrega oportuna de la documentación y la información necesarias para realizar la labor contratada.

Relató la parte demandante que en una reunión realizada con la Jefe de la Oficina Jurídica de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, se le comunicó que de acuerdo con las conversaciones que se habían sostenido con la Caja de Previsión Social del Distrito, los pagos de las cuotas partes pensionales los asumiría el Fondo de Pensiones Públicas de Santafé de Bogotá, entidad a la cual se debía presentar la solicitud de pago con los soportes documentales respectivos y que, por tal razón, no era necesario presentar demandas, toda vez el Fondo estaba interesado en lograr soluciones conciliadas.

Asimismo, según sostuvo el accionante, éste fue informado acerca de la inconformidad de la entidad con el avance del objeto del contrato y del nombramiento de la persona que se encargaría de efectuar los cobros respectivos, por lo que se había decidido dar por terminado el contrato *“por mutuo acuerdo”*,

frente a lo cual el demandante manifestó a la funcionaria que esa decisión no le había sido consultada y que, de llegar a materializarse, sería unilateral, injusta y arbitraria, a lo que la funcionaria de la entidad respondió que la Corporación podía decretar la caducidad del contrato y que en ese evento el accionante estaría en la obligación de reintegrar la suma recibida como anticipo.

Igualmente, en la demanda se dijo que en reunión posterior con la misma funcionaria se le solicitó al contratista que se diera por terminado el contrato de prestación de servicios sin necesidad de reintegrar el valor de anticipo, solicitud que no fue aceptada por el ahora demandante en razón de que, según afirmó, la imposibilidad de cumplir con el objeto contratado se debió a los incumplimientos en los que habría incurrido la contratante, pues él realizó todos los esfuerzos posibles para cumplir con sus obligaciones y, además, porque el dinero recibido no le retribuía plenamente el trabajo adelantado.

El 12 de febrero de 1998 se notificó al señor López Rincón el contenido de la Resolución No. 00018 del 9 de febrero de 1998, mediante la cual se declaró la caducidad administrativa del Contrato de Prestación de Servicios No. 047 de 1994. En contra del acto administrativo que adoptó tal determinación el ahora demandante interpuso recurso de reposición que le fue resuelto negativamente mediante Resolución No. 00031 del 31 de marzo de 1998.

Se indicó que con la expedición de los actos administrativos demandados se le ocasionó al demandante un perjuicio moral, por cuanto se generó para él un estado de zozobra, inquietud, desánimo y angustia dada la sanción social a la que se vio abocado por cuenta de la publicación que a través de medios de comunicación se hizo de la parte resolutive de la Resolución No. 00018 del 9 de febrero de 1998, perjuicio que se habría magnificado al tener el pleno convencimiento de *“haber cumplido a cabalidad con un encargo y de haber realizado un esfuerzo quijotesco para sacudir a una administración pública de una situación de paquidermia, desorden e indolencia”*.

En cuanto a la pretensión de reconocimiento de perjuicios materiales, manifestó que éstos se encuentran representados y valorados en el tiempo y en el esfuerzo material e intelectual que debió dedicar para atacar los actos administrativos demandados, por valor equivalente al que normalmente cobra un profesional para la defensa de estos asuntos.

También señaló que el perjuicio material se generó como consecuencia de la imposibilidad de recibir una contraprestación al trabajo y al esfuerzo profesional que realizó durante cuatro años hasta cuando se declaró la caducidad del contrato de prestación de servicios No. 047 de 1994.

Finalmente, se indicó en la demanda que el valor de los perjuicios materiales asciende a la suma de \$73'911.114,24, en caso de cobro extrajudicial y a la suma de \$147'822.228,40, en caso de cobro judicial, sumas a las que deberá sumárseles el valor de \$2'000.000 que la Corporación Nacional de Turismo habría dejado de cancelar a pesar de haberse cumplido con la primera fase del contrato.

## **1.2. Normas violadas y concepto de violación.**

Indicó la parte demandante que con la expedición de los actos administrativos demandados la Corporación Nacional de Turismo violó los artículos 6, 23 y 29 de la Constitución Política de 1991; 3, 31 y concordantes del Código Contencioso Administrativo; 63, 1602, 1609 y concordantes del Código Civil y 15, 18 y 50 de la

Ley 80 de 1993.

Como concepto de violación expresó que las normas enunciadas se infringieron en tanto que la entidad accionada profirió los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad del Contrato de Prestación de Servicios 047 de 1994, con sustento en hechos falsos, ya que si bien la primera fase pactada en el negocio jurídico no se realizó dentro del plazo de los tres meses acordados, tal circunstancia obedeció al incumplimiento de los deberes contractuales adquiridos por la Administración y no, como se dijo en los actos acusados, al desconocimiento de las obligaciones contraídas por la parte del contratista<sup>2</sup>.

## **2. Actuación Procesal.**

La demanda presentada el 11 de agosto de 1998<sup>3</sup> fue admitida por auto del 13 de octubre de la misma anualidad<sup>4</sup> y notificada al Ministerio Público el día 19 de las mismas calendas<sup>5</sup>.

Como quiera que a la fecha en que se intentó realizar la notificación del auto admisorio de la demanda a la Corporación Nacional de Turismo de Colombia ésta ya se había liquidado, mediante auto del 17 de marzo de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto 1671 de 1997, ordenó que la notificación se realizara al Ministerio de Desarrollo Económico<sup>6</sup>, hoy Ministerio de Comercio Industria y Turismo, lo que se hizo el 17 de marzo de 1999<sup>7</sup>.

## **3. Contestación de la demanda.**

El Ministerio de Desarrollo Económico, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, contestó la demanda para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones; en cuanto a los hechos narrados aceptó unos y negó otros e indicó atenerse a lo que resulte probado dentro del proceso. Como razones de la defensa indicó que, de conformidad con el acervo probatorio obrante en el proceso y las consideraciones expuestas en la parte motiva de los actos administrativos demandados, se encontraba demostrado que el señor José Hilario López Rincón incumplió las obligaciones pactadas en el contrato de prestación de servicios No. 047 de 1994, lo que dio lugar a que se declarara su caducidad, tal y como se había establecido en la cláusula 6 del negocio jurídico, sin que por este motivo el contratista tuviera derecho a indemnización alguna<sup>8</sup>.

## **4. La sentencia impugnada.**

La Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia proferida el 23 de abril de 2003, declaró la nulidad de las resoluciones demandadas, además la nulidad de la Resolución No. 0038 del 3 de junio de 1998, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el Contrato de Prestación de Servicios 047 de 1994, así como la nulidad de la Resolución No. 068 del 11 de agosto de 1998 que la confirmó; como consecuencia de lo anterior, dispuso que el demandante no está en la obligación de reintegrar a

---

<sup>2</sup> Folios 17 a 40 del expediente.

<sup>3</sup> Folio 40 del expediente.

<sup>4</sup> Folio 43 del expediente.

<sup>5</sup> Reverso folio 43 del expediente.

<sup>6</sup> Folios 48 y 49 del expediente.

<sup>7</sup> Folio 53 del expediente.

<sup>8</sup> Folios 54 a 57 del expediente.

favor de la entidad accionada la suma de \$2'572.500 que recibió por concepto de anticipo y que en el evento de que lo hubiera devuelto el valor le deberá ser reembolsado. Se negaron las demás pretensiones de la demanda.

Como sustento de su decisión, el *a quo* señaló que, según se extrajo de las comunicaciones y oficios que se cruzaron entre el contratista y la contratante y de los testimonios rendidos dentro del proceso, se logró establecer que la entidad demandada incurrió persistentemente en el desconocimiento de sus obligaciones en el sentido de proporcionar al contratista la información necesaria para el cumplimiento del contrato y de atender oportunamente las solicitudes que éste elevó con el mismo propósito, incumplimiento que, según se afirmó en la providencia, fue el que dio lugar a que no se desarrollara la primera fase del contrato en el término pactado.

En ese contexto, sostuvo que los motivos consignados en las resoluciones demandadas no encuentran respaldo probatorio alguno al comparárseles con la documentación obrante en el proceso y que en realidad lo que se configuró fue la excepción de contrato no cumplido, según la cual el contratista no está en la obligación de cumplir sus obligaciones cuando su cocontratante incumplió las propias, razón con sustento en la cual indicó que la Administración estaba imposibilitada para ejercer sus facultades exorbitantes, específicamente las que dependían del incumplimiento del contratista, como la declaratoria de caducidad.

Posteriormente, en cuanto al acto administrativo por medio del cual se liquidó unilateralmente el contrato de prestación de servicios No. 047 de 1994 y de aquel que lo confirmó, manifestó:

*“... en aras del restablecimiento del derecho, y acudiendo a los principios de equidad y justicia, el juez cuenta con facultades legales amplias para cumplir dicho objetivo, por lo que si bien no se demandó el acto de liquidación unilateral, debe entenderse que el mismo es igualmente nulo, al estar fundado en una resolución a través de la cual se declaró la caducidad del contrato, pero que tal como se explicó precedentemente, está viciada de nulidad (...). Así mismo, debe tenerse en cuenta que la entidad pública demandada no podía hacer uso de la facultad de liquidar unilateralmente el contrato, hasta tanto no existiera un pronunciamiento judicial respecto de la legalidad de la resolución de caducidad, es decir, hasta tanto no se resolviera el presente negocio, la Corporación Nacional de Turismo no podía liquidar el contrato. Por lo expresado esta Sala declarará igualmente nula la Resolución no. 0038 del 3 de junio de 1998, por medio de la cual se adoptó la liquidación del contrato de prestación de servicios No. 047 de 1994, y se ordenó que el señor José Hilario López Rincón reembolsara la suma de \$2'575.500.00 correspondientes al pago de anticipo, y gastos de publicación (...), e igualmente se dispondrá que el demandante no está obligado a pagar a la entidad pública demandada la suma en mención, y en caso de haberse realizado dicho desembolso, se ordenará que la Corporación Nacional de Turismo cancele al demandante dicha suma debidamente actualizada”.*

En lo que concierne a los perjuicios morales, el Tribunal negó su reconocimiento por considerar que la parte demandante no demostró su existencia. En cuanto a los materiales solicitados, indicó que no se accedía a la pretensión, toda vez que en el dictamen pericial rendido dentro del proceso se determinó que éstos no se habían causado, ya que “según la cláusula tercera de la modificación No. 1 del contrato de prestación de servicios No. 074 de 1994, la entidad demandada se comprometió a pagar como anticipo, en la fecha de suscripción de la modificación, la cantidad de \$2.500.000.00, y el resto del valor del contrato (\$2.000.000.00), le

*sería cancelado ‘una vez cumplido el objeto del contrato’, y como esto no se pudo cumplir, debido a la declaratoria de caducidad, el actor únicamente recibió el anticipo, cantidad que le fue solicitada en reembolso al momento de liquidarse unilateralmente el contrato”<sup>9</sup>.*

## **5. El recurso de apelación.**

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia para solicitar que la misma sea revocada únicamente en los aspectos que le fueron desfavorables y, en su lugar, se acceda a la totalidad de sus pretensiones.

Como razones de su inconformidad expresó que para efectos de negar el reconocimiento de los perjuicios materiales solicitados, el Tribunal se basó en el dictamen pericial que se rindió dentro del proceso en el que se concluyó que el daño no se había causado, sin embargo, previamente no resolvió acerca de la objeción que formuló la parte actora en contra de la pericia.

Indicó que a diferencia de lo indicado por los peritos, el perjuicio material reclamado sí se causó en la medida en que fue la entidad demandada la que impidió el cumplimiento del contrato y, en consecuencia, que el trabajo desarrollado fuera justamente remunerado, pues al demandante se le privó injusta y arbitrariamente de obtener la utilidad cierta esperada.

Igualmente, manifestó que al no haber existido incumplimiento atribuible al contratista, se debe reconocer a su favor el valor de la utilidad esperada, es decir, la suma de \$2'000.000 que faltó por cancelar del valor total del contrato, más el valor del 10% en los procesos de cobro extrajudicial y de 20% en los procesos de cobro judicial, como se había pactado.

Señaló que atendiendo el informe presentado a la entidad demandada el 19 de noviembre de 1996, desde esa época a ésta se le adeudaba la suma \$ 739'111.142, razón por la cual, el monto de la indemnización sería, para el caso de cobro extrajudicial la suma de \$ 73'911.114, y para el caso de cobro judicial la suma de \$ 147'822.228, debidamente actualizados. Agregó que sobre tales valores la Comisión Nacional de Turismo no presentó reparo alguno<sup>10</sup>.

## **6. El trámite de la segunda instancia.**

El recurso presentado el 6 de mayo 2003<sup>11</sup> y sustentado el 24 de julio de 2003<sup>12</sup>, fue admitido por auto del 8 de agosto de 2003<sup>13</sup> y, ejecutoriado éste, mediante proveído del 5 de septiembre de la misma anualidad<sup>14</sup> se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo.

El Ministerio de Desarrollo y Turismo, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, hizo uso del término procesal otorgado para solicitar que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se nieguen todas las pretensiones de la demanda.

---

<sup>9</sup> Folios 174 a 191 del cuaderno principal.

<sup>10</sup> Folios 202 a 205 del cuaderno principal.

<sup>11</sup> Folio 193 del cuaderno principal.

<sup>12</sup> Folios 202 a 205 del Cuaderno Principal.

<sup>13</sup> Folio 207 del Cuaderno Principal.

<sup>14</sup> Folio 209 del Cuaderno Principal.



Como sustento de su solicitud indicó que en la cláusula segunda del contrato se pactó que el contratista se obligó con la entidad a prestar sus servicios profesionales con el fin de obtener el cobro de las cuotas partes pensionales que a ésta se le adeudaban, para lo cual, entre otras cosas, el actor se comprometió a presentar las correspondientes demandas, obligación que incumplió y que fue la que dio lugar a la declaratoria de caducidad del negocio jurídico, justificación que quedó consignada en la Resolución No. 00018 del 9 de febrero de 1998.

Concluyó que sólo mediante la presentación de las demandas se aseguraba el fin último del contrato y se demostraba la gestión profesional contratada, sin embargo, esa obligación no se cumplió, hecho que, a pesar de constituir la causa central que demuestra el incumplimiento del actor, el *a quo* desconoció.

En relación con el incumplimiento alegado por la parte demandante en el sentido de que la entidad contratante no cumplió con la obligación de entregar al contratista los poderes y los documentos necesarios para adelantar las correspondientes acciones judiciales, señaló que el actor “*reconoce y acepta haberlos recibido*”.

Al respecto, indicó que en forma expresa en el punto 7 del escrito de sustentación del recurso el demandante señaló: “**7º. (...) Tal y como aparece demostrado con los documentos aportados, la demandada tardó NUEVE MESES Y TRES DIAS para hacerme entrega de ‘los poderes y certificaciones solicitadas.’, manifestación que a juicio de la demandada constituye “un acto expresamente confeso y un hecho nuevo a tomar en cuenta para la decisión de la H. Sala, el cual desvirtúa, tanto lo afirmado por el demandante en la demanda, como el sustento del fallador de primera instancia, de la declaratoria de excepción de contrato no cumplido”.**”.

Igualmente, señaló que para la fecha en que se declaró la caducidad administrativa del contrato habían transcurrido ya más de tres años de habersele entregado al contratista los poderes respectivos sin que éste presentara las correspondientes demandas, de donde se evidencia el incumplimiento a las obligaciones que había adquirido con la Corporación Nacional de Turismo.

Adujo también la parte actora que debido a que el demandante no cumplió con el objeto pactado, no hay lugar a reconocer y pagar a su favor el saldo del valor total del contrato, así como tampoco de cualquier otro reconocimiento económico.

Así mismo, expresó que de conformidad con lo manifestado por los peritos en la aclaración al dictamen rendido dentro del proceso, la Corporación Nacional de Turismo no recibió dineros por concepto de las cuotas partes que se le adeudaban, ni durante el tiempo que estuvo vigente el contrato de prestación 047 de 1994, ni con posterioridad a la declaratoria de caducidad, de tal manera que no es posible que se reconozca indemnización por este concepto.

Finalmente, argumentó que como quiera que cuando se declara la caducidad de un contrato no hay lugar a que se reconozca indemnización alguna a su favor, el numeral 2º de la sentencia, por medio de cual se declaró la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato, también debe ser revocado<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Folios 210 a 209 del expediente.

La parte demandante y el Ministerio Pública guardaron silencio en esta etapa procesal.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto:

## **II.- CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia.**

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el 23 de abril de 2003, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en ciento cuarenta y siete millones ochocientos veintidós mil doscientos veintiocho pesos con cuarenta centavos (\$147'822.228,40) por concepto de lucro cesante, mientras que el monto exigido al momento de su presentación<sup>16</sup> para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de \$18'850.000 (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 75<sup>17</sup> 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 una Empresa Industrial y Comercial del Estado vinculada al entonces Ministerio de Desarrollo Económico<sup>18</sup>, 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 la Corporación Nacional de Turismo de Colombia y que ésta se suprimió mediante el Decreto 1671 de 1997<sup>19</sup>, se debe determinar cuál fue la entidad que la sucedió 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 -.

---

<sup>16</sup> 11 de agosto de 1996 (Folio 40 del expediente).

<sup>17</sup> 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."

<sup>18</sup> Artículo 1º del Decreto 1671 de 1997.

<sup>19</sup> "ARTÍCULO 1o. SUPRESIÓN Y LIQUIDACIÓN. Suprímese la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, Empresa Industrial y Comercial de Estado del Orden Nacional, vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico, reestructurada por la Ley 300 del 26 de julio de 1996.

En consecuencia, a partir de la vigencia del presente Decreto, dicha Empresa entrará en proceso de liquidación, el cual deberá concluir a más tardar el 31 de diciembre de 1998, y utilizará para todos los efectos la denominación Corporación Nacional de Turismo de Colombia en liquidación.

La liquidación se realizará conforme a las disposiciones del presente Decreto, a la reglamentación que para el efecto establezca el Gobierno Nacional y a las normas vigentes sobre la materia".

*“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 de 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, según las disposiciones contenidas en el mencionado Decreto 1671 de 1997 y como quiera que la extinta Corporación Nacional de Turismo era una Empresa Industrial y Comercial del Estado vinculada al entonces Ministerio de Desarrollo Económico, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo<sup>20</sup>, es esta entidad la que se vincula a los efectos de la decisión judicial que se profiera en este proceso, la cual, justamente, fue la que asumió la defensa del asunto desde el mismo momento de la contestación de la demanda.

### **3. Las pruebas que obran en el proceso.**

- Original y copia auténtica de la propuesta de prestación de servicios profesionales presentada por el señor José Hilario López Rincón ante la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, allegada al proceso mediante oficio No. 4835 del 25 de noviembre de 1998, suscrito por la Subgerente Jurídica del Ministerio de Desarrollo Económico, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

- Copia auténtica del Contrato de Prestación de Servicios No. 047, suscrito el 17 de agosto de 1994 entre la Corporación Nacional de Turismo y el señor José Hilario López Rincón, allegada al proceso mediante oficio No. 4835 del 25 de noviembre de 1998, suscrito por la Subgerente Jurídica del Ministerio de Desarrollo Económico, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

- Copia auténtica de la modificación No. 1 al Contrato de Prestación de Servicios No. 047 de 1994, suscrita el 13 de noviembre de 1996, entre la Corporación Nacional de Turismo y el señor José Hilario López Rincón, allegada al proceso

---

<sup>20</sup> A través del artículo 4 de la Ley 790 de 2002, se ordenó la fusión del Ministerio de Desarrollo Económico y el Ministerio de Comercio Exterior y se conformó el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

mediante oficio No. 4835 del 25 de noviembre de 1998, suscrito por la Subgerente Jurídica del Ministerio de Desarrollo Económico, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

- Copias simples de comunicaciones, informes y oficios cruzados durante la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios No. 047 de 1994, entre la Comisión Nacional de Turismo de Colombia y el señor José Hilario López Rincón, allegadas al proceso mediante oficio No. 10794 - 2 del 18 de mayo de 1999, suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Desarrollo Económico, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

- Copias auténticas allegadas al proceso mediante oficio No. 4835 del 25 de noviembre de 1998, suscrito por la Subgerente Jurídica del Ministerio de Desarrollo Económico, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y originales de comunicaciones, informes y oficios cruzados durante la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios No. 047 de 1994, entre la Comisión Nacional de Turismo de Colombia y el señor José Hilario López Rincón.

- Original y copia auténtica de la Resolución No. 00018 del 9 de febrero de 1998, por medio de la cual la Corporación Nacional de Turismo de Colombia declaró la caducidad del Contrato de Prestación de Servicios No. 047 de 1994.

- Original y copia auténtica de la Resolución No. 0031 del 31 de marzo de 1998, por medio de la cual la Corporación Nacional de Turismo de Colombia confirmó lo decidido en la Resolución No. 00018 del 9 de febrero de 1998.

- Original de una certificación suscrita por el Secretario General de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, en la que consta que la Resolución No. 0031 del 31 de marzo de 1998, por medio de la cual la Corporación Nacional de Turismo de Colombia confirmó la Resolución No. 00018 del 9 de febrero de 1998, se notificó a la parte demandante el 16 de abril de 1998.

- Copia auténtica de la Resolución No. 038 del 3 de junio de 1998, por medio de la cual el Gerente Liquidador de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia liquidó unilateralmente el contrato de prestación de servicios No. 047 de 1994.

- Copia auténtica de la Resolución No. 068 del 11 de agosto de 1998, por medio de la cual el Gerente Liquidador de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia confirmó lo decidido en la Resolución No. 038 del 3 de junio de 1998, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el Contrato de Prestación de Servicios No. 047 de 1994.

- Testimonios rendidos dentro del presente proceso por los señores José Alejandro Martínez Hernández y Carlos Manuel Angarita Salgado.

- Dictamen pericial rendido dentro del proceso con el objeto de conceptuar acerca del *“monto de la indemnización o reparación del daño que deberá pagar la Corporación Nacional de Turismo por concepto de perjuicios morales y materiales causados con la expedición ilegal de las resoluciones 00018 y 0031”*.

#### **4. 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, 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 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 este caso, se tiene que la Resolución No. 00018, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato de prestación de servicios No. 047 de 1994 se profirió el 9 de febrero de 1998 y la Resolución No. 0031, por medio de la cual se confirmó la decisión se profirió el 31 de marzo de 1998, ambos actos administrativos demandados.

Igualmente, se encuentra demostrado que el contrato de prestación de servicios fue liquidado de manera unilateral mediante Resolución No. 038 del 3 de junio de 1998, decisión confirmada mediante Resolución No. 068 del 11 de agosto de 1998.

Así las cosas, como quiera que la demanda se presentó el 11 de agosto de 1998, resulta evidente que la acción se instauró dentro del término de los dos años a los que se refiere el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo al que viene de hacerse referencia.

## **5. El objeto del debate.**

El recurso de apelación formulado por la parte demandante en contra de la sentencia de 23 de abril de 2003 está encaminado a lograr que se reconozcan a favor del demandante los perjuicios que le fueron negados en primera instancia en relación con la *“utilidad cierta esperada”* que dejó de percibir como consecuencia de la declaratoria de caducidad del Contrato de Prestación de Servicios No. 047 de 1994.

Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado al aspecto indicado, razón por la cual y dado que en el presente caso no hay lugar a tramitar el grado jurisdiccional de consulta, en razón de que, además de que la Condena impuesta por el Tribunal Administrativo a quo no excedió los trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la misma fue objeto de apelación, la Sala debe abstenerse de emitir pronunciamiento alguno en relación con la declaratoria de nulidad de los actos administrativos dispuesta por el *a quo*, al igual que frente a la orden impartida en el sentido de que el señor José Hilario López Rincón no está obligado a reembolsar la suma de \$2'572.500 y que, en caso de que dicha erogación hubiere tenido lugar, la entidad demandada debe reembolsar el mencionado valor debidamente actualizado, por carecer de competencia para ello, de conformidad con la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., cuyo tenor indica:

***“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*". (Destaca la Sala).

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia el marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adoptó en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación opera el principio de la congruencia de la sentencia, de acuerdo con el cual *"las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. 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'"*<sup>21</sup>.

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 que se ha de desatar la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por 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 único en la sentencia de primera instancia.

Dicha garantía, que imposibilita al juez de segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, a cuyo tenor:

*"Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.*

*"El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".*

No sobra puntualizar que la *no reformatio in pejus* –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: *i).*- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva hubiere sido formulada por un solo interesado, lo cual comprende tanto las hipótesis en las cuales la apelación hubiere sido interpuesta por diversos sujetos procesales que comparten un mismo interés o que integran una misma parte dentro de la litis (demandada o demandante), como los eventos en los cuales si bien la apelación proviene de diversos sujetos procesales lo cierto es que cada una de tales impugnaciones se refiere a puntos, a decisiones o a intereses diferentes entre sí, totalmente independientes y que, por tanto, no chocan ni se contradicen. *ii).*- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo *"... aun cuando fuere desfavorable al apelante"* (artículo 357, inciso final, C. de P. C.).

---

<sup>21</sup> Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

Acerca del alcance de la garantía de la *no reformatio in pejus*, la Sala ha señalado:

*“Ese principio ínsito en dichas disposiciones [se refiere a los artículos 31 de la Constitución Política y 357 del C. de P. C], de no agravar la condición del apelante único, ha sido objeto de innumerables manifestaciones, por la jurisprudencia y la doctrina.*

*“La Corte Constitucional en sentencia proferida el día 29 de julio de 1992, T-474, se pronunció ‘sobre la prohibición de reforma peyorativa del apelante único’; aludió a la finalidad de la prohibición y entre otros manifestó:*

*“El artículo 31 de la Constitución viene a completar los derechos fundamentales consagrados en los artículos 28, 29 y 30.*

*“La consagración en la Carta Política de la prohibición de agravar la pena impuesta al condenado cuando éste es apelante único eleva a nivel constitucional la garantía de la proscripción de la ‘reformatio in pejus’ (...)*

*“Es un principio general del derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.N). Ella es consecuencia de la regla ínsita en la máxima latina ‘tantum devolutum quantum appellatum’, en virtud de la cual se ejerce la competencia del juez superior. El ejercicio de las competencias judiciales radicadas en el juez superior y su límite, ambos, se suscitan y a la vez se limitan por virtud de la impugnación y las pretensiones que ella involucra (...).”*

*“Couture expresa que ‘La reforma en perjuicio (reformatio in pejus) consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante, en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario’ y agrega que dicho principio, en primer término, es negativo pues restringe la iniciativa del juez por fuera de los casos expresamente señalados en la ley y, segundo término, dicho principio también lo es del agravio, en el sentido de que el agravio es la medida de la apelación (22).*

*“Viene de lo dicho, de una parte, que como los demandantes no apelaron la sentencia en lo que les fue desfavorable y, de otra parte, que como al demandado no se le puede agravar su situación –por ser apelante único– el fallo se confirmará”<sup>23</sup>.*

En otra oportunidad, la Sala precisó sobre la materia:

*“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 términos<sup>24</sup>:*

*“Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum*

---

<sup>22</sup> Cita original de Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia fechada en agosto 10 de 2000, radicación No. 12648. M. P. Dra. María Elena Giraldo Gómez: *“Eduardo J. Couture. Fundamentos del derecho procesal civil. Ediciones de Palma Buenos Aires. 1990. Pág. 367 y ss”*.

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia fechada en agosto 10 de 2000, radicación No. 12648. M. P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-583 del 13 de noviembre de 1997.

*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"<sup>25</sup>.*

Pues bien, a la luz de esta garantía, que le impone al juez de la segunda instancia el deber de respetar o de preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resultaren desfavorables para el apelante único, conecta perfectamente con la anteriormente referida limitación material que de igual manera debe respetar el juez de segunda instancia, contenida en la parte inicial del inciso primero del artículo 357 del C. de P. C., en razón de la cual *"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, ..."*, de lo cual se desprende, con claridad, que si la apelación debe entenderse interpuesta únicamente en relación con aquello que en el fallo impugnado resultare perjudicial o gravoso para el recurrente, el juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único –y con ello para el resto de las partes del proceso-, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente por encontrarse conforme con ellos.

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

Atendiendo lo dicho en relación con la competencia del Juez en segunda instancia y el principio de la *no reformatio in pejus*, corresponde a la Sala precisar que los argumentos presentados por la parte demandante en la etapa de alegatos tendientes a solicitar que en esta instancia se realice un análisis de todos los aspectos de la litis y, por esa vía, que se revoque en su integridad la providencia apelada, no pueden ser tenidos en cuenta para desatar la alzada, toda vez que dicha actuación - *a manera de sustentación de un recurso no ejercitado* - se realizó de forma extemporánea, sin que sea dable utilizar la etapa procesal de

---

<sup>25</sup> 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).



alegaciones para incluir motivos de censura frente a la providencia impugnada.

Así las cosas, la Sala, en su condición de juez de la segunda instancia, se circunscribirá exclusivamente al estudio de los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación interpuesto por el señor José Hilario López.

## 6. El caso concreto.

### 6.1. La objeción por error grave de un dictamen pericial.

Según se desprende de lo dispuesto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la finalidad del experticio como medio probatorio es la de verificar hechos que interesan al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

De conformidad con el numeral 5 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, cualquiera de las partes de un proceso judicial –también ambas partes– puede hacer manifiesto su desacuerdo con el trabajo del experto y señalar los motivos por los cuales considera que el dictamen se equivocó de manera grave, según los dictados del numeral 4 del mismo artículo.

Ahora bien, para que se configure el “error grave” en el dictamen pericial se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, una falla o dislate que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4º y 5º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil; así lo han sostenido tanto la doctrina<sup>26</sup> como la jurisprudencia.

---

<sup>26</sup> “[E]l Dr. Antonio Rocha, sobre el particular señala:

*“¿Qué se entiende por error grave de un dictamen pericial? La noción del error, así sea grave o intrascendente ante su verificación en la realidad, nos lleva automáticamente a la noción de verdad. Y la verdad, según la concepción común, es el acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consiste ese acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consista ese acuerdo discrepan las escuelas filosóficas; para los relativistas, por ejemplo, que hacen de la verdad el acuerdo del juicio con las impresiones subjetivas, es verdad que el tablero es negro cuando tengo la sensación de un tablero negro, en tanto que para la filosofía clásica (realismo crítico) no se trata de una correspondencia entre el juicio y las cosas, pues tanto la verdad como el error están en el juicio y no habría error en representarnos un tablero negro sino que este realmente lo sea, como no habría error en representarnos mentalmente un túnel bajo Bogotá sino en afirmar que el túnel existe. Similares consideraciones sobre la verdad y el error pueden hacerse respecto de la concepción moderna de los pragmatistas y de los sociólogos. Para aquellos es verdad lo que ha sido verificado, lo que resiste el control de la experiencia, de donde deducen que la verdad no es conocida sino por la verificación ya experimental, ya racional, mediante el juicio analítico, pero que la verdad no se confunde con la verificación, porque las cosas ya eran verdad antes de verificarlas, como el Salto de Tequendama, que existe aunque no haya ojos que lo vean (véase "Precis de Philosophie", por Paul Foulqui., profesor de la Escuela de Caousou, Toulouse, Tomo II, lógica, Moral, Metafísica, edición de 1936, editor, de quien hemos hecho esta síntesis).....pero precisamente esa verificación de los peritos es la que se tacha de error, y de error grave, con lo cual vuelve a quedar sin solución el interrogante. En efecto, ¿Cuál sería ese error, en qué consiste, cómo se comprueba?.....Grave es lo que pesa, grande, de mucha entidad o importancia; y grave es en procedimiento judicial lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho. La noción, es sin embargo, un poco relativa y estar, en últimas sujeta su apreciación a la prudencia del juez, como lo está la misma valoración del dictamen pericial..... Error grave es no verificar con diligencia la calidad o aptitud de un terrero para la agricultura, o para la ganadería, o para la irrigación, o para soportar el peso de un edificio; error grave es no verificar la resistencia de materiales por parte del arquitecto; o la herida que pudo ser mortal, o la incapacidad resultante; y lo será también equivocarse no tan solo sobre la materia de que está hecha una cosa (antigua noción de sustancia para determinar el error que invalida las obligaciones) sino sobre las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y las distingue, o sobre calidades adjetivas, pero que determinan el consentimiento; no es lo mismo el original que la copia de un cuadro de Goya, o de Borrero.*

Al respecto, en sentencia del 26 de noviembre de 2009<sup>27</sup>, la Sección Primera de la Corporación expuso lo siguiente:

*“En efecto, para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. **Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos.***

***En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos.*** (Negritas por fuera del original).

Sobre el mismo tema, en sentencia del 15 de abril de 2003<sup>28</sup>, la Sección Tercera, señaló:

*“A manera de conclusión puede afirmarse que para la prosperidad de la objeción por error grave es preciso que el dictamen esté elaborado sobre bases equivocadas, de una entidad tal que conduzcan a conclusiones equivocadas; estas equivocaciones deben recaer sobre el objeto examinado y no sobre las apreciaciones, los juicios o las inferencias de los peritos.*

*Los errores o equivocaciones bien pueden consistir en que se haya tomado como objeto de observación y estudio uno diferente a aquél sobre el cual debió recaer el dictamen o que se hayan cambiado las cualidades o atributos propios del objeto examinado por otros que no posee, de una forma tal que de no haberse presentado tales errores las conclusiones del dictamen hubieren sido diferentes,*

---

*“Desde luego, el error debe demostrarse y la calidad de grave apreciarse. (U. Nacional de Colombia 3a. Edición 1951, pags. 230 y ss).”* (Citado por: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia de mayo 30 de 1991, Radicado 3577, C. P. Julio César Uribe Acosta) - (negritas por fuera del original)

El tratadista Jaime Azula Camacho al conceptuar que respecto del error grave de una experticia sostuvo que *“el hecho de tomar como objeto de observación estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den o falsas las conclusiones que de ellos se deriven”* (AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Tomo VI ‘Pruebas Judiciales’. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá, 2003. Pág. 286).

Gustavo Humberto Rodríguez afirmó que *“El error grave no es la documentación deficiente, sino que resulta de conceptos objetivamente equivocados, en forma grave. Debe tratarse de errores de hecho, no de derecho. La jurisprudencia ha dicho que el error de hecho consiste en creer probado un hecho no demostrado, o al contrario; y que lo que lo hace grave es ir contra la naturaleza de las cosas o la esencia de sus atribuciones”* (RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho probatorio colombiano. Compendio. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 1983).

Para Rosember Emilio Rivadeneira: *“El dictamen será objetado por error grave cuando la equivocación en la que haya incurrido el perito sea de tal magnitud que contraríe la objetividad de los hechos o la naturaleza de las cosas, de manera tal que si en él no se hubiere incurrido otro fuera el sentido de las conclusiones.”* (RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember Emilio. Manual de derecho probatorio administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez. 2008).

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de noviembre 26 de 2009, Radicación 25000-23-27-000-2004-02049-01(AP), C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta.

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de abril de 2010, radicación interna No. 18014, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

como ha expresado la jurisprudencia, el dictamen se encuentra 'en contra de la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones'".

#### **6.1.1. La objeción por error grave formulada en contra del dictamen pericial rendido en primera instancia.**

Revisado el expediente encuentra la Sala que mediante auto del 11 de agosto de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó una prueba pericial con el objeto de que se dictamine "la indemnización o el monto de los perjuicios MATERIALES a cargo del demandado, según solicitud de la actora..."<sup>29</sup>.

El dictamen pericial se rindió el 8 de noviembre del 2000<sup>30</sup> y en él los peritos manifestaron lo siguiente:

#### "OBJETO DEL DICTAMEN:

*Sírvase designar perito para que conceptúe sobre el monto de la indemnización o reparación del daño que deberá pagar a la Corporación Nacional de Turismo por concepto de los perjuicios morales y materiales causados con el expedición ilegal de las resoluciones 00018 y 00031.*

#### DESARROLLO:

(...)

*El 11 de octubre de 2000, se nos envía sobre que contiene la Orden de Pago Número 1017 de fecha 28 de noviembre de 1996, por medio de la cual se le cancela la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$2.500.000.) al Dr. JOSE HILARIO LOPEZ RINCON, con el cheque Número 006540 del Banco de Occidente CAN y fechado el 5 de diciembre del año 96, por concepto de la modificación Número 1, cláusula tercera, al contrato de prestación de servicios N° 047/94 (Ver Anexo N°11, 11.1, 11.2, 11.3).*

*Como se pudo constatar en la modificación Número 1 al contrato de Prestación de Servicios N° 047/94, entre la Corporación Nacional de Turismo y JOSE HILARIO LOPEZ RINCON, se estipulan las siguientes cláusulas: 'PRIMERA: Objeto: Modificar el valor y la forma de pago establecidas en las cláusulas 5° y 6° del Contrato de Prestación de Servicios 047/94. SEGUNDA: Valor: CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$4.500.000) M/Cte., más el 10 % del total de los dineros recaudados por vía de cobro extrajudicial y el 20% del total de los dineros recaudados por vía de cobro judicial. TERCERA: Forma de pago: a) DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$2.500.000) M/Cte., una vez cumplido con el objeto del contrato. C) Los porcentajes del 10% y 20% serán deducibles directamente por el contratista del monto cancelado en cada proceso. Los pagos de que tratan los literales a) y b) se harán previos los trámites administrativos y presupuestales a que haya lugar.' (Ver Anexo N° 12, 12.1), se cumplió con el pago de lo estipulado en la cláusula Tercera.*

(...)

*Se nos informa también, que el contrato N° 047/94, no tiene partida presupuestal para los años 1994, 1995, 1996, 1997 y 1998 como lo expresa la cláusula*

---

<sup>29</sup> Folios 69 a 72 del expediente.

<sup>30</sup> Folios 1 a 7 del cuaderno del dictamen pericial.

*QUINTA: Se pacta una cuota litis así: cobro extrajudicial 10% del total de los dineros recaudados por esta vía y judicial 20% del total de los dineros recaudados por esta vía.*

**CONCLUSION:**

*1. Que de acuerdo al contrato 047/94 y a su modificación N° 1 por Prestación de Servicios, a JOSE HILARIO LOPEZ RINCON, se le cumplió con el pago de la suma acordada en la modificación a la firma de esa, de \$2.500.000.*

*2. Que queda un saldo de \$2.000.000, por girar, siempre y cuando se hubiera cumplido con el objeto del contrato, según el numeral b) CLAUSULA TERCERA, de la modificación (Ver Anexo N° 12)*

*3. De acuerdo al Anexo N° 17, firmado por el Dr. ANGEL BETANCOURT RUBIANO, Tesorero del Ministerio de Desarrollo Económico, quien informa al Dr. CARLOS EDUARDO SERNA BARBOSA, Jefe Oficina Asesora Jurídica, que una vez revisados los libros de Tesorería de la (liquidada) Corporación Nacional de Turismo de Colombia, desde 1996 hasta la liquidación de la entidad no se estableció documento alguno que certifique, haber recibido dineros por concepto de cuotas partes pensionales, ni consignaciones efectuadas por JOSE HILARIO LOPEZ RINCON, de igual forma del periodo comprendido del 01 de enero de 1999, en que el Ministerio de Desarrollo Económico asumió el recaudo, no se ha efectuado ningún recaudo por concepto de cuotas partes pensionales de la Corporación Nacional de Turismo.*

*4. teniendo en cuenta las anteriores consideraciones concluimos que se cumplió con el pago de \$2.500.000, suma pactada en la modificación y hecha realidad a la firma. Que quedaron \$2.000.000, para ser cancelados si se cumplía con el objeto del contrato, que era obtener el cobro de las cuotas partes pensionales de los servidores públicos y adeudadas a la Corporación Nacional del Turismo. Que como fue certificado (Ver Anexo N° 17), no se recaudaron dineros por ese concepto. Por tal razón podemos decir que no se cumplió con el objeto del contrato y por deducción, no habría derecho al pago del saldo restante de \$2.000.000, como tampoco al pago de los porcentajes del 10% sobre cobros extrajudiciales y al 20% sobre los cobros por vía judicial (Ver Anexo N° 18, 18.1, 18.2, 18.3, 18.4, 18.5, 18.6).*

*“De esta manera presentamos el dictamen encomendado, el cual sometemos a su consideración y a la de las partes, estando dispuestos a adicionar o complementar en los términos de ley.”*

Durante el término de traslado del dictamen pericial, la parte demandante solicitó su aclaración y complementación<sup>31</sup>, así:

*“De manera atenta me permito solicitar que los señores peritos aclaren y complementen su dictamen en los siguientes términos:*

*1. Que enuncien todos y cada uno de los documentos que consultaron y fueron tenidos en cuenta para rendir el dictamen, indicando en qué oficina o dependencia se hallan los mismos.*

*2. Que aclaren los señores peritos si tuvieron en cuenta y constataron los listados*

---

<sup>31</sup> Folio 128 a 129 del expediente.

de pensionados que suministré a la Corporación Nacional de Turismo, los cuales obran dentro del expediente, y verificaron su situación actual. Es decir, si por ejemplo, verificaron y constataron la situación pensional de los extrabajadores JORGE ENRIQUE ORTIZ AGUDELO, JOSEFINA DEL VALLE, MARIA CLEOFE RAMON CAMPEROS, HERMINIA AULLON CRIOLLO, ALFONSO BERMUDEZ PLATA, EFREN AGUDELO ZUÑIGA, MARCO TULLIO AMAYA DIAZ, por citar apenas unos cuantos, y pudieron determinar si la CORPORACION NACIONAL DE TURISMO aún está asumiendo el pago total de la pensión o únicamente la cuota parte y en este caso desde cuándo.

3. Que indiquen si obtuvieron copia del contrato que existió con la doctora ALMA CLARA GARCIA y pudieron constatar qué clase de labor desempeñó, resultados de la misma, etc.

4. Si efectuaron el seguimiento a los diferentes oficios que en esa época dirigí a entidades como Policía Nacional, Caja Nacional de previsión Social, Alcaldía de Riohacha, Caja de previsión Social de Ibagué, Caja de Previsión Social de Neiva, etc., etc., a las cuales se les remitió cuenta de cobro y pudieron establecer el resultado de tales cuentas de cobro.

5. Si tuvieron acceso al archivo o carpeta relacionada con el contrato 047 de 1994.

*Para que los señores peritos afirmen de manera categórica que ‘no se cumplió con el objeto del contrato’ es absolutamente indispensable que hayan verificado carpeta por carpeta de todos y cada uno de los pensionados sobre los cuales desarrollé mi labor en la primera parte del contrato y que hayan tenido acceso al archivo correspondiente al contrato 047 de 1994, circunstancias que deben ser aclaradas y complementadas por los señores peritos.”*

La solicitud de aclaración y complementación del dictamen pericial fue resuelta el 23 de marzo de 2001 en los siguientes términos<sup>32</sup>:

“DESARROLLO:

(...)

1. En relación a los documentos que se consultaron y fueron tenidos en cuenta para realizar el dictamen, podemos aclarar que teniendo en cuenta el objeto del Dictamen, que era el de conceptuar sobre el monto de la indemnización o reparación del daño, que deberá pagar la Corporación Nacional de Turismo, por concepto de los perjuicios morales y materiales causados con la expedición ilegal de las resoluciones 0018 y 0031”.

[A continuación se relacionaron los documentos que se tuvieron en cuenta para realizar la experticia, la cual, según lo informado, se encuentra en el la Oficina de Coordinación Administrativa del Ministerio de Desarrollo Económico].

2. Se revisaron todas y cada una (sic) de las carpetas de los pensionados de la CNT constatando la situación pensional, para lo cual se enuncia el nombre de las hojas de vida:

(...)

Se revisaron las nóminas de pensionados por el mes de febrero de 2001, al igual que las nóminas de pensionados a febrero 30 de 1998 y a diciembre 30 de 1998,

---

<sup>32</sup> Folios 42 a 54 del dictamen pericial.

*esto con el fin determinar si la Corporación Nacional del Turismo estaba haciéndose cargo de la totalidad de la pensión o si estaba asumiendo la cuota parte pensional, por lo que se pudo determinar de que (sic) la corporación hasta la fecha ha venido cancelando la totalidad de la pensión. Se anexan las nóminas de los siguientes funcionarios para constatar de que (sic) su pensión pagada fue y siguió siendo la totalidad de la pensión.*

*(...)*

*Para despejar dudas sobre si efectivamente se habían recaudado cuotas partes pensionales, se solicitó que nos facilitaran el movimiento de caja a partir de 1994 hasta diciembre 30 de 1998, movimiento que reposa en los archivos muertos del Ministerio de Desarrollo Económico en carpetas denominadas Boletines de Caja y de Bancos, en la que no se encontró soporte alguno que nos demostrara ingresos por el concepto de cuotas partes pensionales con algunas de las entidades a las que el Dr. José Hilario López le dirigió correspondencia en septiembre 19 de 1994 ...*

*(...)*

*3 Los contratos que existieron con la Dra. ALMA CLARA GARCIA FLECHAS, desde el año 1994 hasta 1998, fueron los siguientes:*

*(...)*

*Como se podrá ver no hubo contrato con la Dra. ALMA CLARA GARCIA, para la recuperación de cuotas partes pensionales.*

*4. Como se podrá verificar en el segundo punto de esta aclaración se relaciona una serie de Oficios encontrados dentro de la correspondencia recibida y despachada, que fue enviada con fecha de 19 de septiembre de 1994, por el Dr. José Hilario López, pero no se encontró respuesta alguna a estos oficios.*

*5. Efectivamente, se tuvo acceso a las carpetas que contienen el archivo que tienen que ver con el contrato 047 de 1994, donde reposan el contrato y la modificación N° 1 a dicha (sic) contrato de prestación de servicios, efectuada el 13 de noviembre de 1996, las copias de las resoluciones 018/9 de febrero/98, la resolución 031/31 de marzo/98, copia de los listados enviados por el Dr. José Hilario López y toda la correspondencia cruzada con la CNT.*

*6. Como se podrá ver en el segundo punto de esta ampliación y aclaración se enumera las carpetas revisadas de los pensionados y en el quinto punto se explica que si se tuvo acceso a las carpetas del contrato 047/94 y por lo observado y visto se pudo determinar que no existen cobros judiciales, ni extra judiciales de cuotas partes pensionales, hasta la fecha de hoy.”*

Dentro del término del traslado del escrito de aclaración y complementación, el señor José Hilario López Rincón objetó el dictamen pericial por error grave, con fundamento en los siguientes argumentos<sup>33</sup>:

*“1. Conforme a la solicitud de la prueba pericial, decretada por el Tribunal, los peritos fueron designados ‘para que conjuntamente dictaminen la indemnización o el monto de los perjuicios MATERIALES a cargo del demandado, según solicitud*

---

<sup>33</sup> Folio 139 del cuaderno No. 3.

*de la actora'. Tan claro como el agua. Sin embargo, los señores peritos no conceptuaron sobre tal cuestión específica, como era su deber y obligación, sino que trascendieron a otros terrenos que no son los suyos. No es tarea de los señores peritos decir si se cumplió o no el contrato pues ello le corresponde a la Justicia, quien finalmente decidirá, no si el Actor cumplió o no el objeto del contrato 047 de 1994, sino si las resoluciones 00018 y 00031 son ilegales y tiene o no derecho al pago del saldo y demás sumas será el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.*

*2. Los señores peritos - desconozco su profesión-, en su primer dictamen como en la aclaración y complementación, concluyen que el Actor 'no cumplió con el objeto del contrato y por deducción, no habría derecho al pago del saldo restante de \$2.000.000, como tampoco al pago de los porcentajes del 10% sobre cobros extrajudiciales y al 20% sobre los cobros por vía judicial.'*

*3. Los señores peritos, tarea que no les corresponde, están emitiendo juicios en derecho y planteando conclusiones por fuera del dictamen solicitado.*

*4. Está visto que los señores peritos no tuvieron acceso a la totalidad de documentos que componen el archivo del caso, pues así se desprende de sus memoriales requiriendo la posibilidad de tener acceso a los mismos. De igual manera, en su aclaración del dictamen, al punto 2 manifiestan haber revisado 'todas y cada una de las carpetas de los pensionados en la CNT' (...) 'para lo cual enuncia el nombre de las hojas de vida'. No obstante, dicha lista no constituye la totalidad de los pensionados de la CNT".*

Debido a que en la sentencia de primera instancia no se resolvió acerca de la objeción que por error grave la parte demandante formuló en contra del dictamen pericial rendido el 8 de noviembre de 2000 dentro del proceso de la referencia, resulta indispensable en esta instancia pronunciarse al respecto.

Como se observa, la parte actora atribuye al dictamen pericial un error grave por considerar que éste recayó sobre cuestiones que no constituían el objeto para el cual se decretó, en tanto que, a su juicio, los peritos conceptuaron en relación con el cumplimiento del contrato, cuando lo que debían determinar era el monto de los perjuicios materiales que se ocasionaron a la parte demandante por cuenta de la expedición de los actos administrativos acusados.

Así mismo, manifestó que las conclusiones que sobre tales cuestiones expusieron los peritos se tomaron sin que hubieran tenido acceso a la totalidad de documentos que componen el archivo del caso y sin tener en cuenta la situación de la totalidad de pensionados de la Corporación Nacional de Turismo.

Al revisar tanto el texto del dictamen pericial rendido como el escrito de aclaración y complementación que a éste se realizó, encuentra la Sala que los peritos, con el propósito de dictaminar acerca de los perjuicios materiales que le habrían sido ocasionados al señor José Hilario López Rincón en virtud de la expedición de las resoluciones demandadas, basaron su análisis en lo pactado por las partes en la modificación No. 1 al contrato de prestación de servicios No. 047 de 1994, cuyo objeto consistió en variar el valor y la forma de pago inicialmente establecidos como contraprestación al servicio contratado, de la siguiente manera:

**"CLAUSULA SEGUNDA: Valor: CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$4.500.000.00) M/CTE. más el diez por ciento (10%) del total de los dineros recaudados por vía de cobro extrajudicial, y el veinte por ciento (%20) del total de los dineros recaudados por vía de cobro judicial. CLAUSULA TERCERA: Forma**

***de pago: a) DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$2.500.000.00) M/CTE., una vez suscrita la presente modificación; b) DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.00) M/CTE., una vez cumplido con el objeto del contrato; c) Los porcentajes del 10 por ciento (%10) y veinte por ciento (%20) serán deducibles directamente por EL CONTRATISTA del monto cancelado en cada proceso. Los pagos de que tratan los literales a) y b) se harán previos los trámites administrativos y presupuestales a que haya lugar.”***

Con fundamento en la citada cláusula y al encontrar que de conformidad con la orden de pago No. 1017 del 28 de noviembre de 1996, al demandante le fue cancelada la suma de \$2'500.000 a la fecha de suscripción de la modificación y que, según información suministrada por el entonces Ministerio de Desarrollo Económico, no se recaudaron dineros por concepto de cuotas partes pensionales desde 1996 y hasta la fecha de liquidación de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, así como tampoco desde la fecha en que el mencionado Ministerio asumió el recaudo de los negocios de la Corporación, los peritos concluyeron que no se había causado perjuicio material alguno en contra del actor, por cuanto el pago del saldo del valor total del contrato se encontraba sometido al cumplimiento de su objeto, el cual consistió en obtener la cancelación de las cuotas partes pensiones que se le adeudaban a la entidad.

Así las cosas, si bien es cierto que en el dictamen pericial se hizo alusión al cumplimiento del contrato, esta mención - ha de entenderse - se realizó, con el claro propósito de determinar, según lo pactado contractualmente por las partes, si a la demandante se le había causado algún perjuicio material con ocasión de la declaratoria de caducidad del negocio jurídico.

En ese contexto, queda claro que el concepto rendido por los peritos recayó justamente sobre el objeto para el cual se decretó el dictamen pericial y no, como sugiere la parte demandante, sobre el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes en virtud del contrato de prestación de servicios 047 de 1994 y, por esa razón, la objeción que por error grave se formuló en su contra no está llamada a prosperar.

## **6.2. El daño cuya indemnización se reclama.**

La parte demandante solicitó que como consecuencia de la anulación de la Resolución No. 0018 del 9 de febrero de 1998, por medio de la cual se declaró la caducidad del Contrato de Prestación de Servicios No. 047 de 1994, así como la nulidad de la Resolución No. 00031 del 31 de marzo de 1998, que la confirmó, se reconozca a su favor el valor de la utilidad cierta que esperaba recibir como contraprestación a la labor contratada, representada, según lo pactado en el contrato, en el pago de \$2'000.000 que faltó por cancelar del valor fijo total acordado, más el valor del 10% de lo que se recaudaría por esa labor en los procesos de cobro extrajudicial y el 20% de lo que se recaudaría en los procesos de cobro judicial, reconocimiento que fue negado en primera instancia.

Previo a resolver sobre este cargo de la apelación, resulta necesario establecer a qué tipo de daño corresponden los valores cuyo reconocimiento solicitó la parte demandante. En consecuencia, la Sala se permite hacer las siguientes precisiones en relación con lo que comportan los perjuicios de lucro cesante y pérdida de oportunidad.

**- 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*”<sup>34</sup>.

#### **- 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 patrimonial<sup>35</sup>; 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 deseaba<sup>36</sup>, 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 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’<sup>37</sup>.*

---

<sup>34</sup> ibídem.

<sup>35</sup> MAYO, Jorge, “El concepto de pérdida de chance”, en *Enciclopedia de la responsabilidad civil. Tomo II*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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.

*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"*<sup>38</sup>.

Ahora bien, revisado el contenido de la modificación No. 1 que a se realizó al contrato de prestación de servicios No. 047 de 1994, encuentra la Sala que las partes, como retribución a la labor contratada, acordaron un sistema de honorarios mixto; de un lado, estipularon el pago de una suma fija equivalente a \$4'500.000 y, de otro, la participación del abogado en los resultados económicos favorables del proceso, en una proporción equivalente al 10% de los dineros que se hubieren podido recuperar a favor de la entidad por concepto de cuotas partes pensionales por vía extrajudicial, o al 20% de lo que habría podido recuperar por ese mismo concepto por vía judicial, así:

**"CLAUSULA SEGUNDA: Valor: CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$4.500.000.00) M/CTE. más el diez por ciento (10%) del total de los dineros recaudados por vía de cobro extrajudicial, y el veinte por ciento (%20) del total de los dineros recaudados por vía de cobro judicial. CLAUSULA TERCERA: Forma de pago: a) DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$2.500.000.00) M/CTE., una vez suscrita la presente modificación; b) DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.00) M/CTE., una vez cumplido con el objeto del contrato; c) Los porcentajes del 10 por ciento (%10) y veinte por ciento (%20) será deducibles directamente por **EL CONTRATISTA** del monto cancelado en cada proceso. Los pagos de que tratan los literales a) y b) se harán previos los trámites administrativos y presupuestales a que haya lugar".**

Según se desprende del material probatorio obrante en el proceso, a través de la orden de pago No. 1017 del 29 de noviembre de 1996, la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, dando cumplimiento a lo acordado por las partes en las cláusulas 2ª y 3ª del otrosí modificatorio No. 1, pagó a favor del señor José Hilario López Rincón el valor equivalente a \$2'500.000<sup>39</sup>, sin embargo, como consecuencia de la declaración de caducidad del contrato de prestación de servicios No. 047 de 1994, al demandante no se le canceló la suma restante del valor fijo pactado, así como tampoco tuvo la oportunidad de recibir el porcentaje de participación acordado, pues, según se extrae de lo manifestado por el mismo demandante y la entidad demandada, al momento en que se declaró la caducidad administrativa del contrato, por concepto de cuotas partes pensionales aún no se había recobrado ningún valor a favor de la entidad.

Bajo la óptica precedente, para la Sala es un hecho cierto que habiéndose suscrito el contrato de prestación de servicios No. 047 de 1994 y encontrándose este en ejecución, si los acontecimientos hubieren seguido su curso normal, es decir, de no haberse declarado la caducidad del mencionado negocio jurídico, el valor de los \$2.000.000 restantes del total pactado como remuneración fija a la labor del

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 18593. Sentencia de agosto 11 de 2010.

<sup>39</sup> Así se desprende del contenido de la Resolución No. 038 del 3 de junio de 1998, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato de prestación de servicios No. 047 de 1994. El acto administrativo que no fue demandado, obra en copia auténtica a folios 183 a 185 del expediente.

demandante habrían ingresado a su patrimonio, pues, como se observa de las cláusula 2ª y 3ª que viene de transcribirse, el pago de dicho precio únicamente se encontraba sometido al cumplimiento del objeto contractual, el cual, según lo acordado en la cláusula 2ª del negocio jurídico, consistía en una obligación de medio consistente en la **prestación de servicios profesionales** por parte del señor López Rincón con el fin de obtener el cobro de las cuotas partes pensionales que a esa fecha se le adeudaban a la entidad contratista<sup>40</sup>, es decir, el desarrollo de gestiones tendientes a la recuperación de tales haberes, prestación del servicio que se vio definitivamente interrumpida por efecto de la declaratoria de caducidad, cuya nulidad se declaró en primera instancia.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala demostrado que como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato de prestación de servicios No. 047 de 1994 - acto administrativo cuya anulación fue decretada en primera instancia, decisión que no fue objeto de apelación -, al señor José Hilario López Rincón se le causó un daño material en la modalidad de lucro cesante, pues éste dejó de percibir una ganancia cierta que esperaba como retribución por la ejecución de las obligaciones pactadas en el contrato de prestación de servicios No. 047 de 1994, equivalente al valor de \$2'000.000 restantes del valor total pactado como remuneración fija a la labor que con él se acordó<sup>41</sup>.

Cosa distinta es la que ocurre en relación con los porcentajes de participación que a favor del demandante se pactaron sobre el recaudo de las cuotas partes pensionales que se adeudaban a la entidad, toda vez que, según lo acordado por ellas en las cláusulas 2ª y 3ª de la modificación No. 1 al contrato 047 de 1994 anteriormente transcritas, los valores que por tal concepto se hubieran podido reportar dependían del éxito de la gestión que adelantara el abogado en desarrollo del mencionado negocio jurídico, es decir, del recaudo efectivo de tales haberes.

Así las cosas, no es dable señalar con la certeza que se requiere para establecer la existencia de un daño material en la modalidad de lucro cesante que, de no haber sido por la declaratoria de caducidad, los dineros que se adeudaban a la entidad por concepto de cuotas partes pensionales hubieran sido efectivamente recaudados y, por tal razón, si el porcentaje que sobre ellos se pactó a favor del contratista hubiera ingresado indefectiblemente a su patrimonio, en tanto que el servicio encomendado a él para tales efectos constituyó una obligación de medio y no de resultado, de tal manera que a pesar de que existía una probabilidad, no es posible saber a ciencia cierta si tales dineros se hubieran podido, o no, recuperar, lo que conduce a la Sala a concluir que la ganancia que se dejó de percibir por este concepto no era cierta sino eventual.

---

<sup>40</sup> “**CLAUSULA SEGUNDA: Objeto:** a) **EL CONTRATISTA** se obliga frente a **LA CORPORACION** a prestar sus servicios profesionales con el fin de obtener el cobro de las cuotas partes pensionales de los servidores públicos y que se le adeudan a esta entidad, en los términos de la propuesta presentada por **EL CONTRATISTA** que hace parte de este contrato.”

<sup>41</sup> En este punto de la providencia, resulta oportuno señalar que ha sido criterio unificado de la Sección Tercera de esta Corporación que en tratándose de contratos de prestación de servicios, la indemnización que se ordena pagar como consecuencia de la anulación de un acto administrativo que haya dispuesto irregularmente la terminación del negocio jurídico, se calcula con base en los honorarios que el contratista hubiere dejado de percibir por tales efectos. En el mencionado sentido pueden verse, por vía de ejemplo, las siguientes providencias proferidas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: Sentencia del dieciséis (16) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998); Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 10652; Actor: William Alberto Baquero Namén; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 68001-23-15-000-1995-00782-01(15342); Actor: Olga Lucía González Ballesteros; Sentencia del veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012); Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación número: 23361; Actor: Nathanael Kennedy Machado Nuñez.

No obstante lo anterior, aunque la parte demandante en el recurso de apelación no hizo distinción alguna y de manera general solicitó el reconocimiento de la “*utilidad cierta*” que esperaba percibir por la ejecución del contrato, incluyendo en tal pretensión tanto el saldo del valor fijo pactado como los porcentajes acordados a su favor sobre el recaudado efectivo de los dineros que se pretendían recuperar para entidad a través de la labor contratada con el señor López Rincón, al revisar la demanda encuentra la Sala que en ésta el actor solicitó que se reconociera una indemnización por habersele “privado de la posibilidad” de recibir una contraprestación al trabajo y esfuerzo profesional realizado durante el periodo en que el contrato de prestación de servicios permaneció vigente, lo que, a su juicio, corresponde a la suma de “\$73.911.114,20, en caso de cobro extrajudicial y a la suma de \$147.822.228,40, en el caso del cobro judicial”, valores resultantes de lo que se adeudaba a la entidad según el informe rendido por el mismo contratista el 19 de noviembre de 1996.

En ese contexto, se observa que la pretensión que en relación con el pago de los mencionados porcentajes se solicitó no corresponde al daño material de lucro cesante, sino a la pérdida de oportunidad de haber obtenido esa eventual ganancia, daños cuya diferencia radica, como ya en otras oportunidades lo ha señalado la Corporación<sup>42</sup>, 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 tenían*<sup>43</sup>—”.

En lo que concierne al daño consistente en la pérdida de oportunidad, la Corporación, en la ya citada sentencia del 11 de agosto de 2010<sup>44</sup>, 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*<sup>45</sup>, 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

<sup>42</sup> Sobre el particular, 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.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 18593. Sentencia de agosto 11 de 2010.

<sup>45</sup> *Ejusdem*, p. 88.

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’<sup>46</sup>. (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 concepto<sup>47</sup>; 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’<sup>48</sup>.

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—.

---

<sup>46</sup> 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).

<sup>47</sup> GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de oportunidad en materia médica, un tema de daño, no de imputación*, cit., pp. 42-57.

<sup>48</sup> 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 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”.

(...)

*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 determinante<sup>49</sup> —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 médica<sup>50</sup>—, 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.*

(...)

*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”.*

---

<sup>49</sup> 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.*

<sup>50</sup> 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).

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’<sup>51</sup> de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes<sup>52</sup>;*  
*(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 porvenir podría convertir en indebida<sup>53</sup>; 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*

---

<sup>51</sup> *Idem*, pp. 38-39.

<sup>52</sup> 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 ésa 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.

<sup>53</sup> 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.

dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían<sup>54</sup>—;

(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<sup>55</sup>’ (Negrillas fuera de texto).

Pues bien, para efectos de determinar si en este caso se cumplen, o no, los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para determinar si la pérdida de oportunidad a la que se refiere la parte actora constituye un daño indemnizable, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias debidamente acreditadas en el proceso:

- El 17 de agosto de 1994, la Corporación Nacional de Turismo de Colombia contrató los servicios profesionales del señor José Hilario López Rincón, con el propósito de que, a través de sus gestiones como abogado, se pudiera obtener el pago de unas cuotas pensiones que a ésta se le adeudaban<sup>56</sup>. La duración del contrato se fijó “*hasta la culminación de los procesos judiciales iniciados por el contratista*”<sup>57</sup>.

- Para efectos de dar cumplimiento al objeto contractual, al señor López Rincón le correspondía adelantar las siguientes gestiones:

**“CLAUSULA TERCERA: Desarrollo del objeto:** Para el desarrollo del objeto **EL CONTRATISTA** se compromete a realizar las siguientes actividades PRIMERA FASE a) Recolección de Información. b) Procesamiento de información. c) Presentación de demandas. d) Representación de la **CORPORACION** hasta la culminación de los respectivos procesos”.

- Inicialmente, como retribución a la labor contratada las partes acordaron una cuota litis equivalente al 10% del total de los dineros que por concepto de las cuotas partes pensionales adeudadas a la entidad se lograran recaudar por vía extrajudicial, o equivalente al 20% si el recaudo se hacía por vía judicial<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., pp. 110-111.

<sup>56</sup> Contrato 047 de 1994: “**CLAUSULA SEGUNDA: Objeto:** a) **EL CONTRATISTA** se obliga frente a **LA CORPORACION** a prestar sus servicios profesionales con el fin de obtener el cobro de las cuotas partes pensionales de los servidores públicos y que se le adeudan a esta entidad, en los términos de la propuesta presentada por **EL CONTRATISTA** que hace parte de este contrato.”

<sup>57</sup> Cláusula cuarta de contrato de prestación de servicios 047 de 1994.

<sup>58</sup> Contrato 047 de 1994: “**CLAUSULA QUINTA: Valor:** Se pacta a una cuota litis así: **COBRO EXTRAJUDICIAL: DIEZ POR CIENTO (10%)** del total de los dineros recaudados por esta vía. **JUDICIAL: VEINTE POR CIENTO (%20)** del total de los dineros recaudados por esta vía; sin embargo, para efectos fiscales se fija una suma de **UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS (...)**”



- Posteriormente, el 13 de noviembre de 1995, las partes, de mutuo acuerdo, decidieron modificar el valor y la forma de pago pactados inicialmente en el Contrato de Prestación de Servicios No. 047 de 1994, en el sentido de que, además de la originalmente cuota litis acordada, cuyos porcentajes debían ser deducidos directamente por el contratista del monto cancelado en cada proceso, a éste también se pagaría la suma fija de \$4'500.000.

- En cumplimiento de su labor, el señor José Hilario López Rincón realizó, entre otras, las siguientes gestiones:

Según el contenido del “*ACTA DE ENTREGA DE DOCUMENTOS*” en octubre de 1994 el Director de la Oficina Jurídica de la Corporación Nacional de Turismo entregó al demandante 31 resoluciones en las que consta, entre otra información, el reconocimiento y el reajuste de algunas pensiones, la aceptación de unas cuotas pensionales por parte de la Policía Nacional, así como la redistribución y reajuste de otras<sup>59</sup>.

El 7 de marzo de 1994, el demandante informó a la entidad contratante que venía adelantando las gestiones necesarias para el cobro prejudicial de las cuotas partes pensionales, que hasta esa fecha se había recibido contestación de varias entidades que solicitaron la entrega de documentos para “*proceder al pago*”, mientras que otras no habían dado respuesta al requerimiento. Igualmente solicitó a la Corporación que fijara los criterios para proceder al cobro ejecutivo de los valores que se le adeudaban, fuera por vía de jurisdicción coactiva o por vía de la justicia ordinaria<sup>60</sup>.

Mediante informe rendido por el contratista ante la Corporación Nacional de Turismo el 27 de marzo de 1995, se comunicó que se enviaron las cuentas de cobro de cuotas partes pensionales que se adeudaban a la entidad a la Caja Nacional de Previsión social, a la de Previsión Municipal de Cúcuta, a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, a CAPRECOM, a CAPRECUNDI, a la Caja de Previsión Social del D.C., a la Corporación Financiera del Transporte, a la Caja de Previsión Social de Ibagué, a la Electrificadora de Cundinamarca, a la Alcaldía de Riohacha, a la Caja de Previsión Social de la Guajira, a Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a la Caja de Previsión Social del Atlántico, a la Caja de Previsión Departamental del Meta y a la Caja de Previsión Social de Neiva.

De conformidad con el documento, algunas de las entidades a las cuales les fueron remitidas las cuentas de cobro solicitaron información documental acerca de las cuotas partes pensionales cuyo cobro se efectuaba<sup>61</sup>.

El 16 de agosto de 1995, el contratista presentó ante la Corporación Nacional de Turismo de Colombia una liquidación de los valores que se adeudaban a la entidad por concepto de algunas cuotas partes pensionales por parte de la Caja Nacional de Previsión Social del Distrito Capital, de la Corporación Financiera de Transporte y de CAPRECOM. Así mismo, solicitó que se otorgaran algunos poderes para iniciar judicialmente el cobro de las obligaciones<sup>62</sup>.

El 2 de agosto de 1996, el contratista presentó ante la Corporación Nacional de Turismo de Colombia un “*informe global*” de los antecedentes relacionados con la

---

<sup>59</sup> El documento obra en copia auténtica a folios 192 y 193 de cuaderno de pruebas.

<sup>60</sup> El documento obra en copia auténtica a folio 199 del cuaderno de pruebas.

<sup>61</sup> El informe obra en original a folios 54 a 57 del cuaderno de pruebas.

<sup>62</sup> El documento obra en original a folios 63 y 64 del cuaderno de pruebas.

ejecución del contrato 047 de 1994<sup>63</sup>.

Mediante oficios recibidos por la entidad contratante el 6 de agosto y el 30 de septiembre de 1996, el demandante solicitó la entrega de documentación requerida para el desarrollo de su función<sup>64</sup>.

El 19 de noviembre de 1996, el demandante presentó ante la entidad contratista un informe de las sumas de dinero adeudados a la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, por concepto de cuotas pensionales por parte de las siguientes entidades: la Caja Nacional de Previsión social; la Caja de Previsión Municipal de Cúcuta; la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; CAPRECOM; CAPRECUNDI; la Caja de Previsión Social del D.C.; la Corporación Financiera del Transporte; la Caja de Previsión Social de Ibagué; la Electrificadora de Cundinamarca; la Alcaldía de Riohacha; la Caja de Previsión Social de la Guajira; Ferrocarriles Nacionales de Colombia; la Caja de Previsión Social del Atlántico; la Caja de Previsión Departamental del Meta y la Caja de Previsión Social de Neiva, por un valor total acumulado de \$739'111.142<sup>65</sup>.

El 23 de diciembre de 1996, el contratista solicitó a la entidad que le suministrara copia auténtica de las resoluciones de reconocimiento de pensión de algunos de sus funcionarios, de la constancia de tesorería de la entidad de pago de las prestaciones de cada uno de ellos, de las cuentas de cobro y de las notas de aceptación de las entidades deudoras, para anexarlos como pruebas a las demandas que se pretendía iniciar para el cobro de las obligaciones respectivas<sup>66</sup>.

Según oficio del 7 de febrero de 1997, el demandante presentó ante la entidad contratista un informe final del estudio realizado a las carpetas de los exfuncionarios de la Corporación, detallando los montos adeudados por concepto de cuotas partes pensionales, liquidados hasta 30 de enero de esa misma anualidad. Igualmente, mediante el citado oficio, el contratista solicitó que para efectos de continuar la ejecución del contrato, se le entregaran los documentos que requirió en diciembre de 1996<sup>67</sup>.

El 7 de febrero de 1997, el contratista presentó informe en relación con las gestiones que había realizado con el propósito de vincular a la nómina del I.S.S., a los pensionados de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia que cumplieran con las respectivas exigencias legales<sup>68</sup>.

El 6 de marzo de 1997, el demandante informó a la Corporación Nacional de Turismo que a todas las entidades se les había enviado cuenta de cobro por las cuotas pensionales que le adeudaban a la Corporación y que algunas de ellas dieron contestación al requerimiento y otras no<sup>69</sup>.

El 21 de mayo de 1997, el demandante nuevamente rindió informe acerca de las gestiones que venía desarrollando en virtud del Contrato de Prestación de Servicios No. 047 de 1994, especialmente en lo relacionado con los trámites que se adelantaban ante el ISS. Igualmente, manifestó que se encontraba aún a la espera de recibir la documentación que había requerido de la entidad en diversas

---

<sup>63</sup> El documento obra en original a folios 68 y 69 del cuaderno de pruebas.

<sup>64</sup> Los oficios obran a folios 72 a 74 del cuaderno de pruebas.

<sup>65</sup> El informe obra en original a folios 76 y 77 del cuaderno de pruebas.

<sup>66</sup> El documento obra a folios 98 y 99 del cuaderno de pruebas.

<sup>67</sup> Folio 99 del cuaderno de pruebas.

<sup>68</sup> El documento obra en original a folios 100 y 101 del cuaderno de pruebas.

<sup>69</sup> El documento obra en original a folios 104 y 15 del cuaderno de pruebas.

oportunidades, con el propósito de culminar las diligencias ante ese Instituto.

Sostuvo el actor en el oficio acabado de mencionar que la Corporación Nacional de Turismo de Colombia recibió la contestación que enviaron algunas de las entidades deudoras en relación con las cuentas de cobro que les fueron presentadas, no obstante lo cual al contratista no se le suministró la información acerca de cuáles de ellas habían reconocido las cuotas partes.

También en el mismo oficio se señaló que la mayor deudora de la entidad demandada era la Caja Nacional de Previsión Social, con quien se estaba intentando llegar a un acuerdo de pago y que respecto de las demás entidades ya había solicitado poder para demandar, pero que la Corporación, además de haber variado el modelo del poder sin especificar el documento que servía de título ejecutivo, aún no había expedido el certificado individual de tesorería sobre la cancelación de las pensiones, documento que según afirmó resultaba indispensable para demandar<sup>70</sup>.

El 21 de mayo de 1997, el señor López Rincón presentó oficio ante la entidad contratante por medio del cual solicitó que, con el propósito de presentar algunas demandas, se firmaran y autenticaran los poderes y los certificados de tesorería correspondientes<sup>71</sup>. La petición fue reiterada mediante oficios del 2<sup>72</sup> y el 21 de julio de esa misma anualidad<sup>73</sup> y la solicitud fue atendida el 22 de agosto de 1997<sup>74</sup>.

El 1 de octubre de 1997, el contratista, atendiendo una solicitud realizada por la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, informó que de la petición de poderes y certificados de tesorería que había realizado con anterioridad y que lo autorizaban para demandar a la Caja Nacional de Previsión Social, únicamente le fueron entregados 4 de los 6 que había solicitado, que respecto de éstos no había presentado las respectivas demandas porque la entidad deudora estaba en etapa de liquidación y que por esa razón se encontraba realizando las investigaciones necesarias para establecer su estado jurídico, pues no le había sido posible hasta ese momento obtener una respuesta oficial. Adicionalmente, informó que con relación a las demás entidades deudoras aún no le habían sido entregados los poderes respectivos<sup>75</sup>.

El 31 de octubre de 1997, el demandante, atendiendo el oficio 3082 remitido por la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, informó que ese mismo día se presentarían las demandas en contra de la Caja Nacional de Previsión Social, en lo que concernía a dos de los pensionados. Adicionalmente, solicitó que se le hiciera entrega de algunos poderes para iniciar las demandas en contra de la Electrificadora de Cundinamarca, del Ministerio de Educación, del Ministerio de Obras Públicas, del Departamento de la Guajira y del Municipio de Riohacha, por un pensionado; de la Corporación Financiera de Transporte, por un pensionado, de la Empresa de energía de Bogotá y de la Caja Nacional de Previsión Social, por un pensionado<sup>76</sup>.

- El 9 de febrero de 1998, la Corporación Nacional de Turismo de Colombia,

---

<sup>70</sup> El informe obra en original a folios 107 y 108 del cuaderno de pruebas.

<sup>71</sup> El oficio obra en original a folios 109 y 110 del cuaderno de pruebas.

<sup>72</sup> El oficio obra en original a folio 111 del cuaderno de pruebas.

<sup>73</sup> El oficio obra a folio 112 del cuaderno de pruebas.

<sup>74</sup> El documento obra en original a folio 114 del cuaderno de pruebas.

<sup>75</sup> El documento obra en original a folio 128 del cuaderno de pruebas.

<sup>76</sup> El documento obra en original a folio 131 del cuaderno de pruebas.

mediante Resolución No. 00018 declaró la caducidad del Contrato de Prestación de Servicios No. 047 de 1994<sup>77</sup>, decisión que al resolverse el recurso de reposición interpuesto en su contra, fue confirmada mediante Resolución No. 0031 del 31 de marzo de 1998<sup>78</sup>, ambas demandadas y anuladas en primera instancia. En lo que a este aspecto concierne, ninguna de las partes apeló la decisión.

- Según lo manifestado por la parte demandante en el libelo introductorio y lo manifestado por la demandada en las Resoluciones acusadas, durante la ejecución del contrato no se logró recaudar valor alguno por concepto de las cuotas partes pensionales que se adeudaban.

Con sustento en el análisis detenido del material probatorio que se deja relacionado, encuentra la Sala que a través del contrato de prestación de servicios cuya caducidad fue declarada por la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, la entidad pretendía: *i)* establecer el valor de lo que se le adeudaba por concepto de cuotas partes pensionales, *ii)* determinar las entidades deudoras y, con base en esa información, *iii)* obtener, por vía judicial o extrajudicial, la recuperación de tales dineros.

Bajo ese escenario, se aprecia que a pesar de que la obligación que asumió el contratista en relación con la recuperación de los dineros que se le adeudaban a la entidad por cuenta de las cuotas partes pensionales es una típica obligación de medio y no de resultado, el objeto mismo del contrato, en concordancia con el resultado de las gestiones que adelantó el señor López Rincón en desarrollo del mismo, las cuales permitieron establecer el valor de las cuotas pensionales que a la Corporación se le adeudaban, así como las entidades que tenían a su cargo dicho débito, permiten inferir razonablemente que existía una posibilidad real de lograr el recaudo de tales haberes y, en consecuencia, una oportunidad cierta a favor del actor de acceder al porcentaje de participación que sobre esa posible recuperación de dineros se pactó en el contrato, es decir, de obtener un ingreso adicional al fijo acordado por concepto de honorarios.

Ahora bien, como ya se dijo, de conformidad con el material probatorio anteriormente relacionado, el señor López Rincón, con el objeto de obtener el pago de las cuotas pensionales, logró determinar el monto al que ascendía el débito por ese concepto, así como las entidades a cuyo cargo se encontraba la deuda y, una vez establecido lo anterior, les envió las respectivas cuentas de cobro, sin embargo, no pudo culminar con la labor para la cual fue contratado, pues estando el negocio jurídico en ejecución, la Administración resolvió declarar su caducidad, acto administrativo que fue anulado en primera instancia, según lo considerado por el *a quo* como soporte de su decisión - la cual no fue apelada por ninguna de las partes del proceso y por tanto no puede ser objeto de estudio en esta instancia -, porque el incumplimiento en el que incurrió el demandante respecto de los tiempos pactados en el contrato para el desarrollo de su labor, se dio como consecuencia de los incumplimientos en los que incurrió la entidad accionada al no suministrarle de manera oportuna la información necesaria para ello.

Así las cosas, a pesar de que no es posible tener certeza acerca de que a través de la gestión del demandante se hubiere podido, o no, obtener el recaudo efectivo de las cuotas partes que se le adeudaban a la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, para la Sala existe certeza en cuanto a que, existiendo una

---

<sup>77</sup> La Resolución obra en original a folios 1 a 4 del cuaderno de pruebas.

<sup>78</sup> La Resolución obra en original a folios 5 a 10 del cuaderno de pruebas.

posibilidad cierta y real en tal sentido, como consecuencia de la declaratoria de caducidad del Contrato de Prestación de Servicios No. 047 de 1994, el demandante perdió definitivamente la oportunidad de recibir el porcentaje de participación que sobre los valores que probablemente se hubieren podido recaudar y que se pactaron en el negocio jurídico a título de honorarios.

En este caso entonces 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 efecto de la declaratoria de caducidad, el demandante **perdió definitivamente la oportunidad** de obtener una ganancia sobre el valor de lo que, en desarrollo del Contrato de Prestación de Servicios No. 047 de 1994, hubiere podido recobrar a favor de la entidad por concepto de las cuotas partes pensionales que se le adeudaban; así mismo, se encuentra demostrado que el señor López Rincón, antes de la declaratoria de caducidad se **encontraba en una situación potencialmente apta para obtener dicho beneficio**, tanto así que el propósito que perseguía la entidad al contratar con él la prestación de sus servicios profesionales justamente era obtener el pago de las cuotas pensiones que se le adeudaban, de tal manera que al pactarse un porcentaje a favor del demandante por los valores que efectivamente se hubieren podido recaudar por ese concepto, se lo puso en una situación real y potencialmente apta para obtener el mencionado beneficio.

Finalmente, resulta necesario señalar que las anteriores razones son suficientes para que la Sala se aparte del concepto rendido por los peritos, pues, como queda demostrado, a diferencia de lo considerado por ellos, con la expedición de los actos administrativos cuya anulación se solicitó sí se generaron daños de carácter patrimonial en contra de la parte demandante, los cuales deben ser resarcidos.

### 6.2.1. La liquidación de los perjuicios.

#### - Lucro cesante.

Como ya se dijo, por este concepto corresponde reconocer a la parte demandante el saldo del valor total pactado como remuneración fija a favor del contratista, es decir, la suma de \$2'000.000, actualizados a la fecha del presente pronunciamiento, con base en la siguiente fórmula:

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

En donde:

**Ra:** Renta actualizada a establecer;

**Rh:** Renta histórica que se va a actualizar: **\$2'000.000**, correspondiente al valor de la condena impuesta.

**lpc (f):** Es el índice mensual de precios al consumidor final, es decir, el correspondiente a la fecha en que se realiza la actualización: **(113.164)**<sup>79</sup>.

**lpc (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

---

<sup>79</sup> Tomado el 31 de mayo de 2013 a las 6 p-m., de la página web del Banco de la República, [http://obiee.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&\\_scid=DIHQ2yfFC88](http://obiee.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&_scid=DIHQ2yfFC88), calculado con la base del año 2008.

prestación de servicios No. 047 de 1994 (47.012)<sup>80</sup>.

Reemplazando tenemos:

$$\text{Ra} = \$2.000.000 \times \frac{113.164}{47.012}$$

**Ra = \$4'814.260.188**

**- Pérdida de oportunidad.**

En lo que concierne a la cuantificación de la indemnización que corresponde otorgar cuando este daño se ha ocasionado, considera la Sala oportuno hacer mención de lo que la Sección Tercera de esta Corporación dijo al respecto en la ya varias veces citada sentencia del 11 de agosto de 2010<sup>81</sup>, así:

*“Por cuanto tiene que ver con la cuantificación de la indemnización a la cual debe dar lugar el reconocimiento de la pérdida de una oportunidad, no está de más reiterar que lo resarcible por este concepto es esa oportunidad misma y no el total de la ganancia o provecho perdido o del detrimento que se pretendía evitar; el objeto de la indemnización es una probabilidad y la adecuada compensación por la pérdida de la misma se corresponde con la apreciación en dinero del porcentaje de posibilidades de que la oportunidad respectiva se hubiere concretado.*

*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.*

*Ahora bien, para llevar a cabo las correspondientes operaciones y razonamientos en orden a establecer si una oportunidad perdida es resarcible, o no y en qué monto*

*‘... 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*

---

<sup>80</sup> *Ibídem.*

<sup>81</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 18593. Sentencia de agosto 11 de 2010.

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<sup>82</sup>.

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

No obstante lo anterior, toda vez que, además de las pruebas ya relacionadas no obran en el expediente otros elementos demostrativos que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado al parte demandante, la Sala, como ya en otras oportunidades lo ha hecho<sup>83</sup>, acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998<sup>84</sup>— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio *pro damnato*, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.

Previo a determinar la cuantía del perjuicio que por la pérdida de oportunidad sufrida se reconocerá a favor de la parte demandante, en concordancia con la pauta jurisprudencial que se cita, resulta oportuno advertir que no es posible acceder a la totalidad de los valores reclamados por este daño, por cuanto lo que se indemnizará no es el beneficio que se esperaba percibir por cuenta de la prestación de servicios que se contrató, dado que no existe certeza en cuanto a que, de no haber sido por la declaratoria de caducidad del contrato, tales dineros ineludiblemente hubieren ingresado al patrimonio del contratista, sino que de lo que se trata es de reparar la pérdida de la oportunidad de haber obtenido dicha ganancia o beneficio.

Establecido lo anterior, procede la Sala, como ya se señaló, con base en la equidad a determinar el monto de la indemnización. Para tales efectos, teniendo en cuenta que de conformidad con la pauta jurisprudencial que ha adoptado la Sección en relación con este aspecto, dicho monto debe establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente se esperaba percibir, en razón de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino, la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

---

<sup>82</sup> TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *La pérdida de chance*, cit., pp. 276-277.

<sup>83</sup> Al respecto, ver, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 11 de agosto de 2010, Exp. No. 050012326000199500082 – 01 (18.593); sentencia de 25 de agosto de 2011, Exp. No. 250002326000199703994 – 01 (19.718); sentencia de 7 de julio de 2011, Exp. No. 520012331000199708974 – 01 (20.139); sentencia del 21 de marzo de 2012, Exp. No. 54001233100019972919 01 (22.017).

<sup>84</sup> Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: “*Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*”.

Según se desprende de lo pactado en la cláusula segunda del otrosí modificatorio No. 1, el contratista esperaba recibir un beneficio equivalente al 10% del valor total que por concepto de las cuotas partes pensionales que se adeudaban a la entidad demandada lograra recuperar por vía extrajudicial, o, en caso de que el cobro se hiciera por vía judicial, un 20% de lo que efectivamente lograra recaudar.

De conformidad con el informe presentado el 19 de noviembre de 1996 por el contratista<sup>85</sup>, frente al cual la entidad no presentó objeción alguna, el valor del débito que existía a favor de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia por concepto de cuotas pensionales ascendía a la suma total de \$739'111.142.

Con el propósito de obtener el pago de los dineros que se debían a la entidad accionada, el doctor López Rincón ya había adelantado las gestiones pertinentes para obtener de manera extrajudicial el cobro de las cuotas partes adeudadas, sin embargo tales actuaciones no surtieron éxito alguno, razón por la cual había solicitado que se le otorgaran los poderes pertinentes para iniciar el cobro de lo adeudado por vía judicial.

Las circunstancias anteriormente descritas permiten a la Sala concluir que a la fecha en que se declaró la caducidad del Contrato de Prestación de Servicios No. 047 de 1994, el demandante tenía la expectativa de obtener un beneficio equivalente al 20% del total de lo que se adeudaba a la entidad, por cuanto, ante el fracaso de la vía extrajudicial, la recuperación de los dineros debía perseguirse por vía judicial.

Así las cosas, es posible establecer que a la fecha en que se declaró la caducidad del contrato de prestación de servicios el beneficio que esperaba obtener el demandante equivalía a \$147'822.228,4.

Ahora bien, para tasar la indemnización deben tenerse en cuenta aspectos puntuales que inciden en las mayores o menores probabilidades que hubiera tenido el actor para obtener el beneficio que esperaba, así:

*i)* Desde la fecha de suscripción del contrato - 17 de agosto de 1994 - hasta la fecha en que se declaró la caducidad del Contrato de Prestación de Servicios - 9 de febrero de 1998 -, transcurrieron aproximadamente 4 años y a pesar de las labores adelantadas por el abogado José Hilario López Rincón con ese propósito, no se logró recuperar a favor de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia valor alguno por concepto de las cuotas partes pensionales que se le adeudaban, sin embargo, en cuanto a este aspecto se refiere ha de tenerse en cuenta que, según lo considerado en primera instancia, lo cual no fue objeto de apelación, la tardanza del demandante se debió a los incumplimientos en los que incurrió la entidad accionada al no suministrarle la información necesaria para el desarrollo del objeto contractual.

*ii)* Las cuotas partes pensionales tienen un carácter periódico, pues se causan con cada mesada pensional que se cancela, sin embargo, éstas, a su vez, se encuentran sometidas a la prescripción trienal, circunstancias ambas que generan una seria incertidumbre acerca del porcentaje que efectivamente se hubiera podido recuperar del valor total de lo esperado.

*iii)* El recaudo efectivo de los valores que se pretendían recuperar a favor de la

---

<sup>85</sup> El informe obra en original a folios 76 y 77 del cuaderno de pruebas.



Corporación Nacional de Turismo de Colombia por concepto de cuotas partes pensionales, dependía de la situación financiera de cada entidad deudora.

iv) Las demás vicisitudes que se pueden presentar en el curso de cualquier proceso ejecutivo.

A juicio de la Sala, las circunstancias acabadas de expresar permiten razonar que el demandante tenía tantas posibilidades de recaudar el 100% de los valores que esperaba cobrar a favor de la entidad por concepto de las cuotas partes que se le adeudaban, como de no recuperar valor alguno por ese concepto, en virtud de lo cual, con sustento en la equidad y la sana crítica, se considera que la indemnización que se debe reconocer a favor del doctor José Hilario López Rincón por la pérdida de oportunidad que sufrió como consecuencia de la declaratoria de caducidad del Contrato de Prestación de Servicios No. 047 de 1994, equivale a un 50% del beneficio que esperaba recibir, es decir, a \$73'911.114,2, actualizados a la fecha del presente pronunciamiento, con base en la siguiente fórmula:

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

En donde:

**Ra:** Renta actualizada a establecer;

**Rh:** Renta histórica que se va a actualizar **\$73'911.114,2**, correspondiente al valor de la condena impuesta.

**lpc (f):** Es el índice mensual de precios al consumidor final, es decir, el correspondiente a la fecha en que se realiza la actualización: **(113.164)**<sup>86</sup>.

**lpc (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. 047 de 1994: **(47.012)**<sup>87</sup>.

Reemplazando tenemos:

$$Ra = \$73'911.114,2 \times \frac{113.164}{47.012}$$

$$\underline{Ra = \$177'913.667,30}$$

### 6.3. Perjuicios morales.

En lo que a este aspecto corresponde precisa la Sala que a pesar de que la parte demandante manifestó en el recurso de apelación que la sentencia debía ser revocada en todo lo que le fue desfavorable, lo cual incluiría la negativa de reconocer perjuicios morales, lo cierto es que en la sustentación del recurso nada se argumentó en relación con este aspecto, pues, como se indicó en el acápite número 5 de la parte considerativa de la presente providencia, los razonamientos que se expusieron en la impugnación se circunscribieron a indicar los motivos por los cuales la parte actora consideró que debían reconocerse a su favor los valores que, según indicó, correspondían a la "*utilidad cierta esperada*", lo cual, como en el citado acápite se señaló, constituyó el marco fundamental de competencia que debía abordarse para desatar la segunda instancia, dado que en esta etapa

<sup>86</sup> Tomado el 31 de mayo de 2013 a las 6 p-m., de la página web del Banco de la República, [http://obiece.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&\\_scid=DIHQ2yfFC88](http://obiece.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&_scid=DIHQ2yfFC88), calculado con la base del año 2008.

<sup>87</sup> Ibídem.

procesal debe también respetarse el principio de congruencia.

No obstante lo anterior y aunque en gracia de discusión la Sala entrara a analizar este aspecto de la demanda, se vería obligada a confirmar en este punto la providencia impugnada, pues no obra prueba en el proceso que demuestre la existencia de este perjuicio.

#### **7. No hay lugar a condena en costas.**

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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:**

**PRIMERO: REVOCAR** el numeral cuarto de la sentencia proferida el 23 de abril 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 y, en su lugar, se dispone:

**CUARTO.- CONDENAR** a la **NACION - MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO** - hoy **MINISTERIO DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, como sucesor procesal de la **CORPORACION NACIONAL DE TURISMO DE COLOMBIA**, a pagar a favor del señor **JOSE HILARIO LOPEZ RINCON**:

- La suma de **CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL DOSCIENTOS SESENTA PESOS CON DIECIOCHO CENTAVOS (\$4'814.260.18)**, por concepto de daño material en la modalidad de lucro cesante.

- La suma de **CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TRECE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$177'913.667,30)**, por concepto de pérdida de oportunidad.

**SEGUNDO: ABSTENERSE** de condenar en costas.

**TERCERO:** 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**