

## **CONTRATO DE OBRA – Noción**

El de obra, entonces, es un contrato estatal solemne, bilateral, oneroso, conmutativo, intuito personae y de tracto sucesivo en la medida en que su ejecución precisa de prolongación en el tiempo, lo cual posibilita que durante el transcurso de la misma tengan lugar entregas parciales - —con la consecuente suscripción de actas parciales de obra— sin perjuicio de la obligación a cargo del contratista de alcanzar el resultado final. Justamente por cuanto respecta a los derechos y obligaciones de las partes en este tipo de contrato, a la Administración contratante le asiste el derecho [i] a exigir la debida ejecución del objeto contractual, de suerte que el contratista realice los trabajos de conformidad con las reglas del arte correspondiente y atendiendo a las especificaciones técnicas que se hubieren previsto al celebrar el negocio jurídico y/o en la fase de preparación del mismo —estudios previos, pliegos de condiciones cuando hubiere lugar a ellos, etcétera— y [iii] a exigir la ejecución de dicho objeto dentro del plazo acordado. Desde la perspectiva del contratista, a su turno, a éste le asiste, fundamentalmente, el derecho [i] a que la Entidad Estatal cumpla con las obligaciones a su cargo —verbigracia en punto de la entrega o puesta a disposición de terrenos, materiales, estudios y diseños cuando hubiere lugar a ellos, del anticipo o pago anticipado cuando así se hubiere convenido, etcétera— y [ii] a percibir el precio pactado.

## **CONTRATO DE OBRA – Naturaleza Jurídica – Elementos – Características**

La naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo negocial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio decidan asignarle las partes o de las expresiones que ellas utilicen en el clausulado del negocio, sino que dicha modalidad deriva, fundamentalmente, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate; [...] la circunstancia de que en la legislación vigente no se le confiera al contrato de obra el calificativo de pública ni se condicione su tipificación a que los trabajos que hayan de ejecutarse en desarrollo del mismo recaigan sobre un inmueble «de carácter público o directamente destinado a un servicio público», resulta de la mayor trascendencia comoquiera que para efectos de la identificación del tipo negocial ahora se hace irrelevante el carácter público del respectivo inmueble o la destinación que haya de tener la obra, por manera que las actividades a desarrollar en cumplimiento del contrato de obra, en el marco normativo vigente, pueden estar vinculadas, o no, a la prestación de un servicio público o ser realizadas, o no, en un bien inmueble de propiedad pública o privada, lo importante, entonces, a la hora de calificar el negocio jurídico como un contrato estatal de obra en el sistema jurídico colombiano vigente lo constituye, de un lado, que el contrato lo celebre una entidad estatal y, de otro, que comporte la realización de actividades materiales respecto de un bien inmueble que puede pertenecer, o no, al Estado y que puede estar destinado, o no, a la prestación de un servicio público. Pérez Garzón.

### **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION A**

**Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

Bogotá., D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 27001-23-31-000-1999-00188-01(20342)**

**Actor: JOSE FULGENCIO MOSQUERA**

**Demandado: MUNICIPIO DE QUIBDO**

## Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de octubre de 2000 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, la cual, en su parte resolutive, dispuso:

*“Niéganse todas las súplicas de la demanda.*

*Costas a cargo de la parte demandante. Tásense oportunamente por secretaría.*

*Acéptase el impedimento manifestado por la doctora MIRTHA ABADÍA SERNA, conforme al escrito visible a folio 171 del expediente.*

*Por secretaría, compúlsense las copias ordenadas en la parte motiva.*

*Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese y cúmplase. En firme archívese el expediente y cancélese su radicación” (fls. 172-181, c 2).*

### 1. ANTECEDENTES

#### 1.1 Lo que se demanda.

Mediante escrito presentado el 3 de marzo de 1999, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo —C.C.A.—, el señor José Fulgencio Mosquera formuló demanda en contra del municipio de Quibdó —departamento del Chocó—, con el propósito de que se realicen las declaraciones e impongan las condenas a las cuales se hace referencia enseguida:

*“1.) Que se declare nula la resolución número 695, del 05 de junio de 1997, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato, por presunto incumplimiento del contrato.*

*2.) Que se declare nulo el oficio del 27 de octubre de 1997, dirigido a la firma Libia Vázquez & CIA LTDA., por medio de la cual (sic) le solicitan pronunciarse sobre el siniestro.*

*3.) Que se declare nulo el presunto oficio del 05 de junio de 1997, por medio del cual presuntamente se notificó al demandante de la declaratoria de caducidad del contrato, así mismo, se declare nulo el oficio del 10 de marzo del año 1997, firmado por el Dr. José de C. Mosquera al CONTRATISTA y del 16 de Mayo de 1997 expedido por el mismo a la Dr. (sic) Dulima Moreno Córdoba.*

*4.) Declárese el cumplimiento del objeto del contrato y de el (sic) en sí mismo, por parte del señor JOSÉ FULGENCIO MOSQUERA.*

*5.) Condénese al MUNICIPIO DE QUIBDÓ a pagar la suma de VEINTIOCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL*

*SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (28'281.759,00), por concepto del valor correspondiente a los perjuicios de orden material: daño emergente y lucro cesante que le fue ocasionado al DEMANDANTE, cuyo monto que (sic) ha de ser actualizado en su valor.*

*6.) Condénese al MUNICIPIO DE QUIBDÓ, al pago de los intereses moratorios, que se llegaren a causar hasta que se haga efectivo el pago de la obligación de conformidad con lo pactado en el contrato y demás derechos consecuenciales.*

*7.) A la sentencia que le ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos señalados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo” (fls. 5-6, c. 1).*

### **1.1 Los hechos.**

Se relató en la demanda que el 10 de septiembre de 1996 fue celebrado el contrato de obra No. OPR-25-0-96, entre el señor José Fulgencio Mosquera y el municipio de Quibdó —Chocó—, cuyo objeto fue el “*mejoramiento del acueducto de Guayabal*”, por un valor de \$22'000.000,00, con un plazo de sesenta días para su ejecución y una vigencia del contrato de seis meses. El demandante constituyó la correspondiente póliza de cumplimiento y realizó la respectiva publicación del contrato, después de lo cual la Administración municipal expidió tanto una resolución mediante la cual aprobó las garantías como el certificado de disponibilidad presupuestal del 9 de septiembre de 1996. Seguidamente, el día 2 de octubre de 1996 el señor Franklin Cuesta, tecnólogo de obras del municipio e interventor del contrato, con el visto bueno del Secretario de Obras Públicas municipales, informaron al demandante que debía abrir conjuntamente con el interventor una cuenta de ahorros para manejar los recursos del contrato OPR-25-0-96 y, el 7 de octubre del mismo año, se suscribió el acta de iniciación de obra.

Indicó el accionante que posteriormente —sin precisar la fecha— y ya en ejecución de las obras, se suscribieron “*actas de modificación del presupuesto del contrato*” por el Alcalde de Quibdó, el Secretario de Obras del municipio, el interventor del contrato y el contratista, “*conservándose el valor inicial del contrato, haciéndosele una presunta justificación firmada únicamente por el interventor de la obra. Aquí se da uno cuenta que el CONTRATISTA fue víctima de su falta de preparación académica e ignorancia frente al trasegar administrativo*”; el 3 de marzo de 1997 el interventor remitió un oficio al Secretario de Obras del municipio en el cual rindió un informe de la visita que al lugar de las obras realizaron un concejal de Quibdó, el Fiscal de la Junta de Acción Comunal del corregimiento de Guayabal y el contratista.

En dicha visita, según el recuento que del informe en mención se hace en el libelo introductorio del litigio, se constató que la captación del agua del acueducto “*presentó daños por fenómenos físicos*”; que “*según el diseño, la estructura llevaba dos contrafuertes a mitad de la longitud de la captación, los cuales no se habían construido porque hubo de reconocer (sic) mayores cantidades de concreto reforzado y transporte*”; que “*la apariencia del concreto después de su fractura dejaba ver que el material de la región utilizado para esta construcción no es el más adecuado para lograr las resistencias requeridas para este tipo de obra*”, pero que “*esto no lo manifestaron en ninguna de las visitas de seguimiento, sólo hasta el acaecimiento de los hechos de la caída de la obra*”; que algunos de los moradores de la comunidad “*taparon el tubo de lavado para mirar el*

*comportamiento de la bocatoma estando llena*"; que el sismo ocurrido el 19 de febrero de 1997, al igual que las lluvias que lo precedieron, afectaron la estructura de la captación comoquiera que el caudal de las quebradas afluentes aumentó e incidió en el sitio en el cual se construía la represa o bocatoma de fondo; que el diseño de la estructura de captación fue copiado del contenido en la cartilla de obras públicas del departamento de Antioquia, diseño éste con altos índices de seguridad pero hecho para una región con características diversas de las del departamento del Chocó y, finalmente, que a la fecha del informe la obra no había sido recibida.

Prosiguió el accionante con la referencia a que mediante oficio calendado en marzo 10 de 1997, el Secretario de Obras de Quibdó requirió al contratista para que, de conformidad con el aludido informe, se introdujeran los correctivos del caso y se realizara la obra *"en un nuevo sitio indicado por el interventor"* y a que el mismo Secretario de Obras, a través de comunicación fechada el 16 de mayo de idéntica anualidad y dirigido a la Coordinadora del *"Plan Pacífico Chocó"*, expresó que el lugar en el cual se venía construyendo la bocatoma del acueducto del corregimiento de Guayabal sufrió un colapso que dejó parte de la estructura de la bocatoma en tierra; que el presupuesto inicial de la obra tuvo que ser modificado comoquiera que no se ajustaba a la realidad debido a las condiciones topográficas del lugar, al diseño de la captación y a la distancia que había que recorrer para el transporte de los materiales, todos rubros que no se encontraban incluidos en el mencionado presupuesto oficial; que *"se realizó una reunión donde la que se acordó (sic) que la bocatoma se construiría más arriba de la que se cayó para rebajar la cabeza de agua de la captación"* y que en consideración a que supuestamente el contratista no había reiniciado los trabajos, el contrato fue remitido el 28 de abril de 1997 a la Oficina Jurídica para que se hiciera efectiva la póliza de cumplimiento. Empero, la aseguradora objetó la correspondiente reclamación por considerar que ésta no fue correctamente notificada al representante legal de Seguros del Estado sino a una agente colocadora de dicha firma.

Seguidamente se expresó en la demanda que mediante oficio del 3 de febrero de 1998, el Secretario de Obras de Quibdó señaló que no resultaba posible realizar la liquidación del contrato en atención a que mediante resolución número 695 de 1997 se declaró la caducidad del mismo; se añadió en el libelo inicial del proceso que el contratista recibió la suma de once millones de pesos (\$11'000.000,00), correspondiente al 50% del valor total del contrato, a título de anticipo; que cuando la obra colapsó ya se encontraba terminada desde varios meses antes, pero *"la administración no se presentó oportunamente para hacer el recibimiento de la misma"* y que *"no existe oficio alguno notificado al contratista ni agotamiento de procedimiento administrativo alguno en que se le haya permitido al demandante conocer y controvertir las razones por las cuales se cambió el presupuesto inicial de la obra en cantidades, precio y consecución de materiales, para la declaratoria de caducidad del contrato, etc."* (fls. 1-5, c. 1).

### **1.3 Normas violadas y concepto de la violación.**

El accionante señaló como normas infringidas por la entidad demandada con la expedición de los actos administrativos acusados, los artículos *"4º-9, 5º-1-5, 13º, 16º, 17º, 18º, 24º-7, 25º-12, 27º, 28º, 50º, 51º de la Ley 80 de 1993"*; también estimó vulnerados los artículos *"49º, 50º y 51º de la ley 1993 (sic), sobre medio ambiente"*; seguidamente mencionó como transgredidos los artículos 2, 13, 25, 29, 53, 123 y 209 de la Constitución Política, al igual que los artículos 1602, 1603 y 1613 del Código Civil y, finalmente, *"las sentencias T-467 de 1995 y T-145 de*

*1993 de la Corte Constitucional citadas por el Consejo de Estado en el auto 14.821, del 24 de septiembre de 1998, C.P. Ricardo Hoyos Duque".*

Como fundamento de las alegadas transgresiones el actor expresó que el contrato de obra celebrado entre el señor José Fulgencio Mosquera y el municipio de Quibdó se celebró a través de la modalidad de contratación directa y que el contratista *"partió de la buena fe para la celebración y ejecución del contrato"* de acuerdo con los diseños, con los estudios topográficos del lugar de la construcción y con los estudios sobre *"la cantidad y fuerza que probable (sic) tiene la quebrada de donde se tomarían las aguas para la construcción de la bocatoma y demás el impacto que tendría ésta sobre la construcción una vez terminada, estudio sobre la capacidad de almacenamiento"*; que fue la Administración municipal la que previamente visitó el lugar y lo escogió como el apropiado para la realización de las obras contratadas, precisamente con base en los referidos estudios, de suerte que fue con base en lo anterior que se elaboraron los planos, el presupuesto inicial y se dio inicio a la ejecución de la obra con el aval del ente territorial accionado.

Sin embargo, señaló el actor que si todo lo antes indicado no fue debidamente realizado por la Administración, ésta debe responder por lo negligente de su proceder y por las omisiones en las cuales incurrió, pues fue ella quien eligió el sitio sin conocer las condiciones reales del suelo, con la consiguiente transgresión que ello comporta de lo preceptuado por los artículos 1 y 4 de la Ley 80 de 1993; así pues, el contratista no tiene por qué soportar ni responder por los yerros de la Administración municipal, *"luego en este evento la equivocación administrativa pasó inadvertida antes y después de la celebración del contrato y terminación de la obra, sin que el demandante haya inducido al contratante a cometer dicha irregularidad"*, por manera que el municipio de Quibdó desconoció lo normado en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, por cuya virtud las actuaciones administrativas en materia de contratación deben desarrollarse con arreglo a los principios de transparencia, de economía y de responsabilidad, atendiendo a los postulados que rigen la función administrativa.

De este modo, toda vez que las causas de lo ocurrido —en el sentir del demandante— resultan imputables a la Administración municipal, de conformidad con lo previsto en el numeral 9 del artículo 4 de la Ley 80, la entidad contratante debe responder al contratista por los perjuicios que le irrogó y por los mayores costos en los que le hizo incurrir; además, señaló el actor que la normatividad en mención fue igualmente transgredida por el ente territorial accionado en la medida en que éste dejó de pagar oportunamente la remuneración pactada a pesar de que conocía *"que los errores mencionados atrás habían sido por su culpa"*.

También se indicó en la demanda que el proceder del municipio de Quibdó al declarar la caducidad del contrato, al modificar el presupuesto inicial del mismo y al expedir *"el oficio del 10 de marzo de 1997 descrito en los hechos y demás documentos que solicito la nulidad (sic)"*, resultó violatorio del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, así como del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional, comoquiera que no se agotó procedimiento administrativo alguno encaminado a que el contratista conociera y consintiera o rechazara las modificaciones realizadas tanto al presupuesto inicial como a las cantidades de obra, de suerte que no se permitió al accionante controvertir y defenderse *"de la decisión y mayor onerosidad que se le creaba con dichos cambios introducidos unilateralmente"*; de otro lado, la Administración *"no agota ninguna etapa administrativa para demostrar el incumplimiento del contratista, sino que se expidió la resolución, así declarándolo, pero tan poco (sic) se le dio la oportunidad para controvertirlas ni para defenderse de ellas"*.

En relación con los anotados extremos, el demandante formuló los siguientes planteamientos que la Sala prefiere transcribir con el fin de reflejar fidedignamente su alcance y contenido:

*"c) Con las decisiones tomadas unilateralmente, se le impuso al contratista mayor onerosidad, aumento del presupuesto inicial sin que se constituyera "OTRO SI" por las obras adicionales, sin oportunidad de que la controvirtiera (sic) y se defendiera al mismo tiempo, y por ende la sanción consecuencial como resultado de la declaratoria de caducidad, aún más, el DEMANDADO, no expidió resolución motivada alguna y si existió no se le notificó al contratista, haciéndole saber que los motivos, razones y circunstancias que conllevaban a la administración a tomar la decisión de cambiar el presupuesto inicial del contrato, de las cantidades de obra y de cambio de lugar de construcción de la misma.*

*d) No se le garantizó en ninguno de los actos administrativos acusados, el contratista de principio a fin, en la actividad investigadora o decisoria del Municipio, una recta y cumplida administración, sin atentados a la seguridad de su situación jurídica y con la racionalidad, la proporcionalidad y la debida fundamentación de los actos administrativos, que afectan sus derechos personales, por eso no tuvo oportunidad para ser oído y para defenderse oportunamente. Está claro que en estos casos, el precepto constitucional la declara, por su propio ministerio, nula de pleno derecho, expresión que debe entenderse, según lo declara la doctrina, como que su nulidad existe PER SE y no se exige declaración judicial.*

*(...)*

*f) Se rompió el principio de igualdad y de libertad de todos ante la ley, de donde proviene la atribución del CONTRATISTA, para intervenir en la contienda, con la posibilidad de impugnar o contradecir lo decidido, según los términos del artículo 2 de la Constitución Nacional".*

En relación con la providencia del Consejo de Estado que el actor considera vulnerada con las actuaciones desplegadas y las decisiones adoptadas por el municipio de Quibdó en el presente asunto, se sostuvo en la demanda que *"en dicho fallo el Consejo de Estado suspendió provisionalmente la resolución la resolución (sic) que declaró la caducidad del contrato, porque en el caso concreto la entidad actuó con fundamento en unos hechos que calificó de inmediato como incumplimiento grave, sin advertirle al contratista las consecuencias de su proceder ni darle oportunidad de defenderse, vulnerando su derecho de defensa"*; ello deja claro, según lo advierte la parte actora, que para la declaratoria de caducidad de un contrato no basta con expedir, de plano, un acto administrativo debidamente motivado, según lo exige el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, sino que previamente debe surtir una actuación que garantice al contratista el debido proceso y el derecho a la defensa.

Por último, se consignó lo siguiente en el referido acápite del libelo introductor de la litis:

*"El ente demandado violó el artículo 2º y 209º de la Constitución Nacional, así como el 29º tal como lo expresé antes, por la inobservancia y protección del interés del contratista al no aplicar el principio de igualdad exigido entre los administrados y el Estado, sin*

*que salte la vista (sic) la supremacía del poder de esté (sic) para la obtención de sus propósitos cuando existe un contrato que es ley para las partes como señalan las normas del Código Civil nombradas antes".*

El accionante no planteó argumentos concretos adicionales encaminados a especificar el concepto de la violación de los restantes preceptos tanto constitucionales como legales que invocó como desconocidos por las decisiones cuya juridicidad cuestiona (fls. 6-9, c. 1).

#### **1.4 Trámite de la primera instancia.**

El municipio de Quibdó dio oportuna contestación a la demanda mediante escrito en el cual no propuso excepción alguna y se pronunció respecto de los hechos relatados en el libelo inicial del proceso para sostener que la mayor parte de ellos no le constaban, que algunos de tales presupuestos fácticos resultaban ciertos y los restantes no, aunque no hizo explícitas las razones en las cuales sustentó su parecer salvo al expresar que *"si bien se levantó la respectiva acta o ficha de seguimiento de la obra, no es menos cierto que las obras allí ejecutadas hallan sido de conformidad (sic) a lo estipulado en el objeto del contrato de marras"* (fls. 55-57, c. 1).

Una vez expirado el período probatorio y después de declararse fallida la audiencia de conciliación por inasistencia de ambas partes (fl. 155, c. 1), se corrió traslado a la mismas para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si a bien lo tenía, rindiera concepto de fondo en la primera instancia (fl. 158, *ídem*); se pronunciaron la parte actora y el Ministerio Público, mientras que el municipio de Quibdó guardó silencio.

El accionante sostuvo que sus pretensiones están llamadas a prosperar en consideración a que fue el municipio de Quibdó el que diseñó los planos, el presupuesto y escogió el sitio para la realización de la obra; fue también el municipio el que decidió, a través de la figura de la contratación directa y atendiendo a sus calidades, capacitación, etcétera, escoger al demandante para la ejecución de los trabajos; fue igualmente la entidad accionada la que se comprometió y realizó la interventoría y supervisó la calidad tanto de los trabajos como de los materiales utilizados, *"sin haber manifestado en algún momento que la misma fuese inferior a lo contratado"* y sin haber presentado oportunamente y notificado al actor objeciones frente a las entregas parciales.

Añadió la parte demandante que fue la entidad territorial accionada la que, de forma negligente, no realizó previamente a la elaboración de los planos y del presupuesto, el estudio topográfico requerido, omisión que impidió conocer *"a ciencia cierta el sitio a realizarse la obra, las especificaciones y consistencia del suelo, espesor de la construcción, las cantidades y tipo de materiales a emplearse, etc."*; que fue igualmente la entidad contratante la que no realizó los estudios científicos o los cálculos técnicos necesarios para determinar la cantidad de agua que se recogería, la fuerza de caída del agua, la intensidad del impacto de llegada de la misma, el ancho requerido para las rendijas de escape del agua excedente de la capacidad de la represa o el posible aumento del caudal durante el invierno, entre otros aspectos; agregó que también fue el municipio el que hizo un uso equivocado del manual de obras del Departamento de Antioquia, que está elaborado para la construcción de vías y de muros carretables, cuando lo que se requería eran las especificaciones especiales para la construcción de muros para diques de agua o embalses.

Asimismo, insistió el apoderado del señor José Fulgencio Mosquera en que a éste le fue violado el debido proceso al declararse la caducidad del contrato sin que se hubiese llevado a cabo siquiera un proceso breve que le permitiera conocer los motivos de dicha decisión y controvertirlos, lo cual resulta especialmente grave si se tiene en cuenta que la Administración sabía que el contratista no había incumplido sus obligaciones contractuales y, precisamente, por ser consciente de ello, la entidad demandada no tomó posesión de la obra ni continuó con la ejecución de la misma directamente o a través del garante, como lo prevé el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, *"por encontrarse más que caduca la acción para hacer exigible la póliza como está demostrado en el proceso. Con lo cual se demuestra que el ente demandado se demoró para recibir la obra ya terminada"*; debido a lo anterior, entiende el demandante que *"la administración municipal no puede pretender que ahora a través del presente proceso, se haga la declaratoria o se constituya el siniestro de incumplimiento"*.

Según lo expuso el accionante, la Administración municipal obró de mala fe cuando, a sabiendas de todo lo anterior, le exigió al contratista asumir a todo costo la realización de la obra *"en un sitio distinto al ya construido, con el objeto de subsanar sus errores y evitarse los costos ocasionados y los futuros"*, actitud que contrasta con la buena fe que presidió el actuar del contratista, quien no participó de las omisiones ni del obrar negligente de la Administración, menos suministró información falsa para que le fuera adjudicado el contrato y tampoco se le formuló requerimiento alguno por la cantidad o la calidad de los trabajos que realizó. En ese orden de ideas, lo que tuvo lugar en el presente caso —desde la perspectiva del actor— fue una ruptura de la ecuación contractual en la cual no medió dolo o culpa del contratista, razón por la cual la Administración debió restablecer el equilibrio roto y no pretender obligar al contratista a realizar labores diversas de las contratadas, con los consecuentes perjuicios tanto materiales como inmateriales que ello ocasionó al señor José Fulgencio Mosquera (fls. 160-163, c. 1).

A su turno, la Procuraduría 41 en lo Judicial para Asuntos Administrativos conceptuó que el material probatorio obrante en el expediente permite advertir que el contratista no era idóneo para ejecutar el objeto contractual, *"hecho éste que se dio a conocer en informe a la entidad contratante, sin que ésta tomara decisión alguna al respecto"*; expresó la Vista Fiscal que no se entiende cómo si el municipio declaró la caducidad del contrato mediante resolución del 5 de junio de 1997, no procedió a realizar, una vez ejecutoriada dicha decisión, la liquidación del convenio y menos aún que el 2 de febrero de 1998 y sin liquidar aún el negocio, pacte con el contratista la culminación de la obra, *"compromiso que no tiene la capacidad para dejar sin piso la resolución que declara la caducidad"*. A lo anterior se añade que la aludida declaratoria de caducidad inhabilita al contratista afectado por ella para contratar con entidades públicas, sin perjuicio de que se reconozca a dicho contratista lo invertido en la ejecución del objeto negocial, *"como se ha procedido en el presente caso"*. De este modo, en criterio del Ministerio Público

*"[E]s claro que quien dio origen a que se produjera la caducidad del contrato fue la administración, quien tenía la capacidad de reemplazar al contratista, ateniéndose a las advertencias que se le había hecho con relación a la falta de idoneidad de éste para la ejecución del contrato."*

*Razón por la cual la Procuraduría solicita se confirme la Resolución 695 de junio 5 de 1997, que declara la caducidad del contrato ya que tanto contratista y contratado deben proceder de buena fe en la contratación, se declare la nulidad del oficio de marzo 10 de*



1997, que ordena al contratista ejecutar el objeto contractual en otro sitio distinto.

Respecto a los oficios de fecha 16 de mayo de 1997 y 7 de octubre del mismo año, constituyen actos de comunicación de determinaciones tomadas por la administración" (fls. 164-169, c. 1).

### 1.5 La sentencia apelada.

Después de realizar un recuento tanto de las actuaciones surtidas a lo largo de la primera instancia como del material probatorio recaudado, el Tribunal Administrativo del Chocó dictó la sentencia objeto del recurso de alzada, mediante la cual desestimó en su integridad las súplicas de la demanda, condenó en costas a la parte actora y ordenó la compulsión de copias con destino a la Contraloría municipal de Quibdó con el propósito de que inicie el juicio de responsabilidad fiscal encaminado a que se recuperen los recursos públicos a que hubiere lugar.

Para arribar a dicha conclusión expuso, en primer término, que si el demandante persigue la declaratoria de incumplimiento de la entidad demandada, debe aparecer plenamente demostrado en el plenario el cumplimiento de sus obligaciones como contratista o, al menos, que se allanó a cumplirlas o que si incumplió ello obedeció al incumplimiento de la Administración o a caso fortuito, fuerza mayor o al hecho de un tercero; sin embargo, el *a quo* consideró que la prueba documental acopiada puso de presente que del total de las obras que constituyeron el objeto contractual, el contratista solamente ejecutó lo relativo a la construcción de una bocatoma, la cual se partió en dos sin haber sido entregada previamente y a satisfacción a la entidad contratante, como tampoco lo fueron los restantes elementos que hacían parte del objeto negocial.

A pesar de lo anterior, el Tribunal Administrativo de primera instancia expresó que el informe preparado por la propia Administración en el cual se da cuenta del colapso de la bocatoma y de las posibles causas de que ello aconteciera, "*deja muchas dudas*", circunstancia que abrió paso a que el demandante demostrara sus argumentos en relación con este extremo, no obstante lo cual —en el sentir del *a quo*— su actividad en este sentido fue nula, al punto que ni siquiera solicitó la realización de una experticia encaminada a establecer cuáles pudieron ser las causas que condujeron al derrumbe de la bocatoma y tampoco presentó a los testigos que supuestamente declararían sobre los hechos materia del litigio, resultando significativo que a la audiencia prevista para recibir las respectivas declaraciones no se contó al menos con la asistencia del apoderado de la parte actora.

En lo atinente a la alegada copia que el municipio accionado habría realizado en los diseños de la obra respecto de los contenidos en una cartilla elaborada en el departamento de Antioquia, indicó el fallo apelado que no se allegó prueba alguna de que dicho calco o similitud realmente existieron y menos de que los pretendidamente tomados como referencia hubieren sido diseños previstos para terrenos diferentes de aquél en el cual se construyó la bocatoma, todo lo cual evidencia —en el sentir del Tribunal Administrativo del Chocó— que no está probado que el señor José Fulgencio Mosquera cumplió con el objeto del contrato, al menos por cuanto atañe a la construcción de la bocatoma. Y añadió la sentencia apelada que incluso aunque en gracia de discusión se aceptara que la mencionada bocatoma se vino abajo por efecto del sismo que habría tenido lugar el 19 de febrero de 1997 y del defectuoso diseño de la obra, mal podría soslayarse que ésta ya le fue pagada al contratista al haberle sido entregado un anticipo por

un monto de \$11'000.000,00, mientras que la construcción de dicho elemento, de acuerdo con lo estipulado en el contrato, requería de una inversión de \$4'126.121,00.

Así las cosas, toda vez que no aparece acreditado en el expediente que el contratista hubiere legalizado el anticipo, manifestó el Tribunal Administrativo de primera instancia no entender cómo el demandante pretende que se le pague el resto del valor del contrato, con la indemnización respectiva, si además no entregó las obras a cuya construcción se había comprometido; ello determina —en criterio del Tribunal— *"que lo que en realidad se ha presentado es un enriquecimiento injustificado de señor JOSE FULGENCIO MOSQUERA, ya que recibió de la administración la cantidad de ONCE MILLONES DE PESOS (\$11'000.000) sin contraprestación alguna"*, circunstancia que pone de presente la temeridad con la cual —en el sentir del *a quo*— obró el demandante en el *sub lite*, razón por la cual se le condenó en costas y, adicionalmente, se ordenó *"compulsar copias a la contraloría municipal, para que se inicie el juicio de responsabilidad fiscal respectivo, con la finalidad de recuperar los dineros públicos que tan tristemente fueron dilapidados"* (fls. 172-181, c. 2).

### **1.6 El recurso de apelación.**

En desacuerdo con la providencia referida en el acápite anterior, la parte demandante interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, medios de impugnación que sustentó ante el *a quo* en el mismo escrito en el cual los presentó, para solicitar que la sentencia atacada sea revocada y, en su lugar, se acceda a todas las súplicas de la demanda; como razones de su inconformidad para con el fallo impugnado, expresó las siguientes:

a. Que la escogencia del terreno en el cual se ejecutó la obra fue hecha por el municipio de Quibdó, pese a que éste nunca realizó el estudio topográfico necesario para determinar la consistencia del suelo o la fuerza del recorrido del agua, entre otras variables; que fue igualmente la Secretaría de Obras del ente territorial accionado la que preparó el presupuesto de inversión, elaboró los planos y diseños de la construcción, escogió al contratista en consideración a sus calidades y experiencia y eligió también al interventor de la obra.

b. Que el interventor rindió informes en los cuales dejó consignadas, entre muchas otras circunstancias, que si bien en los diseños iniciales se previó la construcción tanto de un desarenador como de un tanque de almacenamiento, ello no pudo hacerse debido a que el terreno en el cual estaba ubicada la captación era demasiado quebrado; que fue necesario aumentar tanto la altura como también la longitud de la bocatoma para alcanzar mayor cantidad de agua, lo cual constituye —en criterio del recurrente— *"indicio o prueba de que la bocatoma se encontraba terminada cuando se derrumbó (...) y todos los anteriores constituyen errores administrativos de los cuales no se puede hacer responsable a mi representado"*; que los daños sufridos por la bocatoma *"fueron ocasionados por fenómenos físicos"*, afirmación ésta que eximía al demandante de probar dicha situación; que al parecer el sismo del 19 de febrero de 1997 y las lluvias que lo precedieron afectaron la estructura de la captación, cuyo diseño fue copiado de la cartilla de obras del departamento de Antioquia, por manera que —según lo expresa el impugnante— *"si lo anterior es afirmado y confesado por la propia administración del ente demandado y el suscrito en calidad de representante del demandante no tenía elementos para dudar de ello, por qué motivos debía solicitar prueba alguna que ratificara o desvirtuara lo afirmado..."*.

c. Que con el propósito de establecer la verdad material de los hechos que originaron el presente litigio, a pesar de que la misma había sido ya puesta de presente por la propia Administración, mediante memorial del 8 de marzo de 2000 el accionante solicitó al Tribunal Administrativo del Chocó que decretara de oficio la práctica de un experticio encaminado a que *"se indicara cuáles son las reglas o principios generales o específicos que deben tenerse en cuenta para la construcción de muros para diques o represas para acueductos"*, pero el *a quo* no se pronunció respecto de dicho pedimento.

d. Que la entidad territorial demandada declaró la caducidad del contrato sin adelantar un procedimiento siquiera breve que garantizara el debido proceso y el derecho de defensa al actor; además, para agravar la situación del contratista, le ordenó acometer la obra en el nuevo sitio que indicara el interventor, sin que aquél estuviera en el deber de atender a dicho requerimiento a todo costo, pues *"si la administración municipal en forma decisoria acoge la realización de una nueva obra hubiese tenido que pagarle al contratista los perjuicios, mayores obras y la mayor onerosidad causada a él"*.

e. Finalmente, expresó el apoderado de la parte actora lo siguiente:

*"Ahora, con todo respeto debo manifestar que si bien el suscrito no recordó aportar la dirección de los testigos expresados en la demanda, no es menos cierto que el Honorable Tribunal al considerarlo de gran importancia para la decisión que se fuese a tomar, pudo y puede de oficio mediante un pequeño auto solicitar que se allegara la dirección respectiva de los testigos e igualmente haber decretado todos los peritazgos que haya considerado necesarios, fehacientes y conducentes en el presente asunto, ya que la ley lo facultad (sic) cuando lo considere pertinente en busca de la aplicación de un derecho justo.*

*No obstante en este estado del proceso manifiesto que al señor MANUEL VALOYES se le ubica en el Consejo (sic) Municipal de Quibdó.*

*Así mismo expreso que el Honorable Tribunal dejó de decretar la prueba B del numeral 2 del acápite de pruebas, solicitada por el suscrito oportunamente" (fls. 183-189, c. 2).*

## **1.6 Trámite de la segunda instancia.**

Mediante providencia calendada el 9 de marzo de 2001, el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó denegó por improcedente el recurso de reposición interpuesto contra la sentencia de primera instancia y concedió el de apelación (fls. 192-193, c. 2); este último fue admitido a través de auto fechado el 1 de junio de 2001 (fl. 198, *ídem*). Posteriormente, con proveído del 9 de agosto del mismo año se negó la solicitud de práctica de pruebas elevada por la parte recurrente en el escrito contentivo de la impugnación; en cuanto a la prueba testimonial deprecada, el Magistrado conductor del proceso en la segunda instancia consideró que la misma había sido decretada ya por el *a quo* y que éste además requirió al accionante, en la providencia respectiva, para que allegara las direcciones a las cuales podía citar a los testigos, carga procesal que no fue satisfecha por la parte actora, de suerte que la probanza no fue recaudada por su culpa. Y en cuanto al elemento demostrativo que el actor sostuvo que solicitó en la demanda y su recaudo supuestamente no fue ordenado por el Tribunal Administrativo de primera

instancia, se precisó que su práctica sí fue dispuesta mediante auto del 30 de septiembre de 1999 y el documento respectivo fue remitido con destino al expediente por la Corporación Autónoma Regional del Chocó mediante oficio No. 001527 del 14 de octubre de 1999 (fls. 200-2001, *ibídem*).

A través del auto de fecha 6 de septiembre de 2001 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión ante el *ad quem* y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo (fl. 203, c. 2); todos los sujetos procesales guardaron silencio en esta oportunidad.

En este estado del proceso y sin que se observe la configuración de causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes

## **2. CONSIDERACIONES**

### **2.1 Lo que se debate.**

Teniendo en cuenta el panorama que se ha dejado expuesto, estima la Sala que para resolver el asunto que se somete a su consideración por razón del recurso de apelación impetrado por la parte demandante contra la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó dentro del presente proceso, previa relación del material probatorio acopiado en el plenario y hecho el examen respecto de la competencia de la Sala para pronunciarse en el mismo, se hace necesario abordar el estudio de los siguientes problemas jurídicos:

*(i)* Establecer la naturaleza jurídica de los diferentes pronunciamientos administrativos cuya legalidad enjuicia el accionante, a efectos de identificar si todos ellos constituyen, o no, actos administrativos.

*(ii)* Precisar en qué medida las partes en el contrato OPR-25-0-96 satisficieron las obligaciones que asumieron por virtud del referido vínculo negocial, atendida la naturaleza del mismo y el material probatorio recaudado en el plenario.

*(iii)* Determinar, con base en lo anterior, si los pronunciamientos cuya legalidad cuestiona el apelante resultan conformes a Derecho y si debe, en consecuencia, accederse a las pretensiones de la demanda cuya prosperidad no fue declarada por el Tribunal Administrativo de primera instancia.

### **2.2. El caudal probatorio obrante en el expediente.**

A continuación se relacionan los elementos acreditativos que se han aportado al presente proceso, cuya valoración debe llevarse a cabo con el propósito de dilucidar si resultan controlables por el Juez de lo Contencioso Administrativo y si son conformes a Derecho, o no, los pronunciamientos realizados por el municipio de Quibdó cuya legalidad cuestiona el apelante, así como, consecuentemente, si asiste vocación de prosperidad a todas o a algunas de las pretensiones que éste eleva en el libelo introductorio de la litis; debe señalarse que, salvo los documentos originales allegados al encuadernamiento a los que se hará expresa referencia más adelante, el material probatorio al cual se hace alusión enseguida fue arrimado al expediente en copia remitida al mismo por la Secretaría de Obras Públicas del municipio de Quibdó, mediante oficio fechado el 5 de noviembre de 1999 (fl. 66, c. 1), por hacer parte del folder contentivo de toda la documentación relativa al contrato OPR-25-0-96, celebrado entre las partes en el presente litigio,

de suerte que se trata de elementos de prueba a los cuales debe reconocérseles mérito demostrativo en esta providencia<sup>1</sup>.

a. Contrato No. OPR-25-0-96, celebrado entre el señor José Fulgencio Mosquera y la alcaldía del municipio de Quibdó —Chocó—, entre cuyas cláusulas resulta pertinente y menester hacer referencia a las siguientes:

*"PRIMERA. Objeto. El CONTRATISTA se obliga a ejecutar para el MUNICIPIO, a precios unitarios, en los términos que señala este contrato, todas las obligaciones necesarias para el MEJORAMIENTO SISTEMA DE ACUEDUCTO EN GUAYABAL (sic), de acuerdo con los planos y especificaciones suministradas por la Secretaría de Obras Públicas del MUNICIPIO.*

*(...)*

*TERCERA: Valor: El contrato comprende un VALOR BÁSICO que asciende a la cantidad de VEINTIDÓS MILLONES DE PESOS (\$22'000.000,00) ML, que resulta de la suma de los productos de los precios unitarios por sus respectivas cantidades de obra.*

---

<sup>1</sup> Ya esta Sala ha explicado las razones por cuya virtud en casos en los cuales el material probatorio —o parte del mismo— que se ha arrimado al expediente lo fue en condiciones similares a las que se han referido en relación con buena parte del material acreditativo allegado al presente encuadernamiento, debe de todos modos reconocérsele mérito demostrativo a los elementos de prueba así acopiados, por ejemplo, en el pronunciamiento que se cita a continuación en relación con este extremo: *"Todos los documentos a los cuales se acaba de hacer referencia fueron allegados al expediente, según se indicó, en copia simple; tal circunstancia determina que, en virtud de lo normado por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, a tales elementos no pueda, en principio, atribuírseles mérito acreditativo alguno, comoquiera que a efectos de que pudieran ser valorados por el sentenciador debieron haber sido arrimados al encuadernamiento debidamente autenticados en los términos de la aludida disposición<sup>1</sup>, la cual, dicho sea de paso, fue declarada exequible por la Corte Constitucional con fundamento en el siguiente razonamiento:*  
*(...)*

*Sin embargo, en el caso sub iudice estima la Sala que debe ser tomada en consideración la circunstancia consistente en que, salvo el aludido en la letra a), el origen y el contenido de los demás documentos citados en referencia fue reconocido y admitido por la propia entidad demandada —destinataria o emisora de las correspondientes comunicaciones escritas— al contestar el libelo introductorio del proceso, en los siguientes términos referidos a cada uno de los hechos de la demanda, de acuerdo con la numeración que a los mismos asignó el actor en ella:*  
*(...)*

*Así las cosas, en aplicación de los principios de lealtad procesal y de prevalencia del derecho sustancial respecto de las ritualidades puramente formales, entiende la Sala que si los documentos a los cuales se ha hecho referencia no sólo no han sido tachados de espurios por la parte en contra de la cual se aducen —la demandada en el sub lite— sino que ésta, además, reconoce su origen, el contexto dentro del cual fueron emitidos o recibidos y el contenido de los que emanaron del propio FIS, mal podría negárseles eficacia demostrativa, con absoluto desapego por los anotados postulados consagrados tanto en la Constitución Política como en la ley y, adicionalmente, con desconocimiento de los principios de unidad y de comunidad de la prueba, toda vez que esos mismos documentos, a los cuales, por consiguiente, se les atribuirá mérito probatorio en el presente pronunciamiento —salvo al mencionado en la letra a) de este apartado, no mencionado o reconocido por la parte demandada a lo largo del proceso—, fueron igualmente reconocidos y no tachados en modo alguno por el Director del FIS para la época en la cual ocurrieron los hechos que originaron el proceso que aquí se decide, en la declaración que el mencionado ex funcionario rindió dentro del presente encuadernamiento, a la cual pasa enseguida a hacerse referencia" (se deja subrayado). Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente No. 17.008; Actor: Raúl Alberto Quijano Melo.*

(...)

*QUINTA. Anticipo. Con posterioridad a la aprobación de las garantías, previa expedición del registro presupuestal definitivo, el MUNICIPIO entregará al CONTRATISTA un anticipo hasta por el cincuenta por ciento (50%) del valor básico de este contrato.*

*SEXTA. Vigilancia. La vigilancia e interventoría de este contrato estará a cargo de la Secretaría de Obras Públicas Municipales, previa designación del funcionario por parte del Secretario, comunicación que se hará a través de oficio o por contratación de un consultor.*

*SEPTIMA. Plazo. El CONTRATISTA se obliga a terminar las obras objeto del contrato, en sesenta (60) días contados a partir de la fecha del pago del anticipo, previa expedición del Registro Presupuestal definitivo. PARAGRAFO PRIMERO: El Acta de Iniciación de Obra deberá ser suscrita dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha del pago del anticipo, previa expedición del Registro Presupuestal definitivo.*

*OCTAVA. Vigencia del contrato: seis (6) meses, contados a partir de la fecha de aprobación de las garantías, previa expedición del registro presupuestal definitivo.*

(...)

*DECIMA PRIMERA. Normas, cláusulas incorporadas y declaraciones. Este contrato se rige por la Ley 80 de 1993 y las normas que lo reglamenten, complementen, modifiquen o reformen, y aquéllas que sobre la materia rijan en el MUNICIPIO y que el CONTRATISTA declara conocer" (fls. 88-91, c. 1).*

b. Resolución No. 1228 del 19 de septiembre de 1996, proferida por el Alcalde de Quibdó, mediante la cual se aprueban las pólizas de seguro que garantizaban el cumplimiento del contrato OPR-25-0-96 celebrado entre el señor José Fulgencio Mosquera y el municipio de Quibdó —Chocó— (fls. 135-136, c. 1).

c. Certificado de disponibilidad presupuestal expedido el 6 de septiembre de 1996 por la Secretaría de Hacienda de Quibdó, en el cual se hace constar que en el presupuesto de gastos de esa vigencia fiscal existe una partida de \$22'000.000, destinada a amparar el contrato OPR-25-0-96, a nombre del señor José Fulgencio Mosquera (fl. 93, c. 1).

d. Acta fechada el 2 de octubre de 1996 y firmada por el señor José Fulgencio Mosquera, por el tesorero municipal de Quibdó y por el interventor de obras públicas de dicho ente territorial, en la cual consta que al primero de los mencionados le fue entregada la suma de once millones de pesos (\$11'000.000) por concepto de anticipo del contrato OPR-25-0-96 (fl. 120, c. 1).

e. Acta de iniciación de las obras correspondientes al objeto del contrato OPR-25-0-96, con fecha 7 de octubre de 1996, suscrita por el Técnico de Obras Públicas Municipales, el Jefe de Diseño e Intervención y el Secretario de Obras Públicas, todos del municipio de Quibdó y por el contratista, señor José Fulgencio Mosquera (fl. 132, c. 1).

f. Acta de modificación de las cantidades de obra correspondientes al contrato OPR-25-0-96, sin fecha, suscrita por el contratista José Fulgencio Mosquera, por el interventor del contrato, por el Secretario de Obras Públicas y por el Alcalde de

Quibdó; en el aparte intitulado "Justificación" de la mencionada acta, aparte rubricado por el Técnico de Obras Municipales de Quibdó quien fungió como interventor del contrato, se dejó consignada la siguiente información:

*"Mediante la cual se modifican los capítulos II, IV, V y VI del presupuesto inicial del contrato Nro. OPR-25-0-96 Objeto MEJORAMIENTO SISTEMA DE ACUEDUCTO DE GUAYABAL, y de igual manera se autorizan las mayores cantidades de obras del capítulo III y la creación del capítulo VII.*

*Lo anterior obedece a que para realizar la bocatoma se tuvo que hacer una nueva cimentación, la captación tiene una altura promedio de 4.60 mts., sobre el nivel de la quebrada; en el presupuesto inicial se había proyectado la construcción de desarenador, tanque de almacenamiento, mejoramiento de caseta y reparación de tanque elevado del antiguo acueducto, pero no fue posible debido a los siguientes aspectos:*

*1. No había sitio donde construir el desarenador y tanque de almacenamiento, ya que el terreno donde está ubicada la captación es muy quebrado.*

*2. Tocó aumentar la longitud y la altura de la bocatoma para alcanzar más agua.*

*3. El transporte del material del corregimiento de Guayabal a donde está ubicada la bocatoma era bastante trabajosa y tocaba llevarla a hombro, y por cada bulto de cemento cobraban \$5.000 y \$600 por una varilla diámetro 5/8", y no estaba incluido en el presupuesto inicial. La distancia entre el pueblo y la bocatoma es de aproximadamente 3.0 kilómetros.*

*Con la altura que se le dio a la bocatoma se espera que el agua llegue a la parte donde no había llegado" (énfasis añadido; fls. 110-114 vto., c. 1).*

g. Informe dirigido al Secretario de Obras de Quibdó, por parte del interventor del contrato OPR-25-0-96, calendado el 3 de marzo de 1997, en el cual se da cuenta de los avances verificados en el desarrollo del objeto contractual en los términos que se transcriben a continuación:

*"El 28 de febrero del presente año se trasladó una comisión integrada por el señor Manuel Valoyes, Concejal del municipio de Quibdó, Julio Santos Rentería, Fiscal de la Junta de Acción Comunal del corregimiento de Guayabal y el suscrito, a esa localidad, con el objeto de constatar y evaluar los daños ocurridos en la captación del acueducto, por posibles fenómenos físicos.*

*Se observó en el sitio:*

*- Que la bocatoma se partió en dos, una de estas partes se volcó (margen derecha entrando).*

*- Que la falla se presentó por la parte central, donde el agua ejerce su mayor presión.*

*- Que la obra estaba en su proceso constructivo.*

*- Que según diseño la estructura llevaba dos contrafuertes a mitad de la longitud de la captación, los cuales no se habían construido*

porque hubo de reconocerse mayores cantidades de concreto reforzado y transporte.

- Que la apariencia del concreto después de su fractura, deja ver que el material de la región utilizado para esta construcción, no es el más adecuado para lograr las resistencias requeridas en este tipo de obra. Para lograr una resistencia adecuada debió quizá aumentar la relación arena cemento.

- Al contratista se recomendó hacer un relleno con material natural sacado de la excavación para la cimentación, en la parte posterior de la bocatoma, el cual no se realizó.

Algunos moradores nos informaron que la comunidad tapó el tubo de lavado para mirar el comportamiento de la bocatoma estando llena. Que al parecer el sismo del pasado 19 de febrero y las lluvias que precedieron el mismo pudo afectar la estructura de la captación, pues el caudal de las quebradas afluentes aumentó e incidió firmemente en el sitio donde se construía la represa o bocatoma de fondo.

Como es de su conocimiento la estructura de la captación fue copiado (sic) de la cartilla de obras de arte de la Secretaría de Obras Públicas de Antioquia, los cuales son diseños preestablecidos y con altos índices de seguridad, no obstante han sido hechos con base a una región que no tiene las mismas características de la nuestra.

En el tiempo que lleva la construcción, la interventoría se ha desplazado hasta el sitio cinco (5) veces.

1. En la primera visita se hizo un reconocimiento de la zona y de la bocatoma en compañía suya señor Secretario. En esta se pudo constatar que del pueblo a la bocatoma hay aproximadamente tres (3) Kilómetros.

2. En la segunda visita se levantó acta de iniciación de la obra.

3. En la tercera visita se le recomendó verbalmente al contratista contratar un maestro de obra idóneo para obras de este tipo.

4. En la cuarta visita fui acompañado a la obra por un funcionario del DRI, venido de la ciudad de Santafé de Bogotá, quien hacía un recorrido por la región mirando el estado de las obras adelantadas por convenio con el municipio de Quibdó.

5. En la quinta visita se hizo medición de las cantidades de materiales para la modificación de obra propuesta.

Es de anotar que la obra no ha sido recibida" (subrayas añadidas; fls. 77-78, c. 1).

h. Oficio de fecha 10 de marzo de 1997, suscrito por el Secretario de Obras Públicas del municipio de Quibdó, dirigido al señor Fulgencio Mosquera, contratista y aquí demandante, en el cual se expresa lo siguiente:

"REF: Contrato Nro. OPR-25-0-96. Acueducto de Guayabal.

Atento saludo:



*De acuerdo al oficio enviado a mi oficina por el Interventor del contrato de la referencia, comedidamente solicito que de manera urgente tome los correctivos del caso para que la obra llegue a feliz término. Por tanto debe acometer la obra en el nuevo sitio indicado por el Interventor.*

*Cordialmente, ...." (fl. 105, c. 1).*

El referido constituye uno de los pronunciamientos cuya anulación depreca el accionante en el presente litigio.

i. Oficio, igualmente demandado en el proceso *sub judice*, calendado el 16 de mayo de 1997, suscrito por el Técnico de Obras Civiles del municipio de Quibdó que hizo las veces de interventor del contrato OPR-25-0-96 y por el Secretario de Obras Públicas de dicha entidad territorial, cuyo contenido se refiere enseguida:

*"Doctora  
DULIMA MORENO CORDOBA  
Coordinadora Plan Pacífico Chocó  
Ciudad*

*REF: Contrato Nro. OPR-25-0-96. Mantenimiento Sistema Acueducto en Guayabal, contratista FURGENCIO (sic) MOSQUERA.*

*Cordial saludo:*

*En respuesta al diálogo telefónico sostenido con usted, sobre lo referenciado, me permito rendir informe al respecto.*

*Como usted es conocedora por visita realizada con un funcionario de la Contraloría Nacional de la ciudad de Santafé de Bogotá, usted y el suscrito nos trasladamos al sitio donde se venía construyendo la Bocatoma del Acueducto del Corregimiento de Guayabal, la cual sufrió un colapso dejando parte de la estructura de la bocatoma en tierra.*

*El contrato referenciado tiene un valor de \$22'000.000, presupuesto inicialmente con los siguientes capítulos:*

*CAPITULO I Trabajos preliminares con un valor de \$125.000 pesos.*

*CAPITULO II Caseta de bombeo con un valor de \$2'499.998 pesos.*

*CAPITULO III Bocatoma con un valor de \$4'126.121,94 pesos.*

*CAPITULO IV Desarenador con un valor de \$3'567.592,26 pesos.*

*CAPITULO V Tanque de almacenamiento con un valor de \$11'510.537,50 pesos.*

*CAPITULO VI Tanque elevado con un valor de \$170.750 pesos.*

*Este presupuesto se modifica en cuanto a cantidad de obra debido a que se inició primero con la construcción de la bocatoma; por las condiciones topográficas del lugar, el diseño de la captación y a la distancia que se debía transportar los materiales (cemento, acero de refuerzo, clavos y tubos), que no estaban incluidos en el presupuesto inicial, este transporte comprende de Quibdó al casco urbano del corregimiento de Guayabal y de éste a la Bocatoma del Acueducto que*

*está a una distancia de 2.50 a 3.0 kilómetros, también influye las mayores cantidades de obra que arrojó el diseño de la bocatoma, ya que las programadas en el contrato inicial no se ajustaban a la realidad.*

*Además debido a las condiciones topográficas en donde se encuentra ubicada la captación del acueducto, sale bastante costoso la construcción de la planta de tratamiento (desarenador, cajas de derivación y tanque de almacenamiento) cerca a la captación, en el casco urbano del corregimiento de Guayabal no hay un sitio lo suficientemente alto en donde se pueda construir la planta de tratamiento y desde allí darle agua tratada al pueblo.*

*De igual manera le informo que en el mes de marzo, nos reunimos en la Secretaría de Obras Públicas con el contratista y el señor MANUEL VALOYES, Concejal de Quibdó y representante de la comunidad de Guayabal. En esta reunión se acordó que la bocatoma se construiría más arriba que la que se calló (sic), en un lugar que se pudiera ganar mayor altura para rebajar la cabeza de agua de la captación. El contratista se compromete a iniciar los trabajos lo más pronto posible; pero como este señor en el último mes no ha pasado por esta Secretaría y no ha iniciado los trabajos de construcción y de la nueva Bocatoma, se envió el contrato referenciado el pasado 28 de abril del presente año, a la Oficina Jurídica Municipal, para que le hagan efectivas las pólizas de cumplimiento, ya que éstas se vencen el 13 de julio de 1997.*

*Atentamente, ...." (subrayas fuera del texto original; fls. 81-82, c. 1).g*

j. Resolución No. 695 del 5 de junio de 1997 proferida por el Alcalde de Quibdó, "por la cual se declara la caducidad del contrato de obra Nro. OPR-25-0-96, (Mejoramiento Sistema de Acueducto)", acto administrativo cuyo tenor literal es el siguiente:

*"EL ALCALDE MAYOR DE QUIBDÓ, en uso de sus atribuciones legales y en especial de las consagradas en la ley 80 de 1993, y*

**CONSIDERANDO:**

*Que, el Municipio de Quibdó, suscribió contrato de obra Nro. OPR-25-0-96 calendado el 10 de septiembre del 96, con el señor FULGENCIO MOSQUERA, cuyo objeto es el mejoramiento del sistema de acueducto de Guayabal.*

*Que, el valor del contrato es de VEINTIDÓS MILLONES DE PESOS (\$22'000.000,00), del cual se giró un anticipo equivalente al 50% del valor total del contrato, según constancia expedida por la Tesorería de la Administración Municipal.*

*Que, el plazo de la ejecución era de sesenta (60) días calendario contados a partir de la fecha de su iniciación como reza en la cláusula sexta de la minuta contractual.*

*Que, era obligación del contratista realizar la obra objeto de este contrato.*

*Que, la celebración fue perfeccionada conforme a lo dispuesto en la Ley 80-93 y sus decretos reglamentarios.*

*Que, el 7 de octubre de 1996, se suscribió un acta con el fin de iniciar los trabajos correspondientes para dar cumplimiento al objeto contractual sin que a la fecha el contratista haya ejecutado su obligación.*

*Que, se trata de una obra de interés social y de imperiosa necesidad.*

*Que, el contratista amparó a través de pólizas de seguro, entre otras obligaciones el correcto manejo del anticipo y el cumplimiento del objeto contractual.*

*En virtud de lo expuesto:*

**RESUELVE:**

*ARTICULO PRIMERO: Declarar la caducidad del contrato de obras Nro. OPR-25-0-96 suscrito entre el Municipio de Quibdó y el señor FULGENCIO MOSQUERA, con cédula de ciudadanía (...), por no haber cumplido con el objeto convenido.*

*ARTICULO SEGUNDO: Hacer efectivas las garantías Nro. 9589025 [de] que trata el artículo noveno del referido contrato.*

*ARTICULO TERCERO: Notifíquese el contenido de esta resolución a la Compañía de Seguros del Estado S.A., y al contratista.*

*ARTICULO CUARTO: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición ante el señor Alcalde Mayor de Quibdó, dentro de cinco (5) días (sic).*

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE."** (fls. 75-76, c. 1).

k. Oficio fechado en febrero 3 de 1998, suscrito por el Secretario de Obras Públicas del municipio de Quibdó y dirigido a la Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía de dicho ente territorial, en el cual, en referencia al contrato OPR-25-0-96, se expresa lo siguiente:

*"Comedidamente comunico a Usted que no es posible llevar a cabo la liquidación del contrato en referencia, dado que ya existe resolución No. 695 de 1997, en la que se declara la caducidad del mismo por incumplimiento, o sea que no se realizó el objeto de la obra y deberá tratarse el siniestro con la Compañía Aseguradora" (fl. 101, c. 1).*

l. Oficio RCU 2068/97, del 6 de noviembre de 1997, suscrito por quien expresa obrar en condición de representante legal de Seguros del Estado S.A., con destino a la Jefe de la Oficina Jurídica del municipio de Quibdó, en el cual se dejó consignada la siguiente información:

"Acusamos recibo de copia de su *comunicación de fecha octubre 27 de 1997, dirigida a la firma LIBIA VASQUEZ Y CIA LTDA., agente de Seguros del Estado, mediante la cual nos solicitan "... se sirvan pronunciarse sobre el siniestro luego que se efectuara debidamente la notificación del acto administrativo que declara la caducidad del referido contrato*".

*Sobre el contenido de la misma, les manifestamos lo siguiente:*

*La notificación de la Resolución 695 de fecha junio 5 de 1997, a la que Ustedes hacen alusión en su comunicado, que supuestamente se hizo en debida forma, carece de toda validez, y por ende, desprovista de cualquier efecto jurídico, si se tiene en cuenta el hecho de que ésta fue surtida con la Gerente de la firma LIBIA VÁSQUEZ Y CIA LTDA., quien simplemente tiene la calidad de Agencia Colocadora de Seguros, circunstancia conocida por Ustedes, como se observa en el encabezado de su misiva, la cual se dirige a un Agente de Seguros del Estado, calidad que no faculta ni otorga representación legal de nuestra Compañía a la mencionada señora ni a la firma que representa.*

*(...)*

*Como consecuencia de lo anterior, SEGUROS DEL ESTADO S.A., OBJETA la reclamación por Ustedes presentada" (se deja destacado; fls. 70-71, c. 1).*

En el citado escrito se hace alusión a una comunicación del 27 de octubre de 1997, emanada de la Oficina Jurídica de la Alcaldía de Quibdó y con destino a una Agencia de Seguros del Estado S.A., la cual parece coincidir, por su fecha y contenido, con uno de los pronunciamientos cuya legalidad cuestiona la parte actora en el libelo introductorio del litigio<sup>2</sup>; sin embargo, la Sala no ha podido establecer con certeza que dicho pronunciamiento hubiere sido efectivamente allegado al expediente, toda vez que, con un contenido próximo al que le atribuye el accionante y al que alude Seguros del Estado S.A., en el documento referido en este apartado, apenas puede darse cuenta del escrito obrante a folio 106 del cuaderno 1 del expediente, el cual contiene una misiva cuyo encabezamiento aparece cubierto por la fotocopia del comprobante número 2965638 emitido por la firma Aeroenvíos, en el cual figura como remitente "*Municipio de Quibdó*", como destinatario "*LIBIA VÁSQUEZ CIA LTDA., Agente de Seguros del Estado*" y como fecha del envío el día 3 de septiembre de 1997 —dato éste que descartaría que el enviado fuese un oficio fechado y realmente emitido el 27 de octubre de ese año—. Dicho comprobante impide apreciar tanto la fecha como el destinatario de la misiva en cuestión, de cuyo texto solamente puede leerse lo siguiente:

*"Cordial saludo.*

*En razón a la resolución Nro. 695 fechada junio 5 de 1997, respecto a el contrato Nro. OPR-25-1995 (sic), solicito se sirva pronunciarse sobre el siniestro luego que se efectuara debidamente la notificación del acto administrativo que declara la caducidad del referido contrato.*

---

<sup>2</sup> La segunda de las declaraciones y condenas solicitadas por el accionante en la demanda, según se refirió en el acápite de antecedentes del presente proveído, es del siguiente tenor: "2) *Que se declare nulo el oficio del 27 de octubre 1997, dirigido a la firma Libia Vásquez & CIA LTDA., por medio de la cual le solicitan pronunciarse sobre el siniestro*".

*Anexo copia resolución Nro 695-05-06-97.*

*Atentamente,*

*(...)*

*Jefe Oficina Jurídica Municipal" (fl. 106, c. 1).*

ll. Original del oficio No. 001527 del 14 de octubre de 1999, suscrito por el Director General de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó —CODECHOCÓ— y remitido con destino al presente encuadernamiento, mediante el cual se da respuesta al oficio No. 3122 de 1999 emanado del Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, en el que se requirió a la aludida autoridad ambiental enviar al expediente de este proceso *"copia auténtica de la licencia ambiental que expidió para la realización del acueducto del corregimiento de Guayabal, de conformidad con el contrato de obra OPR-250-95 del 10 de septiembre de 1996"* (fl. 62, c. 1); en su respuesta a este requerimiento, se expresó por parte del director de CODECHOCÓ lo siguiente:

*"En atención a su oficio No. 3122 de 1999, con fecha 6 de octubre y recibido en la oficina de recepción el 8, me permito informar a usted que en nuestros archivos no se encuentra expediente a nombre del señor JOSE FULGENCIO MOSQUERA como solicitante de licencia ambiental para la construcción del acueducto de Guayabal, por consiguiente no se le ha otorgado dicha licencia" (fl. 64, c. 1).*

m. Documento intitulado *"Acta de compromiso"*, en el cual puede leerse lo siguiente:

#### *"ACTA DE COMPROMISO*

*Entre los suscritos a saber: ARNOBIO CÓRDOBA PALACIOS, identificado con cédula de ciudadanía número (...), en representación de la Administración municipal de Quibdó y FULGENCIO MOSQUERA, contratista municipal identificado con cédula de ciudadanía (...), los cuales se comprometen el primero a dar cumplimiento al objeto del convenio No. 27-0091-0-95, el cual es el mejoramiento del acueducto de Guayabal y el segundo a terminar las obras establecidas en el contrato No. OPR-25-0-96, suscrito entre la Administración Municipal de Quibdó y el mismo señor.*

*La información referente a la ejecución de este será enviada al Fondo DRI para que repose como prueba del cumplimiento del objeto del convenio.*

*Quibdó, 2 de febrero de 1998.*

*ARNUBIO CÓRDOBA PALACIOS FULGENCIO MOSQUERA  
Representante Legal Admón.                      Contratista municipal  
Municipal" (fl. 72, c. 1).*

n. Original del oficio de fecha 5 de noviembre de 1999, remitido por el Jefe de la División de Diseño e Intervención de la Secretaría de Obras Públicas del municipio de Quibdó al Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, para que obrara en el expediente del presente proceso, documento en el cual quedó consignada la siguiente información:

*"En respuesta a su oficio de la referencia, recibido el pasado 29 de octubre del año en curso, le informo a su señoría que los estudios topográficos (pendiente de la línea de proyecto y ubicación de la captación) y estudios hidráulicos (caudales mínimo y máximo de la cuenca en la cual se emplaza la estructura), debieron haberse realizado para la construcción del Acueducto que estaba en funcionamiento, pero revisados los archivos de esta dependencia, los estudios en comento no fueron encontrados.*

*Lo contratado con el señor FULGENCIO MOSQUERA fue el mejoramiento de la captación, según acta de modificación y diseños estructurales anexos a la carpeta del contrato.*

*De igual manera le hago llegar fólder con toda la documentación del contrato No. OPR-25-0-96 y los antecedentes administrativos llevados a cabo hasta el momento, incluye fotografías" (fl. 66, c. 1).*

o. Acta de la audiencia realizada el día 26 de octubre de 1999 con el propósito de recibir los testimonios solicitados por la parte demandante, documento en el cual se hizo constar que *"transcurrido un tiempo prudencial sin que se hicieran presentes los declarantes, las partes ni sus apoderados, el despacho declara cerrada la presente audiencia a las 9:25 a.m. y deja las constancias para los fines legales pertinentes"* (fl. 65, c. 1).

### **2.3 La competencia de la Sala para pronunciarse en el *sub iudice*.**

Sea lo primero advertir que la controversia que aquí se dirime cuenta con vocación de doble instancia atendiendo a los parámetros establecidos tanto en los artículos 2 y 4 del Decreto 597 de 1988 como en el artículo 20-1 del Código de Procedimiento Civil habida consideración de que a la fecha de presentación de la demanda —3 de marzo de 1999— el monto mínimo exigido para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales debiere ser tramitado en dos instancias ascendía a la suma de \$18'850.000 y la pretensión encaminada a que se le reparen al demandante los daños materiales que le fueron causados con las decisiones cuya legalidad cuestiona y con el incumplimiento contractual que achaca al Municipio accionado, sin contar los intereses moratorios, resulta superior a dicho mínimo, pues equivale a la cantidad de \$28'281.759,00, de acuerdo con la petición número 5 del acápite de *"declaraciones y condenas"* del libelo inicial del proceso.

Ahora bien, con el propósito de precisar el ámbito comprendido por la competencia de la Sala para realizar su pronunciamiento dentro del presente litigio, resulta menester tener en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad demandada, factor determinante de la catalogación como estatal, o no, del contrato celebrado entre las partes en disputa; se trata de una entidad descentralizada territorialmente, el municipio de Quibdó, lo cual resulta de trascendencia a la luz de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993<sup>3</sup>, por cuya virtud la competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; a ese respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, habida cuenta de que la normativa vigente prohijó

---

<sup>3</sup> Disposición cuyo tenor literal es el siguiente: *"Artículo 75. 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"*.

un criterio eminentemente subjetivo u orgánico para efectos de determinar la condición de estatal del vínculo negocial, de modo que habrán de reputarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza.

En el anotado sentido se ha pronunciado la Sección Tercera de esta Corporación:

*“De este modo, son contratos estatales “todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales”, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos”<sup>4</sup> (énfasis añadido).*

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica del contrato radica en el análisis particular respecto del tipo de entidad que lo celebra, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable; dicho aserto encuentra soporte legal en lo preceptuado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato:

*“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: ...”*

Así las cosas, el mencionado artículo 32 del Estatuto Contractual torna ineludible remitirse al catálogo de entidades expresamente calificadas como estatales por el artículo 2º de la misma Ley 80 de 1993, el cual dispone:

*“Para los solos efectos de esta ley:*

*1o. Se denominan entidades estatales:*

*a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

*b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos ...” (se ha subrayado).*

Adicionalmente, el artículo 82 del Decreto-ley 1 de 1984, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue subrogado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas; de este modo se definió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de la previsión consistente en que a la misma le compete “*juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas*”, en lugar de “*juzgar las controversias y litigios administrativos*”, como lo establecía la redacción anterior del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, por manera que la norma subrogada pasó a disponer lo siguiente:

*“Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:*

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

*Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.*

*La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional” (subrayas fuera de texto).*

Respecto del alcance del precepto transcrito se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante auto del 8 de febrero de 2007 —Radicación 30.903—, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, se señaló:

*“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:*

*“i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su*



*naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo”.*

La anterior conclusión mantiene vigencia con la modificación introducida al objeto de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por la Ley 1437 de 2011, toda vez que así lo deja establecido con claridad su artículo 104-2<sup>5</sup>, precepto que, de todos modos, ha de precisarse que no resulta aplicable al asunto *sub judice* por virtud de lo establecido en el artículo 308 del mencionado cuerpo normativo<sup>6</sup>.

Todo lo expuesto implica, en el asunto *sub lite*, que habida cuenta de que el municipio de Quibdó constituye una entidad estatal, entidad territorial en los términos del artículo 287 constitucional, el contrato OPR-25-0-96 que celebró con el aquí demandante, señor José Fulgencio Mosquera, participa de la naturaleza de contrato estatal y los litigios derivados de su ejecución constituyen materia de la cual debe conocer el Juez de lo Contencioso Administrativo.

## **2.4 Naturaleza jurídica de los diferentes pronunciamientos administrativos cuya legalidad enjuicia el accionante, a efectos de identificar si todos ellos constituyen, o no, actos administrativos.**

### **2.4.1 Elementos de la noción de acto administrativo.**

Si bien es verdad que incluso en los orígenes de la noción de acto administrativo ésta comprendía tanto decisiones como acciones de la autoridad administrativa, en cuanto su realización tuviere relación con el ejercicio de sus funciones —lo cual se explica en el interés que a principios del siglo XIX signaba al ordenamiento jurídico revolucionario francés por sustraer el quehacer administrativo, con independencia de la forma como se manifestara, de los alcances fiscalizadores de los tribunales ordinarios—, más avanzada esa centuria y gracias a la inestimable aportación de la dogmática jurídica alemana, se vinculó con el concepto de acto administrativo la idea de acuerdo con la cual éste entraña, insoslayablemente, una declaración o manifestación de voluntad, con la particularidad consistente en que quien la realiza es la autoridad administrativa, en ejercicio de sus atribuciones<sup>7</sup>, a lo cual se añadirá igualmente, como elemento consustancial, su naturaleza decisoria o alteradora —creadora, modificadora o extintiva— de situaciones

---

<sup>5</sup> La referida disposición establece lo siguiente: “La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

*Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

*(...)*

*2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado” (se deja subrayado).*

<sup>6</sup> Precepto del siguiente tenor: “El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

*Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.*

*Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.*

<sup>7</sup> MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Depalma, Buenos Aires, 1949, pp. 74-76 y 126.

jurídicas singulares o generales; de dicha transición, en cierto modo, igualmente se ha dado cuenta en el caso del sistema jurídico nacional, en el cual esta Corporación ha ido acotando la conceptualización del acto administrativo y atándola a su naturaleza decisoria y a su carácter ejecutorio, de suerte que pronunciamientos carentes de estas particularidades quedan excluidos de la categoría de los actos administrativos, según lo ilustra el aparte del proveído que se transcribe a continuación:

*"La denominada "acción de restablecimiento del derecho" (hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho" y otrora "acción de plena jurisdicción") persigue "que se declare la nulidad" de un acto administrativo. Y por acto administrativo ha de entenderse, como lo enseñaba la versión del art. 83 del C.C.A., vigente para la época en que fue incoada la demanda, "las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia", o, para expresarlo mejor, de acuerdo a la doctrina y a las definiciones del Derecho Administrativo, "es la manifestación de voluntad del Estado que crea, modifica o extingue una situación jurídica" ("El acto administrativo", Gustavo Penagos, 3a. edición, "Librería del Profesional", pág. 47), o, como dice Waline, "todo acto jurídico unilateral de un administrador calificado, obrando en calidad de tal, y susceptible de producir efectos de derecho..."*

*De manera que sólo pueden demandarse de nulidad dentro de la esfera propia del medio de control que el Código denomina hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho" (art. 85), "manifestaciones de voluntad" de una autoridad administrativa susceptible de "producir efectos de derecho", por lo que es fácil deducir que aquello que no encierra "manifestaciones de voluntad" ni es susceptible de producir por sí "efectos de derecho", no pueden ser objeto de demanda de nulidad a través de esta clase de acción, o mejor, de pretensión.*

*Un informativo no es un acto administrativo. Es, simplemente, el registro de los antecedentes de un acto o de una serie de actos; es lo que sirve de apoyo a la manifestación de voluntad que ha de tomar la decisión, de pronunciarse en uno u otro sentido, pero no expresa ni encierra esa manifestación de voluntad finalmente adoptada. Como no es "manifestación de voluntad" ni produce "efectos de derecho", mal puede solicitarse su nulidad y mucho menos accederse a ella por el juez contencioso administrativo. Tal vez un informativo puede ser tenido como el acto mismo, máxime si no se olvida que no envuelve per se los caracteres de impugnabilidad, de estabilidad, de ejecutoriedad ni de presunción de legitimidad que se distinguen como de la esencia del acto administrativo"<sup>8</sup>.*

La calidad de decisión ejecutoria es, en línea con cuanto se viene de referir, el rasgo distintivo clave del acto administrativo, como lo ha señalado la doctrina francesa —en este punto con marcada ascendencia en el derecho nacional—, en la cual Vedel ha sostenido que *"entre las prerrogativas de potestad pública de que dispone la administración, la más característica es, sin duda, la de poder adoptar*

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 18 de diciembre de 1991; Consejero Ponente: Álvaro Lecompte Luna; Radicación número: 3336; Actor: Héctor Alberto Lindarte Uribe.

*decisiones ejecutorias, es decir, hacer nacer unilateralmente obligaciones y eventualmente derechos en beneficio o a cargo de terceros, sin el consentimiento de éstos (...) Las decisiones ejecutorias pertenecen a la categoría de los actos jurídicos; constituyen manifestaciones de voluntad a fin de producir efectos jurídicos*<sup>9</sup>, por manera que el acto administrativo constituye *"una decisión ejecutoria de un acto jurídico emitida unilateralmente por la administración, con el objeto de modificar el ordenamiento jurídico mediante las obligaciones que impone o por los derechos que confiere..."*<sup>10</sup>.

No sorprende, entonces, que la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano acogiese como definición de acto administrativo aquella que lo identifica como *"toda manifestación unilateral de voluntad de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos"*<sup>11</sup>; asimismo se indicó que *"[E]stas declaraciones de voluntad reúnen los requisitos que la jurisprudencia y la doctrina demandan para que exista acto administrativo: 1. Declaración de voluntad; 2. De origen administrativo; 3. Que proyecte sus efectos en el ámbito jurídico (...) Esta corporación, por su parte, ha sostenido que el acto administrativo es esencialmente una declaración de voluntad destinada a producir efectos de derecho. Tiene entre otras consecuencias la de estar sometido al control jurisdiccional"*<sup>12</sup>. En la misma dirección anotada se afirmó que *"los actos administrativos constituyen una expresión unilateral de la voluntad de la administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir, que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados ..."*<sup>13</sup>.

Tomando como referencia tal manera de conceptualizar el acto administrativo, se ha señalado que resulta menester la concurrencia de cinco elementos a efectos de que pueda identificarse un pronunciamiento de esta naturaleza en el sistema jurídico<sup>14</sup>: en primer lugar, por regla general deberá mediar un *acto positivo*, consistente en la *expresión o manifestación* concreta proveniente de quienes ejercen funciones administrativas, particularidad que excepcionalmente no debe evidenciarse cuando el tipo de acto del que se trata es uno ficto o presunto, derivado de la operatividad de la figura del silencio administrativo; en segundo término, esa manifestación realizada por quien profiere el acto debe ser de naturaleza *unilateral*, para que en estricto sentido comporte una expresión de la voluntad y no del consentimiento proveniente de la Administración, circunstancia que no excluye el deber consistente en que durante la etapa de formación de la decisión se propicie la participación activa y eficaz de los administrados tanto en defensa de sus intereses como dirigidos a que aporten elementos que permitan a la Administración contar con mayores posibilidades de acierto en lo que resuelve,

---

<sup>9</sup> VEDEL, Georges, *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980, pp. 139-146.

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de julio de 1993; Magistrado ponente: Diego Younes Moreno; Radicación: AC- 853.

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 16 de febrero de 2001; Consejera ponente: Olga Inés Navarrete Barrero; Radicación: 3531.

<sup>14</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, 4ª edición, Bogotá, 2003, pp. 132 y ss.

por manera que la unilateral es, exclusivamente, la decisión final, más no siempre el procedimiento previo a su expedición.

En tercer lugar, como elemento atinente al sujeto activo autorizado para proferir actos administrativos y en aplicación de un criterio, en esta materia, esencialmente material o funcional —que no orgánico—, las manifestaciones unilaterales de voluntad no sólo pueden provenir de los órganos de la Rama Ejecutiva del poder público, sino también de cualquier autoridad de las otras Ramas, de los órganos autónomos e independientes e incluso de los particulares, cuando quiera que unos u otros actúen y resuelvan *en ejercicio de funciones administrativas*.

Y finalmente, pero no menos importante, según antes se indicó, la exteriorización de la voluntad de quien ejerce función administrativa debe estar provista de *naturaleza decisoria*, esto es que ha de disponer de la virtualidad de crear, de modificar o de extinguir situaciones jurídicas a partir de su contenido, de alterar de alguna manera el ámbito de realidad jurídica sobre el cual recaen sus efectos, de suerte que si el pronunciamiento del cual se trate carece de tal posibilidad de producir consecuencias, de ser ejecutorio, no constituye un acto administrativo pues, como lo ha expresado esta Corporación, *“es elemento esencial del carácter decisorio que lo haga capaz de producir efectos jurídicos; de crear, modificar o extinguir una situación jurídica. Sólo entonces dicho acto se coloca en condiciones de ser susceptible de control jurisdiccional (...)”*<sup>15</sup>.

Este último elemento de la definición de acto administrativo, centrado en la naturaleza decisoria del pronunciamiento de la Administración y que resulta de especial trascendencia para los fines del presente proveído, ha sido destacado por la Sección Tercera del Consejo de Estado con el propósito de deslindar a los actos administrativos de otro tipo de manifestaciones que bien puede realizar el sujeto que ejerce función administrativa pero que por hallarse desprovistas de fuerza decisoria y de carácter ejecutivo, escapan al control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como lo ilustra la explicación que se cita enseguida:

## "2. CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

*2.1. Dentro de las diversas manifestaciones del poder del Estado, el acto administrativo constituye una de las más importantes; a través suyo, exterioriza su voluntad unilateral, en ejercicio de la función administrativa, destinada a producir efectos en derecho.*

*No se trata [de] meras manifestaciones, opiniones o conceptos de la autoridad pública que no entrañan un deber de cumplimiento ni comportan una decisión, sino de aquellos actos decisorios de la administración que producen consecuencias jurídicas, vale decir cambios en el mundo de las regulaciones del derecho, bien para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, sean éstas generales o particulares. Es cierto que algún sector de la doctrina ha visto este como un concepto procesal, y demasiado estrecho, del acto administrativo, pero, para efectos de su impugnación ante el juez*

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 5 de agosto de 1991; Consejero ponente: Yesid Rojas; Radicación: 1588.

contencioso administrativo, es el criterio que ha referido nuestra jurisprudencia<sup>16</sup>.

Se trata, pues, de decisiones que, por su propia naturaleza, están destinadas a cumplirse, para lo cual el ordenamiento jurídico las ha rodeado de privilegios tales como la ejecutoriedad, la ejecutividad y la presunción de legalidad, características que, en mutuo apoyo, permiten al Estado-administrador, en buena parte de los casos, proveer a la ejecución de sus propios actos sin necesidad de acudir a instancias judiciales con ese propósito, como ocurre -por regla general- en las relaciones entre particulares.

Es éste, quizás, uno de los aspectos más sobresalientes y específicos del acto administrativo, a propósito del cual el tratadista MANUEL MARIA DIEZ expresa:

*“Los actos más interesantes a efectos de la eficacia son aquellos que establecen deberes para los administrados, quienes habrán de acatarlos y cumplirlos porque de lo contrario, la administración, que no reconoce obstáculos a su actividad, ejercerá, si es preciso, la coerción, a los efectos de que aquellos actos sean eficaces y produzcan el fin para que fueron dictados”*<sup>17</sup><sup>18</sup> (se deja subrayado).

La naturaleza decisoria y la ejecutoriedad del acto administrativo han sido igualmente destacadas como elementos clave de dicha noción al señalar la Sección Tercera de esta Corporación que *“la capacidad de trazar efectivas reglas de conducta en desarrollo de lo prescrito por el legislador, con alcances generales y de obligatorio cumplimiento por parte de la comunidad destinataria de estos decretos, denota la verificación de los elementos propios del acto administrativo como son: (1) manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa, (2) capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho (3) sin necesidad de contar con su anuencia para ello”*<sup>19</sup>; tales planteamientos han sido tomados en cuenta por la misma Sección Tercera para señalar lo improcedente que resulta pretender que se sometan a control jurisdiccional pronunciamientos

---

<sup>16</sup> Nota original de la sentencia citada: El profesor JESUS GONZALEZ PEREZ en sus “Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo” comenta: “Y el acto administrativo ha constituido un presupuesto esencial para que el particular afectado pudiera utilizar válidamente los medios de impugnación en vía administrativa y acudir a los Tribunales en demanda de Justicia frente a la Administración (art. 1, LJ). Precisamente esta transcendencia procesal del acto ha dado lugar a una deformación doctrinal al delimitar su concepto. Pues el procesal no es más que un aspecto -todo lo importante que se quiera- del concepto. El que sólo sea -o sea susceptible- objeto de recurso el acto administrativo que reúna una serie de requisitos, no quiere decir que sólo sea acto administrativo el que reúna estos requisitos. El acto que reúna estos requisitos será el acto que determine la admisibilidad del recurso administrativo y, en su caso, de la pretensión ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Pero el concepto no debe limitarse a estos supuestos concretos.” (Madrid: Editorial Civitas, 1991, pp. 305 y 306).

<sup>17</sup> Nota original de la sentencia citada: MANUEL MARIA DIEZ. Derecho Administrativo, T. II . Buenos Aires: Biblioteca Omeba, 1965, p. 274.

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de octubre de 1999; Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 11616.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de diciembre de 2007; Consejero ponente: Enrique Gil Botero; Radicación: 11001-03-26-000-1995-11493-00 (11493).

administrativos en los cuales no concurren los anotados rasgos de alcance decisorio y naturaleza ejecutoria, por manera que no cabe preguntarse si en ellos están presentes, o no, los requisitos o elementos determinantes de la validez de un acto administrativo:

*"7. La validez del acto administrativo demandado que declaró el siniestro del incumplimiento del contrato e hizo efectiva la garantía*

*7.1. El acto administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad de una autoridad, en ejercicio de una función o potestad administrativa, que contiene una decisión expresada en la forma prevista en la ley, con efectos jurídicos vinculantes para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones en situaciones generales o particulares para los administrados o para la propia Administración<sup>20</sup>, y que en el orden jurídico se presume su legalidad, es decir, su veracidad y, además, que fue dictado según la ley y que su contenido es ajustado a derecho, mientras no sean anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (art. 66 C.C.A.)<sup>21</sup>. Se trata de una presunción iuris tantum, o sea que admite prueba en contrario, pero por principio sólo puede ser desvirtuada ante el juez administrativo y que fluye, como ha indicado el Consejo de Estado, del principio de legalidad como base de la actividad de la administración<sup>22</sup>.*

*Por eso, el acto administrativo debe ser cumplido, obliga a los particulares y permite que la Administración pueda ejecutarlo, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial (artículos 64 y ss. del C.C.A.), pues ya se indicó, su actividad está revestida de una presunción de legalidad de sus actos, que trae aparejado el deber del administrado de dar cumplimiento a los mismos.*

*La validez y eficacia del acto administrativo, depende de ciertos elementos esenciales, entre ellos, la competencia, la voluntad administrativa, el contenido, los motivos, la finalidad y la forma, y puede*

---

<sup>20</sup> Nota original de la sentencia citada: Fernández de Velasco define al acto administrativo como "[t]oda declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas". Fernández de Velasco Calvo, Recaredo, El Acto administrativo, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, Primera edición, 1929, p. 15. Marienhoff define el acto administrativo como "toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas productoras de un efecto jurídico". Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Edt. Abeledo Perrot, cuarta edición, 2004, p. 237. Díez considera al acto administrativo puro como "una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la Administración activa en ejercicio de la potestad administrativa". Díez, Manuel María, El acto Administrativo, Tip. Editora Argentina, Buenos Aires (1956), Tercera edición -reimpresión 2009, Págs. 108 y 109. Y, según Sayagues Laso, es "la declaración unilateral de voluntad de la administración, que produce efectos jurídicos subjetivos". Sayagues Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Edt. FSU, Octava Edición, 2002, Tomo I, Pág. 388.

<sup>21</sup> Nota original de la sentencia citada: El artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que entrará en vigencia el próximo 2 de julio de 2012 precisamente señala que "Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo..."

<sup>22</sup> Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 17 de febrero de 1994, exp. 6264, C.P. Álvaro Lecompte Luna.

*ser anulado cuando haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió (art. 84 C.C.A.).*

*(...)*

*De otra parte, en el caso concreto se demandó la comunicación n.º 00674 de 12 de abril de 1994 (original visible a fls. 4 cd. ppal.), enviada por el señor Carlos Germán Bermúdez Picón, Asistente Abogado Dirección Comercial, Departamento de Antioquia, a la demandante, en virtud de la cual, “con base en las instrucciones administrativas del Señor Juez de Ejecuciones Fiscales de la Secretaría de Hacienda”, le manifiesta que no es posible aceptar “por parte de la Administración en cabeza del señor Gobernador” la “presunta presentación del recurso de reposición” contra la resolución n.º 001287 de 10 de diciembre de 1993, por no haberlo hecho oportunamente.*

*Sin embargo, observa la Sala que dicha comunicación en realidad no es un acto administrativo, dado que no contiene una manifestación unilateral de la administración que produzca efectos jurídicos frente a la actora expedido con fundamento en ejercicio de poder o de autoridad pública, sino que se trata de un simple oficio en el que un asistente de la Dirección Comercial de la Secretaría de Servicios Administrativos del Departamento de Antioquia informa las razones por las cuales la administración no dio trámite a un presunto recurso de reposición interpuesto por la actora. Por contera, dicha comunicación no resulta pasible de control judicial y en tal virtud no procede el análisis de su validez, pues lo propio de esta Jurisdicción es conocer de la legalidad de los actos administrativos, como el que si está contenido en la resolución n.º 001287 de 10 de diciembre de 1993”<sup>23</sup>.*

#### 2.4.2 Naturaleza jurídica de los diversos pronunciamientos administrativos cuya legalidad censura el demandante.

De conformidad con lo expresado por la parte actora en el libelo introductorio del litigio, son cinco los pronunciamientos administrativos cuya anulación deprecó en aquél, pedimento que el Tribunal Administrativo del Chocó denegó en la sentencia de primera instancia; a continuación serán relacionados cada uno de los que el accionante considera actos administrativos y que solicita sean excluidos del ordenamiento jurídico para, a renglón seguido, precisar si participan, o no, de esa condición, de suerte que se pueda concluir si resultan pasibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

a. De acuerdo con lo expresado en el numeral 1 del acápite intitulado “*declaraciones y condenas*” de la demanda, “*la resolución número 695, del 05 de junio de 1997, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato, por presunto incumplimiento del contrato*”; esta decisión administrativa, cuyo contenido se transcribió en la letra j) del apartado relativo al material probatorio obrante en el presente encuadernamiento, sin lugar a la menor hesitación tiene la calidad —en criterio de la Sala— de acto administrativo comoquiera que se trata de una

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de febrero de 2012; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación: 05001-23-26-000-1994-00558-01(20810).

determinación unilateral emanada de autoridad pública en ejercicio de función administrativa, con plena virtualidad de producir efectos jurídicos, toda vez que dispuso la terminación anticipada del contrato OPR-25-0-96 de manera unilateral y como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista, razón por la cual también ordenó hacer efectivas las garantías constituidas por el contratista para asegurar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, de conformidad con lo estipulado en dicho vínculo negocial.

Así las cosas, en ulterior apartado de esta sentencia la Sala habrá de ocuparse del análisis relacionado con la juridicidad y la validez de este pronunciamiento, examinando los cargos de nulidad que contra él formuló el demandante.

**b.** Según se indicó en el numeral 2 del apartado *"declaraciones y condenas"* de la demanda, *"el oficio del 27 de octubre de 1997, dirigido a la firma Libia Vázquez & CIA LTDA., por medio de la cual (sic) le solicitan pronunciarse sobre el siniestro"*; a este documento se hizo referencia en la letra l) del acápite de pruebas de esta providencia. En ese lugar se relató que no existe en el expediente evidencia cierta de que el aludido pronunciamiento hubiere sido efectivamente allegado al plenario, pues el escrito que obra a folio 106 del cuaderno 1 del mismo, que por su contenido se asemeja a aquél cuya legalidad cuestiona el demandante, no permite leer —por lo allí explicado— ni a quién fue dirigido ni la fecha que en él se consignó, a pesar de que expresa que el Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía de Quibdó requiere al destinatario de la misiva que *"[E]n razón a la resolución Nro. 695 fechada junio 5 de 1997, respecto a el contrato Nro. OPR-25-1995 (...), solicito se sirva pronunciarse sobre el siniestro luego que se efectuara debidamente la notificación del acto administrativo que declara la caducidad del referido contrato"*.

La ausencia de certeza probatoria respecto de la existencia y el contenido del comunicado cuya legalidad cuestiona el accionante impide a la Sala pronunciarse respecto de la misma; empero, aunque en gracia de discusión se admitiera que el documento contentivo de la pretendida decisión enjuiciada es el que reposa a folio 106 del cuaderno 1 del expediente, cuyo tenor coincide con el que le atribuye la parte actora en la demanda, la Sala no podría sino concluir que dicha comunicación carece de los elementos propios de un acto administrativo, pues si bien corresponde a una manifestación unilateral formulada por una entidad pública en ejercicio de función administrativa, lo cierto es que está desprovista de la virtualidad de producir efectos jurídicos dado que se limita a solicitar de su destinatario la realización de un pronunciamiento, en el sentido que se estime oportuno, respecto de la determinación que sin duda sí ostenta la condición de acto administrativo, cual es la precitada Resolución No. 695 del 5 de junio de 1997, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato estatal OPR-25-0-96 celebrado entre el municipio de Quibdó y el señor José Fulgencio Mosquera.

La comunicación en comentario no crea, no modifica y no extingue situación jurídica alguna; se limita a reiterar a una de las personas que por parte del Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía de Quibdó se considera que puede verse afectada por lo decidido en la Resolución 695 de 1997, la existencia de una posibilidad, de una obligación o de un derecho que en realidad surgen directamente de este último acto administrativo —que es aquél en relación con el cual la compañía aseguradora habría de expresar su aceptación o su inconformidad—, por manera que el oficio demandado en nada altera el mundo jurídico, no produce efecto alguno en Derecho y, consiguientemente, mal podría catalogársele como acto administrativo, razón por la cual se encuentra por fuera de la posibilidad de ser enjuiciado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.



Así las cosas, incluso si se hubiere arrimado debidamente al expediente la comunicación enjuiciada, lo que habría tenido que decidir la Sala es inhibirse para efectuar pronunciamiento alguno de fondo respecto de su legalidad, con base en los argumentos anotados; empero, comoquiera que la existencia y contenido del plurimencionado oficio no fueron fehacientemente acreditados en el proceso, lo que se impone ha de ser la negación de prosperidad a ésta pretensión de la demanda.

**c.** Atendiendo a lo pedido en el numeral 3 del precedentemente referido segmento del libelo introductor del litigio, *"el presunto oficio del 05 de junio de 1997, por medio del cual presuntamente se notificó al demandante de la declaratoria de caducidad del contrato"*; más allá de que resulta imposible para la Sala comprender a qué se refiere exactamente y qué es lo que específicamente pretende el accionante al cuestionar la legalidad de un *"presunto oficio (...) por medio del cual presuntamente"* se notifica al actor de un acto administrativo —pues la forma en que se expresa el propio demandante indica ora que no tiene certeza respecto de la existencia del oficio que censura, ora que no está seguro de la condición de *"oficio"* del documento respectivo—, lo cierto es que, de un lado, en el encuadernamiento no obra documento alguno con la fecha y/o con el contenido aludido por el actor y, de otra parte, en caso de que dicho escrito se hubiere arrimado al expediente y tuviere efectivamente el contenido que le atribuye la demanda, no pasaría de ser, una vez más, una comunicación encaminada a hacer conocer de uno de sus destinatarios la Resolución 695 de 1997 mediante la cual el municipio de Quibdó declaró la caducidad del contrato OPR-25-0-96, vale decir que se trataría de un elemento integrante del procedimiento de notificación personal de dicha decisión, carente de los aquí reiteradamente señalados elementos de la noción o categoría de acto administrativo, si se tiene en cuenta que a una comunicación de ese estilo difícilmente podría atribuírsele el contenido de una manifestación unilateral de voluntad de naturaleza decisoria.

Así las cosas, de haber sido debidamente probada en el expediente la existencia y el contenido de la comunicación referida en este apartado de la demanda —cosa que, se itera, no aconteció—, también habría tenido la Sala que declararse inhibida para efectuar examen alguno de fondo respecto de su legalidad; pero la falta de prueba de tales extremos en el plenario ha de conducir, indefectiblemente, a que se deniegue también esta pretensión formulada en el escrito inicial del proceso.

**d y e.** De conformidad con lo solicitado en idéntico lugar de la demanda, *"el oficio del 10 de marzo del año 1997, firmado por el Dr. José de C. Mosquera al CONTRATISTA y del 16 de Mayo de 1997 expedido por el mismo a la Dr. (sic) Dulima Moreno Córdoba"*.

Eleva el accionante, en este apartado del libelo demandatorio, el pedimento consistente en que se declare la nulidad de dos pronunciamientos:

**(i)** el primero es *"el oficio del 10 de marzo del año 1997, firmado por el Dr. José de C. Mosquera al CONTRATISTA"*. De acuerdo con el recuento fáctico elaborado en la demanda y revisado el acervo probatorio recaudado en el plenario, dicho oficio es el que se relaciona en la letra h) del acápite de pruebas del presente proveído y se trata del escrito firmado por el Secretario de Obras Públicas del municipio de Quibdó, dirigido al entonces contratista aquí demandante, en el cual aquél expresa a éste, de forma escueta, sin precisiones o argumentaciones adicionales, que

*"[D]e acuerdo al oficio enviado a mi oficina por el Interventor del contrato de la referencia, comedidamente solicito que de manera urgente tome los correctivos del caso para que la obra llegue a feliz término. Por tanto debe acometer la obra en el nuevo sitio indicado por el Interventor" (se ha subrayado).*

Aunque la primera frase del párrafo transcrito —el cual, dicho sea de paso, constituye el único objeto o contenido material de este lacónico pronunciamiento— sin duda alguna constituye una simple exhortación de la autoridad administrativa dirigida al contratista para que éste cumpla con el objeto del multicitado negocio jurídico OPR-25-0-96, desprovista entonces de naturaleza decisoria y, por tanto, de la condición de acto administrativo, en criterio de la Sala no es eso lo que ocurre con la segunda frase del aparte traído a colación, en la cual el Secretario de Obras Municipal indicó de manera categórica y mandatoria al contratista que "debe acometer la obra en el nuevo sitio indicado por el interventor".

Aunque en la referida instrucción se echa de menos la precisión suficiente para poder establecer con total claridad cuáles han de ser los alcances de la determinación que se le impuso al contratista, pues no se indicó específicamente el lugar concreto de la nueva ubicación de la obra y menos todavía la incidencia que dicha mutación en cuanto al emplazamiento de los trabajos habría de tener en las especificaciones técnicas de los mismos, con el consecuente impacto en la economía del contrato, lo que sí se desprende con toda claridad de la manifestación unilateral de voluntad en examen y cuenta con la virtualidad de producir efectos indiscutibles en la situación jurídica del contratista, es que éste no podría ni debería ya realizar o ejecutar el objeto contractual en el sitio inicialmente estipulado en el contrato estatal correspondiente, lo cual, planteado en términos jurídicos y de ejercicio de atribuciones por parte de la Administración contratante, no es cosa distinta que la introducción, por parte de ésta, de una modificación unilateral en el contenido de la relación negocial.

Hay allí, entonces, en criterio de la Sala, una clara manifestación unilateral de voluntad del municipio de Quibdó, en ejercicio de sus funciones administrativas como entidad estatal contratante, que alteró el ámbito de realidad, tanto material como jurídica, al cual se dirigió, que no es otro que la posición jurídica del contratista, respecto de la cual el anotado pronunciamiento produjo indiscutibles efectos jurídicos, lo cual conduce a catalogar al oficio en cuestión como un verdadero acto administrativo; se trata de un acto administrativo mediante el cual el municipio de Quibdó modificó unilateralmente el contrato OPR-25-0-96 y dispuso que las obras cuya realización debía acometer el contratista ya no debían llevarse a cabo en el lugar inicialmente pactado en el convenio, aún cuando defirió a un momento ulterior —el de la precisa indicación que en tal sentido habría de formular el interventor del contrato— el señalamiento de la nueva ubicación puntual en la que tendrían que ser desarrollados los trabajos.

Por consiguiente, deberá examinar la Sala la conformidad a Derecho del referido pronunciamiento, cuestión que abordará en acápite posterior dentro de la presente sentencia.

(ii) Y, en segundo término, dentro de este mismo apartado de la demanda solicitó el accionante que se declare la nulidad del oficio "del 16 de Mayo de 1997 expedido por el mismo a la Dr. (sic) Dulima Moreno Córdoba". Teniendo en cuenta el relato que de los hechos materia del litigio se hizo en la demanda así como el material probatorio arrimado al expediente, el oficio en mención es el referido en la letra i) del acápite de pruebas de la presente providencia, mediante el cual el

Técnico de Obras Civiles del municipio de Quibdó que hizo las veces de interventor del contrato OPR-25-0-96 y el Secretario de Obras Públicas de dicha entidad territorial, rindieron a la persona que fungía como "*Coordinadora Plan Pacífico Chocó*", un informe sobre el avance de las obras constitutivas del objeto del contrato OPR-25-0-96 celebrado entre el municipio de Quibdó y el señor José Fulgencio Mosquera; en dicho informe se dió cuenta de los resultados de una visita adelantada al lugar en el cual se desarrollaban las obras, se detalló cuáles eran los ítem que integran el presupuesto inicial del contrato, se explicaron las razones por las cuales el mismo tuvo que ser modificado y se dió cuenta de algunas de las vicisitudes que tuvieron que ser afrontadas durante la ejecución del objeto del negocio jurídico.

Como sin dificultad alguna puede apreciarse, el informe en comento no contiene manifestación alguna de voluntad de la Administración y menos un pronunciamiento de ésta con naturaleza decisoria, que pudiere crear, modificar o extinguir alguna situación jurídica; lejos de poder ser catalogado como acto administrativo, el informe de marras mal podría ser sometido a control alguno de legalidad por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual esta Sala deberá declararse inhibida para pronunciarse de fondo respecto de la pretensión de declaratoria de nulidad del oficio mencionado.

**En síntesis**, de los pronunciamientos cuya anulación solicitó el accionante en el libelo inicial de la litis, esta Sala se ocupará de analizar y de pronunciarse de fondo, a continuación, sobre la conformidad a Derecho, únicamente, **(i)** de la Resolución No. 695 del 5 de junio de 1997, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato estatal OPR-25-0-96 celebrado entre el municipio de Quibdó y el señor José Fulgencio Mosquera y **(ii)** del oficio fechado el 10 de marzo de 1997, mediante el cual el Secretario de Obras Públicas del municipio de Quibdó modificó unilateralmente el contenido del referido contrato estatal.

## **2.5 Naturaleza jurídica del contrato OPR-25-0-96 y cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes a raíz de la celebración de dicho negocio jurídico.**

### **2.5.1 Elementos esenciales y características del contrato de obra pública.**

En el encabezado del contrato OPR-25-0-96, las partes expresamente declararon celebrar "*el presente contrato de Obra Pública*", circunstancia que aunada al contenido de la cláusula segunda del convenio —la cual alude a la "*obra contratada, precios unitarios y cantidades de obra*"— pareciera determinar que el tipo de negocio formalizado entre las partes fue el de "*obra*", previsto en el artículo 32-1 de la Ley 80 de 1993; sin embargo, con el propósito de constatar si ello realmente es así, conviene recordar cuáles son los elementos y rasgos característicos del mencionado tipo contractual, comoquiera que de la ubicación o clasificación del mismo como contrato de obra dependen capitales cuestiones relacionadas tanto con el alcance de las obligaciones asumidas por las partes como con asuntos como el procedimiento que debe seguirse para la selección del contratista o con el contenido mismo del convenio en punto de las potestades excepcionales que pueden y/o deben ser ejercidas por la Entidad Estatal contratante.

Y es que como lo ha expresado en anterior ocasión tanto la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>24</sup> como esta misma Sala<sup>25</sup>, la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo negocial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio decidan asignarle las partes o de las expresiones que ellas utilicen en el clausulado del negocio, sino que dicha modalidad deriva, fundamentalmente, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate; a similar conclusión se arriba si se repara en el acervo de técnicas a las cuales puede acudir para realizar la hermenéutica de los contratos, pues además de la interpretación literal y lógica de su clausulado o de la posibilidad de llevar a cabo una interpretación sistemática, histórica o auténtica del convenio, ha de tomarse en consideración *“la interpretación finalista del contrato y la función del tipo contractual como medios interpretativos”*<sup>26</sup>, recurso explicativo éste del cual se ha afirmado:

*“Que las reglas contractuales, como todos los preceptos jurídicos, admiten una interpretación finalista o teleológica y funcional es algo que está fuera de toda duda (...). Se trata, además, de un criterio de interpretación perfectamente obligado. Para conocer el sentido de un contrato, es preciso averiguar antes el sustrato económico sobre el que se funda, el juego de intereses que subyace en él y el intento práctico de la regulación que mediante el contrato las partes han tratado de dar a estos intereses, pues ello constituye su última razón de ser.*

(...)

*El tipo de interpretación que ahora estudiamos obliga, en primer lugar, a tomar en consideración la función económico-social y el tipo elegido por las partes para el contrato interpretado o, si se prefiere llamarlo así, la naturaleza del contrato.*

(...)

*Al aludir a la naturaleza o tipo del contrato se está haciendo mención a lo que antes hemos llamado su genérica función económico-social...”*<sup>27</sup> (énfasis añadido).

El contrato estatal de obra se encuentra tipificado o definido en el actualmente vigente artículo 32-1 del Estatuto de Contratación Estatal —Ley 80 de 1993— como aquél *“que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”*.

Como fácilmente se puede advertir, la disposición transcrita regula la modalidad negocial en comento de manera muy diversa a como lo hacía el Estatuto Contractual anterior —Decreto ley 222 de 1983—, en cuyo artículo 81 se denominaba a este tipo de contratos como de *“obras públicas”* y se les describía

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010; Radicación No.: 25000-23-26-000-1994-0071-01; Referencia: 14.390.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de agosto de 2012; Expediente No.: 22.822; Actor: Carlos Ernesto Pérez Garzón.

<sup>26</sup> DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del contrato*, quinta edición, Civitas, Madrid, 1996, pp. 399-406.

<sup>27</sup> *Idem*.

como "los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público".

La circunstancia de que en la legislación vigente no se le confiera al contrato de obra el calificativo de *pública* ni se condicione su tipificación a que los trabajos que hayan de ejecutarse en desarrollo del mismo recaigan sobre un inmueble "de carácter público o directamente destinado a un servicio público", resulta de la mayor trascendencia comoquiera que para efectos de la identificación del tipo negocial ahora se hace irrelevante el carácter público del respectivo inmueble o la destinación que haya de tener la obra, por manera que las actividades a desarrollar en cumplimiento del contrato de obra, en el marco normativo vigente, pueden estar vinculadas, o no, a la prestación de un servicio público o ser realizadas, o no, en un bien inmueble de propiedad pública o privada, lo importante, entonces, a la hora de calificar el negocio jurídico como un contrato estatal de obra en el sistema jurídico colombiano vigente lo constituye, de un lado, que el contrato lo celebre una entidad estatal y, de otro, que comporte la realización de actividades materiales respecto de un bien inmueble que puede pertenecer, o no, al Estado y que puede estar destinado, o no, a la prestación de un servicio público.

Asimismo, para que el contrato respectivo pueda ser calificado como de obra resulta menester que el trabajo material que haya de realizarse sobre el inmueble correspondiente lo transforme y que si se trata de la instalación de bienes muebles en aquél, éstos se incorporen en o entren a formar parte integral del inmueble como un todo, de suerte que será de obra el contrato que tenga por objeto desarrollar trabajos materiales que alteren, transformen o modifiquen un inmueble o que comporten la instalación de muebles en inmuebles, aún cuando igualmente debe tenerse en cuenta que las actividades materiales en mención también pueden tener por objeto uno distinto de la construcción o el mantenimiento de una obra y conllevar su destrucción, lo cual acontece cuando se trata de su demolición, total o parcial.

El de obra, entonces, es un contrato estatal solemne, bilateral, oneroso, conmutativo, *intuitu personae* y de tracto sucesivo en la medida en que su ejecución precisa de prolongación en el tiempo, lo cual posibilita que durante el transcurso de la misma tengan lugar entregas parciales —con la consecuente suscripción de actas parciales de obra— sin perjuicio de la obligación a cargo del contratista de alcanzar el resultado final.

Justamente por cuanto respecta a los derechos y obligaciones de las partes en este tipo de contrato, a la Administración contratante le asiste el derecho **(i)** a exigir la debida ejecución del objeto contractual, de suerte que el contratista realice los trabajos de conformidad con las reglas del arte correspondiente y atendiendo a las especificaciones técnicas que se hubieren previsto al celebrar el negocio jurídico y/o en la fase de preparación del mismo —estudios previos, pliegos de condiciones cuando hubiere lugar a ellos, etcétera— y **(ii)** a exigir la ejecución de dicho objeto dentro del plazo acordado. Desde la perspectiva del contratista, a su turno, a éste le asiste, fundamentalmente, el derecho **(i)** a que la Entidad Estatal cumpla con las obligaciones a su cargo —verbigracia en punto de la entrega o puesta a disposición de terrenos, materiales, estudios y diseños

cuando hubiere lugar a ellos, del anticipo o pago anticipado cuando así se hubiere convenido, etcétera— y **(ii)** a percibir el precio pactado<sup>28</sup>.

Este derecho a percibir una remuneración por parte del contratista constituye elemento esencial del contrato de obra, circunstancia que se desprende de la definición que del anotado tipo contractual ofrece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; sin embargo, el pago de dicha retribución puede convenirse a través de diversas modalidades, asunto del cual se ocupaba expresamente el Estatuto Contractual de 1983 —Decreto ley 222—, en sus artículos 82 y siguientes; en el artículo 82 del cuerpo normativo en mención se incluían como formas de pago de los contratos de obra: **(i)** el precio global; **(ii)** los precios unitarios, determinando el monto de la inversión; **(iii)** la administración delegada; **(iv)** el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios y, finalmente, **(v)** el otorgamiento de concesiones, modalidad ésta que la Ley 80 de 1993 erigió en un tipo contractual autónomo.

A diferencia de la aludida regulación, el segmento final del inciso primero del numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se limita a señalar que la identificación de un contrato en la tipología del de obra no se verá afectada por "la modalidad de ejecución y pago" que se adopte, de suerte que se ha deferido a la autonomía de la voluntad de las partes la elección de la forma de pago que se incorporará en el negocio jurídico; empero, resulta de la mayor importancia para los propósitos del presente pronunciamiento examinar algunas particularidades que acompañan a las más usualmente utilizadas formas de pago en el contrato de obra, pues según cuál de ellas hubiere sido la seleccionada y de acuerdo con la naturaleza de las vicisitudes que deban afrontarse durante el curso de la ejecución de las obras, los correspondientes mecanismos de ajuste del valor contractual inicial pueden hacer parte de la forma de pago pactada o pueden, de modo diverso, comportar la utilización de la potestad excepcional de modificación unilateral del contenido del contrato. A este respecto resultan del mayor interés las reflexiones efectuadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el siguiente sentido:

*"Para abordar el estudio de esta imputación es necesario hacer alusión, primero, a la naturaleza del contrato adicional y a sus diferencias con las simples adiciones contractuales no llamadas a agregar algo nuevo al objeto inicialmente convenido.*

*La ley 80 de 1993 prevé que los contratos que celebren las entidades estatales no podrían adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial. Ahora para saber si frente a un caso determinado existe "adición del contrato" en cuanto al valor estipulado en él, es preciso diferenciar las diferentes modalidades de pago que pueden ser pactadas en un contrato de obra pública, distinguiéndose las atinentes, al precio global o precio alzado, los precios unitarios, la Administración delegada, la concesión, la llave en mano o cualquier otra forma mixta que quieran acordar las partes. El contrato a precio fijo como lo señalaba el anterior Estatuto Contractual decreto ley 222 de 1983 (el nuevo no lo define) es aquel en el "( ) que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija, en la cual están incluidos sus*

---

<sup>28</sup> Sobre este asunto, de manera amplia y detallada, puede consultarse ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, volumen II, Parte Especial, Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 256-279.

honorarios, y es el único responsable de la vinculación del personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos ( )”.

La doctrina advierte<sup>29</sup> que si se acuerda suma fija como remuneración no puede modificarse dicho pacto “( ) salvo que llegaren a darse circunstancias que justifiquen la celebración de un nuevo acuerdo de voluntades o contrato adicional que modifique el precio pactado” y que en caso de acordarse ajustes de precios, ello no implica un cambio sino una simple actualización del precio.

En tanto que las restantes modalidades de pago, a precio indeterminado pero determinable, el precio estipulado en el contrato se constituye en un simple cálculo sobre el valor probable del mismo, no obligatorio para las partes, destacándose por ser pertinente para este estudio el contrato pactado a precios unitarios.

El contrato a precio unitario fue definido también en el anterior Estatuto Contractual como aquel en el que “( ) se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije” (art. 89 dctr. 222/83).

Teniendo en cuenta lo anterior, no puede confundirse como lo ha sostenido en varias oportunidades la Sala, **la adición del contrato** a través de la añadidura de obras que no forman parte del objeto contractual inicialmente convenido, **de las simples modificaciones a las cantidades de obra ejecutadas en un contrato pactado a precios unitarios** las cuales fueron contratadas pero su estimativo inicial sobrepasó los cálculos efectuados inicialmente durante la ejecución del contrato. Se destaca al respecto el fallo proferido el día 18 de julio de 2002<sup>30</sup>, en el cual se diferenció entre el concepto de obras adicionales y mayores cantidades de obra ejecutada:

“Para la Sala no es claro si tales obras son realmente obras adicionales o corresponden más bien a mayores cantidades de obra ejecutada, circunstancia que no puede ser desconocida puesto que unas y otras obedecen a hipótesis distintas y, por ende, adquieren implicaciones jurídicas propias. En efecto, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, **la mayor cantidad de obra ejecutada supone que ésta fue contratada** pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una ‘prolongación de la prestación debida’, **sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual**. Esta situación justifica que en determinados casos se celebren contratos adicionales, o que, si esto no ocurre, se restablezca la ecuación contractual ya sea al momento de liquidar el contrato, o a través, de la acción judicial

---

<sup>29</sup> Nota original de la sentencia citada: El Contrato Estatal de Obra. Álvaro Escobar Henríquez. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Págs. 84 y sgs.

<sup>30</sup> Nota original de la sentencia citada: Expediente 22.178. Actor: Unión Temporal Hidrocaña. En el mismo sentido ver fallo dictado el día 22 de abril de 2004. Radicación: 07001-23-31-000-1997-0132-01. Actor: JOSÉ TOMAS ARIAS PINZÓN. Demandado: Municipio de Arauca. Referencia: No. interno: 14.292.

*correspondiente, a condición, claro está, de que si el contrato fue liquidado por las partes de común acuerdo, el contratista se haya reservado el derecho a reclamar por ello. En cambio, la **realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas**, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria. Por tal razón, si para éstas no se celebra contrato adicional, ni son reconocidas al momento de liquidar el correspondiente contrato, su reclamación resulta procedente en virtud del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa, para lo cual debe acudir a la acción de reparación directa. En este caso se puede concluir, que el pago que se reclama corresponde realmente a mayores cantidades de obra ejecutada, y no a obras adicionales”<sup>31</sup> (negrillas en el texto original).*

Lo expuesto deja claro que, tratándose de contratos de obra en los cuales la forma de pago elegida por las partes es el sistema de precios unitarios —como aconteció en el caso concreto del contrato OPR-25-0-96 celebrado entre el municipio de Quibdó y el aquí demandante—, no toda modificación introducida en relación con las cantidades de obra requeridas y con el que a la postre será el valor final del contrato, supone una mutación del contenido original del negocio, comoquiera que ofrecer cierta flexibilidad a las partes en relación con la ejecución real de la obra contratada constituye, precisamente, la finalidad de la modalidad de pago elegida; empero, cuando la clase de variaciones realizadas o introducidas en el objeto contractual realmente comporte la incorporación de exigencias, de factores o de elementos nuevos, no previstos en el negocio original, las correspondientes mutaciones trascienden los alcances y las posibilidades de la forma de pago prevista y requerirán la celebración de contratos adicionales y/o el ejercicio de la potestad de modificación unilateral del negocio jurídico.

Esto último es, precisamente, lo que ocurrió en el asunto *sub judice*, en relación con el oficio fechado el 10 de marzo de 1997, mediante el cual el Secretario de Obras Públicas del municipio de Quibdó le manifestó al contratista —aquí demandante— que *"debe acometer la obra en el nuevo sitio indicado por el Interventor"*; la variación del lugar en el cual debían ser ejecutadas las obras necesarias para el *"mejoramiento del sistema de acueducto en Guayabal, de acuerdo con los planos y especificaciones suministradas por la Secretaría de Obras Públicas del Municipio"* —cláusula primera del contrato—, lejos de constituir una mera variación de los *"precios unitarios y cantidades de obra"* pactados en la cláusula segunda del negocio, supuso una trascendental mutación en el objeto del contrato, de hondas consecuencias tanto en la ecuación financiera del mismo como en el alcance y contenido de las obligaciones a cargo del contratista, especialmente si se toman en consideración las dificultades y disimilitudes existentes entre el emplazamiento inicial de los trabajos y la ubicación que, de acuerdo con los informes rendidos por la propia Entidad Estatal demandada y obrantes en el expediente, sería menester darle a las obras para que cumplieran con su cometido de permitir el suministro de agua a los moradores del lugar —documentos relacionados en las letras g) e i) del acápite de pruebas del presente proveído—.

---

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de julio de 2004; Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-2002-1164-02(AP); Actor: César Augusto Rodríguez Piedrahita y otro.



Por consiguiente, a pesar de que en el multicitado contrato OPR-25-0-96 la forma de pago pactada fue el sistema de precios unitarios, la modificación al contenido del negocio jurídico que introdujo la Administración contratante a través del referido oficio fechado el 10 de marzo de 1997, mediante el cual el Secretario de Obras Públicas del municipio de Quibdó informó al contratista que debía realizar las obras en un lugar diferente del inicialmente convenido, entraña una mutación del objeto contractual que va más allá de la flexibilidad permitida por el mecanismo establecido en el clausulado del negocio para remunerar al contratista particular, consideración que reafirma la conclusión ya adoptada dentro del presente pronunciamiento en el sentido de que el varias veces mencionado oficio del 10 de marzo de 1997 constituye un acto administrativo, mediante el cual el municipio de Quibdó modificó unilateralmente el contenido del contrato OPR-25-0-96.

#### 2.5.2 Naturaleza jurídica y grado de cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en desarrollo del contrato OPR-25-0-96.

En criterio de la Sala, la naturaleza de las obras a cuya realización se comprometió el señor José Fulgencio Mosquera en virtud de lo estipulado en la cláusula segunda del contrato OPR-25-0-96 —construcción de una caseta de bombeo, de una bocatoma, de un desarenador, de un tanque de almacenamiento, de un tanque elevado e instalación de bombas eléctricas, con el propósito de mejorar el sistema de acueducto del corregimiento de Guayabal, en el municipio de Quibdó—, además de la estipulación de un valor a pagar al contratista bajo el sistema de precios unitarios, determinan que, por los elementos esenciales y por la función económico-social del negocio jurídico celebrado, éste corresponde al tipo de los del contrato de obra, consagrado en el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues se trata de la realización de los aludidos trabajos, por parte del contratista, para ser incorporados en y modificar sustancialmente las características de un bien inmueble.

Precisado lo anterior y ya en lo atinente al cumplimiento que las partes dieron a las obligaciones que asumieron en virtud del referido vínculo contractual, debe resaltarse que en el expediente se encuentra demostrado que la entidad contratante cumplió con la obligación que asumió —cláusula quinta del contrato— de entregar al contratista un anticipo "*hasta por el cincuenta por ciento (50%) del valor básico de este contrato*", lo cual debía ocurrir "*con posterioridad a la aprobación de las garantías, previa expedición del registro presupuestal definitivo*"; la anotada obligación de entrega del anticipo fue satisfecha el día 2 de octubre de 1996, según consta en el acta respectiva que da cuenta de la entrega al contratista, por parte del municipio de Quibdó, de la suma de once millones de pesos (\$11'000.000,00), equivalente al cincuenta por ciento del valor total inicial del contrato —fl. 93, c. 1— y, con base en ello, se suscribió el acta de iniciación de obra, el día 7 de octubre del mismo año —fl. 92, c. 3—.

Así pues, debía empezar a computarse el plazo de ejecución de la obra de conformidad con lo estipulado en la cláusula séptima del convenio, por cuya virtud "*el CONTRATISTA se obliga a terminar las obras objeto del contrato en sesenta (60) días contados a partir de la fecha de pago del anticipo, previa expedición del registro presupuestal definitivo*"; el anotado registro presupuestal fue realizado el 6 de septiembre de 1996, de suerte que se encontraban dadas todas las circunstancias previstas en el contrato como requisitos para el inicio de su ejecución, por manera que el contratista debía entregar las obras debidamente culminadas a más tardar el día 2 de diciembre de 1996, fecha en la cual expiró el plazo de ejecución del contrato, de acuerdo con las previsiones anteriormente referidas.

Sin embargo, no obra en el expediente elemento acreditativo alguno que permita evidenciar que la obra fue entregada y/o puesta a disposición de la entidad contratante antes del vencimiento del plazo en cuestión y sólo se tiene noticia de lo que pudo ocurrir en desarrollo del objeto contractual con base en lo expresado por el interventor del contrato en oficio fechado el 3 de marzo de 1997 y dirigido al Secretario de Obras Públicas de Quibdó —fl. 77, c. 1; documento citado en la letra g) del acápite de pruebas del presente pronunciamiento— en el cual expresó que el 28 de febrero de 1997 realizó una visita al lugar de los trabajos y constató que la obra estaba en proceso constructivo, que la bocatoma que venía construyéndose colapsó y se partió en dos por causas que no se pudieron establecer de modo incontestable —aunque en el oficio se menciona la posibilidad de la incidencia de un sismo, la falta de precisión o adecuación de los diseños a la zona de los trabajos o incluso la acción de moradores de dicha zona que taparon el tubo de lavado—; sin embargo, el interventor precisó que, a la fecha del citado informe, la obra no había sido recibida, cuadro de circunstancias reiterado en el oficio del 16 de mayo de 1997, suscrito por el Secretario de Obras Públicas de Quibdó y por el mismo interventor del contrato —fl. 79, c. 1; documento referido en la letra i) del acápite de pruebas del presente pronunciamiento—.

No fue recaudado en el expediente elemento probatorio adicional alguno —testimonial, documental, pericial o de otra índole— que permita establecer qué ocurrió dentro del plazo de ejecución del contrato para que el contratista no cumpliera con la obligación a su cargo consistente en entregar las obras finalizadas antes del 2 de diciembre de 1996; cuáles fueron las causas del colapso de la bocatoma que se encontraba en proceso de construcción y en qué medida la falta de adecuación e idoneidad de los diseños y planos elaborados por la Entidad Estatal contratante —circunstancia reconocida por el propio municipio de Quibdó en los dos oficios a los cuales se viene de hacer alusión, en los que expresamente se reconoce que tales diseños iniciales *"no se ajustaban a la realidad"* o fueron copiados de la cartilla de obras del departamento de Antioquia, que incluye diseños que *"han sido hechos con base a una región que no tiene las mismas características de la nuestra"*— pudieron incidir en el colapso de la bocatoma y/o en la falta de entrega oportuna de la misma.

Así las cosas, no existe en el plenario prueba de que el contratista hubiere hecho entrega —total o parcial— de las obras incluidas en la cláusula segunda del contrato, ni dentro de su plazo de ejecución, ni con posterioridad al vencimiento de dicho término; tampoco está demostrado que el contratista hubiere justificado ante la entidad contratante en qué invirtió el anticipo que oportunamente le fue entregado, de igual modo que no acreditó la entidad accionada haber realizado pagos o entrega de dinero adicional a la llevada a cabo por concepto de anticipo, en desarrollo del multicitado contrato OPR-25-0-96.

## **2.6 Análisis de la legalidad de los actos administrativos demandados.**

A continuación la Sala se ocupará de examinar la legalidad **(i)** de la Resolución No. 695 del 5 de junio de 1997, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato estatal OPR-25-0-96 celebrado entre el municipio de Quibdó y el señor José Fulgencio Mosquera y **(ii)** del oficio fechado el 10 de marzo de 1997, mediante el cual el Secretario de Obras Públicas del municipio de Quibdó modificó unilateralmente el contenido del referido contrato estatal.

2.6.1 Sobre la legalidad de la inclusión en el clausulado del contrato OPR-25-0-96 y del ejercicio en desarrollo del mismo, de las potestades excepcionales de modificación unilateral y de declaratoria de caducidad administrativa del negocio jurídico.

En el marco jurídico aplicable a los contratos estatales resulta menester deslindar los diversos supuestos a los cuales da lugar lo preceptuado en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en punto de la inclusión de potestades excepcionales en el contenido de la relación negocial, habida cuenta de que el cumplimiento tanto de los fines del Estado de que trata el artículo 2º de la Constitución Política, como de los objetivos de la contratación estatal consagrados en el artículo 3º del Estatuto Contractual, naturalmente en concordancia con los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa según lo prevé el artículo 209 constitucional, así como con el deber de acatamiento a las normas que gobiernan los asuntos presupuestales y a las que regulan las competencias de los servidores públicos, todo ello da lugar a la identificación de diversos escenarios en los cuales se habilita o incluso se obliga a las entidades estatales contratantes tanto a estipular cláusulas excepcionales, como a ejercer esas potestades o prerrogativas especialísimas, según el caso, regulación que, naturalmente, comporta límites importantes para la autonomía de la voluntad de quienes concurren como partes a la celebración y ejecución de determinados contratos de Derecho Público.

Acerca de los fines de la contratación estatal, la Corte Constitucional ha señalado que

*“[E]l fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado”<sup>32</sup>.*

A su turno, el precitado numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

*“Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

*(...)*

*2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes*

---

<sup>32</sup> Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2009, Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.

*del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.*

*Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignent expresamente.*

*Parágrafo. En contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral segundo de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”*

De acuerdo con la norma legal transcrita, a propósito del ejercicio de las facultades excepcionales, los contratos estatales pueden clasificarse en cuatro (4) grupos bien diferenciados: **i)** contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias; **ii)** contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas; **iii)** contratos estatales en los cuales se encuentra prohibido incluir y, por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales y **iv)** todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados, en los cuales tampoco hay lugar a la inclusión y menos al ejercicio de tales potestades excepcionales.

Acerca de esta manera de agrupar los contratos estatales se ocupó la Sección Tercera del Consejo de Estado en oportunidad anterior, según lo refleja el pronunciamiento cuyos apartes relacionados con el tema en estudio se transcriben a continuación:

***“6.2. Las cláusulas exorbitantes en la ley 80 de 1993. En particular, su pacto e imposición en contratos para los cuales no existe autorización de la ley.***

*Según se anotó en los antecedentes del proceso, el municipio declaró la caducidad del contrato celebrado con la sociedad Asesoramos SCA., poder exorbitante que fue pactado en la cláusula quinta del contrato.*

*Advierte la Sala que, en vigencia de la ley 80 de 1993, norma bajo la cual se suscribió el presente contrato, existen tres grupos de contratos en torno a los cuales el régimen de dichos poderes exorbitantes es diferente.*

***En el primer grupo se encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas; -son las denominadas “cláusulas virtuales”-. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el de obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del***

*Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal*<sup>33</sup>.

*Al segundo grupo pertenecen los contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula. A este grupo pertenecen, según el parágrafo del art. 14 de la ley 80 "... los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales..."*

*El tercer grupo lo integran los contratos en los cuales la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, de manera que la falta de estipulación significa que los poderes exorbitantes no existen. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro*<sup>34</sup>.

*Es importante señalar, en relación con éste último grupo, aunque resulta obvio, que el acuerdo correspondiente sólo puede favorecer a las entidades estatales, es decir, que no es posible pactar tales poderes en favor del contratista.*

*Esta última hipótesis hace evidente una característica especial de los poderes exorbitantes que en ella se contienen; en efecto, sólo en estos dos tipos de contratos la ley autoriza a las partes del contrato a negociar la inclusión de los mismos, de manera que su existencia no deviene, en forma "inmediata", de la ley, como ocurre con el primer grupo de contratos, sino de manera "mediata", porque si las partes no llegan a un acuerdo sobre la inclusión de dichos poderes, la ley no suple el vacío, y, por consiguiente, los mismos no existirán en el caso concreto.*

*Esta posibilidad abre un espacio al principio de la autonomía de la voluntad, en un tema donde la tradición administrativa había entendido que exclusivamente la ley, no las partes del contrato, podía disponer la inclusión de las cláusulas exorbitantes, sin perjuicio de que el origen de las potestades propias de tales cláusulas provenga siempre de la ley, en unos casos, porque las impone y, en otras, porque simplemente la autoriza.*

---

<sup>33</sup> Nota original de la sentencia citada: Al respecto dice el numeral 2 del artículo 14 de la ley 80: "2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los **contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.** En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión." (Negritas fuera de texto).

<sup>34</sup> Nota original de la sentencia citada: Dice el numeral 2 del artículo 14 que "Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios."

*En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales.*

*Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones:*

*De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.*

*De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios<sup>35</sup>.*

Trayendo los anteriores planteamientos al asunto *sub judice* y claro como se ha dejado que el contrato No. OPR-25-0-96, celebrado entre el municipio de Quibdó y José Fulgencio Mosquera fue realmente de obra, resulta indubitable que en el mismo las partes se encontraban en la obligación de pactar las cláusulas excepcionales de caducidad, interpretación, modificación y terminación unilaterales, de acuerdo con lo preceptuado de manera imperativa por el artículo 14-2 de la Ley 80 de 1993, comoquiera que dicho tipo contractual debe ser ubicado en el primero de los cuatro grupos a los cuales se acaba de hacer alusión; sin embargo, revisado el clausulado del negocio jurídico en el cual se origina el litigio que ahora se examina, rápidamente se advierte que no existe en él estipulación alguna contentiva de las mencionadas potestades excepcionales, circunstancia que determina, según se dejó expresado, que dichas potestades en todo caso deben reputarse incorporadas en el cuerpo del negocio jurídico por expreso ministerio de la ley.

Síguese de lo anterior que, en el asunto *sub examine*, los demandados oficio sin número del 10 de marzo de 1997 dirigido al aquí demandante por el Secretario de Obras Públicas de Quibdó y la Resolución No. 695 del 5 de junio de 1997, podían válidamente dar cuenta de la adopción de sendas decisiones sustentadas en las potestades de modificación unilateral y de declaratoria de caducidad del contrato estatal consagradas en los artículos 16 y 18 de la Ley 80 de 1993, respectivamente, pues tales facultades, a pesar de no haber sido pactadas de modo expreso en el contrato OPR-25-0-96, forman parte del contenido del mismo

---

<sup>35</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006; Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación: 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832).

*ex lege*, por manera que podían ser legítimamente ejercidas por la entidad contratante en el presente caso.

## 2.6.2 La potestad excepcional de declaratoria de caducidad del contrato estatal.

### *2.6.2.1 Naturaleza sancionatoria de la facultad de declarar la caducidad administrativa del contrato estatal.*

Por cuanto respecta a la potestad de *declarar la caducidad del contrato estatal*, tanto la Sección Tercera del Consejo de Estado como esta misma Subsección se han ocupado de identificar las particularidades, los presupuestos de aplicación y los específicos alcances de cada una de las modalidades que puede revestir la genéricamente denominada potestad de la entidad estatal contratante para dar por culminado, de manera unilateral, el contrato estatal respectivo<sup>36</sup>. Y es que al regular de manera especial los contratos que celebran las entidades estatales, el legislador ha determinado, a través de muy variados eventos y con importantes diferencias en cuanto a sus efectos, la procedencia de la terminación o finalización de la respectiva relación por decisión unilateral que podrá o deberá, según cada caso, ser adoptada por la respectiva entidad contratante.

Esa potestad legalmente atribuida a la entidad estatal contratante para dar por terminado unilateralmente el vínculo negocial —en diferentes circunstancias, bajo diversos presupuestos y con distintos efectos— constituye un instituto jurídico —aún en las varias modalidades que puede revestir, según se referirá enseguida— sustancialmente disímil tanto de la figura de la *revocación unilateral* del negocio —asimilable en sus efectos a la terminación unilateral de la obligación, la cual se ha contemplado como una manera indirecta de proceder a la extinción de ésta, por ministerio de la ley, para cierto tipo de contratos en los cuales se erige como elemento indispensable la confianza recíproca de las partes, como ocurre, por vía de ejemplo, en los contratos de mandato<sup>37</sup>, de arrendamiento de servicios inmateriales<sup>38</sup> o de confección de obra material<sup>39</sup>—, como de la atribución de terminar anticipadamente el respectivo contrato estatal originada —en los casos en los cuales ello resulta jurídicamente viable<sup>40</sup>— en una estipulación o en un

---

<sup>36</sup> En idéntico sentido al de la exposición que se llevará a cabo a continuación, pueden verse los siguientes pronunciamientos de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: sentencia del 2 de mayo de 2007; Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00339-01(15599); sentencia del 18 de marzo de 2010; Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390). Recientemente, sobre este mismo asunto, se pronunció esta Sala. Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A; sentencia del 9 de mayo de 2012; Radicación: 85001233100020000019801; Expediente: 20.968; Actor: Luis Carlos Pérez Barrera; Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

<sup>37</sup> Código Civil, artículo 2189 y artículo 1279 C.de Co.

<sup>38</sup> Código Civil, artículo 2066.

<sup>39</sup> Código Civil, artículo 2056.

<sup>40</sup> Sobre el punto atinente a la identificación de aquellos tipos de contrato respecto de los cuales resulta jurídicamente admisible la inclusión de la referida estipulación, así como la de aquellos otros en relación con los cuales dicha opción se encuentra normativamente vedada, así como, en general, un análisis de la naturaleza jurídica, contenido y alcances de la facultad convencionalmente establecida de terminar de manera unilateral el vínculo negocial, puede verse el reciente pronunciamiento de la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, contenido en la sentencia del 9 de mayo de 2012; Radicación: 85001233100020000019801; Expediente: 20.968; Actor: Luis Carlos Pérez Barrera; Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

convenio de naturaleza eminentemente contractual, pacto con fundamento en cuya celebración alguna o todas las partes del respectivo convenio, incluyendo al propio contratista particular, quedan habilitadas para adoptar, de manera unilateral, la decisión de ponerle fin al vínculo contractual antes de que se agote su objeto o expire el término que las partes del contrato tuvieron como norte al momento de proceder a su celebración o conclusión.<sup>41</sup>

Pero de modo específico en lo atinente a la potestad legalmente atribuida de terminar de manera unilateral el negocio jurídico, las diversas previsiones legales que se ocupan de regular la materia permiten identificar la terminación unilateral de los contratos estatales como un género, dentro del cual, a su turno, pueden distinguirse algunas especies, las cuales, como es natural, participan de ciertas notas comunes sin que ello signifique que puedan confundirse como una sola y única figura, puesto que, a la vez, son muchos y muy variados los aspectos que las diferencian entre sí.

Dentro del aludido género de la terminación unilateral de los contratos estatales por determinación de la entidad contratante, se encuentran las siguientes especies o modalidades de la figura:

*i).*- La terminación unilateral propiamente dicha, regulada por el artículo 17 de la Ley 80;

*ii).*- La declaratoria de caducidad administrativa del contrato, y

*iii).*- La terminación unilateral a cuya aplicación hay lugar cuando se configuran algunas causales de nulidad absoluta respecto del contrato estatal correspondiente, de conformidad con las previsiones del inciso 2º del artículo 45 de la misma Ley 80.

Como aspectos comunes a todas esas figuras se pueden señalar, entre otros, **a)** el hecho de que en todos esos casos es la ley la que consagra, de manera expresa, la facultad para que la entidad estatal contratante pueda realizar su declaración; **b)** cada una de esas figuras produce, en principio, el mismo efecto, consistente en poner fin al respectivo contrato estatal, como quiera que el objeto de todas ellas es, precisamente, el de dar por terminado el contrato estatal en cuestión; **c)** como corolario obligado de la característica anterior, se impone destacar que la terminación unilateral del contrato en cualquiera de sus modalidades, por razones de lógica elemental, sólo es posible aplicarla en relación con contratos vigentes, puesto que resulta ontológicamente imposible dar por terminado un contrato que ya hubiere finalizado con anterioridad; **d)** la declaratoria correspondiente, en cuanto debe ser adoptada por una entidad estatal en desarrollo de su actividad contractual, constituye un verdadero acto administrativo de naturaleza contractual; **e)** como obvia consecuencia de la nota anterior, cabe indicar que en todos esos casos el respectivo acto administrativo que pone fin a un contrato estatal de manera unilateral, será pasible de control judicial en virtud de la acción de controversias contractuales, cuyo ejercicio deberá realizarse dentro del término de caducidad establecido en la ley; **f)** una vez ejecutoriada la decisión administrativa que dispone o determina la finalización unilateral del correspondiente contrato estatal, será necesario proceder a la liquidación<sup>42</sup> del contrato estatal en cuestión.

---

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2012; Radicación: 85001233100020000019801; Expediente: 20.968; Actor: Luis Carlos Pérez Barrera; Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

<sup>42</sup> Acerca de la liquidación de los contratos estatales y sus diferencias con la terminación de los mismos, así como acerca de las variadas modalidades de liquidación (bilateral, unilateral o judicial),



Sin embargo, como ya se dejó señalado, las referidas especies del género de la "terminación unilateral de los contratos estatales" también se diferencian significativamente entre sí con base en particularidades que fácilmente se pueden derivar de los aspectos propios de la regulación normativa inherente a cada una de ellas<sup>43</sup>; de tales especies, la única que tiene naturaleza sancionatoria es la potestad de declaratoria de la **caducidad administrativa del contrato**, figura cuyo efecto primero consiste en poner fin, de manera anticipada, a la correspondiente relación contractual en virtud de la declaración unilateral que en tal sentido realiza la entidad estatal contratante cuando se configuran las hipótesis fácticas —infracciones— consagradas para ello en las normas legales respectivas<sup>44</sup>.

Cuando hay lugar a la declaratoria de caducidad administrativa, como lo dispone perentoriamente la ley —artículo 18 de la Ley 80 de 1993— "*... no habrá lugar a*

---

oportunidades para su realización y demás aspectos relacionados con la liquidación de los contratos estatales, se encuentra el pronunciamiento que realizó la Sección Tercera del Consejo de Estado, contenido en la sentencia de diciembre 4 de 2006, proceso número 15239, radicación R-0507, actor DATA BASE SYSTEM LTDA.

<sup>43</sup> Para examinar tales diferenciaciones, puede verse, entre otras, la sentencia de esta Subsección A, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 16 de agosto de 2012; Expediente No.: 22.822.

<sup>44</sup> Las principales disposiciones legales que hoy consagran y prevén la aplicación de la caducidad administrativa en los contratos estatales son las siguientes:

- Artículo 18 de la Ley 80: *... la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado [se refiere al contrato estatal] ...* en los casos en que se presente "*... alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidenci[e] que puede conducir a su paralización ...*".
- El numeral 5 del artículo 5 de ese mismo estatuto de contratación estatal, prohíbe a los contratistas particulares que accedan "*... a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho*", al tiempo que les impone el deber de informar de inmediato sobre la ocurrencia de esos hechos, ante las autoridades competentes. A ello agrega, la norma legal en cita, que "*[e]l incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaración de caducidad del contrato*".
- Los artículos 90, 91, 92, 93, 94 y 95 de la Ley 418, proferida en el año de 1997, comúnmente conocida como *Ley de orden público*, cuya vigencia fue prorrogada inicialmente por espacio de tres años mediante la Ley 548, adoptada en el año de 1999, posteriormente prorrogada por cuatro (4) años más mediante la Ley 782, promulgada en el año 2002 y por espacio de cuatro (4) años adicionales de conformidad con lo que dispuso la Ley 1106, expedida en el año 2006, contienen múltiples y variadas disposiciones en virtud de las cuales se autoriza e incluso se ordena la declaratoria de caducidad administrativa de cualquier contrato celebrado por una entidad pública cuando el contratista incurra en conductas, previstas en esas mismas normas, que determinen su participación, colaboración, financiación o cualquier otra forma de auxilio para con los grupos armados organizados al margen de la ley.
- El artículo 61 de la Ley 610, expedida en el año 2000, prevé que las contralorías deben solicitar a la autoridad administrativa correspondiente, esto es a la entidad estatal contratante, que declare la caducidad del contrato en el cual se encuentre vinculado el contratista particular que hubiere sido declarado fiscalmente responsable.
- La Ley 789, expedida en el año 2002, por medio del párrafo 2º de su artículo 50, según el texto hoy vigente, modificada por el artículo 1º de la Ley 828, dictada en el año 2003, determina de manera imperativa que si durante la ejecución de cualquier contrato celebrado por una entidad estatal o a la fecha de su liquidación, se observe la persistencia, por cuatro (4) meses, del incumplimiento del contratista particular respecto del pago de los aportes parafiscales que constituyen sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral (sistema de salud, pensiones, riesgos profesionales, aportes al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar) , "*... la entidad estatal dará aplicación a la cláusula excepcional de caducidad administrativa*".

*indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley*”, por lo cual una vez se encuentra en firme la declaratoria de caducidad administrativa, para el contratista que hubiere dado lugar a su declaratoria se genera una inhabilidad que, por una parte, le impedirá, por espacio de cinco (5) años, participar en licitaciones o concursos ante cualquier entidad estatal así como celebrar contratos con cualquiera de dichas entidades estatales —artículo 8-1-c, *ídem*— y, por otra parte, lo obligará a ceder los contratos estatales que ya hubiere celebrado o a renunciar a su participación en los mismos si dicha cesión no fuere posible —artículo 9, *ibídem*—.

De este modo y por vía de ejemplo, mientras la terminación unilateral prevista en el artículo 17 del Estatuto Contractual carece de contenido afflictivo —pues no conlleva sanción ni inhabilidad alguna para el contratista afectado; se sustenta en causales que no guardan relación con el incumplimiento por parte de éste y puede dar lugar a que a él se le deba reconocer indemnización de perjuicios<sup>45</sup>—, por su parte la caducidad administrativa claramente sí constituye una sanción que, además de poner fin a la relación negocial, excluye la posibilidad de indemnización para el contratista y le genera las inhabilidades que establece la ley, comoquiera que a la adopción de dicha medida solamente da lugar el incumplimiento del cocontratante de la Administración<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> La terminación unilateral del contrato propiamente dicha se encuentra regulada, en lo sustancial, en los artículos 14 y 17 de la Ley 80, de conformidad con los cuales se trata de una institución a la cual pueden acudir las entidades estatales para efectos de desarrollar las funciones que expresamente les atribuye la ley, consistentes en tener “... *la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato*”, con “... *el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación ...*” de los mismos; esta figura únicamente puede tener aplicación tratándose de aquellos tipos contractuales incluidos en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 (esto es: a) “*en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal*”; b) en los contratos que tengan por objeto “*la prestación de servicios públicos*”; c) en los contratos que tengan por objeto “*la explotación y concesión de bienes del Estado*” y d) “*en los contratos de obra*”, en cuanto en todos ellos resulta imperativa la inclusión de la cláusula excepcional de terminación unilateral; así mismo podría aplicarse en aquellos f) “*contratos de suministro*” y g) contratos “*de prestación de servicios*”, en los cuales se hubiere incluido expresamente esa cláusula excepcional, como quiera que en estos dos (2) últimos supuestos dicha estipulación resulta facultativa).

Tal como lo ordena el inciso 2º del numeral 1º del citado artículo 14 de la Ley 80, cada vez que una entidad estatal ejerza esta potestad excepcional de terminación unilateral “... *deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de la compensación e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial*”; dicha potestad, además, sólo puede ejercerse en los eventos en los cuales concurra alguna de las causales expresamente consagradas en el artículo 17 de la Ley 80, esto es: “*1º Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga; 2º Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista; 3º Por interdicción judicial o declaratoria de quiebra del contratista; 4º Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato*”.

<sup>46</sup> Cuando hay lugar a la declaratoria de caducidad administrativa, como lo dispone perentoriamente el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, “... *no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley*”, por manera que una vez se encuentra en firme el acto administrativo que declara la caducidad administrativa, se genera para el contratista que hubiere dado lugar a su proferimiento una inhabilidad que, por una parte, le impedirá, por espacio de cinco (5) años, participar en licitaciones o concursos ante cualquier entidad estatal así como celebrar contratos con cualquiera de dichas entidades estatales (artículo 8-1-c, Ley 80) y, por otra parte, lo obligará a ceder los contratos estatales que ya hubiere celebrado o a renunciar a su participación en los mismos, si dicha cesión no fuere posible (artículo 9, Ley 80). Una detallada relación de los distintos enunciados normativos que consagran eventos en los cuales procede la declaratoria de la caducidad administrativa de

Así lo entendió la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>47</sup>, que no dudó en reconocer el carácter evidentemente sancionatorio de la declaratoria de caducidad del contrato sustentada en el incumplimiento calificado del contratista:

*“Como quedó expuesto, la Sala en providencia de 24 de septiembre de 1998, al reflexionar sobre la garantía del derecho de defensa del contratista sostuvo:*

---

contratos estatales puede verse en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Radicación: 850012331000033901; Número interno: 15.599.

<sup>47</sup> En la misma dirección anotada, sostuvo lo siguiente la Sala en relación con los distintos supuestos en los cuales procedía declarar la caducidad administrativa del contrato en vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983:

*“En el caso concreto, las partes al pactar la caducidad recogieron lo previsto por la norma y en todo caso acordaron que la entidad se reservaba el derecho de hacer uso del ejercicio de la facultad extraordinaria cuando el incumplimiento del contratista hiciera imposible la ejecución del contrato o se causaran perjuicios a la entidad.*

*Cuando las entidades públicas celebran un contrato, si bien delegan en un particular la prestación de un servicio encaminado a la satisfacción del interés público, no se despojan ni renuncian a sus funciones administrativas, puesto que tienen la carga de garantizar a la comunidad la prestación regular, continua y eficiente de un servicio público. Esta razón justifica el ejercicio de las facultades excepcionales previstas por la ley, primero para preservar la preeminencia del poder de imperium del Estado y la satisfacción del interés público, y segundo para garantizar el cumplimiento del objeto contratado. De tal manera que no podrá ser derogada por convenio entre los particulares, y entraña una fuerza jurídica de tal magnitud que la torna inalienable, irrenunciable, intransmisible e imprescriptible.*

*Contrario a lo que sucede hoy en día, en el régimen del 222 no solo el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista daba lugar a la imposición de esta sanción, pues, tal decisión también obedecía por la muerte del contratista, su incapacidad física, la interdicción judicial, la disolución de la persona jurídica, la incapacidad financiera que se presumía cuando se declaraba en quiebra, se le abría concurso de acreedores o era intervenido por autoridad competente, se retrasaba en el pago de salarios o prestaciones sociales o era embargado judicialmente. En buena hora la Ley 80 de 1993 restringe esta facultad, y permite a la Administración Pública declarar unilateralmente la caducidad del contrato por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecten seriamente la ejecución del objeto contractual. De esta suerte, se faculta a la entidad contratante para excluir definitivamente al contratista fallido y asumir directamente la construcción de la obra o la prestación del servicio, o confiarla a un tercero que reúna la idoneidad técnica y la solvencia económica o financiera necesaria para ejecutar las prestaciones encaminadas a la satisfacción del interés público*

*Con todo, el incumplimiento de las obligaciones debe ser de tal gravedad, que se pueda inferir la imposibilidad del contratista de ejecutar sus prestaciones dentro del plazo contractual y en ese sentido en ambos regímenes ha operado dicho criterio, pues, no cualquier falta imputable al contratista legitima a la entidad contratante para ejercer la sanción resolutoria.*

*Sin embargo, no solo el incumplimiento puede estar determinado por la imposibilidad del contratista de ejecutar sus prestaciones dentro del plazo contractual, pues bien podría el contratista suministrar los bienes objeto del contrato periódicamente de conformidad con el requerimiento hecho por la entidad, pero la calidad, condiciones y características propias de los elementos entregados podían no cumplir con las condiciones mínimas para su consumo” (subrayas fuera del texto original). Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de abril del dos mil cuatro (2004); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 25000-23-26-000-1993-8732-01(12852). En similar dirección puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de marzo de dos mil uno (2001); Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 05001-23-26-000-1988-4489-01(13415).*

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

#### **4. El Carácter sancionatorio que reviste la declaratoria de caducidad.**

*El carácter sancionatorio que reviste la declaratoria de caducidad del contrato estatal es algo que no puede ponerse en duda, ya que no sólo significa el aniquilamiento del contrato sino que comporta para el contratista la inhabilidad para celebrar contratos durante cinco (5) años (art. 8º lit. c) Ley 80 de 1993).*

*Si la declarativa de caducidad es el aniquilamiento de la relación contractual, es apenas obvio que una medida de tanta trascendencia en el contrato no se tome de manera sorpresiva para el contratista y se le brinde la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales.*

*Distinto sería el caso cuando el contratista incumplido al menos está advertido de las consecuencias de su proceder en cuanto la administración le haya dado a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento (requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas, avisos por faltantes, etc.), con lo cual la declaratoria de caducidad no siempre será intempestiva y permitirá un análisis particular de los antecedentes en cada caso”<sup>48</sup>.*

---

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de abril del dos mil cuatro (2004); Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 25000-23-26-000-1993-8732-01(12852). Igualmente destaca el carácter sancionatorio de la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, especialmente relacionándola con la inhabilidad que conlleva, el siguiente pronunciamiento: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre trece (13) de mil novecientos noventa y cuatro (1994); Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández; Radicación número: 9206. En este sentido, igualmente, se ha sostenido:

*“La cláusula de caducidad concebida como una potestad de la administración ante el incumplimiento del contratista de las obligaciones que para con ella contrae, está prevista por la ley y si la inhabilidad para poder contratar con el Estado es una sanción legal (art. 6º Código Civil), mal podría decirse que está en contradicción con el precepto constitucional que garantiza el derecho al trabajo. Se trata simplemente de una consecuencia jurídica señalada en la ley, en cuanto proviene del incumplimiento del contratista, pues no puede olvidarse que la contratación estatal busca el cumplimiento de los fines del Estado y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos”* (subrayas fuera del texto original). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999); Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 10196.

Pues bien, el rasgo distintivo e identificador de la potestad sancionatoria estatal es su carácter represivo, frente a la naturaleza esencialmente preventiva o restauradora del orden público de la decisión de policía o frente a la mera restricción de derechos o intereses legítimos como elemento común inherente a todas las demás modalidades de actividad administrativa limitadora de los mismos, distinción que cobra trascendencia en la medida en que tratándose de la imposición de sanciones resulta insoslayable el conjunto de garantías que informan el procedimiento administrativo sancionador.

En efecto, desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador, la imposición de una sanción presupone la existencia legal de la misma y de la infracción —actividad o conducta calificada por el ordenamiento, de manera previa, como ilícita—, así como su imputabilidad, a título de dolo o culpa, a un administrado. Adicionalmente y como se ha expresado ya, a los anteriores elementos suele añadirse el del carácter aflictivo de la sanción, en cuanto perjuicio jurídico impuesto a un individuo como consecuencia de una conducta previa suya, calificada como ilegal por el ordenamiento, que de esta manera reacciona en defensa del carácter vinculante de sus disposiciones frente al incumplimiento de las mismas, en el entendido de que la amenaza de coerción garantiza la eficacia del Derecho. Es por lo anterior que la doctrina, al esbozar un concepto de sanción, expresa que

*«[P]uede definirse como un mal jurídico que la Administración inflige a un administrado, responsable de una conducta reprehensible antecedente. Son penas en sentido técnico, impuestas por la Administración, utilizando sus prerrogativas y, por ello, por medio de actos administrativos ejecutivos, de modo que la realización de las sanciones es normal en todos los actos administrativos»<sup>49</sup>.*

En la anterior definición pueden identificarse los dos principales elementos integrantes del concepto: de un lado, el mal jurídico —contenido aflictivo—, consistente en la privación de un bien o de un derecho o de la expectativa lícita de obtenerlo<sup>50</sup>, que pone de presente la identidad de estructura entre la sanción administrativa y la pena impuesta judicialmente por la comisión de un delito; y, de otra parte, su carácter de consecuencia de una infracción previa, que lleva a considerar que infracción y sanción funcionan con unidad conceptual, como las

---

<sup>49</sup> CARRETERO PEREZ, Adolfo y CARRETERO SANCHEZ, Santiago, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª edición, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995, pp. 2-6, 172. En similar dirección marcha la definición que de la figura en comento proponen García de Enterría y Fernández Rodríguez: *«Por sanción entendemos aquí un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de pago de una multa...*

(...)

*Se distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; éstas, los Tribunales penales»* (subraya la Sala). Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, cit., p. 163.

<sup>50</sup> José Suay Rincón destaca el mismo punto aduciendo que el poder sancionador de la Administración es «tremendamente aflictivo» y su ejercicio «disminuye o debilita la esfera jurídica de los particulares» bien sea privándoles de un derecho —sanción interdictiva- o bien imponiéndoles un deber antes inexistente como el pago de una suma de dinero —sanción pecuniaria-. Cfr. SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas*, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 27.

partes de un todo. Esta es, precisamente, la característica que permite diferenciar una sanción de otro tipo de medidas restrictivas de derechos, intereses o meras expectativas del administrado, que no tienen dicha connotación por no venir precedidas del requisito de la infracción, como la denegación —o suspensión o “aplazamiento” o, incluso, revocación— de licencias o autorizaciones<sup>51</sup>. Unas y otras, eso sí, tanto sanciones administrativas como medidas restrictivas o limitativas de derechos, sólo pueden ser impuestas y/o adoptadas con plena y previa observancia de las garantías tanto formales como sustanciales conectadas con el principio/derecho fundamental al debido proceso.

Corolario, entonces, de la reafirmación de la naturaleza sancionatoria de la potestad administrativa de caducar el contrato estatal con fundamento en el marco normativo contenido en la Ley 80 de 1993 —en el cual la adopción de la decisión en comento debe venir precedida de la incursión, por parte del contratista, en la correspondiente infracción y comporta unas consecuencias sensiblemente aflictivas o gravosas para el cocontratante particular de la Entidad Estatal—, lo constituye la conclusión en virtud de la cual los principios y los postulados que informan el Derecho Administrativo Sancionador resultan aplicables a todo evento en el que la entidad contratante se plantee el ejercicio de la aludida facultad y, en lo que al presente asunto interesa, especialmente dos exigencias consustanciales a esta suerte de actuaciones desarrolladas en ejercicio de *ius puniendi* estatal: **(i)** la obligación de instruir una actuación administrativa previa a la expedición del acto que resuelva de fondo sobre la imposición de la sanción, con el fin de respetar el debido proceso al afectado con la misma, de un lado y, de otro, **(ii)** el carácter imperativo de la carga de, por lo menos, notificar a éste último la correspondiente resolución que imponga la sanción dentro de los límites temporales de la competencia atribuida a la entidad contratante para proferirla, aunque lo deseable sería que dentro de dicho lapso se alcanzara la ejecutoria del pronunciamiento que resuelve de fondo la cuestión, como garantía de la seguridad jurídica y del derecho de defensa cuya eficacia debe procurarse a todo administrado.

*2.6.2.2 Obligación de instruir una actuación administrativa previa a la expedición del acto que declara la caducidad del contrato estatal, con el fin de respetar el principio/derecho fundamental al debido proceso.*

En consonancia con lo anterior, interesa llamar la atención respecto de una de las particularidades —de interés para el *sub iudice*— que entraña el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa y que permiten distinguir a ésta de otras modalidades de actividad de limitación de derechos por parte de la Administración:

---

<sup>51</sup> Es interesante la comparación realizada por los profesores Carretero entre la sanción y otras figuras; así, la distinguen de la denegación de licencias para ejercer una actividad, basándose en la sentencia del Tribunal Supremo de España, de 9 de junio de 1976, en la cual se expresa que dicha medida no es una sanción, habida cuenta de que puede revisarse cuando se acredite una modificación de las circunstancias que, de haberse presentado de la nueva manera al momento de la solicitud inicial, habrían motivado su denegación. También la diferencian de las medidas de policía —como la revocación de autorizaciones, cierre de locales y retirada de productos, que no consideran sanciones— con fundamento en dos criterios: uno formal, basado en que la distinción sea efectuada por la misma norma reguladora; y uno material, que responde a la finalidad de la medida: si es preventiva de una perturbación del orden, será de policía, si es represiva y causa un mal jurídico al infractor, habrá de reputarse sanción. E igualmente la distinguen de las medidas preventivas y de las reparaciones; de aquellas, en que dichas cautelas apuntan simplemente a procurar evitar que el individuo pueda obrar libremente y de éstas, en que no responden al principio de proporcionalidad sino al de resarcir íntegramente el daño causado. Cfr. CARRETERO PEREZ, Adolfo y CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 172-176.

la exención de actuación administrativa previa obligatoria que el inciso tercero del artículo primero del Código Contencioso Administrativo —Decreto 01 de 1984— efectúa en relación con las decisiones de policía administrativa que precisan de aplicación inmediata para preservar o restablecer el orden público<sup>52</sup>, no resulta aplicable a la imposición de sanciones administrativas, pues tratándose de éstas, dada su naturaleza represiva, su contenido aflictivo o de gravamen y su vinculación con la necesaria precedencia —tanto legal como fáctica— de una infracción, deben producirse —cuando hubiere lugar a ellas— como resultado del adelantamiento de una actuación administrativa en la que se respeten, a cabalidad, las garantías del debido proceso y el derecho de defensa, tal como lo preceptúan el artículo 29 de la Constitución Política y todas las disposiciones que, en el Código Contencioso Administrativo —y en cuerpos normativos que establezcan regímenes procedimentales especiales—, desarrollan el referido mandato constitucional.

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

Empero, hasta antes de la entrada en vigor del Decreto-ley 01 de 1984, brillaba por su ausencia la regulación de la actuación administrativa a observar con anterioridad a la expedición del acto administrativo, pues el Decreto 2733 de 1959 regulaba tan sólo el derecho de petición y la vía gubernativa, omitiendo referirse al procedimiento de formación de la decisión; con el advenimiento del citado Decreto-ley 01 de 1984, el derecho positivo colombiano señaló la obligatoriedad, para la Administración, de instruir un expediente que convierta el procedimiento administrativo previo a la toma de la decisión en un escenario verdaderamente participativo, al que puedan concurrir tanto aquellos que podrían verse directamente afectados con el contenido de la determinación, como los terceros interesados en las resultas de un trámite en particular y con el fin de que, a unos y a otros, se les garanticen el debido proceso y el derecho de defensa y además con el propósito de que, también a unos y a otros, les sea posible concurrir a y colaborar en el proceso de formación de la voluntad administrativa.

---

<sup>52</sup> La disposición mencionada preceptúa textualmente lo siguiente: "*Estas normas no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza, requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas*".

En similar dirección, el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1437 de 2011, norma evidentemente no aplicable al asunto *sub judice* pero que se trae a colación a título puramente ilustrativo, preceptúa: "*Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción*".

Sin duda la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991 y en particular de dos de sus disposiciones —los artículos 29 y 209— constituye una baza fundamental en la progresión que en la referida dirección ya venía evidenciándose, de manera que favoreció la consolidación del procedimiento administrativo como un espacio aún más propicio para garantizar la protección de los intereses generales y particulares, porque resultaba injustificable que en materia judicial se salvaguardaran, sin ambages, el derecho de defensa y el debido proceso, mientras que, en materia administrativa, tan caras garantías no tuvieran reconocida tal entidad, al menos no con la claridad que era deseable.

Lo anterior, de todas formas, no puede hacer perder de vista que el debido proceso administrativo debe coexistir con la necesidad y con la obligación, a cargo de la Administración, de asegurar la materialización de los principios de eficiencia, de economía, de celeridad y de eficacia en el cumplimiento de las tareas a su cargo, con miras a la satisfacción del interés general, circunstancia que le impone, en su cotidiano quehacer, la carga de llevar a cabo una adecuada ponderación entre tales intereses y propósitos, en aras de obtener una óptima gestión de lo público, en el marco de un procedimiento respetuoso de los derechos fundamentales. En la dirección anotada, esta Sala ha sostenido lo siguiente:

*“Lo anterior explica por qué, pese a que nuestro CCA reguló de modo general, los procedimientos administrativos, la administración -en algunas épocas y en determinados casos- impuso sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, y, en todo caso, se limitó a la observancia de aquellos derechos contemplados expresamente en el CCA, olvidando otros que, si bien no explicita dicho código, integran, sin duda, la aludida garantía.*

*Este estado “prebecariano” del procedimiento administrativo sancionador<sup>53</sup>, fue superado de manera plena con la nueva Carta Constitucional —art. 29—, aunque su desarrollo y determinación concretos debe hacerse caso por caso, para definir adecuadamente el espacio de cada uno de los derechos propios del debido proceso, aplicables en materia administrativa.*

*En este sentido debe destacarse —como lo señala Juli Ponce Solé— que el debido proceso, aplicado a la administración, garantiza dos cosas. De un lado, la administración queda mejor equipada para adoptar decisiones administrativas, pues “... facilita a priori la investigación y toma en consideración los datos e intereses relativos a un caso concreto... a fin de proceder a la ponderación para la adopción de las futuras decisiones adecuadas en su servicio de interés general...”<sup>54</sup>. De otro lado, contribuye a la legitimación de la*

---

<sup>53</sup> Nota original de la sentencia citada: Esta expresión es tomada de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández quienes dicen, comentando la precariedad y olvido en que se mantuvo el debido proceso administrativo, que “Históricamente esa separación de principios se mantuvo como derivada de una supuesta y nunca explicada ‘sustantividad’ de las sanciones administrativas.... se ha podido hablar, como uno de nosotros lo hizo en 1976, de la persistencia de un ‘Derecho represivo prebecariano’ esto es, anterior a todos los refinamientos técnicos que el acogimiento de los principios de BECCARIA ha supuesto para el derecho penal actual...” (Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Ed. Civitas. Sexta edición. 1999. Madrid. Pág. 163).

<sup>54</sup> Nota original de la sentencia citada: Ob. Cit. Pág. 114-115.



administración pública, pues en el modelo de estado actual ya no basta el qué o el cuánto de las cosas, sino el cómo de ellas, lo cual se garantiza con el procedimiento administrativo debido, es decir "... con un reforzamiento de la racionalidad procedimental: el procedimiento administrativo permite el análisis de los intereses envueltos en el caso concreto y la elaboración de razones que fundamentan la decisión final..."<sup>55</sup>.

Agrega este autor que el procedimiento permite la discusión pública, fomenta la existencia de una democracia deliberativa e influye en la legitimidad, desde la perspectiva de la equidad, con lo que incide favorablemente en el adecuado cumplimiento del deber de realizar una buena administración pública.

(...)

Lo anterior impone como desafío y tarea de la jurisprudencia administrativa, y también de la doctrina, para los próximos años, determinar el espacio propio y adecuado del derecho al debido proceso en cada uno de los diferentes -y también disímiles- procedimientos gubernativos, pues de eso dependerá el nivel de racionalidad administrativa que penetre en cada uno de ellos" (subrayas fuera del texto original)<sup>56</sup>.

A los enunciados argumentos de índole constitucional, doctrinal y jurisprudencial, ha de añadirse, para justificar que tratándose del ejercicio de la facultad de declarar la caducidad del contrato estatal debe respetarse el debido proceso y, consecuentemente, por lo menos, garantizarse de manera efectiva el derecho de audiencia del contratista particular antes de la adopción de la respectiva decisión, que existen contundentes razones arraigadas en el derecho positivo —a través de preceptos que constituyen preciso desarrollo de los artículos 29 y 209 constitucionales— que tornan imperativo garantizar, cuando menos, la audiencia del contratista, esto es la posibilidad real de ser escuchado, de brindar explicaciones, de aportar elementos de juicio e incluso pruebas así como controvertir las que pudieren ser utilizadas en su contra, todo antes de que se adopte la decisión sancionatoria en mención: el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 preceptúa que "en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales".

Tal remisión a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo comporta la obligatoriedad de observar, en las actuaciones contractuales, las exigencias que este último Estatuto formula en cuanto a la instrucción de actuaciones administrativas de toda índole, pero especialmente —en cuanto al presente caso interesa— tratándose de actuaciones iniciadas de oficio, en particular si se trata de alguna de aquéllas que puede conducir a la imposición de sanciones, como es el caso del ejercicio de la potestad excepcional de caducar un contrato estatal. Así pues, necesariamente debe aplicarse en esta materia lo que imperativamente establece el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, a cuyo tenor:

---

<sup>55</sup> Nota original de la sentencia citada: Ob. Cit. Pág. 123.

<sup>56</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de diez (10) de noviembre de dos mil cinco (2005); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 76001-23-31-000-1996-02184-01(14157); Actor: Carboneras Elizondo Ltda.; Demandado: Empresa Colombiana de Carbón Ltda. -Ecocarbón-.

*“Artículo 28. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.*

*En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35”<sup>57</sup> (subraya la Sala).*

En el anterior orden de ideas, nada relacionado con *“la finalidad y los principios”* de la Ley 80 hace pensar que los mismos resulten incompatibles con la regulación que el Código Contencioso Administrativo efectúa respecto de las actuaciones administrativas de oficio; al contrario, entre los principios y las finalidades del Estatuto Contractual también se encuentran el de transparencia y los demás que rigen la función administrativa —artículo 23 *ibídem*—, entre ellos, sin lugar a la menor hesitación, el debido proceso; ahora bien, tampoco se trata de exigir a las entidades estatales la instrucción de complejas y prolongadas actuaciones procedimentales previas a la adopción de la decisión que se comenta; por eso el artículo 28 C.C.A., preceptúa que las exigencias que formula en relación con las actuaciones administrativas iniciadas de oficio se aplicarán, **en lo pertinente**, junto con las reglas de los artículos 14, 34 y 35 *ejusdem*.

Por tanto, tratándose del examen que debe realizarse a efectos de dilucidar si procede, o no, declarar la caducidad de un contrato estatal, razonablemente bastará, en no pocas ocasiones, con que se comunique el inicio de la actuación administrativa correspondiente al respectivo contratista particular, para garantizarle su derecho de audiencia y que se le brinde una oportunidad real para ser oído, a continuación de lo cual puede procederse —salvo que, por vía de ejemplo, resultare ineludible el recaudo de algún elemento probatorio— a adoptar la determinación que corresponda. Pero la omisión de esta mínima garantía procedimental, sin duda, compromete la legalidad de la decisión sancionatoria que posteriormente se adopte, máxime si se repara en su anotado carácter sancionador.

La jurisprudencia de esta Sección ya se ha ocupado de analizar detenidamente el tema en cuestión, bajo el entendido de que *“no es materia de discusión que el debido proceso consagrado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, y que implica, entre otros aspectos, el derecho de ser*

---

<sup>57</sup> La referidas disposiciones del Código Contencioso Administrativo establecen lo siguiente:

*“Artículo 14. Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz.*

*En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición.*

*Si la citación no fuere posible, o pudiere resultar demasiado costosa o demorada, se hará la publicación de que trata el artículo siguiente”.*

*“Artículo 34. Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado”.*

*“Artículo 35 (inciso primero). Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares”.*

*juzgado por conductas que estén previamente contempladas en la ley, por juez o autoridad pública competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, con garantía de los derechos de presunción de inocencia, de audiencia, defensa y contradicción, entre otros, es extensiva a toda clase de actuación tanto judicial como administrativa, incluyendo dentro de ésta última las derivadas de la actividad contractual del Estado*<sup>58</sup>.

Más recientemente, la Sección Tercera de esta Corporación enlistó y analizó el haz de garantías conectadas con el derecho fundamental al debido proceso, con el fin de precisar el alcance de las mismas en el ámbito de la imposición de sanciones dentro de la actividad contractual de las entidades estatales<sup>59</sup>; dentro de dicho elenco de derechos que acompañan la situación jurídica del contratista particular que pudiere resultar perjudicado con la adopción de una decisión sancionatoria en este tipo de actuaciones administrativas, interesa destacar – atendidos los presupuestos fácticos inherentes al asunto *sub examine*–, el derecho a que el procedimiento administrativo se adelante con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, de conformidad con el cual se encuentra proscrita la imposición de sanciones de plano, esto es sin fórmula de juicio, comoquiera que ello imposibilita al contratista *"participar en las etapas y momentos oportunos para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate"*<sup>60</sup>. A ese respecto, se expresó lo siguiente:

*"Desde este punto de vista, la Constitución exige a la administración, previo a adoptar una decisión sancionatoria, adelantar*

---

<sup>58</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de marzo de 2010; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación: 18.394.

<sup>59</sup> En el listado de tales garantías constitucionales, fueron incluidas las siguientes:

- a) El derecho a *no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*;
- b) El derecho a *ser juzgado ante juez o tribunal competente*;
- c) El derecho a que el procedimiento administrativo se adelante *con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*;
- d) El derecho a que *"en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable"*;
- e) El derecho a que *"[T]oda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable"*;
- f) El derecho a la *defensa*, así como la garantía consistente en *"presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra"*, del mismo modo que la previsión en el sentido de que *"[E]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso"*;
- g) El derecho *"a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas"*;
- h) El derecho *"a impugnar la sentencia condenatoria"*, el cual en los procedimientos contractuales se aplica habida cuenta de que tanto el C.C.A., como la Ley 80 de 1993 –artículo 77– contemplan la posibilidad de interponer los recursos en la vía gubernativa contra las decisiones de la Administración.
- i) El derecho a *"no ser juzgado dos veces por el mismo hecho"*;
- j) La *culpabilidad* de la conducta, derecho del cual se afirmó que *"aplica de manera variable en materia administrativa"*;
- k) La *"no reformatio in pejus"*, por cuya virtud, en materia contractual, se proscribió que cuando se desata la vía gubernativa, se haga más gravosa la situación del recurrente. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de agosto de 2012; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Radicación: 05001-23-24-000-1996-00248-01 (21.430).

<sup>60</sup> *Idem*.

*un procedimiento que garantice el derecho a que de manera pausada y tranquila se debata el asunto en cuestión.*

*Por ello la Sala ha sostenido –auto de 24 de septiembre de 1998. Exp. 14.821-, en defensa de este derecho y fustigando las sanciones de plano, que:*

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

*(...)*

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

*(...)*

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

*“Esto hace que el proceder de la administración no se ajuste a los procedimientos que establece el Código Contencioso Administrativo, de obligatorio cumplimiento por disposición del art. 29 de la Carta y 77 de la Ley 80 de 1993 y que con ello desconoció y vulneró fundamentalmente el derecho de defensa que estatuye el art. 35 de la normatividad examinada”<sup>61</sup> (subrayas añadidas).*

---

<sup>61</sup> *Ibidem.*

Empero, en línea con cuanto se ha sostenido en el presente pronunciamiento, la Sección Tercera ha indicado que el procedimiento que debe agotar la entidad estatal contratante con el fin de ejercer su *ius puniendi* en materia contractual no tiene que ser tan complejo como el judicial, toda vez que la actividad de contratación del Estado también debe ajustarse a los principios de eficiencia, de economía y de eficacia –artículo 209 constitucional–, los cuales demandan prontitud en la adopción de las correspondientes decisiones, sin que ello comporte, de todos modos, desconocer las garantías fundamentales de las cuales es titular toda persona:

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

*En acatamiento de la doctrina expuesta por esta Sección, el legislador atendió el llamado que venía haciendo y expidió el art. 86 de la ley 1474 de 2011, y estableció el debido proceso a la altura de una ley. En este sentido dispuso:*

*"Art. 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

*"a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;*

*"b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual*

*podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;*

*“c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;*

*“d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”*

*En estos términos, por fin cumplió el Congreso con la exigencia de la reserva de ley que el procedimiento sancionatorio impone para aplicar una medida de esta naturaleza, la cual hasta la expedición de la ley 1474 se tomaba directamente del Código Contencioso Administrativo, a falta de normal legal especial”<sup>62</sup>.*

Estima la Sala oportuno precisar que si bien es verdad que el citado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no resulta aplicable al asunto *sub judice* en consideración a que se trata de una norma expedida de manera evidentemente posterior a la ocurrencia de los hechos y a la adopción de las decisiones administrativas en los cuales se origina el presente litigio, no es menos cierto que el contenido mínimo del procedimiento a adelantar de manera previa a la imposición de sanciones en materia contractual por parte de las entidades estatales –el cual, dicho sea de paso, resultó plasmado en considerable medida en el precepto legal en cita– se desprende, fundamentalmente, del artículo 29 constitucional y, de modo más específico, de lo normado por los artículos 14, 15, 28, 34 y 35 del Decreto ley 01 de 1984, disposiciones éstas que sí se encontraban en vigor y, consiguientemente, debían ser atendidas y aplicadas por la entidad pública accionada al proferir las decisiones cuya legalidad aquí se examina, en tanto que consagran elementos insoslayables de los derechos de contradicción y de defensa, respecto de los cuales expresó lo siguiente la Sección Tercera:

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

(...)

---

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de agosto de 2012; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Radicación: 05001-23-24-000-1996-00248-01 (21.430).

Así mismo, el derecho de defensa no tiene más limitaciones en materia contractual, y por eso se admite cualquier manifestación suya. Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes, ser oído y que se practiquen pruebas y se controviertan, es decir, en síntesis, que se respete su derecho de audiencia y defensa, que permita fijar la posición de la parte, y en general, toda forma de participación en el procedimiento, que contribuya a defender una posición o postura jurídica.

El asunto es tan claro, que el art. 28 CCA. citado dispone que la comunicación a los afectados con la actuación iniciada de oficio exprese dos cosas: i) la existencia de la actuación y ii) el objeto de la misma -en materia contractual se debe entender incluido el señalamiento de las normas o cláusulas contractuales que contemplan la falta y la sanción-. O sea que nada se puede hacer a espaldas de los vinculados con los hechos que se investigan.

(...)

Es bueno tener presente que la jurisprudencia de esta Corporación ha permitido que la comunicación que satisface el derecho del contratista a ser puesto en conocimiento de la iniciación de un procedimiento administrativo, la constituye aquella que a lo largo de la ejecución del contrato se cruzan las partes del negocio en el sentido de reprochar una conducta o acto de ejecución del negocio. Dispuso la Sala en el auto de 24 de septiembre de 1998 -exp. 14.821- que:

De esta forma, la tesis descrita -en virtud de la cual la Sección admite que las comunicaciones previas entre las partes del contrato satisfacen el derecho a que el contratista conozca de la inconformidad de la administración con el cumplimiento de las obligaciones del contrato- debe entenderse en los términos de los arts. 4, 28, 14 y 34 CCA. Es decir, que para que surtan este efecto -tal como se desprende de cada una de las sentencias citadas-, allí debe expresar claramente el objeto de la inconformidad, con la indicación de la necesidad de que manifieste su posición frente a las imputaciones de la entidad y el derecho a presentar las pruebas que respalden o fundamenten su defensa.

El juez, por tanto, debe analizar -con especial cuidado- que las cartas enviadas o la bitácora de la obra cumplan los elementos mínimos que permitan inferir con seguridad que se le ha dado al contratista la oportunidad de defenderse, y no que simplemente se le reprochó una conducta o hecho, sin especificarle su derecho a manifestar su criterio al respecto, ya que la entidad desatará, a partir de allí, un trámite que puede culminar con una sanción.

En este escenario, la Sala estima indispensable que se realice un debido proceso jurídico integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, que imputa cargos al contratista, donde también indique qué hechos lo originan, qué sanción podría imponerse -de las tantas que puede contener el contrato-, y qué pruebas de ello tiene la

administración –art. 28 CCA.-, para que él pueda, a su vez, definir a qué se atiene en este aspecto y de qué manera asumirá su defensa frente a los hechos que le imputan. En el caso concreto se adolece de todo esto, y por eso se anulará la decisión<sup>63</sup> (énfasis añadido).

Adicionalmente, otra de las garantías inherentes al derecho fundamental al debido proceso, a la cual se hizo referencia en este proveído y que cuenta con especial relevancia en el caso *sub lite*, es la constituida por la presunción de inocencia, cuyo espacio de aplicación en la contratación estatal se expresa en el deber que asume la Administración de demostrar que el contratista ha incumplido alguna de sus obligaciones o deberes, si pretende sancionarlo por ello, comoquiera que la presunción de que no es responsable lo protege, por manera que *"la carga de acreditar la mora o el incumplimiento recae en la administración, como titular del ius puniendi administrativo, y por eso requiere pruebas al interior del respectivo proceso para desvirtuar la presunción que el contratista tiene en su favor, por disposición constitucional"*<sup>64</sup>.

#### *2.6.2.3 La competencia rationae temporis de la Administración para ejercer la potestad excepcional de declaratoria de caducidad del contrato estatal.*

Resta por señalar, entonces, cuál es el plazo del que dispone la entidad contratante para ejercer, respetando el factor temporal de atribución de competencia, la facultad de declarar la caducidad administrativa del contrato, con el propósito de establecer si, en el asunto *sub examine*, el aludido término se respetó, o no, por la entidad demandada.

Y en relación con el referido asunto bien merece la pena señalar que la jurisprudencia de la Sección Tercera evidenció algunas oscilaciones<sup>65</sup>, pues en un primer momento había sido enfática en señalar que el ejercicio de facultades excepcionales se encuentra sometido a los límites temporales coincidentes con la expiración del plazo contractual, comoquiera que el ejercicio de tales atribuciones después del vencimiento del referido término daría al traste con la legalidad del acto administrativo correspondiente<sup>66</sup>; sin embargo, en un segundo momento,

---

<sup>63</sup> *Idem.*

<sup>64</sup> *Ibidem.*

<sup>65</sup> Como lo puso de presente, por vía de ejemplo, la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de noviembre de dos mil ocho (2008); Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicado: 50422-23-31-000-1369-01 (17.031); Actor: Empresa Colombiana de Ingeniería.

<sup>66</sup> En el anotado sentido y en vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983, se sostuvo que *"[L]a exorbitancia que puede ejercer la administración presenta, como lo ha dicho la jurisprudencia, límites temporales. Así, no podrá terminar o caducar el contrato, interpretarlo o modificarlo después de su vencimiento, so pena de que el acto quede afectado de nulidad. La liquidación sí, por razones obvias, será posible luego de su terminación normal o anormal, en especial en los contratos de obra pública y suministros. (...) Excepcionalmente la administración podrá declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato (cosa que pudo hacer durante la vigencia de éste, bien para imponerle multa al contratista o para caducarlo) luego de su vencimiento, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta sala en forma reiterada..."* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de abril de 1992, Exp.6491, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. En similar dirección, pueden verse, entre otros, los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 29 de enero de 1988, Exp. 2.616 y 3.615, 6 de mayo de 1992, Exp. 6.661, 15 de febrero de 1991, Exp. 5.973, 25 de septiembre de 1993, Exp. 6.437; 2 de abril de 1992, Exp. 1.875; y 15 de febrero de 1991, Exp. 5.973.



dicha tesis fue objeto de replanteamiento con base en la distinción entre el vencimiento del plazo del contrato, de un lado y, de otro, la terminación de la relación negocial o la extinción de las obligaciones derivadas del vínculo contractual, distinción que en ese momento dio pie a que se sostuviera que no constituye

*“... argumento válido que lleve a desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado, que la caducidad se haya producido cuando ya había expirado el plazo del contrato. Y no lo es pues una cosa es el vencimiento del plazo, y otra la terminación de la relación negocial. Y es claro que los poderes de la administración pueden ser utilizados mientras esta siga produciendo efectos, y mientras haya que salvaguardar los intereses de la comunidad, vgr., cuando vencidos los contratos las partes los renuevan tácitamente...”<sup>67</sup>*

Así pues, de conformidad con esa nueva comprensión, se asumió que el vencimiento del término estipulado por las partes para el cumplimiento del contrato —plazo de ejecución— no daba lugar a la extinción del mismo, habida cuenta de que dicho plazo simplemente determinaba la exigibilidad de las obligaciones que emanan del convenio, mas no necesariamente su finalización, aserto que se respaldaba tanto en la circunstancia de que el vencimiento del plazo no había sido previsto por el legislador como uno de los modos de extinguir las obligaciones, cuanto en el hecho de que éstas se extinguen, en realidad, una vez se cumple con su contenido; por consiguiente, tras expirar el *plazo de ejecución* —se añadió— lo que ocurría era que resultaba posible conocer si las partes cumplieron, o no, con sus prestaciones, para, posteriormente, empezar a computar el *plazo para la liquidación*, procedimiento éste con cuya finalización termina jurídicamente el contrato y durante el cual, por tanto, podía la entidad pública —según lo entendía en ese momento la Sección Tercera— sancionar al contratista con la declaratoria de caducidad de un vínculo que se encontraba aún vigente, al igual que se asumía la vigencia de la potestad de autotutela administrativa orientada a declarar su incumplimiento<sup>68</sup>.

---

Asimismo, esta postura se hizo extensiva al ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos: *“...la jurisprudencia ha sido reiterada en el sentido de que la caducidad y en general las formas anormales de terminación unilateral en los contratos de tracto sucesivo, no podrán declararse después de su vencimiento. Vale decir, que con dicho vencimiento cesa el aludido poder exorbitante. Esa declaración extemporánea hace anulable (no inexistente) el acto que la contiene.*

*Se da así una forma de incompetencia por razón del tiempo.*

*La idea precedente se hizo extensiva, en un principio, a la declaración de incumplimiento en los contratos de obra pública. Pero luego, la Sección III del Consejo de Estado en sentencia de 29 de enero de 1988 rectificó la doctrina en cuanto a la declaración de incumplimiento y la mantuvo frente a la caducidad*

*(...)*

*Se anota que los límites temporales de los poderes exorbitantes de la administración, estudiados atrás y con referencia al régimen anterior, se conservan frente a la ley 80, ya que así lo dan a entender en forma inequívoca sus artículos 14, 15, 16, 17 y 18”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 6 de junio de 1996, Exp. 2.240 y de 18 de julio de 1997, Exp. 10.103.*

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de junio de 1996, Exp. 10.833.

<sup>68</sup> En ese sentido véanse, entre otros, los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 13 de septiembre de 1999, Exp. 10264 y de 15 de marzo de 2001, Exp. 13.352.

No obstante tal cambio de postura, en fallo proferido con posterioridad<sup>69</sup> la Sección Tercera retornó a la primera de las tesis aludidas; reiteró la diferenciación existente entre los conceptos de plazo de ejecución y plazo de liquidación del contrato y si bien destacó que aquél, de ordinario, es suspensivo, toda vez que se trata de un acontecimiento futuro y cierto previamente estipulado del cual pende la exigibilidad del objeto contractual —artículo 1551 C.C.—, por manera que será excepcional que el plazo en el contrato estatal se pacte como extintivo o resolutorio, esto es que a su llegada se extingan las obligaciones, en esta oportunidad la Sala puntualizó que la anotada claridad conceptual conduce a establecer, precisamente y por razones que aquí se reiteran, que la naturaleza jurídica, los motivos y los fines que justifican el ejercicio de la potestad de declarar la caducidad administrativa del contrato fuerzan la conclusión de que dicha atribución sólo puede ser ejercida dentro del referido plazo de ejecución del convenio. Así discurrió la Sección Tercera al respecto:

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

***i.) Legalmente la caducidad sólo procede en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista “...que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización...”.***

*Estos dos requisitos sustanciales que deben estar presentes en forma concurrente y que corresponde evaluar a la entidad para establecer la frustración del contrato (art. 18 de la Ley 80 de 1993), sin duda, descartan que la caducidad pueda decretarse vencido el plazo de ejecución estipulado en el contrato por las partes para cumplir oportunamente y a satisfacción el objeto contractual.*

*En efecto, si la declaratoria de caducidad resulta viable únicamente cuando se determina por parte de la Administración que el incumplimiento del contratista es de tal magnitud y gravedad que conducirá indefectiblemente a la paralización del contrato, o sea, que irremediablemente no se cumplirá en el tiempo esperado y requerido con el objeto contractual, ello presupone que el plazo de ejecución pactado en el mismo no se encuentre vencido, pues la lógica y dinámica jurídica de esos supuestos indica que no es posible que se afecte “la ejecución del contrato” y se presente su “paralización” cuando*

---

<sup>69</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de noviembre de dos mil ocho (2008); Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicado: 50422-23-31-000-1369-01 (17.031); Actor: Empresa Colombiana de Ingeniería.

*ya ha expirado o finalizado ese plazo para el cumplimiento regular y oportuno de las prestaciones que emanan de él.*

*(...)*

*Por consiguiente, la declaratoria de caducidad de un contrato por fuera del plazo de ejecución pactado en el contrato resulta ilegal, porque si dicho plazo ha finalizado, en ese estado, obviamente, es imposible que se presente la afectación grave y directa a su ejecución y la paralización del mismo exigida en la ley para su procedencia.*

*(...)*

*En tal virtud, como el vencimiento del plazo de ejecución pactado en el contrato para el cumplimiento oportuno de las obligaciones consagradas en él ya le permite a la entidad pública continuar directamente con los fines que se perseguían con él o contratar a otra persona para atender las necesidades que lo motivaron, la declaración de caducidad del contrato por parte de la Administración ante un incumplimiento del contratista luego de fenecido ese período convenido, no estaría inspirada en la finalidad ni consultaría el sentido antes indicado para el ejercicio de esta facultad excepcional, sino que sólo entrañaría un ánimo sancionatorio. Por eso, con acierto la jurisprudencia de la Sección años atrás había puntualizado que:*

*“Los poderes exorbitantes fueron dados por la ley para lograr el cumplimiento del contrato o para facilitar su ejecución por la administración o un tercero y no para convertirla en juez del contratista más allá de sus límites temporales de competencia.*

*Esos poderes son así de interpretación restrictiva por corresponder a reglas de excepción”.<sup>70</sup>*

*En conclusión, teniendo en cuenta que el instituto de la caducidad busca la preservación del servicio público o la realización de la obra pública o el suministro del bien requerido en el contrato, quizá la razón más importante para señalar la improcedencia de su declaración durante la etapa de la liquidación, consiste en que cuando el plazo de ejecución ha expirado, ya no es necesario desplazar, excluir o sustituir al contratista para proseguir con el objeto contractual y los fines frustrados con el incumplimiento del contratista, dado que en esas circunstancias no habría restricción jurídica para que la entidad pública retome el servicio, la obra o el suministro, directamente o mediante la celebración de otro contrato, con el propósito de continuarlos en orden a colmar la específica necesidad pública requerida.*

*(...)*

*El vencimiento del plazo de ejecución del contrato estatal sin el cumplimiento de la obligación por el contratista, da lugar al fenómeno de la mora, y si bien no obsta para que pueda cumplirse y recibirse la prestación en ese estado anormal de la relación obligacional, ello no entraña que en ese lapso esté regularmente amparado el contrato por la prerrogativa de declarar su caducidad.*

*(...)*

*En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato, desaparece la facultad exorbitante*

---

<sup>70</sup> Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de febrero de 1986, Exp. 4550.

de la Administración para declarar su caducidad y, en tal virtud, en caso de que se descubra o detecte el incumplimiento de alguna obligación con posterioridad a esa etapa, lo procedente, actualmente, como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento. **Esta solución tiene precedentes en nuestra legislación, pues en vigencia del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 72 y 73), si el plazo se vencía y se advertía el incumplimiento del contrato, la Administración, mediante acto administrativo motivado, podía declararlo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, facultad que excluía, entonces, la posibilidad de decretar la caducidad**” (énfasis añadido).

La aludida postura jurisprudencial fue reiterada por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en los términos que se refiere a continuación:

*"13 La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que resulta aplicable en la actualidad, señala que "la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre éste vigente, y no durante la etapa de la liquidación", con base en las siguientes razones:*

(...)

*14 Al respecto, la Sala, a través de este pronunciamiento, reitera la posición jurisprudencial transcrita, en el sentido de que una vez expirado el término de ejecución del contrato no es posible decretar la caducidad ...*

(...)

*17 De acuerdo con lo expuesto, como consecuencia de la falta de competencia temporal del alcalde del municipio de Chámeza para decretar la caducidad del contrato, en atención al Código Contencioso Administrativo<sup>71</sup>, la Sala declarará la nulidad de los actos administrativos expedidos por la entidad para tal efecto, ..."<sup>72</sup>*

Así las cosas, resulta evidente entonces que el acto administrativo mediante el cual se declara la caducidad administrativa del contrato, **proferido y/o notificado**

---

<sup>71</sup> Nota original de la sentencia citada: "Artículo 84.- Modificado por Decreto 2304 de 1989, artículo 14.- Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que las profirió".

<sup>72</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 12 de julio de 2012; Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth; Radicación número: 850012331000199500174 01; Expediente número: 15.024.

por fuera del término convenido para su ejecución<sup>73</sup>, se encuentra viciado de nulidad por falta de competencia en virtud del factor temporal (*rationae temporis*).

---

<sup>73</sup> La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en pronunciamiento del año 2009, tomó partido por la tesis en virtud de la cual la prescripción —o caducidad, en los términos que utiliza el artículo 38 del Decreto ley 1 de 1984— de la potestad sancionatoria administrativa ocurre cuando dentro del término respectivo no se profiere y se notifica el acto mediante el cual se resuelve de fondo la actuación administrativa, sin que resulte necesario que dentro de dicho plazo, adicionalmente, se surta el procedimiento correspondiente a la vía gubernativa, mismo cuya existencia, por lo demás, depende por entero de la voluntad del administrado, quien decide si interpone, o no, los recursos correspondientes; discurrió en los siguientes términos la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación:

*“... la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.*

*Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto”* (énfasis añadido). Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 29 de septiembre de 2009; Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia; Radicación número: 11001-03-15-000-2003-00442-01(S).

Así pues, la postura de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación abandonó la tesis en virtud de la cual basta con la sola expedición del acto administrativo que impone una sanción administrativa, para evitar que operen los fenómenos de la caducidad y/o de la prescripción de la potestad punitiva de la Administración, habida cuenta de que —con todo acierto— se ha entendido que la seguridad jurídica y el derecho de defensa del administrado imponen que, como mínimo, dicho acto sea notificado a su destinatario dentro del plazo correspondiente, más allá de que resulta ciertamente más garantista, protector de los principios jurídicos antes enunciados, así como del debido proceso del administrado y del evidente paralelismo existente entre las sanciones penales y las administrativas —circunstancia que conduce necesariamente a tomar en consideración lo normado en el artículo 248 constitucional en punto a que sólo los pronunciamientos jurisdiccionales definitivos tienen la entidad de antecedentes penales o contravencionales—, el planteamiento de conformidad con el cual, antes de la expiración del plazo del que disponga la instancia administrativa competente para ejercer su *ius puniendi*, debe quedar ejecutoriado el acto administrativo mediante el cual se resuelva el fondo de la actuación administrativa de que se trate —A este respecto pueden consultarse varios de los salvamentos y aclaraciones de voto formulados respecto de la providencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que se acaba de citar; véase también, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 25 de agosto de 2011; Radicación No.: 250002326000199400367-01; Expediente No. 16435—. En este último pronunciamiento, sostuvo esta Sala lo siguiente en relación con el extremo que se viene desarrollando, planteamientos que ahora se reiteran:

*“Empero, baste a los efectos del presente pronunciamiento con destacar que el acto administrativo mediante el cual se imponga una sanción administrativa, como mínimo, debe quedar notificado al administrado antes de que expire el plazo que determina la competencia temporal de la entidad pública actuante para ejercer su potestad sancionatoria en cada supuesto concreto, como garantía tanto de la seguridad jurídica, cuanto del debido proceso y del derecho de defensa del afectado con la decisión, quien, de otro modo, se vería en una situación de completa indefensión ante un pretendido carácter inagotable de la facultad punitiva de la Administración, que tornaría las características de semejante atribución en una concepción contraria a muy caros postulados consustanciales a la existencia de un Estado de Derecho.*

*Las razones expuestas en este apartado conducen a señalar, en consecuencia, que tratándose de ejercicio del *ius puniendi* por parte de la Administración, se está en presencia de una de las excepciones a la regla enunciada en apartes anteriores del presente proveído en el sentido de que la existencia y la validez del acto administrativo no dependen, en manera alguna, del procedimiento*

En el anotado sentido se ha pronunciado igualmente la Sección Tercera del Consejo de Estado al señalar:

*“En este orden de ideas se tiene que en el presente caso, si bien es cierto en el contrato se señaló un plazo de 8 días para la entrega de los elementos por parte del contratista, el cual vencía el 31 de mayo de 1990, también lo es, que en la cláusula quinta se fijó una vigencia del contrato de sesenta y ocho (68) días calendario, contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento -23 de mayo de 1990 - los cuales corrían hasta el 30 de julio de ese año. El acto administrativo por medio*

---

*de publicitación del mismo, por constituir éste no un presupuesto de existencia, sino de adquisición de firmeza y, por tanto, de eficacia por parte de la decisión administrativa; así pues, cuando la manifestación de voluntad administrativa tendiente a la producción de efectos jurídicos tiene lugar en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, dada la naturaleza de las determinaciones que en esta materia se adoptan, el carácter afflictivo de las sanciones, la perentoriedad de respetar el debido proceso y el derecho de defensa de los administrados y, por tanto, la interdicción de colocarlos en situación de indefensión, así como la necesidad de no someter a incertidumbre jurídica indefinida al sujeto pasivo de la actividad sancionatoria administrativa, son factores que sustentan la exigencia de que, en este caso, el acto administrativo debe haberse notificado — cuando menos—, antes de la expiración del plazo que prevea el ordenamiento para la operatividad del fenómeno de la caducidad y/o de la prescripción de la potestad sancionadora de la entidad pública actuante.*

*Dicho tratamiento, por lo demás, no resulta ajeno a otros ámbitos o regulaciones en el Derecho Administrativo colombiano, pues cosa similar a la explicada en tratándose del ius puniendi administrativo, ocurre también en relación con la normatividad aplicable al fenómeno del silencio administrativo, en virtud de lo preceptuado por el Código Contencioso Administrativo, en el cual la existencia de la decisión expresa de la Administración que imposibilite la invocación de la figura en cuestión una vez transcurran los plazos que al efecto señale la ley, depende no de la mera expedición, sino de la notificación de respuesta al interesado, antes de la expiración de los términos normativamente previstos. Más allá de que tratándose del silencio administrativo existen normas expresas que consagran el referido entendimiento — En este sentido, el artículo 40 C.C.A. preceptúa que “[T]ranscurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya **notificado** decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa”. Asimismo, el artículo 42 ejusdem dispone que “[L]a persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establezcan el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 5º, junto con su declaración jurada de no haberle sido **notificada** una decisión dentro del término previsto” (énfasis añadido)—, una comprensión diferente desnaturalizaría y tornaría inoperante, en la mayor parte de los casos, esta garantía para el administrado, pues bastaría con que la Administración notificase la respuesta expresa en cualquier momento —incluso meses o años después de expirado el plazo aplicable para posibilitar la configuración del silencio administrativo—, aduciendo que, de todas formas, el acto habría sido expedido antes del vencimiento del término en cuestión”.*

Los anteriores planteamientos, en considerable medida, gozaron de plasmación normativa expresa en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, cuerpo normativo que, como antes se ha precisado en esta providencia, no resulta aplicable al asunto *sub lite*, pero se trae a colación de modo simplemente ilustrativo:

*"Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.*

*Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.*

*La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria" (se deja subrayado).*

del cual se declaró la caducidad del contrato se expidió el 7 de junio de 1990 y se notificó el día 20 del mismo mes, razón por la cual la facultad de hacer uso de los poderes exorbitantes en estricto sentido era válida hasta la expiración de esa vigencia” <sup>74</sup>(énfasis añadido).

### 2.6.3 La potestad excepcional de modificación unilateral del contenido del contrato estatal.

Esta potestad excepcional comparte con la de declaratoria de caducidad del contrato estatal el objetivo de evitar la paralización del contrato, la afectación del interés general o de la prestación del servicio público que se procura atender con la celebración y ejecución del negocio jurídico, pero se encuentra desprovista de la naturaleza sancionatoria propia de la caducidad y propende por la materialización de las mencionadas finalidades a través de la mutación del objeto contractual en aspectos como el número o las calidades de los elementos que lo integran, aún cuando ha de preservarse la sustancia del negocio, pues no se trata de una sustitución del tipo o del objeto contractual, sino de una figura más próxima a la del contrato adicional que se justifica en el hecho de que la Administración no puede quedar ligada invariablemente por contratos que han devenido en inútiles o por estipulaciones contractuales que se han convertido en inadecuadas para satisfacer las necesidades originalmente tenidas en cuenta para llevar a cabo la contratación<sup>75</sup>.

El artículo 16 de la Ley 80 de 1993 regula el alcance, los presupuestos y el procedimiento que deben observarse para el ejercicio de la referida facultad excepcional, según los siguientes términos:

*Artículo 16. De la modificación unilateral. Si **durante la ejecución del contrato** y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.*

*Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo" (se deja destacado).*

Sea lo primero advertir que desde su propio inicio, la disposición transcrita incorpora un clarísimo y literal elemento encaminado a identificar el límite temporal dentro del cual la entidad estatal contratante se encuentra investida de la competencia para ejercer la potestad excepcional de modificar unilateralmente el contenido del negocio jurídico, comoquiera que se hace explícito que la referida atribución sólo puede ser válidamente utilizada "*durante la ejecución del contrato*"; sin embargo, además de que el tenor literal del precepto en cita no deja duda

---

<sup>74</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999); Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 10196.

<sup>75</sup> MARIENHOFF, Miguel S, *Tratado de Derecho Administrativo. Contratos Administrativos*, Tomo III-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, pp. 397-399.

alguna en este sentido, también pueden trasladarse a este lugar, *mutatis mutandi*, las consideraciones efectuadas en relación con la oportunidad dentro de la cual la Administración cuenta con competencia para declarar válidamente la caducidad del contrato, atendidos los propósitos que deben justificar la adopción de dicha determinación, que no son otros que los de evitar la afectación grave o la paralización del servicio a cargo de la entidad estatal contratante (artículo 14-1, Ley 80 de 1993), finalidad que no podría alcanzarse de manera eficaz a través del ejercicio de la aludida potestad cuando el plazo negocial ha expirado.

En la anotada dirección también resulta absolutamente explícita la primera frase del artículo 16 de la Ley 80 al disponer que de la facultad de modificar unilateralmente el vínculo negocial sólo puede ejercerse *"durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él"*, por manera que resultará contrario a Derecho –por falta de competencia temporal para emitirlo– el acto administrativo que se profiera con el objeto de modificar el contenido de un contrato estatal una vez que el plazo para su ejecución ha finalizado ya.

De otro lado, interesa subrayar que el propio inciso primero de la disposición transcrita deja claro que antes de proferirse el acto administrativo mediante el cual se dispone la modificación unilateral del contrato, la Administración se encuentra obligada a buscar un acuerdo con el contratista en punto de los alcances y las consecuencias de las variaciones a introducir en la relación negocial, por manera que si se obtiene un consenso en esa dirección, habrá de suscribirse el otrosí o el contrato adicional respectivo y sólo en caso de que no se consiga arribar a un arreglo bilateral —de lo cual, naturalmente, debe quedar la correspondiente constancia en el expediente del contrato— podrá ser válidamente ejercida la potestad excepcional en comento, mediante acto debidamente motivado en el cual se de cuenta de las razones —fácticas, técnicas, jurídicas o de cualquier otra índole— en las que se sustenta la respectiva determinación, todo en aras de proteger el derecho al debido proceso y demás principios, derechos e intereses que se pueden ver afectados en la posición jurídica del contratista.

Así lo ha expresado la Sección Tercera de esta Corporación al formular los planteamientos que se transcriben a continuación y que no por estar referidos al Estatuto Contractual anterior a la Ley 80 de 1993 han perdido vigencia, en la medida en que resaltan que el desconocimiento de estas garantías procedimentales que deben rodear el ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral del contrato, conduce indefectiblemente a que la decisión respectiva adolezca de vicios que comprometen su conformidad a Derecho:

*"Si bien la situación de agotamiento del presupuesto que se presentó respecto de esta obra pública sin haberse culminado los trabajos, pudo ser consecuencia de una falta de planeación y cierto grado de descuido en la elaboración de los estudios y análisis previos a la contratación, que condujeron a que durante su ejecución se tuvieran que efectuar mayores cantidades de obra y obras adicionales en cantidades tales que afectaron el presupuesto general que se tenía para la culminación de la pavimentación contratada, situación ésta que no le sería imputable al demandado por cuanto todavía no era Alcalde y por lo tanto no planificó ni celebró el contrato, lo cierto es que el señor **Becerra Ruíz** llegó a ocupar tal posición en plena ejecución del contrato, por lo cual, como representante legal de la entidad contratante, asumió la responsabilidad de su total y correcta ejecución,*



debiendo emplear todos los medios a su alcance para lograrla; por otra parte, si bien la ley le permitía modificar unilateralmente el contrato (art. 20, Decreto 222 de 1983), tal modificación era procedente sólo cuando el interés público lo hiciera indispensable, de modo que utilizar este instrumento jurídico por razones diferentes, como sucedió en el **sub-lite**, resulta constitutivo de una actuación gravemente culposa.

#### **4.1. Forma de la decisión:**

En la formación de la decisión adoptada por el entonces Alcalde Municipal, no se observaron los requisitos legalmente establecidos para ello y consagrados en el Decreto Ley 222 de 1983, vigente para la época de los hechos, y cuyo artículo 1º disponía que las normas que en este estatuto se refirieran a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV -interpretación, modificación y terminación unilaterales-, se aplicarían también a los Departamentos y Municipios.

Al respecto, se observa que el referido decreto, en relación con la Modificación Unilateral de los contratos, disponía:

**“ARTICULO 20. MODIFICACION UNILATERAL.** Cuando el interés público haga indispensable la incorporación de modificaciones en los contratos administrativos, se observarán las siguientes reglas:

- a. No podrán modificarse la clase y objeto del contrato.
- b. Deben mantenerse las condiciones técnicas para la ejecución del contrato.
- c. Deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista.
- d. Debe guardarse el equilibrio financiero del contrato, para ambas partes.
- e. Deben reconocerse al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación.

(...)

Quiere decir lo anterior, que si bien el Alcalde Municipal estaba autorizado para modificar unilateralmente el contrato cuando el interés público así lo exigiera, tal modificación debía producirse a través de un acto administrativo debidamente motivado, luego de fracasar el intento de acuerdo con el contratista, que debía quedar así mismo plasmado en un acta; ahora bien, la comunicación enviada por el Alcalde del Municipio de Duitama al contratista, constituye efectivamente un acto administrativo, en la medida en que contiene una decisión unilateral de la Administración; sin embargo, observa la Sala que en el mismo no se dio cumplimiento al deber de motivarlo, tal y como lo ordena la ley, defecto que atenta contra el derecho de contradicción y de defensa del administrado, en la medida en que al desconocer las razones que tuvo la entidad para decidir en el sentido en que lo hizo, no puede controvertir tal actuación por carecer de elementos de juicio, lo que sin

*duda constituye una omisión grave en el proceso de formación de la voluntad administrativa*<sup>76</sup> (se deja subrayado).

De otro lado —y ello también en clara diferencia con la potestad de declarar la caducidad del contrato—, la modificación del objeto negocial a través de la adición, supresión o variación de algunos de sus elementos con el fin de evitar que la ejecución del convenio devenga en inviable o que se produzca la parálisis o la afectación grave del servicio público respectivo, normalmente tendrá unos efectos en la economía del contrato y alterará el valor del mismo; sin embargo, habida cuenta de que los cambios introducidos encuentran su sustento en la prevalencia del interés general y en la garantía de una eficiente y cumplida prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad estatal contratante, sin que estén conectados, en modo alguno, con el nivel de cumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista particular, a éste le asiste el derecho a no verse afectado desfavorablemente por las consecuencias de la modificación, razón por la cual habrán de serle compensados los mayores costos en los cuales deba incurrir o reparados los daños que se le irroguen como consecuencia de la reducción del objeto contractual.

De todos modos, el aludido artículo 16 de la Ley 80 de 1993 prevé que en caso de que las modificaciones unilaterales que se introduzcan revistan tal magnitud que comporten una variación del valor del contrato superior al 20% de su precio inicial, el contratista podrá renunciar a continuar con la ejecución del negocio, de suerte que debe procederse a su liquidación y la entidad estará obligada a adoptar inmediatamente las medidas necesarias para procurar la terminación del objeto contractual y la continuidad en la prestación del servicio público respectivo; empero, si el impacto económico de la modificación unilateral del negocio no supera el anotado porcentaje, el contratista se hallará inexorablemente compelido a ejecutar el contrato en las nuevas condiciones determinadas por el ejercicio de la potestad excepcional, naturalmente con el derecho a que se reconozcan en su favor las compensaciones económicas a las que hubiere lugar, pero pudiendo incluso verse sometido a la declaratoria de caducidad en caso de desatender las obligaciones a su cargo en los términos que establezca el acto administrativo que dispone la modificación unilateral.

Ahora bien, la circunstancia consistente en que la potestad excepcional de modificación unilateral del contrato estatal prevista en el citado artículo 16 de la Ley 80 de 1993 pueda ser ejercida, de acuerdo con el tenor literal del referido precepto, *“durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él”*, determina que a la aludida potestad excepcional sólo será legalmente viable acudir en aquellos casos en los cuales, después de haber sido celebrado el contrato y con fundamento en acontecimientos que no resulten atribuibles al contratista particular, la entidad estatal contratante constate el advenimiento de circunstancias sobrevinientes que hagan evidente que continuar adelante con la ejecución del contrato en los términos inicialmente previstos para el desarrollo del mismo, imposibilitaría el adecuado cumplimiento del objeto negocial y/o afectaría el interés general o la correcta prestación del servicio público del cual se trate.

---

<sup>76</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009; Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 15001-23-31-000-1995-04677-01(16.458).

Naturalmente, lo que mal podría desconocerse es que la entidad contratante cuenta con un amplio margen de apreciación para establecer, en cada caso concreto, qué tipo de circunstancias son aquellas que tendrían la relevancia y las características necesarias para sustentar la decisión de modificar unilateralmente el contrato en ejercicio de la atribución en comento, pues ello indiscutiblemente se desprende de la considerable flexibilidad de los conceptos jurídicos indeterminados de los cuales se valió el Legislador para configurar la facultad que atribuyó a la entidad estatal contratante a través del citado artículo 16 del Estatuto Contractual, esto es que las razones que sustentan la adopción de la correspondiente decisión tienen la virtualidad de o la entidad suficiente como para conducir a la *“paralización o la afectación grave del servicio público”*.

De hecho, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en las disposiciones que atribuyen potestades a las autoridades, como lo ha explicado ya la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, da lugar a la configuración de la correspondiente facultad como discrecional; en ese sentido se han expuesto los siguientes planteamientos que en esta ocasión se reiteran:

*"La comprensión de los conceptos jurídicos indeterminados que, a juicio de la Sala, se acompasa con el relativismo axiológico moderado que imponen el principio del pluralismo y el propio principio democrático, es la que establece entre aquéllos y la discrecionalidad administrativa, una diferencia apenas gradual, no cualitativa o radical, en la medida en que, según las circunstancias del caso concreto, tales conceptos indeterminados pueden constituirse en fuente de discrecionalidad administrativa, de la manera que se explicará a continuación que es como debería entenderse la facultad discrecional. Naturalmente, ello no ocurrirá en aquellos supuestos en los que el concepto jurídico indeterminado provea al operador jurídico —administrativo o judicial— de suficientes elementos de juicio como para poder tener por acreditado que el caso se encuadra, sin lugar a dudas, en alguna de las zonas de certeza del concepto —positiva o negativa, con lo cual, el concepto claramente se aplica o se inaplica. Pero sí es lo que sucede en los casos dudosos, penumbrales, o neutros, los que caen en la zona o halo de incertidumbre del concepto, en los que una decisión estrictamente lógico-deductiva no es posible, y se hace necesario recurrir a argumentos o elementos de juicio de naturaleza técnica, económica, política, de conveniencia u oportunidad, etcétera —que, como se explicó, pueden ser racionales o razonables, más no concluyentes o definitivos—, con el fin de arribar a la formulación de un criterio objetivo y razonable de decisión, que es, como se verá, lo mismo que cabe esperar que realice el operador jurídico que ejercita una facultad discrecional"<sup>77</sup> (énfasis añadido).*

Catalogar la potestad de modificar unilateralmente el contrato con base en la facultad conferida a la entidad contratante por el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, como discrecional, lejos de dejar a la autoridad respectiva en libertad absoluta, desprovista de límites, para adoptar tal determinación en cada supuesto concreto, le impone unas muy fuertes cargas de argumentación derivadas de la exigencia de

---

<sup>77</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006; Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0020-01; Expediente número: 18059.

buscar, en cada supuesto específico, la alternativa de solución que de mejor manera satisfaga el interés general —artículo 209 constitucional—, más aún si se tiene en cuenta que la noción de discrecionalidad, en el derecho positivo colombiano, ha sido anudada, de modo inescindible, con la estructura argumentativa constituida por el principio de proporcionalidad, atendiendo a lo preceptuado por el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo<sup>78</sup>; así pues, el correcto ejercicio de la potestad discrecional comporta, a cargo de la autoridad pública que adopta la decisión, la exigencia de asegurarse de que la misma resulta “*adecuada a los fines de la norma que la autoriza*”, necesaria —por no existir otra igualmente eficaz para alcanzar el fin propuesto, pero menos restrictiva de los demás principios o derechos que se verán afectados en el caso concreto— y “*proporcional a los hechos que le sirven de causa*”, en los términos del dispositivo legal en cita.

De igual modo, la naturaleza discrecional de la potestad obliga a la autoridad que la ejerce, además de satisfacer la carga de argumentación que se ha dejado expuesta al adoptar la respectiva decisión —carga que resulta consecuente con la concepción de discrecionalidad administrativa que ha acogido la Sección Tercera de esta Corporación<sup>79</sup>—, a no trascender los límites de imperativa observancia cuando se profieren determinaciones en aplicación de este tipo de atribuciones, según igualmente lo ha expresado la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*"Por tal razón, al ocuparse de los límites que no pueden ser transgredidos por la Administración al confeccionar pliegos de condiciones, el primer elemento al cual debe hacerse alusión es el que corresponde a los mencionados **elementos reglados** siempre existentes en toda decisión de la Administración que participa de la naturaleza de acto administrativo —y los pliegos de condiciones lo hacen, si bien la estirpe de los mismos, según se explicó, es mixta—, mientras que el segundo elemento o límite en cuestión está integrado por el plexo de **principios generales del Derecho** y en particular de los **principios que rigen u orientan el ejercicio de la función administrativa**, aplicables a toda la actividad contractual del Estado por virtud de lo normado, con carácter general, por los artículos 1, 2 y 209 de la Constitución Política, así como por el artículo 3 del Código*

---

<sup>78</sup> Precepto por cuya virtud “[E]n la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. Exactamente igual es el tenor literal del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, el cual se menciona en esta providencia de modo puramente ilustrativo.

<sup>79</sup> En relación con la aludida concepción pueden verse, entre otros, los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 110010326000199503074 01; Expediente número: 13074; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0020-01; Expediente número: 18059; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de Junio cinco (5) de dos mil ocho (2008); Expediente N°: 15001233100019880843101- 8031; Radicación N°: 8431; Actor: Constructores Limitada; Demandado: Fondo Vial Nacional.

Contencioso Administrativo y, con carácter particular, por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993<sup>80</sup>.

En relación con los **elementos reglados** siempre presentes en el acto administrativo —cuya naturaleza posteriormente muta, para convertirse, en lo pertinente, en cláusula contractual— contenido de los pliegos de condiciones o de su equivalente, siguiendo los planteamientos de Vedel son, como mínimo, tres los aspectos en los cuales toda decisión administrativa —los pliegos, entre ellas— está reglada: el primero, la competencia del órgano actuante, siempre prefijada por la ley, la cual establece, de forma imperativa, las atribuciones de cada agente administrativo; el segundo, los motivos, vale decir, los presupuestos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión, los cuales deben ser siempre «material y jurídicamente exactos», aún cuando la Administración disponga de discrecionalidad para apreciar las consecuencias que se derivan de la concurrencia de los mismos y, el tercero, el fin perseguido, el cual debe ser siempre de interés público<sup>81</sup><sup>82</sup> (énfasis añadido).

En consecuencia, el componente discrecional que incluye la facultad de modificar unilateralmente el contrato estatal con fundamento en la potestad excepcional consagrada en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, no exime a la autoridad que la ejerce **(i)** de cumplir con la exigencia de acreditar que ha satisfecho la carga de argumentación de la decisión, en los términos exigidos por los artículos 209 constitucional y 36 del C.C.A.; **(ii)** de adoptar dicha determinación sólo en los casos en los cuales existan unos *motivos* —presupuestos fácticos antecedentes a que se profiera el acto administrativo correspondiente— y se persiga alguna de las *finalidades* que el ordenamiento jurídico ha previsto como aquellas que justifican el ejercicio de la facultad en mención; y en relación tanto con los motivos como con los fines que pueden sustentar la utilización de la tantas veces mencionada facultad de modificación unilateral, según ya se anotó en este pronunciamiento, debe tratarse de *circunstancias sobrevinientes* al perfeccionamiento del contrato —motivos— y el *fin* propuesto con la adopción de la medida ha de estar directamente conectado con la idónea prestación del servicio público a cargo de la entidad contratante.

En ese orden de ideas, el ejercicio de la facultad excepcional en comento con base en motivos diferentes de los precedentemente explicados —o prescindiendo de la existencia de motivo alguno o calificando de manera equivocada los motivos existentes— o en procura de fines distintos de los normativamente previstos, hará que el acto administrativo que ordena la modificación unilateral del contrato incurra en los vicios —o causales de anulación— de *falsa motivación* y de desviación de

---

<sup>80</sup> Nota original de la sentencia citada: Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: “**Artículo 23.** De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

<sup>81</sup> Nota original de la sentencia citada: VEDEL, G., *Derecho Administrativo*, cit., pp. 264-265.

<sup>82</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de junio cinco (5) de dos mil ocho (2008); Expediente N°: 15001233100019880843101- 8031; Radicación N°: 8431; Actor: Constructores Limitada; Demandado: Fondo Vial Nacional.

poder —o adopción de la decisión con desviación de las atribuciones propias del funcionario que la profirió, en los términos del artículo 84 C.C.A.—.

Pero, adicionalmente, **(iii)** el correcto ejercicio de la potestad de modificar unilateralmente el contrato estatal obliga a la Administración a adelantar una actuación administrativa previa a la expedición del correspondiente acto administrativo tanto en consideración a que la protección del principio/derecho fundamental al debido proceso así lo impone —razón por la cual todas las consideraciones precedentemente efectuadas en la presente providencia a este respecto, en relación con la potestad de caducar administrativamente el contrato, resultan trasladables *mutatis mutandi* a este lugar, a propósito de la facultad de modificación unilateral del negocio, pese a que ésta atribución, se reitera, carece de la naturaleza sancionatoria consustancial a la caducidad—, a que las más de las veces se tratará de una potestad para cuyo ejercicio toma oficiosamente la iniciativa la Administración —de suerte que ha de respetarse el trámite legalmente establecido en el C.C.A., para las actuaciones administrativas iniciadas de oficio, según igualmente se explicó antes en este proveído—, como también habida cuenta de que el propio artículo 16 de la Ley 80 de 1993, según previamente aquí se indicó, exige el agotamiento de una etapa preliminar de negociación entre entidad contratante y contratista a efecto de procurar que se consensúe el alcance de las mutaciones a introducir en el objeto negocial, de suerte que sólo como *última ratio* se acuda al ejercicio de la potestad excepcional consistente en imponer esas modificaciones de manera unilateral, mediante acto administrativo.

En ese orden de ideas, adoptar la decisión de modificar unilateralmente el contenido de un contrato estatal, en ejercicio de la potestad consagrada en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, sin que se surta la correspondiente actuación administrativa previa en aras de salvaguardar el debido proceso y el derecho del contratista a que se busque una solución concertada o consensuada a las vicisitudes que afronta la ejecución del contrato y que amenazan con paralizar su desarrollo y, por contera, la prestación del servicio público a cargo de la entidad estatal contratante, deja incurso el acto administrativo respectivo en una evidente causal de nulidad, por violación del debido proceso y desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, en los términos del inciso segundo del artículo 84 C.C.A.

Lo mismo ocurriría si la Administración **(iv)** profiere el acto administrativo que dispone la modificación unilateral del contrato una vez ha expirado el plazo de ejecución de éste último —como igualmente se explicó en relación con la potestad de caducar administrativamente el convenio, hecha de nuevo la salvedad en el sentido de que la de modificarlo en su contenido no entraña la imposición de sanción alguna para el contratista—, pues si dicho plazo ha finalizado, en ese estado, obviamente, resulta ontológicamente imposible que se presente la afectación a su ejecución y/o la paralización del mismo o del servicio público a cargo de la entidad contratante exigidas en la ley como determinantes de la procedencia del ejercicio de la potestad, lo cual conduce a reiterar que las facultades excepcionales son atribuidas por la ley a las entidades estatales contratantes con el propósito de lograr el cumplimiento del contrato, la idónea prestación de los servicios públicos a cargo del Estado y la satisfacción del interés general, pero no para convertir a la Administración Pública en juez de sus contratistas particulares más allá de los límites temporales de las competencias que a ella atribuye el ordenamiento jurídico.

#### 2.6.4 El caso concreto.

2.6.4.1 *Conformidad a Derecho de la Resolución No. 695 del 5 de junio de 1997, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato estatal de obra OPR-25-0-96, celebrado entre el municipio de Quibdó y el señor José Fulgencio Mosquera.*

El accionante cuestionó la legalidad del acto administrativo en mención por considerar que con su expedición —como, en general, con la de todos los pronunciamientos cuya anulación deprecó— le fueron conculcados sus derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa, toda vez que el municipio demandado no surtió una actuación previa a la adopción de la decisión de caducar el contrato —ni a la expedición de las demás comunicaciones y oficios demandados— y no motivó debidamente el citado acto administrativo; además, el actor cuestionó, en general, la forma de proceder del ente territorial accionado en desarrollo del contrato OPR-25-0-96, comoquiera que los inconvenientes acaecidos durante la construcción de las obras —en el sentir del demandante— resultan atribuibles a la defectuosa, imprecisa e inadecuada elaboración, por parte del municipio de Quibdó, de los diseños, estudios y planos previos a la celebración del contrato, los cuales no se correspondían con la realidad de los requerimientos de la obra a realizar, pese a lo cual, obrando de mala fe —según lo expresado en la demanda y en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia—, el municipio rehusó el pago del valor total del contrato al cual entiende el señor José Fulgencio Mosquera que tiene derecho.

En el expediente, efectivamente, no existe elemento probatorio alguno que permita constatar que el municipio accionado adelantó una actuación previa al proferimiento del acto administrativo mediante el cual caducó el contrato, de suerte que se hubiere brindado de manera efectiva o real la oportunidad al contratista, al menos, de ser oído, de exponer sus argumentos y de controvertir los de la Administración antes de que le fuera impuesta tan grave sanción o de aportar elementos fácticos que fueran realmente tenidos en cuenta antes de que la entidad territorial accionada resolviera unilateralmente aniquilar el negocio jurídico; de hecho, la parte actora expresó, desde el libelo introductorio del litigio, que la entidad territorial accionada *no adelantó*, antes de proferir las decisiones cuya legalidad se enjuicia en el *sub lite*, actuación alguna encaminada a garantizarle al actor sus derechos a la defensa, a la contradicción y, en general, al debido proceso, aseveración del accionante que constituye una auténtica negación indefinida —en tanto que sustancial o absoluta, no meramente formal o aparente<sup>83</sup>—

---

<sup>83</sup> Sobre esta distinción se ha pronunciado la doctrina en los siguientes términos:

*"No todas las negaciones son de igual naturaleza, ni producen unos mismos efectos jurídicos en materia de prueba judicial. Desde este punto de vista puede formularse la siguiente clasificación:*

1. Negaciones sustanciales o absolutas, que se basan en la nada y que no implican, por tanto, ninguna afirmación opuesta, indirecta o implícitamente (por ejemplo: en mi predio no existe petróleo; nunca he tenido propiedad alguna o propiedad inmueble en ninguna parte o en cierta ciudad, o no la he tenido durante los últimos diez años; ...

(...)

2. Negaciones formales o aparentes, que en realidad son afirmaciones negativas, porque en el fondo contienen una afirmación contraria, sea definida o indefinida (por ejemplo, esta piedra no es un diamante, lo cual significa afirmar que es de otra especie; Pedro no es mayor de edad o no es soltero, lo cual significa que es menor o casado; ...

(...)

De la anterior clasificación se deducen las siguientes conclusiones: 1) las únicas verdaderas negaciones son las sustanciales o absolutas; 2) las negaciones sustanciales son siempre negaciones de hecho; 3) las negaciones formales son en el fondo afirmaciones redactadas

la cual, de conformidad con lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, no requiere prueba y traslada, por consiguiente, al interesado en desvirtuar la verosimilitud de la negación respectiva, la carga de demostrar el hecho afirmativo correspondiente.

En el anterior orden de ideas, habida cuenta de que el demandante fundamentó el mencionado reproche de legalidad que formuló en contra del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato estatal que celebró con el municipio de Quibdó –desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, en los términos del inciso segundo del artículo 84 C.C.A.– en la aludida negación indefinida y toda vez que la obligación tanto constitucional como legal —artículos 29 y 209 Superiores, 14, 15, 28, 34 y 35 del Decreto-ley 01 de 1984 y 77 de la Ley 80 de 1993— de instruir correctamente una actuación previa a la imposición de una sanción como lo es la declaratoria de caducidad de un contrato estatal, recae en la entidad estatal contratante, era ésta última entonces la responsable de acreditar en el proceso contencioso administrativo que realmente había satisfecho tal exigencia normativa o, en otros términos, el supuesto de hecho de las normas cuyo efecto jurídico persigue, pues la demostración de que las anotadas exigencias procedimentales fueron observadas conduce a que, al menos por este rubro, se mantenga la presunción de legalidad que acompaña al acto administrativo censurado. El municipio de Quibdó, entonces, tenía la carga de probar que surtió en debida forma la actuación administrativa previa a la declaratoria de caducidad del contrato estatal de marras.

Pues bien, con fundamento en las precisiones efectuadas y en los parámetros de análisis precedentemente aludidos, la Sala declarará la nulidad de la Resolución No. 695 del 5 de junio de 1997, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato estatal de obra OPR-25-0-96, celebrado entre el municipio de Quibdó y el señor José Fulgencio Mosquera, toda vez que no obra prueba en el proceso de que la entidad demandada hubiera ejercido la facultad excepcional en comento con observancia de las garantías procedimentales tantas veces mencionadas, a pesar de que recaía en ella –según se acaba de precisar– la carga de arrimar al plenario el material acreditativo encaminado a demostrar que, cuando menos, comunicó al contratista que se había dado inicio a una actuación administrativa de oficio en su contra que podía culminar con la declaratoria de caducidad del contrato, que ofreció la posibilidad al señor José Fulgencio Mosquera de ejercer sus derechos de audiencia, de contradicción y de defensa y, adicionalmente, que el acto administrativo sancionatorio se hallaba sustentado en unos presupuestos fácticos fehacientemente acreditados y coherentemente plasmados en una adecuada motivación; sin embargo, lo cierto es que en la parte considerativa de la Resolución No. 695 de 1997 no se hizo alusión alguna, así fuese mínima, a los presupuestos fácticos y/o jurídicos por cuya virtud el municipio había entendido que el señor José Fulgencio Mosquera incumplió las obligaciones que había asumido en virtud del contrato OPR 25-0-96.

La no aportación al expediente de material probatorio que acredite que las exigencias procedimentales aludidas sí fueron atendidas por la entidad territorial accionada, supone la inobservancia, por parte de ésta, de su *onus probandi*, de

---

*negativamente (...) 7) toda negación sustancial es indefinida, pero no toda negación indefinida es sustancial, porque puede ser formal por contener una afirmación indefinida; 8) las únicas negaciones que no exigen prueba son las sustanciales y las formales indefinidas de hecho, por la imposibilidad de suministrarla en razón de su carácter indefinido y no de la negación misma; 9) las demás negaciones se prueban demostrando el hecho positivo contrario ..."* (se deja subrayado). Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, Temis, Bogotá, 2002, pp. 200-203.



suerte que le corresponde asumir las consecuencias desfavorables derivadas del incumplimiento del anotado deber procesal, las cuales no son otras que la anulación del acto administrativo atacado por no haberse acreditado que su expedición se produjo de forma respetuosa de las garantías constitucionales varias veces mencionadas.

Pero, adicionalmente a lo anterior, la declaratoria de caducidad del referido contrato estatal se produjo con falta de competencia *rationae temporis* por parte del municipio demandado, habida cuenta de que se encuentra probado dentro del proceso que la aludida sanción fue impuesta al contratista mediante acto administrativo que se profirió después de la expiración del plazo de ejecución del contrato, si se tiene en cuenta que la Resolución No. 695 del 5 de junio de 1997 fue expedida varios meses después de haber concluido el anotado plazo de ejecución, cosa que ocurrió el día 2 de diciembre de 1996, según se dejó expuesto en apartado precedente dentro de esta providencia. Además, tampoco existe constancia o elemento probatorio alguno —documental o de otra índole— que permita establecer que el referido acto administrativo hubiere sido notificado personalmente al aquí demandante, a pesar de que, de conformidad con lo antes explicado en relación con la figura de la caducidad de la potestad sancionatoria de la Administración, para que ésta no opere resulta menester que el acto sancionatorio sea expedido y notificado dentro del plazo del cual dispone la entidad actuante para ejercer su *ius puniendi*.

No está de más poner de presente la inconsistencia que advierte la Sala entre el plazo de ejecución estipulado en el contrato y aquel convenido para la "vigencia" del mismo, comoquiera que la ejecución del objeto contractual debía realizarse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la entrega del anticipo, cosa ésta que ocurrió el día 2 de septiembre de 1996, por manera que el término para ejecutar las obras expiró el 2 de diciembre de 1996; a pesar de lo anterior, las partes acordaron como término de "vigencia" del contrato el de "seis (6) meses, contados a partir de la fecha de aprobación de las garantías, previa expedición del registro presupuestal definitivo" —cláusula octava—, lapso que, por carecer de sentido práctico real y efectivo para la ejecución del contrato, se evidencia artificial, sin la virtualidad de alterar el sentido de la conclusión consistente en la expiración de la potestad sancionatoria del municipio de Quibdó en el asunto *sub iudice* y, por tanto, en la consecuente nulidad de los actos administrativos demandados, en cuanto fueron expedidos —y nunca comunicados regularmente— con falta de competencia temporal por la entidad accionada.

Empero, más allá de la evidente incompetencia temporal de la entidad demandada que afectó el ejercicio de su potestad sancionatoria en el presente caso para declarar la caducidad administrativa del contrato, se advierte que el demandante sustentó su pedimento de anulación de la Resolución censurada en otros argumentos de los cuales ya se ha ocupado con antelación la Sala en el presente proveído, sin que en la demanda se hiciera alusión expresa, como fundamento de la pretensión de declaratoria de nulidad en comento, a la extemporaneidad en el ejercicio de sus facultades excepcionales en materia contractual por parte de la entidad contratante; pese a lo anterior, la Sala reiterará la tesis jurisprudencial en virtud de la cual el Juez *debe* entrar a pronunciarse frente a la extemporaneidad para el ejercicio de la potestad excepcional de declarar la caducidad administrativa de un contrato estatal, sin desconocer con ello el principio de congruencia entre el *petitum* de la demanda y lo resuelto en la sentencia, pues la falta de competencia de la instancia administrativa para expedir el acto, al margen de cuál sea específicamente el factor que la configura en el caso concreto —trátase de la

competencia *rationae materiae*, *rationae loci* o *rationae temporis*<sup>84</sup>— reviste tanta trascendencia por implicar una de las más importantes aristas del principio de legalidad —artículos 6, 121 y 122 constitucionales— y la aplicación de normas de orden público, que se encuentra plenamente justificado que el Juez, oficiosamente, excluya del ordenamiento jurídico aquellas decisiones adoptadas en defecto de dicho elemento de insoslayable concurrencia en cabeza de quien las profiere.

Así lo ha entendido esta Sección tratándose, precisamente, de la incompetencia *rationae temporis* al ejercer la facultad excepcional de declarar la caducidad administrativa del contrato:

*“Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sección acerca de que la administración sólo puede declarar la caducidad del contrato durante la vigencia del mismo.*

*En el caso que se examina se encuentra que la extemporaneidad alegada no fue objeto de las pretensiones de la demanda y esta consideración sólo la hace la parte actora en el alegato de conclusión ante esta instancia. Sin embargo, por tratarse del cargo de incompetencia temporal o *ratione temporis* que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (arts. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador<sup>85</sup>”<sup>86</sup>.*

Acreditada como se encuentra en el *sub iudice* tanto la violación al debido proceso y al derecho a la defensa del accionante con la expedición de la Resolución No. 695 del 5 de junio de 1997 por parte del municipio de Quibdó, como la falta de competencia *rationae temporis* de dicho ente territorial para ejercer su *ius puniendi*, traducido en la facultad de declarar —y notificar personalmente al afectado— la caducidad administrativa del contrato N° OPR-25-0-96, la Sala declarará la nulidad de dicho acto administrativo en la parte resolutive del presente pronunciamiento.

*2.6.4.2 Conformidad a Derecho del oficio del 10 de marzo de 1997, mediante el cual el Secretario de Obras del municipio de Quibdó modificó unilateralmente el contrato OPR-25-0-96, al indicarle mediante dicho pronunciamiento al contratista que debía ejecutar el objeto contractual en un lugar diferente del inicialmente convenido.*

Similar a la de la Resolución No. 695 del 5 de junio de 1997 ha de ser la suerte que corra el oficio en cuestión, comoquiera que, de un lado, se trató de una

---

<sup>84</sup> La doctrina nacional se ha pronunciado sobre la incompetencia en los siguientes términos: “*En el derecho positivo colombiano, a diferencia de otros ordenamientos, no se hacen gradaciones respecto de los efectos de la incompetencia. Ente nosotros, la incompetencia es una sola y produce un solo efecto: la nulidad del acto*”. Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, II, cit., p.371.

<sup>85</sup> Nota original de la sentencia citada: JEAN RIVERO. *Derecho administrativo*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984. P.274.

<sup>86</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999); Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 10196; En similar dirección puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dieciséis (16) de febrero de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 13001-23-31-000-1988-07186-01(13.414).

decisión adoptada por el municipio accionado de plano, esto es sin una mínima actuación previa que garantizase al contratista sus derechos al debido proceso, a la audiencia, a la defensa y a la contradicción y con absoluta pretermisión, además, de la exigencia efectuada por el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 para el ejercicio de la potestad excepcional de modificar unilateralmente el contenido del contrato estatal, en el sentido de que previamente a la expedición del acto administrativo respectivo, debe haberse intentado llegar a un acuerdo con el contratista, presupuesto de ejercicio de la aludida potestad de cuya observancia por parte del municipio de Quibdó no existe prueba alguna en el plenario.

Adicionalmente, este acto administrativo también fue proferido después del fenecimiento del plazo previsto para la ejecución del contrato —lo cual ocurrió, según se acaba de reseñar, el 2 de diciembre de 1996—, por manera que se trata de una decisión expedida con falta de competencia temporal por parte de la entidad pública demandada, de conformidad con los argumentos que extensamente se han expuesto a lo largo de esta providencia.

Por último, el oficio en comento carece de motivación alguna, razón por la cual no resulta posible establecer si el margen de apreciación que la potestad excepcional de modificar unilateralmente el contrato confiere a la entidad estatal contratante que la ejerce, realmente se sustentó en unos motivos y procuró la consecución de unos fines consecuentes con los propósitos que para el ejercicio de dicha atribución consagra el ordenamiento jurídico, más allá de que la ausencia de motivación de un acto que por ministerio de la ley debe estar provisto de dicho requisito de validez, viola igualmente el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de contradicción del sujeto pasivo de la correspondiente decisión administrativa.

Así las cosas, en la parte resolutive de este pronunciamiento igualmente se declarará la nulidad del oficio del 10 de marzo de 1997, mediante el cual el Secretario de Obras del municipio de Quibdó modificó unilateralmente el contrato OPR-25-0-96, al indicarle mediante dicho pronunciamiento al contratista que debía ejecutar el objeto contractual en un lugar diferente del inicialmente convenido.

#### *2.6.4.3 Sobre las demás pretensiones de la demanda.*

Ya se expresó previamente en el presente proveído que no existe prueba idónea en el expediente respecto del nivel de ejecución de la obra por parte del contratista, de las causas que condujeron al colapso de la bocatoma que se encontraba construyendo, de las razones que le impidieron entregar la totalidad de los trabajos dentro del término contractualmente previsto y, por consiguiente, de si la suma de dinero que le fue entregada por concepto de anticipo cubrió de manera total o parcial las erogaciones en las cuales el contratista incurrió en desarrollo del objeto contractual.

La ausencia total de medios de prueba que permitan establecer si la entidad pública accionada causó algún daño patrimonial al contratista que éste no se encontrare en el deber jurídico de soportar, impide reconocer vocación de prosperidad a las demás pretensiones de la demanda, las cuales, consecuentemente, serán denegadas.

Empero, los informes rendidos por el interventor del contrato, funcionario para aquél entonces vinculado con la Secretaría de Obras del municipio de Quibdó, dan cuenta de que la Administración municipal pudo incurrir en un grave desconocimiento de las obligaciones que le imponía el principio de planeación,

pues al parecer sin estudios, sin planos y sin diseños rigurosa y técnicamente elaborados, procedió a celebrar el contrato de obra OPR-25-0-96 con el señor José Fulgencio Mosquera; adicionalmente, no ejerció oportuna y eficientemente sus atribuciones en cuanto a la dirección y control de la ejecución de la obra, pues de modo inapropiado, antitécnico, contrario a Derecho y completamente inoportuno, modificó las cantidades de obra, el lugar de ejecución de la misma y declaró la caducidad del contrato, por fuera del plazo de ejecución del objeto contractual.

Por tal razón, la Sala confirmará la decisión que adoptó el Tribunal Administrativo del Chocó en el sentido de ordenar que se compulsen copias de la sentencia que pone fin al presente litigio, con destino a la Contraloría Departamental del Chocó<sup>87</sup> para que se investigue si se produjo, o no, un detrimento al erario municipal de Quibdó como consecuencia de la entrega de dineros al contratista a título de anticipo, sin que se hubiere aclarado y menos demostrado cuál fue el destino que se dio a tales recursos. Y es que ha de tenerse presente, a este respecto, que según lo demuestra el acta del 2 de octubre de 1996<sup>88</sup>, al contratista le fue entregada la suma de once millones de pesos (\$11'000.000,00) por concepto de anticipo pactado en el contrato OPR-25-0-96, pero el material probatorio que se recaudó en el plenario da cuenta de que el señor José Fulgencio Mosquera, del total del objeto contractual, sólo avanzó en la construcción de la bocatoma, que era apenas uno de los ítem incluidos en el contrato de obra, ítem cuyo valor ascendía a la suma de \$4'126.121,94<sup>89</sup> y no se estableció en el plenario qué porcentaje de dicho rubro de la obra se ejecutó de manera efectiva ni por qué razón se produjo su colapso.

Adicionalmente, también se ordenará la compulsión de copias de esta providencia con destino a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, con el propósito de que cada uno de tales órganos, dentro del ámbito de sus competencias, investigue si pudieron configurarse, o no, infracciones de naturaleza disciplinaria o penal como consecuencia del obrar de quienes participaron en la fase previa a y durante la celebración y ejecución del contrato OPR-25-0-96, entre el municipio de Quibdó y el señor José Fulgencio Mosquera.

## **2.7 Costas.**

Debido a que en la fecha en la cual se profiere este fallo el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que sólo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente, cosa que no ocurrió en el *sub lite*, en el presente asunto no habrá lugar a imponer condena alguna por dicho rubro. En ese sentido, se modificará la parte resolutive de la sentencia apelada en la cual se había dispuesto la condena en costas en contra de la entidad demandada.

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

### **FALLA:**

---

<sup>87</sup> Entidad a cargo de llevar a cabo en la actualidad el control fiscal en ese Departamento, su capital incluida.

<sup>88</sup> Documento relacionado en la letra d, del acápite de pruebas del presente pronunciamiento.

<sup>89</sup> Según se encuentra plasmado en el acta de modificación de las cantidades de obra correspondientes al contrato OPR-25-0-96, documento relacionado en la letra f., del acápite de pruebas de este proveído (fl. 111, c. 1).

**PRIMERO: Modifícase** la sentencia apelada, esto es la proferida el 26 de octubre de 2000 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó y, en su lugar, dispónese lo siguiente:

**1. Acéptase** el impedimento manifestado por la H. Magistrada del H. Tribunal Administrativo del Chocó, doctora Mirtha Abadía Serna, por las razones expuestas en la sentencia apelada.

**2. Inhíbese** de emitir pronunciamiento de fondo en relación con la pretensión elevada en la demanda en el sentido de que se declare la nulidad del oficio "*del 16 de Mayo de 1997 expedido por el mismo [Secretario de Obras Públicas del municipio de Quibdó] a la Dr. (sic) Dulima Moreno Córdoba*", por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**3. Declárase** la nulidad de la Resolución No. 695 del 5 de junio de 1997, proferida por el Alcalde de Quibdó —Chocó—, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente decisión.

**4. Declárase** la nulidad del oficio del 10 de marzo de 1997, mediante el cual el Secretario de Obras del municipio de Quibdó modificó unilateralmente el contrato OPR-25-0-96, al indicarle mediante dicho pronunciamiento al contratista que debía ejecutar el objeto contractual en un lugar diferente del inicialmente convenido, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**5. Niéganse** las demás pretensiones de la demanda.

**6. Compúlsense** copias de esta decisión a la Contraloría Departamental del Chocó, a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**7.** Sin condena en costas.

**SEGUNDO:** Todas las comunicaciones que se ordena efectuar en esta sentencia serán libradas por el Tribunal Administrativo *a quo*.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLIQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**