

GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS – Caducidad del Contrato

Le asiste razón a la entidad pública demandada en que para el año 2005, cuando profirió la Resolución 860 por la cual declaró la caducidad del contrato, no estaba definido un procedimiento especial que demarcara una ritualidad que la administración debía seguir para tal efecto, como quiera que aún no estaban vigentes los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de Ley 1474 de 2011. Sin embargo, la Sala no puede soslayar que, por medio de las normas antes indicadas, se reiteró lo determinado por el artículo 29 de la Constitución Política y el desarrollo jurisprudencial que con ocasión de este último mandato se había estructurado por esta jurisdicción. En estos precedentes, se recabó sobre el deber de hacer partícipe al contratista de las garantías propias del debido proceso de las actuaciones administrativas, garantizándole la posibilidad de ser oído y de ejercer el derecho de defensa y contradicción.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO – Marco Normativo – Finalidad – Principio

El artículo 29 de la Constitución Política elevó a rango constitucional el derecho al debido proceso y con base en él definió que corresponde a un mandato superior aplicable a todas las actuaciones tanto administrativas como judiciales, lo que demanda el respeto por las garantías de audiencia, defensa y contradicción del particular involucrado en ellas, cuestión que no era nueva y que, por ende, resultaba extensible y directamente aplicable a los procedimientos surtidos de oficio en los términos reglados por el CCA. Esta obligación legal que exigía la presencia, audiencia del particular y la facultad de controversia del particular, era extensible también a las actuaciones administrativas - contractuales iniciadas de oficio, no sólo por el hecho de tratarse de una entidad pública orientada y regida por el mandato constitucional y legal citado, sino porque la Ley 80 de 1993, como marco normativo especializado de Contratación de la Administración Pública, expresamente disponía 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”.

Finalmente, se advierte que antes de la expedición de las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, el criterio jurisprudencial preponderante indicaba que para la efectividad de esta garantía del debido proceso, cuando la Administración pretendiera adoptar una decisión que afectara los derechos e intereses del contratista —como en el caso de cualquier otro sujeto—, sus actuaciones debían asegurar que el afectado tuviera la oportunidad de intervenir en la etapa previa a la expedición del respectivo acto administrativo, para lo cual debía conocer el inicio del trámite, las razones en las cuales se fundaba, tener oportunidad de

aportar y discutir las pruebas que en su contra se adujeran y, en general, presentar los descargos que considerara pertinentes.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

Expediente: 13001-23-31-000-2007-00438-01 (67858)
Demandante: Carlos Alberto Muñoz Aguirre
Demandada: Nación – Fondo de Previsión Social del Congreso de la República
Medio de control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Temas: *DERECHO AL DEBIDO PROCESO FRENTE A LA DECLATORIA DE CADUCIDAD CONTRACTUAL - La entidad pública está en el deber de hacer partícipe al administrado destinatario de tal decisión bajo un procedimiento previo y las garantías de audiencia, defensa y contradicción, incluso antes de la vigencia de las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011. / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD POR NULIDAD DE ACTO QUE DECLARA LA CADUCIDAD DE UN CONTRATO ESTATAL - Es un perjuicio autónomo respecto del cual debe existir certeza y que exige la prueba de que el contratista afectado estaba en una posición jurídicamente relevante que, en el curso normal de los hechos, le habría permitido, potencialmente, celebrar contratos con el Estado.*

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

La controversia versa en torno a la legalidad del acto administrativo contenido en la Resolución 860 del 24 de junio de 2005, que declaró la caducidad de un contrato de prestación de servicios y el consecuente acto administrativo contenido en la Resolución 561 del 17 de abril de 2006, de liquidación unilateral.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión adoptada el 20 de febrero de 2019 por el Tribunal

Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina¹, que accedió parcialmente a las pretensiones formuladas² por Carlos Alberto Muñoz Aguirre (en adelante el demandante) en contra de la Nación – Congreso de la República – Fondo de Previsión Social (en adelante la entidad demandada o el Fondo), cuyos hechos principales y pretensiones se enuncian a continuación.

Hechos

2. El 11 de junio de 2003, el demandante y el Fondo suscribieron el contrato de prestación de servicios profesionales 35 de 2003, por medio del cual, el primero se obligó a gestionar el cobro de las cuota partes jubilatorias y bonos pensionales que se adeudaban a la entidad contratante en los departamentos de Bolívar, Córdoba y Sucre³.

3. Para el cumplimiento del objeto contratado, el demandante se obligó a presentar informes mensuales de su gestión, mientras que el Fondo debía entregar los títulos, pruebas, autorizaciones, poderes y demás documentos para la gestión encomendada. Como valor del contrato se pactó que sería *“de cuantía indeterminada”*.

4. El 24 de junio de 2003, inició la ejecución del negocio jurídico⁴. Al mes vencido, el contratista inició la presentación mensual de sus informes de gestión; no obstante, el Fondo no acató su obligación de poner a disposición de su cocontratante los documentos necesarios para su gestión, negándose a ceder en los poderes las costas procesales que se liquidaran en los procesos judiciales, concepto acordado como parte de su remuneración. Respecto de esto último, los días 17 y 20 de mayo de 2005 el contratista solicitó al Fondo que en uno de los poderes que requería para la gestión judicial se incluyera la facultad de cobrar las costas a su favor, pero la entidad se negó a atender tal solicitud.

5. El 8 de junio de 2005, la entidad pidió un informe de gestión extraordinario que el demandante no entregó. Mediante Resolución 860 del 24 de junio de 2005⁵, el Fondo declaró la caducidad del contrato 35 de 2003 por incumplimiento grave y ordenó proceder con su liquidación, al estimar que el contratista *“ha incumplido con el objeto contractual, puesto en riesgo la recuperación exitosa de la cartera asignada, y causó un detrimento patrimonial de la entidad”*.

¹ Pese a que el trámite de primera instancia se surtió en el Tribunal Administrativo de Bolívar, por cuenta de una medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, la sentencia fue dictada por el Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

² Mediante demanda presentada el 11 de julio de 2007, folio 11 C. 5-5.

³ Según el contrato, *“Mediante cobro directo o prejurídico, conciliación prejudicial o judicial y demanda judicial”*.

⁴ Según se indica en otrosí No 2, obrante en folios 26 y siguientes C. 3.

⁵ Folios 214 y siguientes C. 2.

6. Como fundamento del acto, se indicó que la falta de entrega de los informes impedía conocer el estado actual de los cobros encomendados, además de lo cual, se evidenciaba: ^(a) una indebida gestión adelantada ante el Juzgado Segundo Laboral de Valledupar, dada la presentación extemporánea de los recursos legales que frustraron las pretensiones; ^(b) la falta de entrega de los títulos judiciales por parte del contratista, pese a la autorización otorgada para su retiro; ^(c) la transacción a instancias del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla llevada a cabo por el contratista con el departamento del Atlántico, pese a la indicación de la entidad de proceder con una conciliación judicial⁶; ^(d) el cobro total de los honorarios de la causa seguida contra el departamento del Atlántico por parte del contratista, pese a que contractualmente se definió el 15% a su favor.

7. Mediante Resolución 561 del 17 de abril de 2006⁷, el Fondo liquidó unilateralmente el contrato tomando como base los perjuicios causados por el incumplimiento, los gastos de publicación de la Resolución 860 de 2005, y la cláusula penal pecuniaria.

Pretensiones

8. El demandante solicitó ⁽ⁱ⁾ declarar la nulidad de la Resolución 860 del 24 de junio de 2005 y de la Resolución 561 del 17 de abril de 2006; y ⁽ⁱⁱ⁾ a título de restablecimiento del derecho, pidió condenar al Fondo a pagar \$16.409'271.530 por perjuicios materiales, y 10.000 SMLMV por perjuicios morales.

Argumentos de ilegalidad – violación al debido proceso

9. El demandante adujo, como cargo único, la violación de los derechos al debido proceso, audiencia y defensa⁸, fundado en que la entidad declaró la caducidad sin haber hecho los requerimientos previos o llamados de atención por supuestos incumplimientos, y especialmente, sin haber adelantado un procedimiento administrativo donde lo hubiere vinculado, por lo que no lo llamó a presentar descargos, no le escuchó y no le permitió defenderse de los cargos aducidos en su contra.

Contestación de la demanda

10. La entidad demandada se opuso a las pretensiones⁹, aduciendo que la declaratoria de caducidad contractual estaba plenamente fundamentada por cuenta del

⁶ Al respecto ver otrosí 1 del 17 de febrero de 2004, folio 172 C. 2.

⁷ Folios 141 y siguientes C. 2.

⁸ *“nunca hizo un llamado de atención diciendo que había incumplimiento, no se me llamó a descargo, no se me escuchó, ni se me pidió explicación alguna, sino que procedió de manera grosera a declarar la caducidad del contrato causando un perjuicio grave por lo que tal declaratoria implica, en no poder ejercer mis servicios a ninguna entidad estatal por el término de cinco años”*

⁹ Folios 52 y siguientes C. 3.

comprobado incumplimiento del contratista que fue detalladamente expuesto en la Resolución 860 de 2005. Indicó que, si bien no se llevó a cabo un procedimiento administrativo con citación a audiencia y descargos, la declaratoria de caducidad no corresponde a una sanción penal ni disciplinaria, sino a una actuación de defensa del interés público que no exige tal requisito. No aportó ni solicitó pruebas.

Alegatos en primera instancia

11. Agotado el período probatorio¹⁰, El Fondo¹¹ reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, añadiendo que estaba probado que, por cuenta de la falta de diligencia en las actuaciones judiciales, el contratista fue sancionado por los Consejos Seccionales de la Judicatura del Cesar y Magdalena, decisiones confirmadas por el Consejo Superior de la Judicatura¹². El demandante volvió sobre los argumentos de la demanda y agregó que, si bien los procesos judiciales a su cargo no habían finalizado, su éxito era aceptable y, por ende, era procedente reconocer el 15% de las sumas allí cobradas bajo el concepto de pérdida de oportunidad¹³. El Ministerio Público guardó silencio.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

12. El Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, accedió parcialmente a las pretensiones de la siguiente forma:

“PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 0860 del 24 de junio de 2005, mediante la cual el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República declaró la caducidad del contrato No. 035 de 2003, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARASE la nulidad de la Resolución No. 0561 de abril 17 de 2006, mediante la cual el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República liquidó unilateralmente el contrato No. 035 de 2003.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, CONDÉNASE al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA a pagar

¹⁰ El Tribunal decretó las pruebas allegadas por el demandante: contrato de prestación de servicios profesionales 35 de 2003, y ordenó la remisión (auto del 28 de noviembre de 2008 – folio 59 C. 3) de los antecedentes administrativos del señalado contrato, pidió a los Juzgados Segundo Laboral de Barranquilla, Segundo Laboral de Valledupar, Promiscuo del Carmen de Bolívar, Promiscuo de Corozal, Primero de Mompo, Primero y Segundo de Magangué que certificaran las actuaciones ejecutadas por el demandante, ordenó la recepción de las declaraciones testimoniales de Martha España (funcionaria de la entidad en el área de liquidación de cuota partes – declaraciones a folios 81 y ss C. 3) y Gustavo Núñez (dependiente judicial del actor – declaraciones a folios 77 y ss C. 3.), así como la declaraciones de parte de la demandada. Todas las pruebas decretadas fueron practicadas.

¹¹ Folios 73 y 73 C. 5-4.

¹² Folios 100 y ss y 144 y ss C. 3.

¹³ Folios 75 y ss. C 5-4.

la suma de doscientos veintidós millones cuatrocientos veintisiete mil doscientos setenta y cinco pesos (\$222'427.275,00) M/cte., a título de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

CUARTO: DENIÉGUENSE las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: No hay lugar a condena en costas (...)".

13. Consideró el Tribunal que la contratante nunca anticipó ni comunicó el inicio de un procedimiento administrativo tendiente a determinar un incumplimiento del contrato de prestación de servicios, por lo que, al expedir la Resolución 860 del 24 de junio de 2005, tomó por sorpresa al contratista, circunstancia que evidenciaba la violación del debido proceso y de los derechos de audiencia y de defensa, de manera que resultaba procedente la declaratoria de nulidad solicitada por el demandante.

14. Igual determinación a la antes indicada tomó frente a la Resolución 561 del 17 de abril de 2006, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato 35 de 2003, al considerar que "*... la decisión administrativa por medio de la cual se ordena la liquidación unilateral se fundamenta completamente en la Resolución No. 0860 del 24 de junio de 2005*".

15. En relación con los perjuicios materiales solicitados, consideró que no estaban probados y que, si bien contractualmente se convino como contraprestación el 15% de lo efectivamente cobrado por el contratista, ello era procedente si el contrato se hubiera desarrollado en su totalidad. Indicó que el acto que declaró la caducidad fue expedido un día antes del término de vigencia contractual, por lo que aun si no se hubiera expedido, el cobro de las cuota partes pensionales no se completó y, por ende, el contratista no tenía derecho a recibir la remuneración indicada.

16. No obstante, explicó que la inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas, derivada de la declaratoria de caducidad contractual, constituye un daño por pérdida de oportunidad cuya indemnización es procedente en términos de equidad, con base en lo cual debe tomarse el valor del contrato terminado.

17. Expuso que, si bien el contrato era de cuantía indeterminada, comoquiera que se valoró en \$50'000.000 para efectos fiscales y de garantías, este era el valor a tener en cuenta para la liquidación del perjuicio por pérdida de oportunidad. En ese orden, estimó que el valor del perjuicio ascendía a \$222'472.275, teniendo en cuenta que el valor anual del contrato correspondía a \$25'000.000, suma que debía ser indexada desde el 2005 hasta el 2010, cuyo resultado debía ser actualizado a 2019, año en el cual se profería la sentencia.

18. Negó los perjuicios morales por falta de prueba.

Los recursos de apelación¹⁴

19. El Fondo solicitó revocar la decisión del *a quo*, aduciendo que: (i) no existió violación al debido proceso del contratista, pues para el momento en que se profirió la Resolución 860 de 2005 no había norma que definiera el procedimiento administrativo especial para declarar la caducidad del contrato, luego, la ausencia de actuación previa no era constitutivo de ilegalidad, además de lo cual, la decisión no fue arbitraria, comoquiera que se fundó en el comprobado y grave incumplimiento del contratista que se imponía como necesaria para salvaguardar los intereses de la entidad; y (ii) no estaban acreditados los perjuicios por pérdida de oportunidad, pues el contratista no demostró dicho perjuicio y tampoco podía tenerlo, comoquiera que fue sancionado disciplinariamente por el Consejo Superior de la Judicatura como consecuencia de los hechos que constituyeron el incumplimiento del contrato, aspecto evidenciado en los fallos dictados por esa autoridad aportados al expediente¹⁵.

20. El demandante solicitó la modificación de la sentencia de primera instancia insistiendo en que se le reconozca el 15% del valor real recaudado con ocasión de su gestión, así como las afectaciones a su buen nombre¹⁶.

Alegatos de conclusión de segunda instancia

21. La entidad demandada¹⁷ volvió a exponer los argumentos de la apelación. El demandante insistió en los argumentos expuestos en la primera instancia¹⁸. El Ministerio Público guardó silencio.

II CONSIDERACIONES

Cuestión previa - validez probatoria de documentos extemporáneos

22. La Sala considera que los fallos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura aducidos por el Fondo no fueron integrados como prueba al plenario por el Tribunal, comoquiera que no fueron allegados en la demanda ni en su contestación (artículos 139 y 144 del CCA), sino en el término de recaudo de las pruebas previamente decretadas, con el fin de demostrar que el demandante no podía continuar ejerciendo su representación judicial en nombre propio, sin solicitar su

¹⁴ Admitidos mediante auto del 15 de marzo de 2022. Como los recursos se interpusieron el 14 de septiembre de 2021, le son aplicables las modificaciones introducidas por la Ley 2080 de 2021, en rigor desde el 25 de enero de 2021. En aplicación del artículo 247 de esta normativa, se prescinde de la presentación de alegatos de conclusión, por cuanto no se decretaron pruebas en esta instancia.

¹⁵ Folios 138 y ss C. 5-4.

¹⁶ Folios 144 y 145 C. 5-4.

¹⁷ Índice 31 de SAMAI.

¹⁸ Índice 32 de SAMAI.

inclusión como acervo documental de prueba; frente a la decisión del Tribunal de cerrar el periodo probatorio sin estos documentos¹⁹ las partes no presentaron recursos, y como éstos tampoco fueron solicitados como prueba en el trámite del recurso de apelación (artículo 214 del CCA) ni fueron decretados de oficio (artículo 169 del CCA), no serán objeto de valoración en esta instancia.

Problema jurídico

23. Le corresponde a la Sala establecer ⁽ⁱ⁾ si para la época en que fue proferido el acto que declaró la caducidad del contrato, no era obligatorio ni existía un procedimiento previo que la entidad demandada tuviera que realizar para garantizar los derechos al debido proceso, audiencia y defensa del contratista; ⁽ⁱⁱ⁾ si es procedente reconocer a título de pérdida de oportunidad, los perjuicios y la cuantía definidos por el *a quo* y ⁽ⁱⁱⁱ⁾ si cabe hacer algún reconocimiento de los perjuicios reclamados por el demandante y negados por el tribunal.

Respecto el derecho al debido proceso

24. El contrato objeto de la controversia es un negocio jurídico de prestación de servicios profesionales regido por el derecho público y sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, comoquiera que una de sus partes, la Nación – Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, es una entidad estatal de las descritas en el artículo 1, literal a, del orden de “*establecimientos públicos*”, del citado estatuto, y no tiene un régimen jurídico propio exceptuado del EGCAP.

25. Le asiste razón a la entidad pública demandada en que para el año 2005, cuando profirió la Resolución 860 por la cual declaró la caducidad del contrato, no estaba definido un procedimiento especial que demarcara una ritualidad que la administración debía seguir para tal efecto, comoquiera que aún no estaban vigentes los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007²⁰ y 86 de Ley 1474 de 2011²¹. Sin embargo,

¹⁹ Auto del 28 de octubre de 2014.

²⁰ “El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. “En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. [...]”.

²¹ “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.

la Sala no puede soslayar que, por medio de las normas antes indicadas, se reiteró lo determinado por el artículo 29 de la Constitución Política y el desarrollo jurisprudencial que con ocasión de este último mandato se había estructurado por esta jurisdicción²². En estos precedentes, se recabó sobre el deber de hacer partícipe al contratista de las garantías propias del debido proceso de las actuaciones administrativas, garantizándole la posibilidad de ser oído y de ejercer el derecho de defensa y contradicción.

26. Así mismo, el Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo (CCA) como marco normativo vigente para la época de suscripción del contrato (2003), y aun en vigor para el momento de expedición de la demandada Resolución 860 (2005), establecía en su artículo 28, que toda actuación administrativa que se iniciara de oficio y con la cual se pudieran afectar directamente intereses particulares, debía ser comunicada con la indicación clara de su objeto al particular o tercero potencialmente afectado. De igual forma, consagraba en el artículo 14 *ibídem*, la facultad de estos sujetos para hacerse parte del procedimiento administrativo y para que durante su trámite hicieran valer sus derechos, mediante la solicitud, controversia y oposición de pruebas, la entrega de información relevante y la expresión de sus opiniones o descargos, de ahí que, según el artículo 34 de tal codificación, la entidad que hubiere iniciado oficiosamente la actuación sólo podía adoptar una decisión, *“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”*.

27. Por su parte, el artículo 29 de la Constitución Política elevó a rango constitucional el derecho al debido proceso y con base en él definió que corresponde a un mandato superior aplicable a todas las actuaciones tanto administrativas como judiciales, lo

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 [...]”.

²² Consejo de Estado / Sala de lo Contencioso Administrativo / Sección Tercera / Consejera ponente: Maria Elena Giraldo Gómez / Bogotá, D. C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil tres (2003) / Radicación número: 73001-23-31-000-1995-04431-01(14431) *“Tales hechos [expedición en forma irregular del acto y desconocimiento del derecho de audiencia] están indicados en la ley como unas de las causales de nulidad de los actos administrativos (art. 84 del C. C. A.); y la ocasionan cuando, de una parte, la expedición irregular se relaciona con trámites substanciales o de fondo que inciden en la formación o en el sentido de la decisión y cuando, de otra parte, el desconocimiento de audiencia elude un paso necesario dirigido a garantizar el debido proceso”*.

Consejo de Estado / Sala de lo Contencioso Administrativo / Sección Tercera / Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez / Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil cinco (2005) / Radicación número: 76001-23-31-000-1996-02184-01(14157): *“el mandato del artículo 29 constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano y en la racionalización de los procedimientos administrativos sancionatorios o no, susceptibles de ser cobijados con la aplicación de este derecho, y su desconocimiento será cosa del pasado ... todos los derechos que integran el debido proceso deben ser aplicables en materia administrativa, porque el mandato constitucional quiso extender, sin distinciones, este haz de garantías al campo administrativo. Esta idea no es más que la aplicación del principio del efecto útil en la interpretación de las normas, a la vez que una forma de realizar el mandato constitucional de manera efectiva”*.

que demanda el respeto por las garantías de audiencia, defensa y contratación del particular involucrado en ellas, cuestión que no era nueva y que, por ende, resultaba extensible y directamente aplicable a los procedimientos surtidos de oficio en los términos reglados por el CCA. Esta obligación legal que exigía la presencia, audiencia del particular y la facultad de controversia del particular, era extensible también a las actuaciones administrativas - contractuales iniciadas de oficio, no sólo por el hecho de tratarse de una entidad pública orientada y regida por el mandato constitucional y legal citado, sino porque la Ley 80 de 1993, como marco normativo especializado de Contratación de la Administración Pública, expresamente disponía 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”*.

28. Finalmente, se advierte que antes de la expedición de las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, el criterio jurisprudencial preponderante indicaba que para la efectividad de esta garantía del debido proceso, cuando la Administración pretendiera adoptar una decisión que afectara los derechos e intereses del contratista —como en el caso de cualquier otro sujeto—, sus actuaciones debían asegurar que el afectado tuviera la oportunidad de intervenir en la etapa previa a la expedición del respectivo acto administrativo, para lo cual debía conocer el inicio del trámite, las razones en las cuales se fundaba, tener oportunidad de aportar y discutir las pruebas que en su contra se adujeran y, en general, presentar los descargos que considerara pertinentes²³.

29. Siguiendo tales derroteros, la entidad demandada estaba en la obligación de adelantar un procedimiento administrativo previo que garantizara la comparecencia del contratista, permitiéndole rendir sus descargos de cara al incumplimiento que se le imputaba, especialmente, cuando se trataba de declarar la caducidad del contrato, que es la decisión más drástica que una entidad puede adoptar frente a su colaborador contratista, al entrañar no solo el aniquilamiento del contrato estatal, sino también la derivada inhabilidad de celebrar negocios jurídicos con entidades públicas conforme el artículo 8, numeral 1, literal c, nada de lo cual se hizo en el caso concreto, aspecto que ni siquiera es discutido por la entidad demandada, quien simplemente sorprendió al contratista al notificarle la Resolución 860 de 2005.

²³ Así lo dijo la Sección Tercera: *“encuentra la Sala que las razones expuestas por la parte demandada para solicitar que se revoque la decisión de primera instancia no tienen vocación de prosperidad, toda vez que, como viene de verse, con anterioridad a la imposición de la sanción debe concedérsele al afectado la oportunidad para que haga efectivas todas las garantías que le asisten en virtud del derecho al debido proceso, razón por la cual no es suficiente para su ejercicio efectivo que, como erradamente lo consideró la parte demandada, la decisión se encuentre debidamente motivada y sea notificada, por cuanto existe un procedimiento de imperativo cumplimiento que debe surtirse en todas las actuaciones administrativas para garantizar la realización efectiva del mencionado derecho”*, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de junio de 2013, C.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 24.559.

30. En consecuencia, la tesis y cargo de la apelación de la demandada, fundado en que no era una obligación para la administración adelantar una actuación que garantizara el debido proceso del contratista para efectos de declarar la caducidad del contrato, ante la inexistencia de un procedimiento fijado en la ley para ello, resulta ser infundado y carente de justificación, por lo que no está llamado a prosperar.

Respecto de los perjuicios por pérdida de oportunidad

31. La entidad demandada aduce que no obra prueba de la pérdida de oportunidad. Por su parte, el demandado expuso que la cuantía determinada por el *a quo* debía aumentarse, comoquiera que no tenía en cuenta el 15% del total del valor de las cuota partes, cuya gestión adelantó y que fue convenido como contraprestación a su favor.

32. Para resolver sobre estos aspectos, comienza la Sala por indicar, tal y como lo hizo en reciente sentencia²⁴, y refrendando lo señalado por la Sala Plena de la Sección Tercera²⁵, que la declaratoria de caducidad viciada de nulidad puede conllevar una pérdida de oportunidad como daño jurídicamente relevante autónomo, independiente y de contornos propios que parte de dos elementos nucleares: ⁽ⁱ⁾ la existencia cierta y real de una posibilidad de obtener una ganancia o de impedir una pérdida²⁶, y ⁽ⁱⁱ⁾ la incertidumbre causal que se deriva del desconocimiento sobre qué habría ocurrido con esa posibilidad en caso de que la conducta u omisión antijurídica de un tercero no hubiera frustrado definitivamente la trayectoria normal de los eventos.

33. La parte que reclama la pérdida de oportunidad debe acreditar que antes de la ocurrencia del hecho generador del daño, estaba en una posición potencialmente apta para producir un resultado beneficioso para ella, pues las posibilidades vagas o la mera eventualidad de un provecho no resultan jurídicamente relevantes como asunto indemnizable.

34. Tratándose de la pérdida oportunidad derivada del acto que declara la caducidad de un contrato estatal, es necesario que se establezca que el contratista afectado con dicha decisión estaba en una posición jurídicamente relevante que, en el curso normal de los hechos, le habría permitido celebrar contratos con el Estado y, por tanto, recibir

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 5 de marzo de 2021. Exp. 39.249. C.P José Roberto Sáchica Méndez. Ver también Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de agosto de 2017. Exp. 52.920. C.P Marta Nubia Velásquez Rico.

²⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de 2012. Exp. 15.024. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Consideración jurídica No. 23.

²⁶ “La desaparición de la probabilidad de un evento favorable, siempre y cuando esta oportunidad aparezca suficientemente seria. Cuando la pérdida de una oportunidad es establecida, constituye un perjuicio indemnizable. Pero este se limita a dicha pérdida; sólo la pérdida de la oportunidad será compensada, y no la totalidad del beneficio que la víctima habría obtenido en caso de que hubiese ocurrido el evento cuya realización ha sido impedida por culpa del deudor”. LE TORNEAU, Philippe, La responsabilidad Civil Profesional, Legis, Bogotá, 2006, p. 85.

ganancias derivadas de su ejecución, solo que ante el rompimiento de tal devenir normal, esa posibilidad se vio truncada con ocasión de la inhabilidad que se produce como consecuencia de dicha decisión administrativa²⁷.

35. De esta manera, la imposición de la inhabilidad —cuya legalidad se desdibuja por la anulación de la decisión de caducar el contrato— no es una fuente automática de reconocimiento de daños a título de pérdida de oportunidad, pues el contratista debe acreditar que antes de la expedición de ese acto tenía un chance real de celebrar contratos con entidades estatales, lo que necesariamente debe partir por evaluar cuál era el comportamiento usual de sus negocios, esto es, si antes de la caducidad celebraba usualmente contratos con entidades estatales o se presentaba a procedimientos de selección de contratistas con cierta regularidad o, en ausencia de ambos, que se compruebe que existía una real expectativa de celebrar ese tipo de contratos en el futuro.

36. En este caso, el señor Carlos Alberto Muñoz Aguirre no probó que celebraba de manera usual y regular contratos con entidades públicas, o que se presentara a procedimientos de selección con tal fin, o que para la época que la entidad profirió la Resolución 860 de 2005 hubiese participado en ellos. El único contrato estatal que se allegó al proceso fue el de prestación de servicios profesionales 35 de 2003, que dio origen a la disputa, sin que se hubiese allegado prueba de que el señor Muñoz Aguirre celebraba regularmente contratos con el Estado, esto es, la potencialidad de hacerlo, o en general, la certeza de la oportunidad perdida.

37. Todos los esfuerzos probatorios del demandante se orientaron a demostrar la existencia del contrato y de los actos acusados, la gestión que realizó como muestra del cumplimiento de las obligaciones contraídas por virtud de éste, de manera que se limitó a aportar y solicitar el recaudo de los antecedentes administrativos del señalado contrato, las certificaciones de los Juzgados Segundo Laboral de Barranquilla, Segundo Laboral de Valledupar, Promiscuo del Carmen de Bolívar, Promiscuo de Corozal, Primero de Mompo, Primero y Segundo de Magangué, en relación con las actuaciones por él ejecutadas, las declaraciones testimoniales de Martha España²⁸ (funcionaria de la entidad en el área de liquidación de cuota partes) y Gustavo Núñez²⁹ (dependiente judicial del actor), quienes depusieron sobre la gestión del actor frente a sus obligaciones contractuales. De esta manera, el único hecho cierto que se tiene es que el señor Carlos Alberto Muñoz Aguirre celebró el contrato motivo de controversia.

²⁷ Ley 80 de 1993, art. 8 (versión previa a la reforma de la Ley 1150 de 2007): “1º Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...) c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad (...) as inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad”.

²⁸ Folios 81 y ss C. 3

²⁹ Folios 77 y ss C. 3.

38. Esta sola circunstancia impide establecer con ánimo de certeza, un chance real y concreto de celebrar contratos con el Estado que se hubiera visto frustrado como consecuencia de la inhabilidad derivada de la declaratoria de caducidad y que deba ser indemnizada. No hay prueba de que el ejercicio profesional del señor Muñoz Aguirre fuera común, reiterado y regular bajo vínculos contractuales con entidades públicas, luego no es posible determinar que en los años en los que permaneció vigente la inhabilidad, el demandante dejó de celebrar otro u otros contratos de la misma naturaleza del que se caducó por cuenta de esa regularidad, de manera que ese daño es hipotético o eventual.

39. En consecuencia, la Sala revocará la determinación adoptada por el Tribunal respecto del reconocimiento de perjuicios por concepto de pérdida de oportunidad.

40. Finalmente, resulta improcedente la pretendida cuantificación de los perjuicios sobre el 15% del valor de las cuotas partes que le hubieran correspondido al demandante “*sí el contrato se hubiera desarrollado en feliz término*”, y que se determinó en la demanda por la suma de \$16.409.271.530, toda vez que: ⁽ⁱ⁾ no se allegó fundamento alguno respecto de este valor, pues como advirtió el *a quo*, no se explica de dónde se tomó ni cuál es la cifra sobre la cual la parte actora aplica ese porcentaje; ⁽ⁱⁱ⁾ la caducidad del contrato se profirió el último día de su vigencia, por lo que resulta injustificada una pretensión sobre expectativas de ejecución del contrato cuando ya había vencido su término; ⁽ⁱⁱⁱ⁾ el demandante no elevó pretensiones tendientes a declarar que la entidad demandada incumplió el contrato en lo referente a su remuneración durante la ejecución del negocio jurídico; y ^(iv) no cabe un reconocimiento a título de daño al buen nombre, comoquiera que el recurrente no allegó algún argumento tendiente explicar o exponer cómo la decisión administrativa afectó ese bien constitucional, como tampoco hay prueba en el expediente que constante tal circunstancia.

Costas

41. En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

III PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia del 20 de febrero de 2019, proferida el Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que accedió parcialmente a las pretensiones formuladas por Carlos Alberto Muñoz Aguirre en contra la Nación – Congreso de la República – Fondo de Previsión Social. La citada sentencia quedará así:

“PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No 0860 del 24 de junio de 2005, mediante la cual el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República declaró la caducidad del contrato No. 035 de 2003, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 0561 de abril 17 de 2006, mediante la cual el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República liquidó unilateralmente el contrato No. 035 de 2003.

TERCERO: DENIÉGUENSE las demás súplicas de la demanda.

CUARTO: No hay lugar a condena en costas”.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. **Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema SAMAI.**