

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Terminación unilateral del contrato entre ICBF y hogar infantil. Acto sin motivación / **TERMINACION UNILATERAL** - Contrato estatal. Acto producido basado en presuntas conductas delictuales contra menores del representante legal de empresa contratista / **CONTRATO ESTATAL** - Contrato de Prestación de servicios. Terminación unilateral, su acto debe ser motivado / **INTERES SUPERIOR DEL MENOR** - Terminación unilateral de contrato de prestación de servicios. Investigación penal contra representante legal por delitos contra menores, no está desvirtuada la presunción de inocencia

Como se desprende del examen que de los argumentos presentados por la parte actora viene de realizarse, en efecto, la Resolución 0058 del 28 de enero del año 2000, carece de motivación concreta y (...) la terminación unilateral del contrato debe adoptarse a través de un acto administrativo debidamente motivado. (...) A pesar de ello, no encuentra la Sala que esta obligación hubiera sido satisfecha, en tanto que la entidad se limitó a afirmar que los menores objeto de atención se encontraban en grave peligro en consideración a los hechos por los cuales se adelantaba una investigación penal en contra del representante legal de la demandante, no obstante, (...) no resulta evidente, toda vez que, como se encuentra demostrado, los servicios en éste debían prestarse a través de un número plural de profesionales con amplia experiencia en el manejo de problemáticas sociales (...) (además) la carga de la argumentación en este caso se hacía aún más exigente, toda vez que, (...) (al) momento de la terminación unilateral del contrato se encontraba apenas en etapa de instrucción, lo que significa que la presunción de inocencia no se había desvirtuado, circunstancia que, aunada a la forma en la que se debían prestar los servicios contratados, imponía que el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital expusiera de manera detallada y precisa, (...) En efecto, no obra prueba en el expediente que lleve a la Sala a establecer con la certeza propia que debe acompañar a este tipo de actos administrativos, que la conducta por la cual se adelantó investigación penal en contra del entonces representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida, sin desconocer su gravedad, hubiere tenido la virtualidad, por sí sola, de comprometer el servicio público encomendado a la Asociación demandante a través del contrato 551 de 1999, por cuanto existen elementos de juicio que, por el contrario, ponen en tela de juicio dicha probabilidad, duda que, por lo demás, resulta imposible de superar dada la falta de motivación del acto administrativo demandado. (...) Así las cosas, se encuentra demostrada la violación de la ley por falta de motivación de la Resolución No. 0058 del 28 de enero de 2000, en relación con la terminación unilateral del contrato 551 de 1999, razón por la cual la Sala declarará la nulidad del citado acto administrativo, únicamente en cuanto a este negocio jurídico se refiere.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 44 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 36 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 17 NUMERAL 1

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Liquidación unilateral de contrato estatal / **LIQUIDACION UNILATERAL** - Contratos en los que se aplica / **LIQUIDACION UNILATERAL** - Facultad discrecional / **DISCRECIONALIDAD** - Facultad razonada para dar por terminado el contrato estatal

La jurisprudencia de esta Sección ha indicado que la potestad legalmente atribuida a las entidades estatales contratantes para que puedan dar por terminados de manera unilateral algunos contratos estatales, de conformidad con las diversas

previsiones legales que se ocupan de la materia, es un género, dentro del cual, a su turno, pueden distinguirse algunas especies, las cuales, aun cuando participan de ciertas notas comunes, contienen muchos y muy variados aspectos que las diferencian entre sí. (...) Esta modalidad de terminación unilateral del contrato puede tener aplicación únicamente respecto de aquellos contratos que: i) "...tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal"; ii) en los que tengan por objeto "la prestación de servicios públicos"; iii) en los que tengan por objeto "la explotación y concesión de bienes del Estado" y iv) "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 v) "contratos de suministro" y vi) contratos "de prestación de servicios", en los cuales, como en el caso que ocupa la atención de la Sala, se hubiere incluido expresamente esa cláusula excepcional, como quiera que en estos dos últimos dicha estipulación resulta facultativa. (...) En ese contexto, resulta razonable colegir, (...) que el empleo de la facultad discrecional en commento con base en motivos diferentes de los precedentemente explicados prescindiendo de la existencia de motivo alguno en procura de fines distintos de los normativamente previstos, hará que el acto administrativo que ordena la terminación unilateral del contrato incurra en los vicios causales de anulación de falsa motivación y de desviación de poder adopción de la decisión por fuera de las atribuciones propias del funcionario que la profirió.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 17 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 14 NUMERAL 1 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 14 NUMERAL 2 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 84

NOTA DE RELATORIA: Respecto de las facultades exorbitantes de la administración como mecanismo de preservación del interés general ver de la Corte Constitucional el fallo C 454 de 1994. Sobre la terminación unilateral del contrato estatal ver sentencias de 29 de agosto de 2007, exp. 15324; 2 de mayo de 2007, exp. 15599; 18 de marzo de 2010, exp. 14390; 28 de junio de 2012, exp. 23361; 30 de noviembre de 2006, exp. 18059; 31 de octubre de 2007, exp. 13503 y 5 de junio de 2008, exp. 8431

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Liquidación bilateral de contrato estatal / LIQUIDACION BILATERAL - Se podrá acudir ante la jurisdicción cuando exista algún vicio del consentimiento / LIQUIDACION BILATERAL - Se puede acudir ante la jurisdicción cuando se deje salvedad de inconformidad. Solo será atacable en lo expresado / LIQUIDACION BILATERAL - No se dejó constancia de inconformidad. Falta a presupuesto material de la acción

La liquidación que surge del acuerdo de las partes tiene las características de un negocio jurídico que como tal resulta vinculante para ellas. Este negocio jurídico que se materializa en el acta de liquidación, debe contener, si los hubiere, los acuerdos, salvedades, conciliaciones y transacciones a que se llegare para poner fin a las divergencias presentadas y dar por finiquitado el contrato que se ejecutó. (...) La liquidación bilateral constituye un negocio jurídico de carácter estatal, para declarar su nulidad es necesario que se configure alguna de las causales previstas bien sea en la respectiva ley de contratación de la Administración Pública o en el derecho común. La Jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido desde tiempo atrás, que una vez el contrato haya sido liquidado de mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral podría ser enjuiciado por vía jurisdiccional cuando se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). (...) De otra parte, si dicha liquidación ha sido suscrita con salvedades y en

ese mismo momento, que es la oportunidad para objetarla, alguna de las partes presenta reparos a la misma, por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta, debe manifestar con claridad que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que precisamente hubiere sido motivo de inconformidad, pero únicamente respecto de los temas puntuales materia de discrepancia que quedaron consignados en ella. (...) [es decir,] la liquidación bilateral no se constituye en un requisito para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; no se trata de una condición para el ejercicio del derecho de acción, (...) se trata entonces de un presupuesto de orden material, dentro del marco de la legitimación en la causa por activa, el cual incide de manera directa y puntual en la prosperidad de las pretensiones formuladas. (...) Así las cosas, como quiera que la parte demandante no dejó constancia alguna acerca de sus inconformidades en el acta de liquidación bilateral del contrato 331 del 2 de julio de 1999, sus pretensiones, en lo que a este negocio jurídico se refiere, no están llamadas a prosperar, mucho menos si se tiene en cuenta que las peticiones resarcitorias están encaminadas a que se reconozcan y paguen "los saldos pendientes de pago del contrato 331 de julio 2 de 1.999", aspecto que, de conformidad con lo que viene de exponerse, quedó finiquitado en el acta de liquidación bilateral del negocio jurídico, la cual no fue demandada.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1602 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1603 / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 83 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 871

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver sentencias de 22 de junio de 1995, exp. 9965; 25 de noviembre de 1999, exp. 10893; 6 de mayo de 1992, exp. 6661; 6 de diciembre de 1990, exp. 5165; 30 de mayo de 1991, exp. 6665; 19 de julio de 1995, exp. 7882; 22 de mayo de 1996, exp. 9208; 16 de febrero de 2001, exp. 11689; 10 de abril de 1997, exp. 10608; 6 de julio de 2005, exp. 14113; 8 de septiembre de 1987, exp. 4884; 25 de noviembre de 1999, exp. 10893; 30 de mayo de 1991, exp. 6665; 22 de mayo de 1996, exp. 9208; 16 de octubre de 1980, exp. 1960; 20 de mayo 2009, exp. 16076 y 14 de abril de 2009, exp. 16796

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Mecanismo idóneo para anular acto administrativo contractual / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Cumplimiento de presupuestos para su ejercicio / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Para declarar la nulidad de actos administrativos contractuales

La parte actora solicitó que se declare la nulidad de la Resolución No. 00058 (...) por medio de la cual (...) (se) terminó unilateralmente los contratos de prestación de servicios 331 y 551 de 1999, así como la nulidad del Oficio No. 2-07733, por medio del cual la entidad demandada rechazó por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto en contra de la mencionada resolución. (...) Los actos administrativos cuestionados fueron proferidos por la entidad pública demandada en desarrollo de su actividad contractual (...) se observa que la parte actora manifestó que presentaba "demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO", con el objeto de obtener la nulidad de los citados actos administrativos, sin embargo, (...) a pesar de lo dicho en la demanda, debe entenderse que la acción ejercida fue la contractual, pues, además de que se cumplieron con todos los presupuestos necesarios para ello, no se configura en este caso una ineptitud sustantiva de la demanda que impida resolver de mérito sus pretensiones, (...) En cuanto a los actos contractuales (...) debe tenerse en

cuenta que, (...) éstos son también actos administrativos, razón por la cual, al igual que el resto, están amparados por la presunción de legalidad, de ahí que cuando el origen del daño se atribuye a su supuesta falta de validez sea necesario, para la procedencia y prosperidad de las pretensiones de restablecimiento y/o indemnizatorias consecuenciales, que dicha presunción se desvirtúe, sin embargo, de conformidad con la ley y a diferencia de lo que ocurre con los demás actos administrativos, en estos casos la anulación del acto deberá intentarse a través de la acción contractual y no de la de nulidad y restablecimiento del derecho. (...) Cabe destacar que el razonamiento que se deja expuesto no altera la competencia del juez ni vulnera el debido proceso, por cuanto el marco del litigio que se fijó desde el inicio del proceso sigue siendo el mismo y las pretensiones de la demanda, en la forma en que fueron formuladas, pueden ser declaradas a través de la acción de controversias contractuales, de tal manera que con el entendimiento que la Sala estima debe dársele a la demanda en este caso concreto se hace gala del imperativo constitucional (...) con sustento en un aspecto que en el presente caso se ha mostrado meramente formal, a denegar justicia a pesar de que se cuenta con todos los elementos necesarios para emitir un pronunciamiento de fondo.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 32 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 77 / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 228 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 137 NUMERAL 4

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema tratado ver sentencias de 10 de mayo de 2012, exp. 18117; 7 de noviembre de 2012, exp. 25915; 27 de febrero de 2013, exp. 20812; 27 de febrero de 2013, exp. 22946; 22 de mayo de 2003, exp. 23532; 28 de abril de 2010, exp. 18530; 23 de junio de 2010, exp. 18319; 12 de febrero de 2012, exp. 22244; 28 de marzo de 2012, exp. 21606; 2 de mayo de 2007, exp. 16211

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Ejercicio oportuno de la acción

Las pretensiones planteadas en la demanda se analizarán bajo el marco de la acción contractual, en ese contexto y dado que la Resolución 00058, por medio de la cual se terminaron unilateralmente los contratos de prestación de servicios 331 y 551 de 1991, se profirió el 28 de enero de 2000 y el Oficio No. 2-07733 S, por medio del cual se rechazó por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto en contra de la citada resolución, se profirió el 21 de julio de 2000, encuentra la Sala que la acción se interpuso dentro del término legal dispuesto para ello, toda vez que la demanda se presentó el 8 de agosto de la misma anualidad.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 136 LITERAL D NUMERAL 10

ACTO ADMINISTRATIVO - Notificación personal de acto que contiene terminación unilateral del contrato estatal / NOTIFICACION PERSONAL - Acto de terminación unilateral del contrato. Se presentó en el término de 5 días pero no suscribió constancia de notificación, se notificó por edicto / TERMINACION UNILATERAL - Acto administrativo. Notificación por edicto ante imposibilidad de notificación personal / NOTIFICACION - Terminación unilateral. Notificación por edicto ante imposibilidad de notificarse personalmente

Revisado el expediente se encuentra que el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, (...) citó al entonces representante legal (...) para que se presentara en las instalaciones de la entidad a notificarse

personalmente del contenido de la Resolución No. 00058 (...) al tiempo que (...) el entonces representante legal de la Asociación demandante se presentó en la Oficina de Asesoría Jurídica de la entidad en la misma fecha en que recibió la citación de notificación personal (...) sin embargo, no suscribió la constancia de notificación. (...) Se halla también demostrado que, una vez vencido el término de 5 días (...) se fijó, por el término de 10 días, en la Secretaría de la Oficina de Asesoría Jurídica de la entidad demandada un edicto, (...) igualmente, se informó que en contra del citado acto administrativo procedía "el Recurso de Reposición (...) Así las cosas, es dable concluir, (...) que la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000 quedó ejecutoriada el 2 de marzo de 2000, esto es, el día siguiente al del vencimiento del término con el que contaba la parte demandante para presentar el recurso de reposición y como sea que éste fue interpuesto el 5 de julio de 2000, resulta que fue abiertamente extemporáneo.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 44 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 45 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 48 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 77

ANTICIPO - Pretensión resarcitoria. Valor del contrato con descuento del anticipo / DEMANDA - Pretensión resarcitoria. Anticipo / DEMANDA - Pretensión resarcitoria. No se probó pago distinto al anticipo / ANTICIPO - Pretensión resarcitoria. No se liquidan intereses moratorios

En cuanto que se declaró la nulidad del acto administrativo que había dispuesto —irregularmente— la terminación unilateral de un contrato estatal de prestación de servicios, la indemnización que se ordenará pagar a la sociedad (...) deberá tenerse en cuenta que (...) la contratista recibió por concepto de anticipo el valor del \$34'800.300. (...) En consecuencia, como quiera que la entidad demandada no probó que hubiere realizado otro pago en favor de la Asociación actora en cumplimiento de lo pactado en el contrato No. 551 del 3 de diciembre de 1999, se ordenará el pago del valor restante del contrato, es decir, \$34'800.300, actualizado a la fecha del presente pronunciamiento, (...) no se liquidarán intereses moratorios, puesto que, como lo ha dicho la Sala, en estos casos la obligación de pagar surge a cargo de la parte demandada con ocasión de la sentencia judicial.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., dos (02) de mayo de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01772-01(23949)

Actor: ASOCIACION HOGAR BRIZNAS DE VIDA

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL DEL DISTRITO CAPITAL

**Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
(APELACION SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 6 de agosto de 2002 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se despacharon negativamente las pretensiones de la demanda.

I.-ANTECEDENTES

1. La demanda.

La Asociación Hogar Briznas de Vida, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de “*NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*” dirigida en contra del Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, solicitó que, previa citación y audiencia de la parte demandada y del Ministerio Público, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.- Se declare la nulidad de la Resolución 00058 del 28 de enero de 2.000, expedida por la Directora del D.A.B.S., que terminó unilateralmente los contratos de Prestación de Servicios números 331 del dos (2) de julio de 1.999 y 551 del tres (3) de diciembre de 1.999, por haberse incurrido en ellos en falsa motivación, desviación de poder y violación de la ley.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad de la providencia contenida en el oficio 2-07733 del 27 de julio de 2.000, que rechazó por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 00058 del 28 de enero de 2.000, por existir en ella falsa motivación, violación de la ley e infracción de la misma.

TERCERA.- Que como consecuencia de las declaraciones primera y segunda y a título de restablecimiento del derecho, se condene al D.A.B.S., a reconocer y pagar a la ASOCIACION HOGAR BRIZNAS DE VIDA, las siguientes sumas de dinero:

I. El valor de los saldos pendientes de pago del contrato 331 de julio 2 de 1.999.

II. El valor de los saldos pendientes de pago del contrato 551 de diciembre 3 de 1.999.

CUARTA.- Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene al D.A.B.S., al pago del valor de la indexación de las sumas establecidas en el numeral tercero de estas declaraciones.

QUINTA.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas, se ordene al D.A.B.S., al reconocimiento y pago del valor de los intereses moratorios tasados desde el momento en que se cancelen efectivamente las sumas adeudadas por concepto de capital.

SEXTA.- Se dé cumplimiento a la sentencia de nulidad inmediatamente quede en firme.”

1.1. Hechos.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones la parte demandante expuso los que la Sala se permite resumir de la manera que sigue:

El 2 de julio de 1.999, el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital y la Asociación Hogar Briznas de Vida suscribieron el contrato de prestación de servicios número 331, cuyo objeto consistió en la atención nutricional, afectiva, psicológica y social de 40 menores del sexo masculino entre los 4 y los 14 años de edad. La duración del contrato se pactó en 8 meses que se cumplirían el 5 de marzo del 2000 y su valor en \$80'000.000.

Dijo la parte actora que se entenderían pagadas a la Asociación, con ocasión de la ejecución de este contrato, las sumas de dinero que certificara la entidad.

El 3 de diciembre de 1999 entre las mismas partes se suscribió el contrato número 551, cuyo objeto consistió en la prestación del servicio de alojamiento transitorio en la modalidad de hogar protegido para los beneficiarios del proyecto 7188, “*personas en grave situación social de la zona de Santa Inés el Cartucho*”, con una duración de 6 meses, que vencerían el 26 de junio del 2000. Afirmó la parte demandante que con ocasión de la ejecución de este contrato la entidad pagó a su favor la suma de \$34'800.300.

Mediante Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital declaró la terminación unilateral de los contratos 331 y 551 de 1999 y ordenó su liquidación. Como sustento de su decisión la entidad demandada señaló que se había iniciado una investigación penal en contra del representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida.

El acto administrativo se notificó por edicto, sin embargo, asevera la demandante, de manera previa no se intentó su notificación personal.

La Asociación Hogar Briznas de Vida interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 00058 de 2000, con sustento en que la persona jurídica contratista era una diferente a la de su representante legal; que los contratos 331 y 551 de 1991 no se celebraron *intuito personae*; que los derechos de los niños – en el caso del primer contrato – o de las familias en alto riesgo de la zona de Santa Inés del Cartucho – en el caso del segundo contrato – no se vulneraron con ocasión de la conducta que dio lugar a que se abriera investigación penal en contra del representante legal de la Asociación, toda vez que se trató de un hecho aislado que no afectó la eficiente prestación del servicio, en tanto que el representante legal no era la única persona que trabajaba para la Asociación, ya que a cargo de cada contrato había un director de proyecto que debía presentar un informe mensual a un funcionario de la entidad que fungía como supervisor y, finalmente, porque no existió investigación administrativa previa a tomar la decisión de terminar unilateralmente los contratos de prestación de servicios.

El Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, mediante oficio No. 2-07733 S del 21 de julio de 2000, rechazó por extemporáneo el recurso de reposición.

1.2. Fundamentos jurídicos de la demanda

Como fundamentos de derecho señaló los artículos 84, 85 y 86 del Decreto 01 de 1984, artículos 46, 47, 365 y 366 de la Constitución Nacional, 17 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 446 de 1998.

Como sustento del concepto de violación indicó que el Código Civil colombiano dispone que el contrato es ley para las partes, que la Asociación Hogar Briznas de Vida es una persona jurídica diferente a la de su representante legal, razón por la cual no se le podía hacer responsable por las conductas delictuales presuntamente cometidas por aquél.

La parte demandante consideró que para terminar unilateralmente los contratos de prestación de servicios, correspondía a la Administración realizar una investigación administrativa previa que determinara que la detención del representante legal de la Asociación acarreaba la imposibilidad de cumplir los objetos contractuales que se habían pactado, pero que como ello no ocurrió, se configuró una violación a la ley, una falsa motivación y una desviación de poder.

Indicó que al momento en que se expidió la Resolución No. 0058 del 28 de enero de 2000, el representante legal de la Asociación ni siquiera había sido detenido ni había rendido diligencia de indagatoria, por lo que aún estaba amparado por la presunción de inocencia, razón por la cual, a su juicio, se configuró un prejuzgamiento por parte de una entidad administrativa a quien no le correspondía hacerlo, pues tal determinación compete a la justicia penal ordinaria.

Expuso que los contratos 331 y 551 de 1999 tenían finalidades diferentes y que por tal motivo no era posible tomarlos como una unidad, como se hizo en la Resolución No. 00058 de 2000, a través de la cual se los dio por terminados con sustento en una misma razón.

Adujo que las exigencias del servicio público en las que se soportó la decisión de terminar unilateralmente los contratos 331 y 551 de 1991 no existían, toda vez que *“no se estableció que la prestación de servicios contratados, tanto a los menores, como a las familias de la zona de Santa Inés del Cartucho, tuvieran el carácter de servicios públicos y, aún en el caso de existir no pueden confundirse las funciones sociales de la entidad con el servicio público que aparentemente existió”*.

Señaló que la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000 no se intentó notificar en forma personal al representante legal de la Asociación, no obstante lo cual, al decidir respecto del recurso de reposición interpuesto en su contra, la entidad demandada manifestó que éste era extemporáneo, aun cuando el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984 – establece que la falta de notificación o la indebida notificación de un acto administrativo *“hace que se tenga por no puesta y no produzca efectos legales la decisión”*.

En cuanto a este aspecto se refiere, señaló que el 2 de febrero de 2000 se pretendió notificar el acto administrativo al representante legal de la Asociación demandante, sin embargo, él no firmó y, aunque así lo hubiera hecho, la notificación *“no hubiera sido válida, por cuanto se le intentó efectuar a la persona natural y sin hacer ninguna mención de la persona jurídica que representaba”*. Indicó que, posteriormente, la entidad demandada al resolver sobre el rechazo del recurso de reposición interpuesto en contra del acto, expresó que *“Teniendo en cuenta que ese mismo día el señor Guerra fue detenido se surtió la notificación”*

por Edicto la cual (sic) fue desfijado el 23 de febrero de 2000, de conformidad con el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo”, que, en consecuencia, el recurso habría sido interpuesto de manera extemporánea, pues el acto administrativo había quedado ejecutoriado el 2 de marzo de 2000.

En ese contexto, señaló la parte recurrente que la entidad demandada tuvo conocimiento de la detención del representante legal de la Asociación, lo cual, a su juicio, invalida la notificación que del acto se realizó por edicto, por cuanto no se hizo ninguna diligencia para notificarlo en forma personal en el sitio de su reclusión¹.

1.3. La solicitud de suspensión provisional

La parte demandante solicitó que se suspendiera provisionalmente la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, con sustento en que ésta vulnera flagrantemente los artículos 29 y 365 de la Constitución Nacional². La petición fue resuelta negativamente mediante auto del 19 de septiembre de 2000³.

2. Actuación Procesal.

La demanda, presentada el 8 de agosto de 2000⁴, fue admitida por auto del 19 de septiembre de 2000⁵ y notificada al Ministerio Público el día 21 de septiembre de 2000⁶ y al Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital el 6 de octubre de esa misma anualidad⁷.

3. Contestación de la demanda.

El Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital contestó la demanda para solicitar que se nieguen sus pretensiones. Como sustento de su oposición, señaló que las decisiones contenidas en los actos administrativos demandados se ciñeron en su totalidad a los parámetros jurídicos constitucionales y legales. Indicó que las determinaciones administrativas obedecieron a la necesidad urgente e imperiosa de proceder a cautelar no sólo los intereses de la entidad, los cuales habrían sido seriamente afectados por un agente de la Asociación contratista, sino los derechos fundamentales y prevalentes de personas débiles que tienen protección constitucional.

Expuso que la terminación unilateral de los contratos celebrados con la Asociación Hogar Briznas de Vida se originó porque la entidad conoció, por medio de la Unidad de Delitos contra la Libertad Sexual y la Dignidad Humana de la Fiscalía General de la Nación, de graves hechos delictivos atribuidos al entonces representante legal de la ahora demandante, razón por la cual tomó, con la mayor prontitud posible, las medidas de tipo administrativo pertinentes y brindó la protección necesaria a las personas afectadas por los graves hechos denunciados, al tiempo que dio aviso a la Defensoría del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar asignada al Departamento Administrativo. La Comisaría de Familia, la Defensoría del Familia y la entidad demandada procedieron a trasladar

¹ Folios 1 a 7 del cuaderno 1 de primera instancia.

² Folios 8 y 9 del cuaderno 1 de primera instancia.

³ Folios 12 a 14 del cuaderno 1 de primera instancia.

⁴ Folio 9 del cuaderno 1 de primera instancia.

⁵ Folios 12 a 14 del cuaderno 1 de primera instancia.

⁶ Reverso folio 14 del cuaderno 1 de primera instancia.

⁷ Folio 16 del cuaderno 1 de primera instancia.

a los menores que se encontraban en el inmueble de la Asociación al Centro Único de Receptación de Niños.

Señaló que la Resolución No. 00058 de enero de 2000 tuvo sustento en los preceptos del ordinal 1º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, puesto que, continuar con la forma irregular como venía prestándose el servicio, desconocía los compromisos contractuales y perjudicaba a sus destinatarios y usuarios, a la vez que afectaba el patrimonio económico y moral de la entidad, máxime que lo que estaba de por medio era el cumplimiento de una de sus primordiales funciones.

En cuanto a la notificación del acto administrativo, adujo que mediante oficio radicado bajo el No. 200576 del 1 de febrero de 2000 se comunicó al representante legal de la Asociación demandante que debía presentarse en la oficina jurídica del Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital para notificarse personalmente del contenido de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, oficio que habría sido recibido por su destinatario el día 2 del mismo mes y año, fecha en la que se presentó en horas de la tarde y en la que el jefe de la entidad le habría informado acerca del contenido del acto administrativo, después de lo cual el representante habría manifestado que, dado que se encontraba dentro de los 5 días para notificarse, se presentaría después acompañado de su abogado, no obstante lo cual, como fue detenido, la notificación se surtió por edicto fijado el 10 de febrero de 2000, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984 -.

Agregó que el nuevo representante legal de la Asociación demandante fue nombrado el 20 de febrero de 2000, fecha en la que aún se encontraba fijado el edicto por medio del cual se notificó el acto administrativo demandado y, por tanto, contaba con el tiempo suficiente para interponer los recursos de ley, pues la resolución quedó ejecutoriada el 2 de marzo de esa anualidad. Aclaró que la entidad demandada tuvo conocimiento del nombramiento del nuevo representante legal el 9 de marzo de 2000⁸.

4. Los alegatos de conclusión

Una vez vencido el término probatorio, mediante auto del 26 de junio de 2001⁹, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, término procesal del que hizo uso la accionante para insistir en los argumentos de la demanda¹⁰ y la demandada en los de la contestación¹¹.

5. La sentencia impugnada.

La Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia proferida el 6 de agosto de 2002, despachó negativamente las pretensiones de la demanda. Como sustento de su decisión el *a quo* señaló, en suma, que, en cuanto a la notificación de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, se encontraba demostrado dentro del proceso que al entonces representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida se le envió comunicación para que se presentara en la sede de la entidad demandada a notificarse del acto administrativo y que, en tal virtud, asistió a las instalaciones del

⁸Folios 30 a 35 del cuaderno 1 de primera instancia.

⁹Folio 43 del cuaderno 1 de primera instancia.

¹⁰Folios 46 a 48 del cuaderno 1 de primera instancia.

¹¹Folios 44 a 45 del cuaderno principal de primera instancia.

Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital el 2 de febrero de 2000 a las 2 y 45 p.m. y, una vez enterado del contenido del acto administrativo, manifestó volver dentro del plazo legal para notificarse formalmente del mismo, sin embargo, no pudo acudir nuevamente porque ese mismo día fue detenido. Al respecto, dijo el Tribunal que además de existir constancia de notificación personal, aunque sin firma del compareciente, la afirmación de la entidad accionada en ese sentido no fue controvertida por medio alguno.

En ese contexto, afirmó que no había duda en cuanto a que la diligencia de notificación habría cumplido con su finalidad, que era dar a conocer la decisión administrativa a la parte interesada y que el hecho de no haber suscrito la diligencia no le restaba valor jurídico a la misma, de tal manera que la *“notificación por edicto fue un acto de generosidad por parte de la entidad y en exceso protectora del derecho de defensa pues la que se realizó en forma personal cumplió su cometido”*.

En cuanto al cargo de falsa motivación que la parte actora endilgó en contra de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, manifestó que no tiene asidero alguno, toda vez que el objeto de los contratos estatales siempre está constituido por la finalidad de satisfacer el interés público a través de la prestación de servicios públicos y que el caso de los contratos 331 y 551 de 1999 no era la excepción, pues su finalidad era suministrar nutrición, afecto y ayuda psicológica a los menores, en cuyo caso se comprometen varios derechos fundamentales de una comunidad que es de especial protección de las autoridades públicas, representadas, en este caso, por la demandada.

En lo concerniente al argumento de la parte demandante en el sentido de que la Administración al proferir el acto administrativo demandado no tuvo en cuenta la diferencia entre la persona natural del representante legal y la persona jurídica contratista, consideró el *a quo* que siendo el representante legal el directamente implicado en las graves denuncias penales, procedía la terminación unilateral de los contratos, por cuanto su ejecución podía poner en alto riesgo a sus beneficiarios.

Finalmente, indicó que las pretensiones de condena de la demanda no tienen vocación de prosperidad, ya que los contratos 331 y 551 de 1999 fueron liquidados de mutuo acuerdo entre las partes¹².

5. El recurso de apelación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia y como razones de su inconformidad señaló que el Tribunal dio por notificada la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000 sin que su representante legal hubiere firmado en señal de asentimiento o constancia y a pesar de que el procedimiento administrativo no prevé la notificación presunta, sin la firma del compareciente y menos cuando el Estado tiene detenido a quien debe ser notificado.

Adujo que en el proceso obra el testimonio de la señora Carmen Sofía Vargas Rojas, quien habría dado certeza acerca de la idoneidad con la que la Asociación demandante desarrolló los objetos contractuales correspondientes. Aseguró que *“El otro testimoniarte, dispuesto por el juzgador de instancia, no compareció, dado ello prueba manifiesta de la aceptación de la verdad probada”*. Así mismo, indicó

¹² Folios 50 a 58 del cuaderno principal.

que la inasistencia de la entidad accionada al interrogatorio de parte solicitado por ella misma podría indicar que aceptaba los hechos de la demanda.

Con fundamento en lo anterior solicitó que se revoque la sentencia impugnada y que, en consecuencia, se disponga el reconocimiento de las súplicas de la demanda¹³.

6. El trámite de la segunda instancia

El recurso presentado el 16 de agosto de 2002¹⁴ y sustentado el 28 de noviembre de esa misma anualidad¹⁵, fue admitido por auto del 24 de enero de 2003¹⁶ y, ejecutoriado éste, mediante proveído del 14 de febrero de 2003¹⁷, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, lo que hizo a través de memorial presentado el 25 de marzo de 2003 en los siguientes términos:

Previo recuento de los antecedentes del proceso, solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, por considerar que el argumento del apelante en relación con la indebida notificación no conduce a revocar la decisión.

En ese sentido, manifestó que se encontraba probado en el proceso que el entonces representante legal de la parte demandante, a pesar de no haber suscrito la constancia de notificación personal, en la oportunidad en la que se acercó a las instalaciones de la entidad con ese propósito tuvo conocimiento del contenido del acto administrativo acusado, no obstante lo cual de manera posterior la notificación se surtió nuevamente a través de edicto, razón por la cual no es posible alegar la transgresión a la normatividad que regula dicho aspecto.

Indicó que el único argumento que se presentó con la sustentación del recurso tenía que ver con una deficiente notificación, mas no con una falta de notificación, ya que a través de la fijación del edicto la Asociación demandante tuvo conocimiento de la decisión adoptada por la Administración, de tal manera que las falencias en las que se hubiere podido incurrir para tales efectos, no tienen la virtud para viciar la nulidad de la Resolución No. 00058 de 2000, dado que para ello era necesario que las irregularidades hubieren tenido lugar de manera previa o concomitante a su expedición.

En cuanto a la decisión de terminar unilateralmente los contratos 331 y 551 de 1999, el Ministerio Público señaló que se encuentra demostrado en el proceso que el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital solicitó a la Fiscalía General de la Nación información acerca de la investigación penal que se estaba adelantando en contra del representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida por los presuntos delitos en contra de la libertad sexual y la dignidad humana, en razón de lo cual se le comunicó que, en efecto, existía una investigación por el presunto punible de acceso carnal abusivo con menor, al tiempo que se le informó el nombre de las posibles víctimas del delito.

Así mismo, dijo que se encontraba acreditado que el 28 de enero de 2000, en visita de verificación de menores practicada con la señora Comisaria Once de Familia a la Asociación Hogar Briznas de Vida, se logró establecer que algunos

¹³Folios 68 y 69 del cuaderno principal.

¹⁴Folio 60 del cuaderno principal.

¹⁵Folios 68 y 69 del cuaderno principal.

¹⁶Folio 71 del cuaderno principal.

¹⁷Folio 73 del cuaderno principal.

niños estaban de viaje con el director de la Institución. Además, en el desarrollo de dicha diligencia se entregaron a la Defensoría de Familia los menores que según la Fiscalía habrían sido víctimas del presunto delito cometido por el representante legal de la Asociación.

De conformidad con lo anterior, el Ministerio Público concluyó que no era posible hablar de falsa motivación, por cuanto, además de que cada una de las aseveraciones expuestas en el acto administrativo demandado contaba con respaldo probatorio, la motivación del acto la constituyó la necesidad de protección inmediata de los derechos fundamentales de los menores.

Finalmente, agregó que no era posible acceder a las pretensiones indemnizatorias, por cuanto los contratos habrían sido liquidados de mutuo acuerdo, sin que la parte demandante hubiera dejado constancia de objeción alguna al respecto¹⁸.

La parte demandante y la demandada guardaron silencio en esta etapa procesal.

II.- CONSIDERACIONES

Para efectos de resolver el asunto que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala se abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) competencia; 2) aspectos preliminares; 3) las pruebas que obran en el proceso; 4) el ejercicio oportuno de la acción y 5) el análisis de la nulidad de los actos administrativos demandados y el restablecimiento del derecho solicitados.

1. La competencia

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 6 de agosto de 2002, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en cuarenta millones de pesos (\$40'000.000), mientras que el monto exigido al momento de su presentación¹⁹ para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de veintiséis millones trescientos noventa mil millones de pesos (\$26'390.000)(Decreto 597 de 1988).

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993²⁰, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del presente proceso, debido a que se pretende, además de otras declaraciones y condenas, la nulidad de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, así como la nulidad del Oficio No. 2-07733 del 27 de julio de 2000, ambos actos administrativos proferidos con ocasión de la ejecución de los contratos de prestación de servicios 331 y 551 de 1999 por el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital - hoy Secretaría Distrital de Integración Social -,

¹⁸ Folios 74 a 82 del cuaderno principal.

¹⁹ 8 de agosto de 2000 (Folio 9 de cuaderno principal de primera instancia).

²⁰ “ARTÍCULO 75. DEL JUEZ COMPETENTE. 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.”

dependencia de una entidad pública del orden territorial²¹.

2. Aspectos preliminares

Teniendo en cuenta el panorama que se deja expuesto en el acápite de antecedentes, previo a resolver el asunto que se somete a consideración de la Sala por razón del recurso de apelación impetrado por la parte demandante en contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del presente proceso, resulta necesario hacer referencia a la naturaleza jurídica de la entidad demandada y a la naturaleza de la acción judicial impetrada.

2.1. La naturaleza jurídica de la entidad demandada

Sobre este aspecto es necesario advertir que a pesar de que la demanda se dirigió en contra del Departamento Administrativo de Bienestar Social, entidad que pertenecía a la Administración Distrital y que carecía de personería jurídica²², la notificación del auto admsitorio, aunque se realizó el mencionado departamento administrativo, surtió todos sus efectos jurídicos respecto de la persona jurídica que lo representaba, es decir, el Distrito Capital - Alcaldía Mayor de Bogotá, quien, conforme consta en el expediente, asumió de manera directa la representación de la entidad durante todo el curso del presente proceso²³.

2.2. La acción instaurada

La parte actora solicitó que se declare la nulidad de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, por medio de la cual el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital terminó unilateralmente los contratos de prestación de servicios 331 y 551 de 1999, así como la nulidad del Oficio No. 2-07733, por medio del cual la entidad demandada rechazó por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto en contra de la mencionada resolución.

Como se observa, los actos administrativos cuestionados fueron proferidos por la entidad pública demandada en desarrollo de su actividad contractual y con posterioridad a la celebración de los negocios jurídicos cuya terminación unilateral se dispuso, razón por la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en su texto modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente para la fecha en la cual se presentó la demanda - 8 de agosto de 2000 -, la acción procedente para adelantar el juicio de legalidad era la de controversias

²¹ El Departamento Administrativo de Protección y Asistencia Social, fue creado mediante Acuerdo No. 78 de 1960 como una entidad dependiente del Alcalde Mayor de Bogotá (artículo 1), posteriormente, mediante Decreto Ley 3133 de 1968, por medio del cual se reformó la organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá, cambió su denominación a Departamento Administrativo de Bienestar Social (artículo 18). Luego, mediante Acuerdo Distrital 257 del 30 de noviembre de 2006, por medio del cual se dictaron normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá. Distrito Capital, se contempló la existencia de Secretarías de Despacho y de Departamentos Administrativos y se determinó que éstos serían organismos dotados de autonomía administrativa y financiera pero sin personería jurídica (artículo 22), a la vez que transformó el Departamento Administrativo de Bienestar Social en la Secretaría Distrital de Integración Social como un organismo del sector central y dispuso que para todos los efectos, las actuaciones adelantadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo por los organismos o entidades distritales que cambiaron su denominación se entenderán realizadas a nombre del nuevo organismo (artículo 87). Por su parte, el Decreto Distrital 556 del 29 de diciembre de 2006 determinó el objeto, estructura organizacional y funciones de la Secretaría de Integración Social.

²² Ibídem.

²³ Ver folios 17 a 35, 44 y 45 del cuaderno 1 de primera instancia, folios 85 a 107, 111 y 117 a 149 del cuaderno principal.

contractuales, aspecto procesal que para esa época se encontraba plenamente decantado²⁴.

Revisado el texto del libelo introductorio, se observa que la parte actora manifestó que presentaba “*demandas de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*”, con el objeto de obtener la nulidad de los citados actos administrativos, sin embargo, una vez revisado detalladamente el referido documento a la luz del imperativo constitucional consagrado en el artículo 228 superior, en virtud del cual en las actuaciones jurisdiccionales deberá hacerse prevalecer el derecho sustancial, encuentra la Sala que, a pesar de lo dicho en la demanda, debe entenderse que la acción ejercida fue la contractual, pues, además de que se cumplieron con todos los presupuestos necesarios para ello, no se configura en este caso una ineptitud sustantiva de la demanda que impida resolver de mérito sus pretensiones, tal y como a continuación pasa a explicarse:

En la actualidad es criterio claro, pacífico, reiterado y soportado en la ley el supuesto ineludible según el cual, para que una pretensión pueda ser resuelta a través de la acción contractual, ésta debe tener por origen un contrato. Tal presupuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 del Estado General de la Contratación de la Administración Pública, cobija a “*Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual*”, los cuales, de conformidad con la norma, “*sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual...*”, acción que se encuentra regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y por medio de la cual las partes de un contrato estatal pueden solicitar que “*se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas*”.

En este caso, se observa sin ninguna dificultad que la parte demandante circunscribió tanto sus pretensiones anulatorias como resarcitorias a las actuaciones adelantadas por la entidad demandada con motivo y ocasión de su actividad contractual, concretamente en lo concerniente a la ejecución y desarrollo

²⁴ De manera previa a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998 - específicamente del artículo 32 que modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo - la jurisprudencia de esta Sección admitió, en aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y en atención a la disparidad de criterios que en torno a la acción pertinente existían, que los actos administrativos contractuales fueran demandados en acción de nulidad y restablecimiento del derecho; no obstante lo anterior, con la entrada en vigencia de la citada norma, la discusión quedó zanjada, por cuanto con ésta se restituyó en el derecho positivo nacional la distinción entre los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato pero por razón o con ocasión de la actividad contractual, por una parte y, por la otra, las decisiones administrativas unilaterales producidas durante la ejecución o la liquidación del contrato, igualmente con ocasión de la actividad contractual; en relación con los primeros se estableció que las acciones procedentes con el propósito de ventilar ante el juez competente los litigios a los cuales pueda dar lugar el cuestionamiento de la validez o la legalidad de las correspondientes determinaciones administrativas serán las de nulidad y de nulidad y restablecimiento de derecho, las cuales podrán intentarse dentro de un término especial de caducidad de treinta (30) días hábiles contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto cuestionado, sin perjuicio de precisar que si el cuestionamiento de tales actos administrativos previos a la celebración del respectivo contrato estatal se promoviere ante el juez del contrato con el propósito de obtener la declaratoria de nulidad del vínculo negocial y con posterioridad al perfeccionamiento del mismo la procedente sólo será la acción contractual; en lo que atañe a los segundos, esto es, los actos administrativos posteriores a la celebración del contrato, se precisó que su impugnación solamente podrá llevarse a cabo a través de la instauración de la acción contractual, así lo ha reiterado la jurisprudencia y esta última es la normativa vigente en la materia. (Al respecto ver, entre otras, sentencia proferida el 18 de marzo de 2010, dentro del proceso radicado bajo el número interno 14390 y sentencia proferida el 27 de enero de 2012, dentro del proceso radicado bajo el número interno 16104).

de los contratos de prestación de servicios 331 y 551 que habían sido suscritos en el año de 1999 con la Asociación Hogar Briznas de Vida, tal y como de manera diáfana puede extraerse a partir de los supuestos fácticos, de los fundamentos de violación expuestos en el libelo introductorio y de las pruebas con sustento en las cuales la parte actora pretende sacar avante sus pedimentos, vale decir, de la demanda íntegramente considerada.

En efecto, como quedó descrito en el acápite de antecedentes de la presente providencia, los supuestos fácticos en los que se apoyó la parte demandante para incoar la acción se encaminaron a relatar todo lo acontecido a partir de la celebración de los mencionados contratos de prestación de servicios. Igualmente, los fundamentos de violación se orientaron a señalar unas presuntas irregularidades en las que habría incurrido la entidad demandada al proferir la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, por medio de la cual **terminó unilateralmente** los referidos negocios jurídicos, además de aquellos en los que habría incurrido al adoptar la decisión de rechazar por extemporáneo el recurso interpuesto en contra de la mentada resolución.

De manera coherente con lo anterior, las pruebas que se aportaron y se solicitaron estuvieron dirigidas a demostrar, de una parte, la existencia de los **contratos** como presupuesto necesario e ineludible para que las pretensiones de la demanda pudieran resolverse a través de la acción contractual y, de otra, las presuntas irregularidades en las que habría incurrido la entidad accionada al expedir los actos administrativos contractuales demandados, así como aquellas concernientes a sus pretensiones resarcitorias.

En ese mismo sentido, encuentra también la Sala que la parte demandante cumplió con la carga procesal que le imponía el numeral 4 de artículo 137 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 - en relación con la obligación de indicar las normas vulneradas y el fundamento de su violación, requisito que, como ya en otras oportunidades lo ha dicho la Subsección, no es predicable en forma exclusiva de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues el presupuesto se debe acreditar siempre que se *"trate de la impugnación de un acto administrativo"*, aun cuando sea éste de carácter contractual²⁵.

El anterior fue el marco jurídico del litigio en el que se soportó la parte actora para solicitar por vía judicial el reconocimiento de sus reclamaciones, marco éste que fue aceptado sin reproche alguno por la entidad demandada quien, por el contrario, además de referirse exactamente a las mismas circunstancias fácticas aducidas por la demandante, aportó al proceso medios probatorios concordantes con éstas.

Adicionalmente, se observa que la demanda se interpuso dentro del término legal dispuesto para las acciones contractuales, tal y como en el acápite correspondiente la Sala se permitirá explicar.

Así las cosas, resulta razonable concluir que, como hasta ahora ha ocurrido y no ha sido cuestionado, el juicio se desarrolló sobre la base de una acción contractual, tanto así que el Tribunal Administrativo al admitir la demanda señaló

²⁵ Ver sentencia del 10 de mayo de 2012, proferida por la Subsección dentro del proceso radicado bajo el número interno 18117; sentencia del 7 de noviembre de 2012, proferida por la Subsección dentro del proceso radicado bajo el número interno 25915, sentencias proferidas el 27 de febrero de 2013 por la Subsección dentro de los procesos radicados bajo los números internos 20812 y 22946.

que ésta se había interpuesto en ejercicio de dicha acción, afirmación frente a la cual las partes no presentaron reclamo alguno.

De otra parte, en cuanto a la ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción se refiere, cabe destacar que, según lo expuesto en repetidas oportunidades por esta Corporación, tal defecto no tiene la connotación de ser meramente formal sino eminentemente sustancial, en tanto que es un aspecto que tiene relación directa con la *causa petendi* y el objeto de la acción escogida²⁶ y, por ende, afecta tanto la competencia del juez, como el debido proceso de la contraparte, de tal manera que cuando éste se configura impide que se profiera un pronunciamiento de mérito en el respectivo proceso.

En ese sentido, resulta oportuno señalar que el carácter sustantivo de la ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción se explica porque cada una de las acciones que fueron contempladas en el Decreto 01 de 1984 tienen una causa y un objeto propios que delimitan el marco del litigio que a través suyo podrá tramitarse y resolverse, es decir, el asunto alrededor del cual ha de versar la controversia jurídica - la causa que le da origen -, así como las declaraciones que según el objeto de la acción de la que se trate podrán válidamente realizarse, aspectos éstos que demarcan la competencia del juez y garantizan a la vez el derecho de defensa de la contraparte, pues le aseguran un mínimo de certeza jurídica en cuanto a los términos en los que ha de desarrollarse y fallarse el proceso²⁷.

Ahora bien, a pesar de que en aplicación de un criterio meramente formal pudiera llegar a considerarse que la demanda presentada fuera inepta por indebida escogencia de la acción, en tanto que la parte actora indicó que ejercía la “*demandas de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*” con el objeto de que se declarara la nulidad de unos actos contractuales, lo cierto es que, en este caso, entender que la acción ejercida fue la contractual no afecta sustancialmente el litigio, en tanto que la demanda, como ya se vio, se encuadró dentro de los supuestos procesales propios de la acción contractual y, además, por cuanto tal entendimiento no altera en forma alguna la *causa petendi* en la que se sustentó la parte actora al iniciar el proceso, así como tampoco el objeto que con ella se persiguió, por las razones que pasan a exponerse:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 - la causa que origina la **acción de nulidad y restablecimiento** es un acto administrativo que el demandante considera ilegal;

²⁶ Al respecto ver, entre otras, las siguientes providencias proferidas por la Sección Tercera de la Corporación: providencia proferida el 22 de mayo de 2003, dentro del proceso radicado bajo el número interno 23532; providencia proferida el 28 de abril de 2010, dentro del proceso radicado bajo el número interno 18530; providencia proferida el 23 de junio de 2010, dentro del proceso radicado bajo el número interno 18319; providencia proferida el 12 de febrero de 2012, dentro del proceso radicado bajo el número interno 22244 y providencia proferida el 28 de marzo de 2012, dentro del proceso radicado bajo el número interno 21606.

²⁷ Así, por solo citar un ejemplo, el Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 - establece que mediante el ejercicio de la acción de reparación directa, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño (objeto de la acción) cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa (causa petendi) (art. 86) y que mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica (causa petendi), podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo, se le restablezca en su derecho y se le repare el daño; también se tendrá esta acción para que se modifique una obligación fiscal o de otra clase, o se produzca la devolución de lo pagado indebidamente (objeto) (art. 85), de tal manera que no le está dado a las partes adelantar un juicio de legalidad de un acto administrativo a través de la acción de reparación directa, ni al juez declarar probada una pretensión anulatoria en desarrollo de ésta.

persigue (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado.

En cuanto a los actos contractuales se refiere, es decir “*los que se expiden por la entidad pública contratante como consecuencia de la ejecución de un contrato y durante el desarrollo del mismo, tales como la caducidad, terminación, modificación, interpretación o liquidación*²⁸”, debe tenerse en cuenta que, no obstante su especial condición, éstos son también actos administrativos, razón por la cual, al igual que el resto, están amparados por la presunción de legalidad, de ahí que cuando el origen del daño se atribuye a su supuesta falta de validez sea necesario, para la procedencia y prosperidad de las pretensiones de restablecimiento y/o indemnizatorias consecuenciales, que dicha presunción se desvirtúe, sin embargo, de conformidad con la ley²⁹ y a diferencia de lo que ocurre con los demás actos administrativos, en estos casos la anulación del acto deberá intentarse a través de la acción contractual y no de la de nulidad y restablecimiento del derecho.

En ese contexto y, expresamente se advierte, **sin desconocer la previsión legal contenida en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993**, es evidente que a pesar de que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y la contractual dirigida en contra de actos administrativos de esta misma naturaleza son diferentes, tanto en una como en otra su origen o causa se determina en razón de la presunta existencia de una causal que, a juicio de la parte demandante, torna el acto administrativo correspondiente en ilegal, circunstancia que de manera coherente impone que en ambos casos el objeto que se persiga sea la declaratoria de nulidad del acto y, consecuencialmente, el restablecimiento del derecho y/o la indemnización de perjuicios a que haya lugar³⁰.

Sobre este particular, reitera la Sala que a pesar de que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la contractual dirigida en contra de actos administrativos comparten la misma causa y objeto, dicha circunstancia en forma alguna implica que pueda ser indiscriminado el ejercicio de la acción que en uno u otro caso deba adelantarse, pues, por disposición expresa del legislador, a diferencia del resto de los actos administrativos, los expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual deben demandarse a través de la acción contractual, no obstante lo cual, es obligación del juez, en cada caso concreto, dar un sentido útil a la demanda, evitar sentencias inhibitorias y, en lo posible, adecuar al trámite que corresponda la demanda que pueda ser defectuosa.

En el caso *sub judice*, la parte demandante, al considerar que la entidad accionada habría actuado con falsa motivación, desviación de poder y violación de la ley - *causa petendi* -, solicitó que se declarara la nulidad de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, por medio de la cual se terminaron unilateralmente los

²⁸Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007. Exp. 16211. Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁹ Artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 -.

³⁰ Al respecto, debe tenerse en cuenta que, como lo ha dicho la Corporación al referirse a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que resulta plenamente aplicable a la acción contractual dirigida en contra de actos que comparten esta misma naturaleza, la necesidad de declarar la nulidad de un acto administrativo para efectos de restablecer un derecho o indemnizar un daño causado con él, proviene de una regla práctica: “*si el daño es generado por un acto administrativo ilegal, para que el restablecimiento del derecho y la reparación sean posibles será necesario, de modo previo, dejarlo sin efectos y ello, dada la presunción de legalidad que lo cobija, sólo será posible con la declaración judicial de anulación del mismo*” (Consejo de Estado, sentencia proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 31789).

contratos de prestación de servicios 331 y 551 de 1991 suscritos entre ella y el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital y que, como consecuencia de tal declaración, le fueran restablecidos los derechos patrimoniales que habrían sido afectados con su expedición - objeto de la acción -, causa y objeto que resultan ser perfectamente coherentes con los de la acción contractual dirigida en contra de actos administrativos, aspecto éste que unido al hecho de que la demanda se encuadró bajo los presupuestos propios de la referida acción, permite a la Sala entender que en realidad fue la acción contractual y no la de nulidad y restablecimiento del derecho la que en efecto se instauró.

En consecuencia, estima la Sala que a pesar de que la parte actora señaló que presentaba “*demandas de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*” con el fin de obtener la nulidad de unos actos administrativos contractuales, no es posible afirmar que ésta hubiere sido sustantivamente inepta por indebida escogencia de la acción, toda vez que, además de haberse cumplido a cabalidad con todos los presupuestos propios de la acción correspondiente, la *causa petendi* y el objeto de la misma, tal y como fueron presentados, no se modifican en forma alguna y resultan ser absolutamente compatibles con la acción de controversias contractuales.

Cabe destacar que el razonamiento que se deja expuesto no altera la competencia del juez ni vulnera el debido proceso, por cuanto el marco del litigio que se fijó desde el inicio del proceso sigue siendo el mismo y las pretensiones de la demanda, en la forma en que fueron formuladas, pueden ser declaradas a través de la acción de controversias contractuales, de tal manera que con el entendimiento que la Sala estima debe dársele a la demanda en este caso concreto se hace gala del imperativo constitucional previsto en el artículo 228 constitucional, pues entender lo contrario daría lugar, en forma absolutamente injustificada y con sustento en un aspecto que en el presente caso se ha mostrado meramente formal, a denegar justicia a pesar de que se cuenta con todos los elementos necesarios para emitir un pronunciamiento de fondo.

Así las cosas, dado que la demanda se dirigió en contra de actos administrativos que fueron proferidos con posterioridad a la celebración del contrato - como que, de hecho, uno de ellos ordenó su terminación unilateral - y se trata, en consecuencia, de actos contractuales propiamente dichos, no puede menos que concluirse que la acción procedente para demandarlos era la de controversias contractuales y no la de nulidad y restablecimiento del derecho, como la denominó la parte demandante, pese a lo cual, debido a las circunstancias que vienen de exponerse, tal manifestación en este caso particular no constituye óbice para que haya de entenderse que la acción promovida fue la contractual y es dentro de dicho marco - que no en el de cierto modo más restringido que supone la de nulidad y restablecimiento del derecho - que habrán de estudiarse las pretensiones planteadas con en el presente litigio.

3. Las pruebas que obran en el proceso

3.1. Las documentales aportadas por la parte demandante

La parte demandante allegó la siguiente documentación:

- Original de certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, correspondiente a la Asociación Hogar Briznas de Vida³¹.

³¹ Folios 1 y 2 del cuaderno de pruebas.

- Copia simple de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, con anotación de “NOTIFICACIÓN” no suscrita por el entonces representante legal de la Asociación³².
- Copia simple del edicto de notificación del acto administrativo³³.
- Original de recurso de reposición interpuesto en contra del citado acto administrativo³⁴.
- Original del oficio No. 2-07733 S, por medio del cual el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital rechazó por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto por la Asociación Hogar Briznas de Vida en contra de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000³⁵.

3.2. Las documentales aportadas por la parte demandada

Mediante oficio No. 0010 que obra a folio 16 del cuaderno de pruebas, el Jefe de la Oficina Jurídica (E) del Departamento Administrativo de Bienestar Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en respuesta a los oficios 00-5-1229 y 00-5-1230, expedidos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de la referencia, remitió al expediente copia auténtica de los siguientes documentos:

3.2.1. En relación con el contrato de prestación de servicios No. 331 de 1999

- Invitación de contratación directa formulada por el Departamento Administrativo de Bienestar Social para “presentar propuestas para atender integralmente a la población de menores del sexo masculino entre los 4 y los 14 años en situación social crítica, cuyo ambiente familiar presenta inminente peligro físico y/o moral”³⁶.
- Propuesta presentada por la Asociación Hogar Briznas de Vida para prestar el servicio de atención integral a los menores a los que se refería la invitación referenciada con anterioridad³⁷.
- Acta de Evaluación de la propuesta presentada por la Asociación Hogar Briznas de Vida, en el cual consta que el Comité Evaluador recomendó a la Dirección del Departamento Administrativo contratar con el Hogar Briznas de Vida la prestación del servicio de atención nutricional, afectiva, psicológica y social a menores del sexo masculino entre los 4 y los 14 años en situación social crítica, por cuanto cumplía con los requerimiento técnicos mínimos exigidos por el Departamento³⁸.
- Contrato de prestación de servicios No. 331 del 2 de julio de 1999, suscrito entre el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital y la Asociación Hogar Briznas de Vida³⁹.
- Acta de Iniciación del Contrato No. 331 de junio 2 de 1999⁴⁰.

³² Folios 3 a 9 del cuaderno de pruebas.

³³ Folio 10 del cuaderno de pruebas.

³⁴ Folios 11 a 13 del cuaderno de pruebas.

³⁵ Folio 14 y 15 del cuaderno de pruebas.

³⁶ Folios 95 a 110 del cuaderno de pruebas.

³⁷ Folios 111 a 135 del cuaderno de pruebas.

³⁸ Folios 85 a 90 del cuaderno de pruebas.

³⁹ Folios 66 a 69 del cuaderno de pruebas.

⁴⁰ Folio 65 del cuaderno de pruebas.

- Acta de liquidación del contrato 331 del 2 de diciembre de 1999, suscrito por mutuo acuerdo entre el Departamento Administrativo de Bienestar Social y la Asociación Hogar Briznas de Vida el 2 de mayo de 2000, por medio de la cual las partes se declararon a paz y salvo por concepto de las obligaciones surgidas con ocasión del referido contrato. En el documento no se consignaron salvedades⁴¹.

3.2.2. En relación con el contrato de prestación de servicios No. 551 de 1999

- Términos de referencia para la contratación de alojamiento transitorio en la modalidad de hogar protegido para el proyecto No. 7188 "Estrategia de Intervención Social Zona Santa Inés-El Cartucho."⁴²
- Invitaciones enviadas por el Departamento Administrativo de Bienestar Social a la Asociación Hogar Briznas de Vida y a la Asociación para el Desarrollo y la Participación, para que, si era de su interés, presentaran propuesta para la contratación de los servicios de "*ALOJAMIENTO TRANSITORIO EN LA MODALIDAD DE HOGAR PROTEGIDO PARA 12 A 15 PERSONAS, HOMBRE O MUJER ADULTO (A) O MADRE CON HIJOS beneficiarios del Proyecto 7188 Atención a Personas en Grave Situación Social de la Zona Santa Inés - El Cartucho -*"⁴³.
- Propuesta presentada por la Asociación Hogar Briznas de Vida para la contratación de alojamiento transitorio en la modalidad de hogar protegido para el proyecto No. 7188 "Estrategia de Intervención Social Zona Santa Inés-El Cartucho."⁴⁴
- Acta de Evaluación de la propuesta presentada por la Asociación Hogar Briznas de Vida, en el cual consta que el Comité Evaluador recomendó a la Dirección del Departamento contratar con el Hogar Briznas de Vida, por considerarla la más conveniente para la entidad⁴⁵.
- Contrato de prestación de servicios No. 551 del 3 de diciembre 1999 suscrito entre el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital y la Asociación Hogar Briznas de Vida⁴⁶.
- Acta de iniciación del Contrato No. 551 de diciembre 3 de 1999.
- Informe del contrato No. 551 del 3 de diciembre de 1999 realizado por la supervisora del mismo⁴⁷.
- "Acta de liquidación" del contrato 551 del 3 de diciembre de 1999, sin firmas de los intervenientes⁴⁸.

3.2.3. En relación con las circunstancias que rodearon la terminación unilateral de los contratos de prestación de servicios 331 y 551 de 1999

- Oficio calendado el 27 de enero de 2000, enviado por el Subdirector de Intervención Social del Departamento Administrativo de Bienestar Social al Jefe de

⁴¹ Folios 27 y 28 del cuaderno de pruebas.

⁴² Folios 355 a 364 del cuaderno de pruebas.

⁴³ Folios 405 y 4056 del cuaderno de pruebas.

⁴⁴ Folios 376 a 390 del cuaderno de pruebas.

⁴⁵ Folios 393 a 399 del cuaderno de pruebas.

⁴⁶ Folios 347 a 350 del cuaderno de pruebas.

⁴⁷ Folios 298 a 305 del cuaderno de pruebas.

⁴⁸ Folios 294 y 295 del cuaderno de pruebas.

Unidad de Delitos contra la Libertad Sexual y la Dignidad Humana de la Fiscalía General de la Nación, por medio del cual se solicitó información acerca de la presunta existencia de una investigación penal en contra del entonces representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida⁴⁹.

- Oficio No. 068 de la Unidad de Delitos contra la Libertad Sexual y Dignidad Humana calendado el 27 de enero de 2000, a través del cual se le informó al Departamento Administrativo de Bienestar Social que al representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida se le estaba adelantando una investigación penal por el presunto punible de acceso carnal abusivo con menor⁵⁰.
- Oficio del 28 de enero de 2000, por medio del cual la Gerente de Protección del Departamento Administrativo de Bienestar Social remitió a la Defensora de Familia asignada, fotocopia de los oficios de 27 de enero de 2000, referentes a “*las diligencias de menores que presuntamente se encuentra en situación irregular (delitos sexuales) en la Institución Hogar Briznas de Vida*”, para que diera inicio a las diligencias de Protección que hubieren tenido lugar⁵¹.
- “MEMORANDO” del 28 de enero de 2000, dirigido por la Gerente de Protección del Departamento Administrativo de Bienestar Social al Asesor Jurídico de la misma entidad, “*ASUNTO: CONTRATO 331 CON BRIZNAS DE VIDA*”, por medio del cual le solicitó al funcionario que adelantara las diligencias legales a que hubiera lugar en relación con el mencionado negocio jurídico. Al documento se anexaron los tres oficios anteriormente citados⁵².
- Acta de la “*DILIGENCIA DE VERIFICACIÓN DE MENORES*” realizada a los 28 días del mes de enero de 2000 en la calle 137 No. 115 A 02, barrio Villa María, correspondiente a las instalaciones de la Asociación Hogar Briznas de Vida “*con el fin de proceder al rescate de los menores que se encuentran en situación irregular*”, ante el conocimiento, con ocasión de dos anónimos escritos, de presuntas irregularidades que se estaban presentando en la Institución por parte del representante legal⁵³.
- Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, por medio de la cual el Departamento Administrativo de Bienestar Social resolvió declarar la terminación unilateral de los contratos de prestación de servicios 331 y 551 de 1999, suscritos con la Asociación Hogar Briznas de Vida, se ordenó su liquidación y se solicitó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por medio de la Defensoría de Familia asignada a la entidad, la protección de los menores que se encontraban en “*situación irregular*” en la Asociación demandante.

En la parte final del acto administrativo aparece la siguiente anotación:

“NOTIFICACION

En la ciudad de Santa Fe de Bogotá D.C., en la Oficina de Asesoría Jurídica del DABS., el día 2 de febrero del 2000, a las 2:54 p.m., se presentó el señor GABRIEL JAIME GUERRA, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 70.413.063 de Bolívar (Antioquia), con el fin de notificarse del contenido de la Resolución No. 00058 de 28 de enero de 2000.”.

⁴⁹ Folios 59 y 60 del cuaderno de pruebas.

⁵⁰ Folio 339 del cuaderno de pruebas.

⁵¹ Folio 62 del cuaderno de pruebas.

⁵² Folio 58 del cuaderno de pruebas.

⁵³ Folios 48 a 50 del cuaderno de pruebas.

El documento se encuentra suscrito por la Secretaria Ad-hoc del Departamento Administrativo de Bienestar Social y el llamado a notificarse no lo suscribió⁵⁴.

- Oficio No. 00010 del 1 de febrero de 2000, radicado No. 2-00576 S, emanado de la Oficina de Asesoría Jurídica del Departamento Administrativo de Bienestar Social, dirigido al entonces representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida, por medio del cual se le informó que debía presentarse a la Asesoría Jurídica del Departamento Administrativo de Bienestar Social con el fin de notificarse acerca del contenido de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, al tiempo que se advirtió que en caso de que transcurrieran más de 5 días hábiles después de recibida la comunicación sin que se presentara, se procedería de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 01 de 1984⁵⁵.
- Documento titulado “CORRESPONDENCIA ENTREGADA A LA MANO”, fechado el 2 de febrero de 2000, en el que consta que en la citada fecha se hizo entrega del oficio 001 del 1 de febrero de 2000 antes mencionado, en las instalaciones de la Asociación Hogar Briznas de Vida a las 10: 02 a.m.⁵⁶.
- Edicto por medio del cual el Departamento Administrativo de Bienestar Social “ante la imposibilidad de notificar personalmente al Representante Legal de la ASOCIACION BIRZNAS DE VIDA” acerca del contenido de la Resolución 058 del 28 de enero de 2000, emplazó y notificó la parte resolutiva de la misma. Según el texto, el edicto se fijó en lugar visible de la Secretaría de la entidad a las 8:00 a.m. del 10 de febrero de 2000 por el término de 10 días. En el documento se señaló que la notificación se debía entender surtida el día 23 del mismo mes y año a las 5:30 p.m.⁵⁷.
- Recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000 el 5 de julio del año 2000, por el nuevo representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida⁵⁸.
- Oficio 2-07733 S del 21 de julio de 2000, por medio del cual el Departamento Administrativo de Bienestar Social, rechazó por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto por la parte demandante en contra de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000. En el documento se informó que al entonces representante legal de la Asociación se le envió citación para que se acercara a notificarse de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, que el representante legal asistió y que fue atendido por el Jefe de la Oficina Jurídica, quien le puso en conocimiento el contenido del acto administrativo, pero que no firmó la constancia de notificación aduciendo que volvería para ello con su apoderado dentro del plazo para la notificación personal, la cual no tuvo lugar porque ese mismo día fue capturado, por lo que se procedió a fijar el edicto, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo⁵⁹.

3.3. Testimoniales

⁵⁴ Folios 314 a 320, 321 a 327 y 328 a 334 del cuaderno de pruebas.

⁵⁵ Folio 36 del cuaderno de pruebas.

⁵⁶ Folio 37 del cuaderno de pruebas.

⁵⁷ Folio 313 del cuaderno de pruebas.

⁵⁸ Folios 22 a 24 del cuaderno de pruebas.

⁵⁹ Folios 20 y 21 del cuaderno de pruebas.

De folio 435 a 437 del cuaderno de pruebas, obra declaración rendida por la señora Carmen Sofía Vargas Rojas, quien manifestó haberse desempeñado como supervisora del Contrato No. 551 de diciembre 3 de 1999.

3.4. Interrogatorio de parte

A folio 438 del cuaderno de pruebas, obra el acta del interrogatorio, en el cual consta que no se pudo realizar, toda vez que el apoderado de la parte demandada no compareció.

4. El ejercicio oportuno de la acción

Como ya quedó establecido en el acápite 2.2. de la parte considerativa de la presente providencia, las pretensiones planteadas en la demanda se analizarán bajo el marco de la acción contractual, la cual, de conformidad con lo previsto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 - deberá intentarse, en los contratos que requieren liquidación, teniendo en cuenta las siguientes previsiones:

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

En ese contexto y dado que la Resolución 00058, por medio de la cual se terminaron unilateralmente los contratos de prestación de servicios 331 y 551 de 1991, se profirió el 28 de enero de 2000 y el Oficio No. 2-07733 S, por medio del cual se rechazó por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto en contra de la citada resolución, se profirió el 21 de julio de 2000, encuentra la Sala que la acción se interpuso dentro del término legal dispuesto para ello, toda vez que la demanda se presentó el 8 de agosto de la misma anualidad⁶⁰.

6. El caso concreto

6.1. La solicitud de nulidad del Oficio No. 2-07733 S, por medio de la cual se rechazó por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000

En cuanto a este aspecto se refiere, solicitó la parte impugnante que se revoque la sentencia de primera instancia, por considerar que, a diferencia de lo dicho por el *a quo*, la notificación personal realizada por la entidad demandada respecto del contenido de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, carece de validez, toda vez que tal acto no fue suscrito por el representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida, quien se encontraba detenido en un centro de reclusión.

Para resolver acerca de este cargo de la apelación, la Sala se permite realizar las siguientes consideraciones:

⁶⁰ Folio 24 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 -, las decisiones que pongan término a una actuación administrativa deben notificarse de manera personal, directamente al interesado, o a su representante o apoderado.

La norma en cita, con el propósito de garantizar como mecanismo principal que la notificación del acto se surta de manera personal, previó que, en caso de que no exista un medio más eficaz para adelantar el trámite, se debe enviar al interesado una citación por correo certificado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto.

No obstante lo anterior y ante la eventualidad de que la notificación del acto, a pesar de haberse surtido el trámite anterior, no pudiera realizarse de manera personal, en el artículo 45 de la misma codificación se dispuso que "*al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará un edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutiva de la providencia*".

Como se observa, la notificación personal del acto administrativo se constituye en la forma preferente para llevar a cabo tal procedimiento, en tanto que garantiza que el sujeto destinatario efectivamente se entere del contenido de la decisión administrativa respectiva y, por ello, sólo en los casos en los que la notificación no pueda surtirse por esta vía, a pesar de haberse llevado a cabo el procedimiento descrito en el artículo 44 del Decreto 01 de 1984, será posible acudir a la notificación por edicto.

En cuanto al cumplimiento de los requisitos establecidos para llevar a cabo la notificación, lo que incluye que de manera principal y preferente se intente su realización en forma personal, el artículo 48 ibídem dispuso: "*sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales*".

En relación con los efectos que genera la omisión o desconocimiento de cualquiera de los requisitos dispuestos para llevar a cabo la notificación, la Corporación ha afirmado que "*el desconocimiento o pretermisión de una cualquiera de las exigencias que regulan la forma de hacer las notificaciones se sanciona con la inexistencia de la notificación, y por tanto, el acto no produce efectos legales, al tiempo que se mantienen intactos los términos de que dispone el administrado para impugnarlo*"⁶¹.

Ahora bien, revisado el expediente se encuentra que el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, mediante oficio No. 0100, radicado bajo el número 2-00576 S de 1 de febrero de 2000⁶², citó al entonces representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida para que se presentara en las instalaciones de la entidad a notificarse personalmente del contenido de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, al tiempo que le informó que en caso de no presentarse dentro de los 5 días siguientes a la fecha de recibo de la citación, se procedería de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 ibídem. Según consta a folio 37 del cuaderno de pruebas, el referido oficio se entregó en las instalaciones de la Asociación Hogar Briznas de Vida el 2 de febrero de 2000 a las 10:00 a.m.

⁶¹ Sentencia N° 4343-02 de noviembre 13 de 2003. M.P. Ana Margarita Olaya Forero, Sección Segunda.

⁶² Folio 36 del cuaderno de pruebas.

Así mismo, puede verse que, de conformidad con la anotación realizada por la Secretaría Ad-hoc del Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital en la parte final de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, el entonces representante legal de la Asociación demandante se presentó en la Oficina de Asesoría Jurídica de la entidad en la misma fecha en que recibió la citación de notificación personal a las 2:54 p.m., sin embargo, no suscribió la constancia de notificación.

Se halla también demostrado que, una vez vencido el término de 5 días al que se refiere el artículo 44 del Decreto 01 de 1984, plazo que corrió entre el 2 y el 9 de febrero de 2000, el día 10 de ese mismo mes y año se fijó, por el término de 10 días, en la Secretaría de la Oficina de Asesoría Jurídica de la entidad demandada un edicto, por medio del cual se informó que ante *"la imposibilidad de notificar personalmente al Representante Legal de la ASOCIACION HOGAR BRIZNAS DE VIDA, de acuerdo con lo consagrado en el Art. 44 del C.C.A., sobre el contenido de la Resolución No. 058 del 28 de enero del 2000 'Por la cual se terminan unilateralmente los Contratos Nos 331 del 2 de julio y 551 del 3 de diciembre, ambos de 1999', lo EMPLAZA Y NOTIFICA en legal forma según lo establecido en el Art. 45 del C.C.A., del contenido de ella que en su parte resolutiva expresa ..."*; igualmente, se informó que en contra del citado acto administrativo procedía *"el Recurso de Reposición de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, del cual deberá hacerse uso por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, según el caso ..."*⁶³.

En ese contexto, resulta evidente para la Sala que, contrario lo manifestado por la parte actora, la entidad demandada, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, intentó realizar la notificación de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000 de manera personal, sin embargo, éste acto no pudo llevarse a cabo, o al menos no existe prueba de ello, pues no consta en el expediente que en efecto el representante legal hubiere tenido conocimiento del contenido de la resolución o que se le hubiere hecho entrega de una *"copia íntegra, gratuita de la decisión"*, tal como lo dispone el inciso 5º del mencionado.

No obstante lo anterior, encuentra la Sala que la notificación del acto, aunque no de manera personal, sí se cumplió en debida forma, pues para ello se atendieron a cabalidad los presupuestos establecidos en los artículos 44 y siguientes del Decreto 01 de 1984, ya que cumplido el término de 5 días siguientes a la fecha en la cual se recibió la citación enviada al representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida, sin que se llevara a cabo la notificación personal, la entidad, atendiendo los parámetros establecidos en el Código Contencioso Administrativo al respecto, fijó un edicto con la información correspondiente y durante el término establecido en la norma para tales efectos.

Así las cosas, es dable concluir, tal como lo hizo el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, que la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000 quedó ejecutoriada el 2 de marzo de 2000, esto es, el día siguiente al del vencimiento del término con el que contaba la parte demandante para presentar el recurso de reposición y como sea que éste fue interpuesto el 5 de julio de 2000, resulta que fue abiertamente extemporáneo.

⁶³ Folio 313 del cuaderno de pruebas.

Es decir, de conformidad con lo previsto en el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, al cabo de cinco días contados a partir del día siguiente al de la desfijación del edicto, lo que tuvo lugar el 23 de febrero de 2000, de tal manera que para el 5 de julio de 2000, fecha en la cual se presentó el recurso de reposición éste resultaba ser absolutamente extemporáneo y, en consecuencia, no le asiste razón a la parte demandante en sus afirmaciones respecto de la alegada falta de notificación.

6.2. La solicitud de nulidad de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, por medio de la cual el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital terminó unilateralmente los contratos de prestación de servicios 331 y 551 suscritos en 1999 con la Asociación demandante

Solicitó la parte recurrente que se revoque la sentencia de primera instancia, por considerar que se encuentra demostrado en el expediente que la Asociación Hogar Briznas de Vida cumplió con su labor contractual de manera idónea y que no fue objeto de tacha alguna al respecto, razón por la cual no había lugar a terminar unilateralmente los referidos contratos de prestación de servicios.

Una vez revisado el expediente, la Sala encuentra que el análisis del cargo de la apelación debe realizarse en forma separada e independiente para cada uno de los contratos de prestación de servicios que fueron terminados de manera unilateral a través de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, por cuanto el contrato 331 del 2 de julio de 1999 fue liquidado de manera bilateral el 22 de mayo de 2000, circunstancia que no ocurrió en relación con el contrato 551 de 1999.

6.2.1. Contrato de prestación de servicios 331 del 2 de julio de 1999

En relación con este negocio jurídico se encuentra probado lo siguiente:

Según consta a folios 66 a 69 del cuaderno de pruebas, el 2 de julio de 1999 el Departamento Administrativo de Bienestar Social suscribió con la Asociación Hogar Briznas de Vida el contrato de prestación de servicios No. 331, cuyo objeto consistió en: “*PRESTAR EL SERVICIO DE ATENCION NUTRICIONAL, AFECTIVA, PSICOLOGICA Y SOCIAL A CUARENTA (40) MENORES DE SEXO MASCULINO ENTRE 4 Y 14 AÑOS EN SITUACION SOCIAL CRITICA, PROGRAMAS CENTROS AMAR, DICHO SERVICIO SE PRESTARÁ EN FORMA OPORTUNA Y TRANSITORIA, A NIÑOS Y JOVENES CUYO AMBIENTE SOCIOFAMILIAR PRESENTA INMINENTE PELIGRO FISICO Y MORAL POR CIRCUNSTANCIAS CRITICAS COMO SON ENTRE OTRAS: EXCLUSION SOCIAL, CONDICIONES DE VIDA INFRAHUMANAS, PADRES CUYOS TRABAJOS LES OBLIGA A DESPROTEJER (sic) A SUS HIJOS, PROSTITUCION DE CLASE MARGINAL POR PARTE DE SUS PADRES, VENDEDORES AMBULANTES, RECICLADORES, MENDICIDAD, CALAMIDAD SOCIAL, DESASTRES NATURALES, INFRACCION PENAL DE LOS PROGENITORES Y ADICCION AL ALCOHOL Y OTRAS DROGAS’ de conformidad con los términos de la invitación y la propuesta presentada por EL CONTRATISTA que hace parte de presente contrato*”.

De conformidad con la cláusula quinta del contrato, éste tenía un plazo de ejecución de 8 meses contados a partir de la fecha de suscripción del acta de

iniciación, lo que tuvo lugar el 6 de julio de 1999⁶⁴. En la cláusula 9^a las partes pactaron que al negocio jurídico le serían aplicables las figuras de interpretación, modificación y terminación unilaterales previstas en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, respectivamente.

El 28 de enero de 2000, cuando aún se encontraba en vigencia el plazo pactado para ejecutar el contrato, el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, a través de Resolución No. 00058, decidió, en aplicación de lo pactado en la cláusula 9^a y en concordancia con la causal primera del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, terminarlo de manera unilateral.

Posteriormente, el 22 de mayo de 2000, antes de que se presentara la demanda objeto de estudio, las partes liquidaron de mutuo acuerdo el contrato. El acta correspondiente contiene: *i) la identificación de las partes del contrato; ii) el objeto; iii) el plazo de duración; iv) el valor; vi) la indicación de que el contrato se terminó de manera unilateral el 28 de enero de 2000; vii) el valor ejecutado; viii) el valor girado al contratista, ix) el valor adeudado al contratista; x) el valor no ejecutado a favor del Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital y xi) el valor final del contrato*, elementos todos éstos de donde se desprendió un saldo a favor del contratista por valor de \$17'666.663.

Al final del documento las partes manifestaron que una vez cancelada al contratista la suma resultante a su favor “*se declaran a PAZ Y SALVO por concepto de contrato No. 331 del 2 de julio de 1999*”⁶⁵. En el acta no se dejó constancia alguna respecto de motivos de inconformidad con la suscrita liquidación bilateral.

Ahora bien, debido a que se encuentra acreditado que el contrato se liquidó de mutuo acuerdo y que las partes no dejaron constancia de salvedades en el acta, resulta necesario hacer las siguientes consideraciones:

- Liquidación bilateral o voluntaria.

La liquidación bilateral corresponde al balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y acogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato, por tanto, esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente negocial o convencional.

En términos generales, la liquidación que surge del acuerdo de las partes tiene las características de un negocio jurídico que como tal resulta vinculante para ellas. Este negocio jurídico que se materializa en el acta de liquidación, debe contener, si los hubiere, los acuerdos, salvedades, conciliaciones y transacciones a que se llegare para poner fin a las divergencias presentadas y dar por finiquitado el contrato que se ejecutó. La fuerza jurídica del acuerdo liquidatorio, que surge de todo un proceso de discusión, es tan importante dentro de la nueva realidad jurídica que se creó entre las partes del contrato, que la misma se presume definitiva y las obliga en los términos de su contenido. Al respecto ha afirmado la Corporación:

“... El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios

⁶⁴ Folio 65 del cuaderno de pruebas.

⁶⁵ Folios 27 y 28 del cuaderno de pruebas.

que pueden afectarla. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él. ...⁶⁶

Así pues, en tanto la liquidación bilateral constituye un negocio jurídico de carácter estatal, para declarar su nulidad es necesario que se configure alguna de las causales previstas bien sea en la respectiva ley de contratación de la Administración Pública o en el derecho común. La Jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido desde tiempo atrás⁶⁷, que una vez el contrato haya sido liquidado de mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral podría ser enjuiciado por vía jurisdiccional cuando se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Sobre el tema ha sostenido lo siguiente:

“(...) se tiene que la liquidación efectuada de común acuerdo por personas capaces de disponer constituye, entonces, un verdadero negocio jurídico bilateral, que tiene, por tanto, fuerza vinculante, a menos que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento.”⁶⁸

De otra parte, si dicha liquidación ha sido suscrita con salvedades y en ese mismo momento, que es la oportunidad para objetarla, alguna de las partes presenta reparos a la misma, por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta, debe manifestar con claridad que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que precisamente hubiere sido motivo de inconformidad⁶⁹, pero únicamente respecto de los temas puntuales materia de discrepancia que quedaron consignados en ella. En relación con este aspecto la Sala ha dicho lo siguiente:

“Como puede observarse en la etapa de liquidación de un contrato, las partes deben dejar sentado en acta sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, es ese el momento del contrato, en el cual la parte adquiere legitimación para reclamar en vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del petitum de una eventual demanda. Por el contrario la parte que no deje anotada en el acta de liquidación final, la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la considere en esa vía, NUNCA PODRA pretenderlas judicialmente. Lo que se traslada al proceso

⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de junio 22 de 1995; Exp. No. 9965, M.P. Daniel Suárez Hernández.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, entre otras sentencias se citan las siguientes: Sentencias de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992; Exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665, de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208.

⁶⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

También en Sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10608, con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández, esta Corporación había sostenido lo siguiente:

“La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellos que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acrede algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo”.

⁶⁹ En la actualidad, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, el contratista particular tiene derecho a dejar las constancias a que haya lugar. Según el inciso final de esta norma: “Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral sólo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”.

judicial son las pretensiones que la contraparte del contrato no acepte reconocer⁷⁰ (Se destaca).

En ese sentido, se ha precisado también que la acción contractual sólo puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo al momento de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, con fundamento en las siguientes razones⁷¹:

La primera se sustenta en el artículo 1602 del Código Civil, aplicable a los contratos celebrados por la Administración Pública, según el cual *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”* No puede perderse de vista que el acta de liquidación bilateral comparte la misma naturaleza del contrato, tanto por su formación como por sus efectos, de modo que lo allí acordado produce las consecuencias a que se refiere el artículo citado; desde este punto de vista, cuando no se deja en el acta constancia concreta de reclamación, se entiende que no existe inconformidad, al tiempo que su adopción comporta una liberación, una declaración de paz y salvo, recíproca entre las partes.

La segunda se funda en el *“principio de la buena fe”*⁷², el cual inspira, a su vez, la denominada *“teoría de los actos propios”*, cuyo valor normativo no se pone en duda⁷³, pues se funda, en primer lugar, en el artículo 83 de la CP, según el cual *“las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas”*, y, en forma específica, en materia contractual, en los artículos 1603 del Código Civil, según el cual *“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenezcan a ella”* y 871 del Código de Comercio que en idéntico sentido dispone que *“los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a*

⁷⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁷¹ Sobre este tema ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 6 de 2005. Expediente 14.113. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁷² La Jurisprudencia ha definido la buena fe dentro del siguiente contexto:

“La expresión ‘buena fe’ o (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad, trátese de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente...” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 23 de junio de 1958.) En el mismo sentido, encontramos las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sentencia de 8 de septiembre de 1987, Exp. 4884, M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Sección Tercera; Sentencias de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992, Exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665, de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208. entre otras.

⁷³ En forma bastante clara LUIS DÍEZ-PICAZO aborda esta misma inquietud -la de la duda acerca de la naturaleza normativa del principio de la teoría de los actos propios-, y afirma que no se trata de un principio general del derecho, ni de una regla del derecho y que tampoco es una norma jurisprudencial.

No obstante esto, entiende que actuar en sentido contrario a un proceder o conducta previa, es sin duda alguna una actitud desleal y digna de reproche jurídico; de modo que, concluye diciendo, *“Así se comprende que la inadmisibilidad de ‘venire contra factum proprium’, que no es sostenible como un autónomo principio general de derecho, sea fácilmente viable como derivación necesaria e inmediata de un principio general universalmente reconocido: el principio que impone un deber de proceder lealmente en las relaciones de derecho (buena fe). Esta conclusión nos puede permitir volver a situar la doctrina de los actos propios dentro de la doctrina legal (...).”* (La doctrina de los propios actos. Ed. Bosch. Barcelona. 1963. Págs. 133-134)

*todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural.*⁷⁴

Así pues, las salvedades dejadas en el acta de liquidación tienen como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar en el futuro ante la autoridad judicial el cumplimiento de obligaciones que considera quedaron pendientes durante la ejecución del contrato, razón por la cual deben ser claras y concretas. A propósito del preciso alcance que corresponde a las salvedades o reservas que respecto de una liquidación bilateral formula alguna de las partes del contrato, la Jurisprudencia de esta Corporación ha advertido “(...) que las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera, su inclusión resulta ineficaz.”⁷⁵ La Sala ha precisado el asunto en los siguientes términos:

“(...) para efectos de poder acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es requisito indispensable que las partes hayan dejado constancia expresa, en el acta de liquidación del contrato, de las inconformidades que pudieron resultar durante su ejecución, tal como esta Sala lo ha señalado en reiteradas ocasiones (...). Ahora bien, la constancia que el contratista conforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión del contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero sí debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad (...). Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica, que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista; tal conducta impide la claridad necesaria en la conclusión de la relación negocial –bien porque las partes están de acuerdo en forma plena, o bien porque subsisten diferencias entre ellas.”⁷⁶

La Sección ha señalado también que la pauta jurisprudencia a la que viene de hacerse referencia resulta igualmente aplicable en aquellos eventos en los que la demanda tenga por objeto que se declare la nulidad de actos administrativos contractuales. Sobre el particular, ha dicho:

“Al respecto, la Sala quiere enfatizar la siguiente idea: las reclamaciones, constancias o inconformidades que deben constar en el acta son todas las que existan y hayan surgido a más tardar para el instante en que se suscribe

⁷⁴ Incluso la ley 80 de 1993 dice, en el artículo 28, recogiendo el principio de la buena fe a nivel legal, que, “la interpretación de las normas sobre contratos estatales... y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración... los mandatos de la buena fe...”

⁷⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁷⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2005. Expediente 14.113. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Desde tiempo atrás la Jurisprudencia de la Sala ha sostenido esta posición. Así, en Sentencia del 16 de octubre de 1980, Expediente 1960, con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo, afirmó lo siguiente: “Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado (...). Como se ve, la Administración liquida, luego de la presentación de ciertos documentos por el contratista y aún sin éstos, de oficio; y a éste no le quedan sino estas salidas: a) firmar en señal de aceptación, sin reclamos u observaciones. Aquí el acta será definitiva y no podrá impugnarse jurisdiccionalmente; b) firmar con salvedades o reclamos que se pueden hacer en el mismo texto del acta de liquidación o en escrito separado; y c) negarse a firmar, precisamente por tener reparos. En las dos hipótesis precedentes el desacuerdo (...) podrá impugnarse judicialmente.”.

la liquidación bilateral del contrato, de allí que si alguna parte del negocio estima que una decisión, actitud, comportamiento o hecho de la otra parte le causó un daño, debe ponerlo en conocimiento en ese momento, para que, eventualmente, se solucione el problema, y en caso de no lograrlo, para que la constancia le permita, posteriormente, acceder a la jurisdicción. Sin embargo, la excepción a esta regla se presenta cuando los hechos ocurren con posterioridad a la liquidación.

(...)

De otro lado, si la razón de inconformidad radica en un acto administrativo que declara una obligación, y que el contratista discute -como el que impone una multa, o una cláusula penal, o la caducidad (como en el caso sub iudice)- también es necesario dejar constancia de esa insatisfacción, porque igualmente los efectos de esas decisiones integran los asuntos sobre los cuales las partes deben, primero, intentar conciliar las diferencias, y sólo si no lo hacen, expresarlo en el acta, para que luego puedan acudir al juez. De hecho, la sola circunstancia de que el motivo de inconformidad de una parte radique en un acto administrativo, y no en un hecho, un comportamiento, un mal pago, etc., no tiene por qué variar la tesis general: Que los motivos de inconformidad -cualquiera sea-, se deben expresar en la liquidación bilateral del contrato.

*La conclusión no varía si contra el acto administrativo -en su debida oportunidad-, se interpuso el recurso de reposición, para que se revoque o modifique la decisión. El simple hecho de hacerlo sólo da cuenta de que el contratista estaba inconforme con lo decidido, en ese momento, pero eso no lo exime de hacer constar en el acta su discrepancia, al final del contrato. De hecho, en este lugar también aplican las razones expuestas, esto es, que 'Debe recordarse que el acto de liquidación se constituye en la expresión final de la autonomía de la voluntad de las partes que bien pueden disponer de sus derechos y obligaciones; puede acontecer que algo que fue motivo de inconformidad en el pasado resulte finalmente olvidado o que se haya comprendido -por la fuerza de las razones de la otra parte- que la exigencia no tenía razón de ser.'*⁷⁷⁷⁸

Finalmente, considera la Sala necesario reiterar que, como ya en otras oportunidades se ha manifestado⁷⁹, la liquidación bilateral no se constituye en un requisito para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; no se trata de una condición para el ejercicio del derecho de acción, por cuanto la Constitución Política garantiza el acceso a la Administración de Justicia en las condiciones establecidas por la ley y, en este caso, la ley no ha señalado las salvedades formuladas al acta de liquidación bilateral como requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción; se trata entonces de un presupuesto de orden material, dentro del marco de la legitimación en la causa por activa, el cual incide de manera directa y puntual en la prosperidad de las pretensiones formuladas.

En consecuencia, cuando las partes de un contrato, bien sea estatal o administrativo, suscriben liquidaciones bilaterales, la posibilidad de que prosperen

⁷⁷ Sentencia de mayo 20 de 2009, exp. 16.076 -CP. Mauricio Fajardo Gómez-

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 17322.

⁷⁹ Al respecto ver sentencia del 20 de mayo de 2009, proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 16796.

las pretensiones formuladas está condicionada por la suscripción del acta respectiva con observaciones o salvedades, las cuales deberán identificar claramente la disconformidad con el respectivo texto; en el evento de que sólo se formulen observaciones genéricas, que no identifiquen claramente la reclamación, si bien será posible formular la respectiva demanda, bien sea Contencioso Administrativa o arbitral, no será posible que la jurisdicción resuelva favorablemente las pretensiones.

Así las cosas, como quiera que la parte demandante no dejó constancia alguna acerca de sus inconformidades en el acta de liquidación bilateral del contrato 331 del 2 de julio de 1999, sus pretensiones, en lo que a este negocio jurídico se refiere, no están llamadas a prosperar, mucho menos si se tiene en cuenta que las peticiones resarcitorias están encaminadas a que se reconozcan y paguen “*los saldos pendientes de pago del contrato 331 de julio 2 de 1.999*”, aspecto que, de conformidad con lo que viene de exponerse, quedó finiquitado en el acta de liquidación bilateral del negocio jurídico, la cual no fue demandada.

6.2.2. Contrato de prestación de servicios 551 del 3 de diciembre de 1999

Debido a que en este caso, - a diferencia de lo acontecido en relación con el contrato de prestación de servicios No. 331 del 2 de julio de 1999 - no obra prueba de que el contrato hubiere sido liquidado⁸⁰, la Sala, para efectos de resolver el cargo de la apelación, se permite realizar las siguientes consideraciones:

i) La terminación unilateral de los contratos estatales

De tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sección ha indicado que la potestad legalmente atribuida a las entidades estatales contratantes para que puedan dar por terminados de manera unilateral algunos contratos estatales, de conformidad con las diversas previsiones legales que se ocupan de la materia, es un género, dentro del cual, a su turno, pueden distinguirse algunas especies, las cuales, aun cuando participan de ciertas notas comunes, contienen muchos y muy variados aspectos que las diferencian entre sí⁸¹.

Dentro del aludido género de la terminación unilateral de los contratos estatales por decisión de la entidad contratante, se encuentra la terminación unilateral propiamente dicha, que es la prevista en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, de la cual se ocupará la Sala en esta oportunidad por ser la que se aplicó en el caso del contrato de prestación de servicios 551 del 3 de diciembre de 1999, a través de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, respecto de la cual se solicita su nulidad.

⁸⁰ A folios 294 y 295 obra “Acta de Liquidación” del contrato de prestación de servicios No. 551 del 3 de diciembre de 1999, sin embargo el documento no se encuentra suscrito por las partes.

⁸¹ Al respecto, ver, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000033901; Radicación número: 15599; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 25000-23-26-000-1994-00071-01; Radicación número: 14390; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 27001-23-31-000-2000-0033-0; Radicación número: 23361.

Esta especie de la terminación unilateral del contrato, comparte con las demás, las siguientes características:

“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 liquidación⁸² del contrato estatal en cuestión”⁸³.

De otra parte, se han identificado como aspectos más distintivos de la figura de terminación unilateral prevista en el De tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sección ha indicado que la potestad legalmente atribuida a las entidades estatales contratantes para que puedan dar por terminados de manera unilateral algunos contratos estatales, de conformidad con las diversas previsiones legales que se ocupan de la materia, es un género, dentro del cual, a su turno, pueden distinguirse algunas especies, las cuales, aun cuando participan de ciertas notas comunes, contienen muchos y muy variados aspectos que las diferencian entre sí⁸⁴.

Dentro del aludido género de la terminación unilateral de los contratos estatales por decisión de la entidad contratante, se encuentra la terminación unilateral propiamente dicha, que es la prevista en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, de la cual se ocupará la Sala en esta oportunidad por ser la que se aplicó en el caso del

⁸² 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), 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.

⁸³ Remítase al pie de página 81.

⁸⁴ Al respecto, ver, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000033901; Radicación número: 15599; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 25000-23-26-000-1994-00071-01; Radicación número: 14390; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 27001-23-31-000-2000-0033-0; Radicación número: 23361.

contrato de prestación de servicios 551 del 3 de diciembre de 1999, a través de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, respecto de la cual se solicita su nulidad.

De otra parte, se han identificado como aspectos más distintivos de la figura de terminación unilateral prevista artículo 17 de la Ley 80 de 1993, que la diferencian de las demás especies de terminación unilateral, los siguientes:

La terminación unilateral del contrato estatal propiamente dicha se encuentra regulada, básicamente, en los artículos 14 y 17 de la Ley 80 de 1993, así, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del citado artículo 14, es posible señalar que esta figura está consagrada como una institución a la cual pueden acudir las entidades estatales para efectos de desarrollar las funciones que expresamente les consagra la ley, consistentes en tener... *la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato*.

En ese mismo sentido, atendiendo las previsiones contenidas en la Ley 80 de 1993, resulta claro que dicha forma de terminación unilateral tiene "... *el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo* [se refiere a la entidad estatal contratante] *y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación...*" de los mismos.

Del mismo modo, en atención a lo previsto en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esta modalidad de terminación unilateral del contrato puede tener aplicación únicamente respecto de aquellos contratos que: *i) "... tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal"; ii) en los que tengan por objeto "la prestación de servicios públicos"; iii) en los que tengan por objeto "la explotación y concesión de bienes del Estado" y iv) "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 v) "contratos de suministro" y vi) contratos "de prestación de servicios", en los cuales, como en el caso que ocupa la atención de la Sala, se hubiere incluido expresamente esa cláusula excepcional, como quiera que en estos dos últimos dicha estipulación resulta facultativa.*

Igualmente, 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 las 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*".

Adicionalmente, esta forma de terminación unilateral del contrato estatal sólo podrá tener ocurrencia con ocasión de la existencia de una cualquiera de las causales previstas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, las cuales por su naturaleza permiten concluir que esta especie o modalidad de terminación unilateral no es constitutiva de sanción y a partir de su ejecutoria no se genera inhabilidad alguna para el contratista afectado.

Según lo que viene de verse, la terminación unilateral debe ser ejercida en aquellos eventos en los cuales, después de haber celebrado el contrato, encontrándose éste vigente y con fundamento en acontecimientos que no resulten

atribuibles al contratista⁸⁵, la entidad contratante constate el advenimiento de circunstancias sobrevenientes que hagan evidente que continuar adelante con la ejecución del objeto contractual afectaría la correcta prestación del servicio público del que se trate o amenazaría con desestabilizar el orden público.

En relación con la naturaleza sobrevenida o posterior a la celebración del contrato de las circunstancias que justificarían el ejercicio de la potestad excepcional de terminarlo unilateralmente con base en lo preceptuado por el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

“En cuanto hace a la terminación unilateral del contrato, la ley 80 de 1993, establece los casos en que ésta podrá darse, ya que la administración expresa el interés público y éste debe prevalecer en caso de conflicto con el interés contractual y meramente económico; claro está, las correspondientes causales deben ser taxativamente señaladas por la ley, ya que obedecen a circunstancias de interés colectivo, o situaciones sobrevenientes que impiden la continuación en la ejecución del contrato y afectan los derechos de los contratistas.

(...)

De acuerdo con lo anterior, la norma acusada establece en principio la terminación unilateral del contrato como prerrogativa de la administración, por motivos de interés general y con el fin de obtener de manera oportuna y eficiente los bienes y servicios propuestos.

(...)

...debe advertirse que la terminación unilateral, es un mecanismo de la administración que le permite darlo por terminado, cuando se presenten determinadas situaciones sobrevenientes al perfeccionamiento del contrato, por consideraciones que se relacionan con exigencias del servicio público, situación de orden público, incapacidad del contratista de ejecutarlo totalmente, debido a factores como lo son muerte, incapacidad física, y de carácter patrimonial.

(...)

Se pretende, simplemente, dar solución a situaciones diferentes a la muerte del contratista, que causen de manera sobrevenida la imposibilidad del cumplimiento del contrato, pues en estos casos para salvaguardia del interés público del contrato, es necesario que la administración cuente con instrumentos que le brinden la oportunidad de continuar con la ejecución, y dejar sin efectos un acuerdo que no puede cumplirse, sin que se deba sancionar al contratista”⁸⁶(Se destaca).

Ahora bien, de conformidad con lo consignado en el acto administrativo demandado - Resolución No. 00058 del 28 de enero de 1999 -, el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, invocando el ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, la cual fue incorporada al contrato estatal de prestación de servicios No. 551 del 3 de diciembre de 1999 a través de la cláusula 9^a, resolvió terminar unilateralmente el negocio jurídico con sustento en la causal 1^a del mencionado artículo, la cual, a la letra, dispone:

⁸⁵Si se trata de un incumplimiento, la facultad que procedería ejercer sería la de declaratoria de caducidad del contrato.

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C-454 de 1994; Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

“ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.”

La jurisprudencia de esta Corporación, con sustento en un análisis razonado de la causal prevista en el numeral 1º del artículo 17 del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, ha reconocido que la entidad contratante cuenta con un amplio margen de apreciación para establecer, en cada caso concreto, qué tipo de circunstancias tendrían la relevancia y las características necesarias para sustentar la terminación unilateral del contrato en ejercicio de dicha causal. La anterior consideración ha surgido como una consecuencia lógica, inevitable e indiscutible que se desprende de la considerable flexibilidad de los conceptos jurídicos indeterminados de los cuales se valió el legislador para configurar la facultad que puso en manos de la autoridad pública contratante a través del numeral 1º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, esto es, las nociones de “exigencias del servicio público” y de “situación de orden público” allí consignadas⁸⁷.

La jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha explicado que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en las disposiciones que atribuyen potestades a las autoridades, da lugar a la configuración de la correspondiente facultad discrecional. Al respecto, se han expuesto los planteamientos que la Sala se permite reiterar en esa ocasión, así:

“Como la composición del sintagma conceptos jurídicos indeterminados lo sugiere, esta categoría indirectamente supone el contraste con la de los conceptos jurídicos determinados, en los que el ámbito de realidad al que se refieren está delimitado —cuando menos en principio— de una manera precisa e inequívoca (verbigracia, conceptos como los de mayoría de edad, la edad de jubilación o el plazo para interponer un recurso, en fin, los numéricos o que expresan cantidades, que serían los únicos exentos de adolecer de algún grado de indeterminación). Por el contrario, los conceptos indeterminados aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de su solo enunciado (caso de nociones como la de buena fe, buen padre de familia, confianza legítima, entre otras), aunque sí puede afirmarse que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos, que sólo en sede aplicativa serán puntualmente precisados.

(...)

En este punto es necesario referir cuál es la estructura de los conceptos jurídicos indeterminados, toda vez que ello permitirá comprender los alcances de las posturas doctrinales que o bien los diferencian, ora los aproximan a la discrecionalidad administrativa. La doctrina parte de la base de acuerdo con la cual en los conceptos jurídicos indeterminados existe siempre, junto a una o dos zonas de certeza, una zona o un halo de incertidumbre o de vaguedad en el que el concepto no permite discernir si es

⁸⁷ Ver al respecto: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 27001-23-31-000-2000-0033-0; Radicación número: 23361.

o no aplicable a los objetos comprendidos en ella⁸⁸. De manera que si se intenta verificar a qué supuestos fácticos puede aplicarse un concepto jurídico indeterminado en particular, se encontrará que algunos casos indiscutiblemente estarán cubiertos por él (caerán en su zona de certeza positiva), otros indubitablemente no lo estarán (quedarán comprendidos en la zona de certeza negativa) y en medio de ellos, se ubicará un terreno en el que se mueven los supuestos dudosos (el denominado halo del concepto)⁸⁹.

(...)

La comprensión de los conceptos jurídicos indeterminados que, a juicio de la Sala, se acompaña 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, penumbras, 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.

(...)

Las particulares funciones de cada entidad, las específicas modalidades de cada tipo de actividad para la cual se abre cada convocatoria, las singulares necesidades de cada caso concreto, hacen necesario que la entidad pública tenga la facultad de apreciar la manera más conveniente para el interés general —artículo 209 constitucional— de integrar o aplicar los conceptos jurídicos indeterminados ‘administración de riesgos’, ‘capacidad técnica’, ‘infraestructura operativa’ y ‘experiencia’, en cada supuesto específico.

⁸⁸ Nota origina de la sentencia citada: Cfr. BACIGALUPO, M., *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 138-139. Esta explicación de la noción es muy similar a la efectuada por Sainz Moreno respecto a la indeterminación de los conceptos. El autor recurre a la figura de los dos círculos concéntricos, representando el interior la zona de certeza positiva, el exterior la de certeza negativa y la zona ubicada entre los dos círculos, la de indeterminación aunque, claro, «las líneas de ambos círculos son también borrosas». *Vid. SAINZ MORENO, Fernando, Conceptos jurídicos...cit.*, pp. 70-71, 93-94.

⁸⁹ Nota origina de la sentencia citada: MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados...*, cit., p. 4.

Se trata, por tanto, con estos cuatro, de conceptos jurídicos indeterminados de un amplio halo de incertidumbre, de nociones de una considerable vaguedad o imprecisión, en cuya aplicación el operador jurídico —que, en cuanto a este caso interesa, es el IPSE—, dispone de facultades, en lo sustancial, equiparables a las que despliega cuando ejercita una facultad discrecional.

(...)

Así las cosas, es a la luz de esta concepción de la discrecionalidad que debe valorarse el proceder del IPSE al expedir los términos de referencia del concurso de méritos encaminado a la selección y contratación de intermediarios de seguros. Es decir, *lo que debe analizarse es si el Instituto demandado formuló criterios objetivos y razonables de selección del intermediario de seguros, como concreción, para este supuesto específico, de los conceptos jurídicos indeterminados con base en los cuales el artículo 3º del decreto 1436 de 1998 configura las correspondientes facultades, que, por todo lo ya expuesto, han de ejercerse de la misma manera que si de una facultad discrecional se tratara, esto es, completando, para el caso concreto, los supuestos de hecho —deliberadamente— inacabados o incompletos de los artículos 3º y 4º del decreto 1436 de 1998*⁹⁰ (Se destaca).

Con sustento en el análisis anterior, la Corporación ha aceptado que la causal 1^a prevista en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 constituye una potestad que implica el ejercicio de una facultad discrecional y, como tal, comporta para la entidad pública que la utilice, la exposición de una carga argumentativa lo suficientemente razonada y soportada que la aleje de lo que podría constituir una posible arbitrariedad.

Sobre el particular, esta Subsección, en sentencia del 28 de junio del 2012, se expresó en los términos que se transcriben a continuación:

“Catalogar la potestad de declarar la terminación unilateral del contrato con base en la facultad conferida a la entidad contratante por el artículo 17-1 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 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 Administrativo⁹¹; 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

⁹⁰ 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.

⁹¹ 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”.

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” (Se destaca)⁹².

Así mismo, en la providencia que viene de transcribirse, la Subsección señaló que, además de satisfacer la referida carga de argumentación - la cual resulta consecuente con la concepción de discrecionalidad administrativa que ha acogido la Sección Tercera de esta Corporación -, la naturaleza discrecional de la potestad de declarar la terminación unilateral del contrato con base en la causal 1^a del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, obliga a la autoridad que la ejerce a no trascender los límites de imperativa observancia cuando se profieren determinaciones en aplicación de este tipo de atribuciones. Para arribar a dicha conclusión, la Sala hizo referencia a lo expuesto en sentencia proferida por la Sección Tercera el 5 de junio de 2008, en la que, en lo pertinente, se señaló:

“Y es que la configuración de pliegos de condiciones constituye un paradigmático ejemplo útil a efecto de ilustrar la dinámica que envuelve la concepción que de la discrecionalidad administrativa ha venido prohijando la Sala⁹³, partiendo de diferenciar las denominadas definiciones ‘materiales’ o ‘positivas’ de dicha figura, de las catalogadas como ‘formales’ o ‘negativas’ de la misma. Las primeras consideran que la discrecionalidad opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley —lo cual evidentemente ocurre tratándose de las referidas normas que regulan el contenido mínimo de los pliegos de condiciones—, de suerte que la discrecionalidad surge como autorización que se confiere —expresa o implícitamente— a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando «elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional»⁹⁴.

Para las segundas, por su parte —las catalogadas como definiciones ‘formales’ o ‘negativas’— el elemento determinante de la existencia de discrecionalidad no es ya el objeto de la facultad misma y el cómo ella debe ser ejercida —esto es, según se acaba de referir, la autorización conferida a la Administración para apreciar o integrar en qué consiste el interés público en cada caso concreto, formulando criterios objetivos y razonables de decisión—, sino la forma en la cual se configura —la forma en la cual se

⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia del 28 de junio de 2012 proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 23361.

⁹³ Nota original de la sentencia citada: En relación con la aludida concepción pueden verse 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.

⁹⁴ Nota original de la sentencia citada: Cfr. MOZO SEOANE, Antonio, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 411.

redacta el precepto que atribuye la facultad—, entendiéndose, por tanto, la discrecionalidad, desde la perspectiva formal comentada, como un espacio o un ámbito de decisión no regulado o regulado apenas de forma parcial por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador, entonces, ha decidido otorgar a la Administración, con el propósito de que ésta decida de manera libre, eligiendo cualquiera de las alternativas que se ofrezcan como posibles para resolver el caso, habida cuenta de que —supuestamente, según estas posturas— todas esas alternativas resultan jurídicamente admisibles, esto es, se trataría de indiferentes jurídicos⁹⁵.

Empero, esta Sala ha justificado ya por qué razón tales concepciones negativas o formales de la discrecionalidad no sólo desatienden la consagración constitucional de la entera actividad administrativa a la satisfacción del interés general —prevista, en el ordenamiento colombiano, de forma expresa, en el artículo 209 superior—, sino que no encajan adecuadamente en el diseño de un Estado Social y Democrático de Derecho si se tiene en cuenta que, al atribuir libertad de elección a la Administración, sin exigirle a ésta que construya y esgrima criterios objetivos y razonables en los cuales se soporten sus decisiones, semejantes comprensiones fácilmente pueden convertirse en una ‘patente de corso’ para la arbitrariedad. Las concepciones formales o negativas de la discrecionalidad, entonces, son aquellas que

⁹⁵ Nota original de la sentencia citada: Entre tales definiciones formales o negativas de la discrecionalidad puede darse cuenta, en la doctrina alemana, de la propuesta por Martín Bullinger, autor a cuyo entender la discrecionalidad se configura como un margen de autodeterminación de la Administración frente a los demás poderes públicos —legislativo y judicial—, por manera que la facultad discrecional comporta un «*margen de libertad que se deriva para la Administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada*». Cfr. BULLINGER, Martín, «La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial», en *La Ley*, 1.831, 30 de octubre de 1987, Madrid, p. 896. En España, entre muchos otros autores quienes se decantan por esta postura —claramente mayoritaria en dicho país— que concibe la discrecionalidad como un “*margen de libertad de decisión*”—Cfr. MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, 15^a edición, Trivium, Madrid, 1993, p. 317— conferido a la Administración por parte del legislador y, por tanto, inmune al control jurisdiccional, puede citarse la definición propuesta por Luciano Parejo Alfonso, quien considera que la discrecionalidad «*consiste en la atribución a la Administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad*», dentro del cual «*pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por conformes con el Derecho aplicable*». Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 121. En similar sentido, en la doctrina francesa, la definición de René Chapus. Cfr. CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Tomo I, 15^a edición, Montchrestien, París, 2001, p. 1056. También Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez siguen un rumbo similar, toda vez que consideran que «*el ejercicio de una potestad discrecional permite (...) una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho (...). La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración*». Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Fernando y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, undécima edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 455-456 y 460-461. En el mismo sentido, VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo*, II, cit., p. 26, afirman que «*potestad reglada es aquella cuyos presupuestos de ejercicio, cuyo contenido y cuyo procedimiento están estrechamente regulados por la Ley. Frente a ello, la potestad discrecional se caracteriza por no tener los presupuestos de su ejercicio o su contenido predeterminados por la ley dejando su libre determinación a la Administración Pública*». Por similares derroteros marcha el concepto que propone María José Alonso Más, para quien «*podemos definir la discrecionalidad como la libertad electiva de que en ocasiones disponen los poderes públicos para decidir lo que estimen más conveniente de acuerdo con las circunstancias de cada caso (...), de modo que cuando la misma existe se dan diversas soluciones jurídicamente válidas*». Cfr. ALONSO MÁS, María José, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo blanch-Universitat de Valencia, Valencia, 1998, p. 223.

convierten ésta figura en ‘el caballo de Troya en el Estado de Derecho’⁹⁶. De ahí que convenga reiterar los razonamientos que, en esta dirección, formuló la Sala con anterioridad y que se transcriben a continuación, no obstante su extensión:

(...)

‘Es ésta, igualmente, a juicio de la Sala, la concepción de la discrecionalidad administrativa que subyace a la redacción de la norma que, en el Código Contencioso Administrativo colombiano, se ocupa de la figura en cuestión. No de otra forma habría de entenderse la exigencia formulada por el artículo 36 de dicho Estatuto en el sentido de que el contenido discrecional de una decisión administrativa debe adecuarse a los fines de la norma que la autoriza, así como ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. Sólo un criterio objetivo y razonable que justifique la elección entre la pluralidad de alternativas de las que dispone la administración en el caso concreto, permitirá constatar si la opción por la que se decanta respeta los límites establecidos por el referido artículo 36 C.C.A.⁹⁷

(...).

Establecido, entonces, que la Administración goza de amplios márgenes de configuración en cuanto corresponde a la confección de los pliegos de condiciones, resulta menester, en este lugar, ocuparse de identificar cuáles son los límites que no pueden ser transgredidos en el ejercicio de tales potestades, habida cuenta de que, actualmente, constituye un aserto aceptado de manera pacífica en el Derecho Administrativo, el consistente en la inexistencia de facultades, de decisiones o de actos puramente discrecionales y, por el contrario, se sostiene, de forma indiscutida, que **siempre hay elementos reglados presentes en todo acto administrativo**⁹⁸, lo cual no supone nada diverso que extender los alcances del principio de legalidad también a aquellos ámbitos de decisión en los cuales la Administración dispone de relativa amplitud de valoración de las circunstancias de cada caso concreto, cosa que ocurre tratándose de la elaboración de pliegos de condiciones o de sus documentos equivalentes.

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

⁹⁶ Nota original de la sentencia citada: En la expresión de Hans Huber, traída a cuenta por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, en su *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 457.

⁹⁷ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006); Radicación número: 110010326000199503074 01; Expediente número:13074. M.P. Dr. Alier Hernández E.

⁹⁸ Nota original de la sentencia citada: En tal dirección, resultan expresivas las aseveraciones de Georges Vedel, en el sentido de que «la Administración no se encuentra nunca en una situación de puro poder discrecional o de pura competencia reglada. No existe nunca competencia reglada pura: incluso cuando la Administración está obligada a llevar a cabo un acto, dispone en cierta medida de lo que Hauriou llamaba “elección del momento” (...). Pero, sobre todo, jamás hay un puro poder discrecional. La idea según la cual existirían “actos discrecionales” que escapan a todo control de legalidad ha desaparecido hace más de cincuenta años de la jurisprudencia». Cfr. VEDEL, G., *Derecho Administrativo*, traducción de la 6^a edición francesa por Rincón Jurado, J., Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 264.

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 Contencioso Administrativo y, con carácter particular, por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993⁹⁹.

En relación con los **elementos reglados** siempre presentes en el acto administrativo —cuya naturaleza posteriormente muta, para convertirse, en lo pertinente, en cláusula contractual— contentivo 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^{100,101}. (Se destaca).

Con sustento en todo lo anterior, la Subsección A, en providencia del 28 de junio a la que viene de hacerse referencia, concluyó que:

“En consecuencia, el componente discrecional que incluye la facultad de terminar unilateralmente el contrato estatal con fundamento en la potestad excepcional consagrada en el artículo 17-1 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. y (ii) de adoptar dicha determinación solamente 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 aquellos 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 terminación unilateral, según ya se anotó en este pronunciamiento, incluso la jurisprudencia constitucional ha expresado que debe tratarse de

⁹⁹ 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”.

¹⁰⁰ Nota original de la sentencia citada: VEDEL, G., *Derecho Administrativo*, cit., pp. 264-265.

¹⁰¹ 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.

circunstancias sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato —motivos— y que el fin propuesto con la adopción de la medida ha de estar directamente conectado con la idónea prestación del servicio a cargo de la entidad contratante y/o con la preservación del orden público” (Se destaca).

En ese contexto, resulta razonable colegir, como en aquella oportunidad lo hizo la Sala, que el empleo de la facultad discrecional en comento con base en motivos diferentes de los precedentemente explicados —o prescindiendo de la existencia de motivo alguno— o en procura de fines distintos de los normativamente previstos, hará que el acto administrativo que ordena la terminación unilateral del contrato incurra en los vicios —o causales de anulación— de falsa motivación y de desviación de poder —o adopción de la decisión por fuera de las atribuciones propias del funcionario que la profirió, en los términos del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo—.

Así pues, teniendo en cuenta el marco que se deja expuesto en relación con la causal 1^a del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, procede la Sala a analizar si, como lo afirmó la parte demandante, la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, por medio de la cual el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital decidió terminar de manera unilateral - además del contrato de prestación de servicios No. 331 del 2 de julio de 1999 al cual ya se hizo referencia - el contrato de prestación de servicios No. 551 del 3 de diciembre de 1999, con sustento, justamente, en la mencionada causal, se encuentra, o no, viciada de nulidad. Para ello, se analizará el contenido del referido acto administrativo, en concordancia con las pruebas que al respecto obran en el proceso.

ii) El contenido de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000

En la parte considerativa del acto administrativo la entidad demandada, con el fin de soportar la existencia y la configuración de la causal 1^a del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, expuso los siguientes argumentos que se transcriben y se resumen a continuación:

1. “Que entre SANTA FE DE BOGOTA D.C., DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL Y LA ASOCIACION HOGAR BRIZNAS DE VIDA, (...) se celebraron los Contratos de Prestación de Servicios Nos. 331 de 2 de julio y 551 de 3 de diciembre, ambos de 1999, relacionados con el servicio de Atención nutricional, afectiva, psicológica y social a cuarenta (40) menores de sexo masculino entre 4 y 14 años y alojamiento transitorio en la modalidad Hogar Protegido a personas en grave situación social de la zona de Santa Inés - El Cartucho...”
2. “Que el plazo para la ejecución de los Contratos mencionados se estableció en OCHO (8) MESES, para el Contrato No. 331 de 1999, y SEIS (6) MESES, para el Contrato No. 551 del 99, venciéndose dichos plazos el 5 de marzo y el 26 de junio del año 2000”.
3. “Que la UNIDAD DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y DIGNIDAD HUMANA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION, mediante oficio No. 068 de 27 de enero de 2000 pone en conocimiento del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL la investigación penal que cursa en la Fiscalía 222 Delegada, contra el Representante Legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida por el presunto delito de Acceso Carnal Abusivo con Menor”.

4. “Que dicha situación es de suma gravedad ya que pone en peligro la integridad de los menores beneficiarios de los Proyectos Atención al niño en situación de Alto Riesgo y Atención a personas en grave situación social de la Zona Santa Inés - El Cartucho, hecho enmarcado dentro del numeral 9º del artículo 30 del Código del Menor, lo que conlleva a los beneficiarios a encontrarse en situación irregular”.

5. Seguidamente, señaló la demandada que el artículo 44 de la Constitución Política establece como derecho fundamental la protección de los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos; la obligación de la familia y la sociedad para asistir y protegerlos; así como la previsión de que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Igualmente, indicó que el Departamento Administrativo cumplía funciones eminentemente sociales a través de las cuales se desarrollan los derechos fundamentales consagrados en los artículos 44 a 47 de la Carta Política, haciendo primar el interés general sobre el particular.

6. Con sustento en los anteriores supuestos, concluyó que había lugar a terminar unilateralmente los referidos contratos de prestación de servicios, en razón a que, según consideró, “el hecho grave denunciado por la Fiscalía afecta la normal prestación de servicio público encomendado a la ASOCIACION HOGAR BRIZNAS DE VIDA”.

En la parte resolutiva del acto administrativo, además de declarar la terminación unilateral de los contratos 331 y 551 de 1999 y de ordenarse su liquidación, se solicitó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio de la Defensoría de Familia asignada al Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, la protección de los menores que se encontraban en “situación irregular” en la Asociación Hogar Briznas de Vida.

iii) Aspectos consignados en el acto demandado que se encuentran probados

Respecto de los aspectos consignados en el acto administrativo demandado y que sirvieron de soporte para declarar la terminación unilateral, se encuentra probado lo siguiente:

- En relación con el contrato de prestación de servicios No. 551 de 1999

El 3 de diciembre de 1999 el Departamento Administrativo de Bienestar Social suscribió con la Asociación Hogar Briznas de Vida el contrato de prestación de servicios No. 551, cuyo objeto consistió en: “PRESTAR EL SERVICIO DE ALOJAMIENTO TRANSITORIO EN LA MODALIDAD HOGAR PROTEGIDO A LOS BENEFICIARIOS DEL PROYECTO 7188 PERSONAS EN GRAVE SITUACION SOCIAL DE LA ZONA DE SANTA INES EL CARTUCHO’ de conformidad con los términos de la invitación y la propuesta presentada por EL CONTRATISTA que hace parte integrante del presente contrato”.

De conformidad con los términos de referencia¹⁰² y la propuesta presentada por la Asociación Hogar Briznas de Vida¹⁰³, el servicio de alojamiento transitorio en la modalidad de hogar protegido estaba dirigido a “12 A 15 personas solas (beneficiarias del proyecto) [se refiere al proyecto 7188 Atención a Personas en Grave Situación Social de la Zona Santa Inés - el Cartucho, el cual no obra en el

¹⁰² Folios 356 a 364 del cuaderno de pruebas.

¹⁰³ Folios 336 a 390 del cuaderno de pruebas.

expediente] hombre o mujer adulto (a) o madre con hijos, que por encontrarse en grave situación social, de violencia intrafamiliar y/o maltrato en cualquiera de sus tipologías o discapacidad física no limitante como sordera y/o mudez, afectan la dinámica familiar y comunitaria y por ende se encuentra en alto riesgo de vulnerabilidad requiriendo de un acompañamiento social permanente concebido como pre - protección". Los destinatarios del servicio, según se desprende de referidos documentos, podían ser niños acompañados por su familia.

En las pruebas que obran en el proceso no es posible establecer con certeza si en desarrollo de este contrato se atendieron, o no, niños, toda vez que en el único documento que da cuenta de las personas a las cuales efectivamente se les prestó el servicio, esto es, en el informe del contrato rendido por sus Supervisora el 26 de abril del 2000¹⁰⁴, solo se indicó que "EL CUPO DE ATENDIDOS" correspondió a 15, distribuidos así:

*"Familia Vargas (5 miembros)
Familia Morales Yate (4 miembros)
María Esneda Sánchez
María N.N.
Familia Torres Gordillo (3)
Leonor Agatón"*

El servicio de alojamiento en la modalidad de hogar protegido, según los términos de referencia y la propuesta presentada por la demandante, incluía lo siguiente:

-Servicio de alojamiento

-Servicio de alimentación

-Servicio de acompañamiento social, el cual, a su vez, comprendía: *"acompañamiento social, pedagógico, escolar, capacitación en alternativas productivas a la población acogida, que involucre iniciar, apoyar, motivar e incentivar un proyecto de reconstrucción de sus nexos familiares y/o fortalecimiento de sus relaciones intrafamiliares, basado en el cambio de valores y de confrontación familiar. Acompañar, asesorar y apoyar a los usuarios en el restablecimiento de factores de vida armónica con énfasis en la construcción de un clima favorable para los menores de edad y de respeto para el adulto mayor".*

-Servicio terapéutico

Los mencionados servicios, según la propuesta presentada por la Asociación demandante, serían prestados a través del "recurso humano" que se transcribe a continuación:

"RECURSO HUMANO:

- 1- Coordinador (a) con experiencia en desarrollo comunitario
- 1- Psicólogo (a) con experiencia en desarrollo comunitario
- 1- Trabajador social (a) con experiencia en desarrollo comunitario
- 2- Pedagogo con experiencia en desarrollo comunitario
- 1- Terapeuta ocupacional
- 1- Tallerista para el área productiva.

¹⁰⁴ Folios 297 a 300 del cuaderno de pruebas.

Además, para tener un mayor recurso humano especializado, se acudirá a la realización de convenios de prácticas estudiantiles universitarios (sic) en distintas disciplinas.

Los profesionales y todo el equipo poseen un perfil con amplia experiencia en el manejo de la problemática y procesos de gestión y habilidad para planearlo[,] diseñarlo y ejecutarlo y creativo con buenas relaciones interpersonales y buena disposición para el trabajo en equipo”.

La supervisión del contrato, de acuerdo con lo pactado en la cláusula décima cuarta, se encontraba a cargo de una funcionaria delegada para tales efectos por la entidad contratante.

Según lo acordado en la cláusula quinta del contrato, éste tenía un plazo de ejecución de 8 meses contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación, lo que tuvo lugar el 27 de diciembre de 1999¹⁰⁵, en consecuencia, en principio, el contrato se ejecutaría hasta el 26 de junio del 2000.

En la cláusula novena las partes señalaron que al contrato le serían aplicables las figuras de interpretación, modificación y terminación unilaterales previstas en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, respectivamente.

El contrato, según la cláusula segunda, tenía un valor de \$69'600.000.

- En relación con los motivos que según lo consignado en el acto administrativo demandado dieron lugar a la terminación unilateral de los contratos de prestación de servicios 331 y 551 de 1999

Se encuentra demostrado que mediante oficio fechado el 27 de enero de 2000, suscrito por el Subdirector de Intervención Social del Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital y dirigido al Jefe de Unidad de Delitos contra la Libertad Sexual y la Dignidad Humana, la entidad demandada, en atención a que había recibido “dos (2) anónimos” en los que se hacía referencia a presuntas conductas delictivas realizadas por el entonces representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida, solicitó que se le suministrara la siguiente información:

- “1. Si existe una denuncia penal formulada en contra del señor (...), representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida, por presuntos delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana.
2. En caso afirmativo, quién formuló la mencionada denuncia y a qué menores se refiere.
3. Qué funcionario está conociendo del correspondiente proceso penal.
4. En qué estado se encuentra la actuación procesal”¹⁰⁶.

En la misma fecha y en respuesta a la anterior solicitud, el Fiscal Jefe de la Unidad de Delitos contra la Libertad Sexual y la Dignidad Humana, informó que efectivamente en contra del entonces representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida se adelantaba una investigación por el presunto delito de “ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR”, investigación que se encontraba en

¹⁰⁵ Folio 341 y 342 del cuaderno de pruebas.

¹⁰⁶ Folios 59 y 60 del cuaderno de pruebas.

la etapa de instrucción. Así mismo, suministró los nombres de las presuntas víctimas del punible¹⁰⁷.

Con sustento en la información recibida, la Gerente de Protección del Departamento Administrativo de Bienestar Social, mediante “MEMORANDO” calendado el 28 de enero de 2000, solicitó al Asesor Jurídico de la entidad que “adelante las diligencias legales a que haya lugar con relación al contrato 331 suscrito con HOGAR BRIZNAS DE VIDA...”¹⁰⁸.

Al realizar un cotejo de la anterior información suministrada por el Fiscal Jefe de la Unidad de Delitos contra la Libertad Sexual y la Dignidad Humana con lo consignado en el acta de “DILIGENCIA DE VERIFICACION DE MENORES”, realizada el 28 de enero de 2000 en la “calle 137 No. 115 A 02 Barrio Villa María”, en donde se encontraban alojados varios niños y jóvenes beneficiarios del programa que se venía desarrollando a través de la Asociación demandante en cumplimiento del contrato 331 del 2 de julio de 1999¹⁰⁹, es posible concluir que las presuntas víctimas del delito investigado fueran menores que vinieran siendo atendidos por la demandante en virtud del referido negocio jurídico.

En la mencionada diligencia, la cual se adelantó por la Comisaría Once de Familia ante las circunstancias a las que acaba de hacerse referencia¹¹⁰, con el propósito de “proceder al rescate de los menores que se encuentren en situación irregular”, se registraron los siguientes hechos:

- La persona que atendió la diligencia, una vez enterada del motivo de la misma, manifestó: “Estoy sorprendida porque en ningún momento he visto que se presente que los chicos hayan sido tocados por alguien, permanezco aquí todo el tiempo...”.
- Según afirmaciones de la misma persona, ésta tenía a su cargo 19 niños entre los 5 y los 10 años y 5 niños, entre los 14 y los 18 años, sin embargo, no todos se encontraban en el lugar; unos, según su dicho, estaban de visita en su casa, otros estaban “en Medellín con el Director”. No es posible establecer si el “Director” al que hizo referencia era el mismo representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida.
- Los menores que fueron encontrados en el inmueble -en el cual, según se anotó, se ejecutaba el contrato 331-, entre ellos los que habrían sido víctima del presunto delito por el cual se adelantaba la investigación penal en contra del representante legal de la Asociación demandante, fueron puestos a disposición de la Defensoría de Familia asignada la Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital.
- Al final de la diligencia, la Comisaría Once de Familia y la Defensoría de Familia delegada ante la entidad demandada dejaron constancia acerca de que: “no fue posible allegar por la señora YOLANDA [quien atendió la diligencia] un listado

¹⁰⁷ Folio 61 del cuaderno de pruebas.

¹⁰⁸ Folio 58 del cuaderno de pruebas.

¹⁰⁹ Al verificar la dirección suministrada por la Asociación demandante en la propuesta presentada para el contrato de prestación de servicios 331 de 1999, en cuyo acápite denominado “2. - LOCALIZACION Y COBERTURA” de la propuesta presentada por la Asociación Hogar Briznas de Vida correspondiente al contrato 331 de 1999, “El Hogar está ubicado en la calle 137 No 115 A -02 Suba Villamaría...”, es posible constatar que la diligencia se realizó en las instalaciones en donde se desarrollaba el referido negocio jurídico. (Folio 121 del cuaderno de pruebas).

¹¹⁰ Dichas circunstancias fueron puestas en conocimiento de la Comisaría Once de Familia por parte de la Gerente de Proyectos de Protección del Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital y la Defensoría de Familia asignada a la entidad.

completo de los menores que alberga la institución, presentó un libro de registro con 6 folios escritos que van desde el folio No. 12 hasta el No. 17 que no dieron información concreta de los niños que se encuentran en esta casa (...). Así mismo se encuentra el inmueble en completo desorden y no se encuentra en condiciones locativas adecuadas, encontramos la puerta abierta y los menores en la calle, no siendo un lugar para alojar menores, no hay organización para el control de ellos y su cuidado”.

- Según el acta, la visita comenzó a las 4:00 p.m. y finalizó a las 6: 40 p.m. El documento fue suscrito por la Gerente de Proyectos, el Gerente C.L.O. Suba, una Trabajadora Social del Departamento Administrativo de Bienestar Social, la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, un Sargento de la Policía Nacional, un Agente de Policía, un Agente de menores, un Patrullero, la persona que atendió la diligencia, así como otra persona que llegó en compañía de algunos de los menores beneficiarios del programa durante el desarrollo de la misma¹¹¹.

El mismo día en el que se llevó a cabo la diligencia, esto es, 28 de enero de 2000, se expidió el acto administrativo de terminación unilateral de los contratos 331 y 551 de 1999.

De otra parte, en declaración rendida por la señora Carmen Sofía Vargas Rojas, quien manifestó haberse desempeñado como Supervisora del contrato 551 del 3 de diciembre de 1999, indicó, sin más explicaciones, que ante la situación legal en la que se encontraba el representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida, la Gerente del proyecto autorizó el traslado de las familias beneficiarias de este negocio jurídico al alojamiento *Dorantes I*.

iv) El asunto sometido a examen

Previo a abordar de fondo los cuestionamientos de la parte demandante en relación con la legalidad del acto administrativo, resulta necesario destacar que, según las pruebas a las que acaba de hacerse referencia, las partes acordaron que al contrato de prestación de servicios No. 551 de 1999 le sería aplicable, entre otras facultades exorbitantes, la de terminación unilateral prevista en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, la entidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 14 ibídem, se encontraba legalmente facultada para hacer uso de la mencionada figura¹¹².

Así mismo, se encuentra acreditado que la causa en la cual se sustentó la Administración para dar por terminado de manera unilateral el contrato de prestación de servicios 551 de 1991 - y el contrato 331 de 1999 al cual ya se hizo referencia -, se presentó con posterioridad a la fecha en que éste se suscribió y, además, la declaración se realizó cuando el objeto del negocio jurídico aún se encontraba en etapa de ejecución.

Como antes se expresó, la parte demandante sostuvo que el acto administrativo demandado se encontraba viciado de nulidad por violación de la ley, por falsa motivación y por desviación de poder.

Si bien la actora no discriminó los argumentos en los cuales soportó cada uno de los cargos de nulidad, toda vez que los expuso de forma general, después de efectuar una revisión de los mismos, no encuentra la Sala que se hubiera

¹¹¹ Folios 48 a 50 del cuaderno de pruebas.

¹¹² Folios 435 a 437 del cuaderno de pruebas.

formulado alguno que sustentara la desviación de poder, por lo cual este cargo no será examinado.

Se exponen a continuación las razones expresadas por la demandante para fundamentar los restantes cargos:

i) El acto no da cuenta de que se hubiere adelantado procedimiento alguno por parte de la entidad, que permitiera acreditar que la prestación del servicio convenida a través del contrato número 551 se encontraba en riesgo en razón de la investigación penal de la cual era objeto el representante legal.

ii) No se esgrimieron argumentos con los cuales se sustentara que la persona jurídica contratista, en razón de las investigaciones penales de las cuales era objeto su representante legal, se encontraba imposibilitada para cumplir con el objeto convenido y por ende con la prestación del servicio acordada en el contrato 551 terminado de manera unilateral, sin tener en cuenta, además, que la prestación del servicio convenida se ejecutaba a través de diversas personas.

iii) Aunque cada uno de los contratos celebrados entre las partes del presente litigio -331 y 551- tenía un objeto diferente, la entidad no expuso las razones por las cuales era posible terminarlos con fundamento en una misma causa.

Al examinar los argumentos expuestos por la parte demandante, se encuentra que si bien no se mencionó expresamente el cargo de falta de motivación, todos ellos se orientan a demostrar la existencia de esta causal de anulación, en consecuencia, en razón de la obligación que tiene el juez de dar prevalencia al derecho sustancial por encima de las formas, será ésta la causal que examinará la Sala.

i) Ausencia de procedimiento.

Como antes se expuso, sostuvo la parte accionante que el acto administrativo ahora demandado no da cuenta de que la entidad hubiere adelantado procedimiento alguno tendiente a establecer los riesgos que para la prestación del servicio implicaba la conducta por la cual se investigaba penalmente al representante legal de la época.

Al revisar el contenido de la resolución demandada no se encuentra, ni en el texto de la misma ni en documento alguno que obre por fuera de ella, que la entidad hubiere adelantado un mínimo procedimiento o diligencia que la llevara al convencimiento de que los hechos que dieron lugar a la investigación penal que se adelantó en contra del representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida, hubiese impuesto la imperiosa e ineludible necesidad de terminar unilateralmente el contrato de prestación de servicios como única medida posible para proteger de manera efectiva a la población objeto de éste y tampoco que hubiere justificado en el acto en forma razonada y suficientemente detallada las circunstancias que a ese convencimiento la hubieran llevado.

Al respecto, anota la Sala que si bien, como antes se expresó, constituye una decisión discrecional la declaratoria de terminación unilateral en razón de la primera causal del artículo 17 de la Ley 80, ello no releva a la Administración de la obligación de verificar la existencia de los supuestos fácticos en los cuales soporta la configuración de la mencionada causal, es decir, de comprobar y además de dejar constancia en el respectivo acto, acerca de que la continuidad del servicio se encuentra gravemente amenazada, toda vez que, como dispone el artículo 14 de

la Ley 80 de 1993, esta medida busca “*evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación*”.

La obligación de verificar la existencia de las circunstancias que ponen en riesgo la prestación del servicio que con el contrato se pretende lograr resulta apenas elemental en desarrollo del principio constitucional del debido proceso que se predica de todas las actuaciones administrativas, el cual debe ser atendido antes, durante y de manera posterior a la adopción de las medidas o decisiones que se adopten a través de un acto administrativo.

Ahora bien, no desconoce la Sala que el debido proceso debe coexistir con la necesidad y la obligación de asegurar la efectividad 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, pero siempre en el marco de un procedimiento respetuoso de los derechos fundamentales.

En este caso, la ponderación a la cual se aludió en el párrafo precedente, no puede significar de manera alguna que haya de exigírsela a la Administración que adelantara un procedimiento tan riguroso y de tal magnitud que hubiera convertido en imposible el ejercicio de sus funciones, es decir, la intervención oportuna y efectiva para evitar la paralización o afectación grave del servicio que pretendía satisfacer con el contrato 551, pero sí que llevara a cabo cualquier actuación idónea que le garantizara que la decisión adoptada era necesaria y adecuada con los fines de la figura acogida, a la vez que proporcional a los hechos que le sirvieron de sustento, lo que responde, al mismo tiempo, al cumplimiento de los fines propios de la contratación estatal, para permitir la “*continua y efectiva prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los Administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines*”.

ii) La persona jurídica contratista y la forma de la prestación del servicio contratado.

Expresó la actora que la entidad pública contratante no señaló en el acto las razones por las cuales la conducta investigada implicaba que la persona jurídica no pudiera cumplir de manera adecuada con las obligaciones del contrato y, en consecuencia, continuar prestando el servicio para el cual se le contrató. Al respecto la actora afirmó lo siguiente:

“[En el] caso del contrato 551 del 3 de diciembre de 1999, no se podían vulnerar [los derechos de las familias en alto riesgo de la zona de Santa Inés del Cartucho] por la conducta del señor [representante legal], que esta conducta fue un hecho aislado, que no afecta la eficiente prestación del servicio, porque el mencionado señor no era la única persona que laboraba en la ASOCIACIÓN HOGAR BRIZNAS DE VIDA ya que a cargo de cada uno de dichos contratos se encontraba un Director de Proyecto (...).”

Como se dejó constancia en los hechos probados, el contrato se celebró con la Asociación Hogar Briznas de Vida, cuyo representante legal era la misma persona que durante la ejecución del contrato 551 de 1999, fue objeto de una investigación de tipo penal.

En la propuesta presentada por la actora se expresó que el servicio sería prestado a través de profesionales capacitados en el manejo de problemáticas sociales - sicólogos, terapeutas, trabajadores sociales, entre otros-; en relación con el representante legal investigado no se mencionaron en dicho documento las actividades que, aparte de las propias de representación de la Asociación, éste desempeñaría a su nombre en el contrato 551 de 1999, de lo cual tampoco se dejó constancia en el acto administrativo demandado, ni se desprende del material probatorio arrimado al proceso.

Dado lo anterior, no podía la entidad sin análisis y explicación alguna llegar a la conclusión de que la conducta por la cual se investigaba al representante legal, persona natural diferente de la persona jurídica contratista, impedía que ésta continuara prestando los servicios para los cuales fue contratada.

iii) Objetos contractuales diferentes.

Expuso la demandante que cada uno de los contratos celebrados entre las partes del presente litigio -331 y 551- tenía un objeto diferente y la entidad no expuso las razones por las cuales era posible terminarlos con fundamento en una misma causa, como si se tratase de un solo negocio jurídico.

Se observa en el contenido de la resolución demandada, en concordancia con las pruebas aportadas y los hechos acreditados, que el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, sin hacer la menor distinción en relación con el objeto y las especificidades propias que rodearon a los contratos 331 y 551 de 1999, para tomar la decisión de terminarlos unilateralmente se sustentó en una misma causa: la conducta punible objeto de la investigación en contra del representante legal de la demandante.

En efecto, al revisar el texto de los contratos 331 y 551 de 1999, se evidencia que éstos diferían entre sí, pues, el objeto y, en especial, los sujetos destinatarios de aquellos eran disímiles.

En cuanto al contrato 331 se refiere, se encuentra que a través suyo la Administración buscó adelantar un programa en el que se prestara “*EL SERVICIO DE ATENCIÓN NUTRICIONAL, AFECTIVA, PSICOLOGICA Y SOCIAL A CUARENTA (40) MENORES DE SEXO MASCULINO ENTRE LOS 4 Y 14 AÑOS EN SITUACION SOCIAL CRITICA, PROGRAMA CENTROS AMAR, DICHO SERVICIO SE PRESTARÁ EN FORMA OPORTUNA Y TRANSITORIA, A NIÑOS Y JOVENES CUYO AMBIENTE SOCIOFAMILIAR PRESENTA INMINENTE PELIGRO FISICO Y MORAL POR CIRCUNSTANCIAS CRITICAS COMO SON ENTRE OTRAS: EXCLUSION SOCIAL, CONDICIONES DE VIDA INFRAHUMANAS, PADRES CUYOS TRABAJOS LES OBLIGA A DESPROTEJER (Sic) A SUS HIJOS, PROSTITUCION DE CLASE MARGINAL DE PARTE DE SUS PADRES, VENDEDORES AMBULANTES, RECICLADORES, MENDICIDAD, CALAMIDAD SOCIAL, DESASTRES NATURALES, INFRACCION PENAL DE LOS PROGENITORES Y ADICCION AL ALCOHOL Y OTRAS DROGAS*”¹¹³. Como se observa, este proyecto estaba dirigido en forma exclusiva a menores de edad.

Por su parte, a través del contrato 551, como ya se vio, se buscaba prestar un servicio de alojamiento transitorio en la modalidad hogar - que incluía la prestación de servicios alojamiento, alimentación, acompañamiento social y terapéutico -

¹¹³ Folios 66 a 69 del cuaderno de pruebas.

principalmente, a hombres o mujeres adultos, o mujeres con hijos, los cuales, según se infiere, podían ser menores de edad.

No obstante las diferencias a las que acaba de hacerse referencia, al revisar el acto demandado y sus antecedentes administrativos, los cuales fueron remitidos por el propio Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, se llega a la inevitable conclusión de que las situaciones que llevaron a formar la voluntad de la Administración en relación con la terminación unilateral tuvieron todas que ver con las circunstancias que se presentaron en desarrollo del contrato número 331 y con las especiales condiciones de éste, el cual, como ya se mencionó, tenía por objeto exclusivo el cuidado y atención integral de menores de edad.

La conclusión a la cual arriba la Sala, respecto de que los motivos por los cuales se terminaron unilateralmente los contratos 331 y 551, se hacen manifiestos en relación con el primero de éstos, se desprende del material probatorio que soporta el acto, así:

i) Con ocasión de la información suministrada por la Fiscalía General de la Nación en relación con la investigación penal a la cual se ha hecho referencia, la Gerente de la demandada, mediante oficio calendado el 28 de enero de 2000, solicitó al Asesor Jurídico de la entidad que “*adelante las diligencias legales a que haya lugar con relación al contrato 331 suscrito con HOGAR BRIZNAS DE VIDA...*”¹¹⁴.

ii) La “*DILIGENCIA DE VERIFICACION DE MENORES*”, a la cual se aludió en el acápite de pruebas, se efectuó en una dirección correspondiente al lugar en el cual se llevaba a cabo el cuidado de los menores beneficiarios del contrato 331¹¹⁵.

iii) El acto demandado, además de mencionar el objeto y el plazo de los contratos, únicamente hizo referencia a que la situación por la cual se investigaba al representante legal ponía “*en peligro la integridad de los menores beneficiarios de los Proyectos Atención al niño en situación de Alto Riesgo y Atención a personas en grave situación social de la Zona Santa Inés - El Cartucho, hecho enmarcado dentro del numeral 9º del artículo 30 del Código del Menor, lo que conlleva a los beneficiarios a encontrarse en situación irregular*”, para luego concluir que “*el hecho grave denunciado por la Fiscalía afecta la normal prestación de servicio público encomendado a la ASOCIACION HOGAR BRIZNAS DE VIDA*”.

Constata la Sala que en efecto la entidad centró su acción y su atención en los menores, como tenía que ser, no obstante, ello no la relevaba de su obligación de revisar, tomar medidas y sustentar también la decisión en relación con la población objeto de atención a través del contrato 551, respecto de la cual ni éste, ni los antecedentes, ni el propio acto administrativo demandado permiten ver asuntos tan importantes como los siguientes: población efectivamente beneficiaria del servicio, forma a través de la cual se estaba prestando el mismo, personal que ciertamente atendía el hogar de paso, papel que cumplió la entidad a través de su supervisor, entre otros aspectos que permitan, con algún grado de certeza,

¹¹⁴ Folio 58 del cuaderno de pruebas.

¹¹⁵ Al verificar la dirección suministrada por la Asociación demandante en la propuesta presentada para el contrato de prestación de servicios 331 de 1999, en cuyo acápite denominado “*2. - LOCALIZACION Y COBERTURA*” de la propuesta presentada por la Asociación Hogar Briznas de Vida correspondiente al contrato 331 de 1999, “*El Hogar está ubicado en la calle 137 No 115 A -02 Suba Villamaría...*”, es posible constatar que la diligencia se realizó en las instalaciones en donde se desarrollaba el referido negocio jurídico. (Folio 121 del cuaderno de pruebas).

vislumbrar el riesgo al cual hizo referencia la entidad para dar por terminado el contrato.

v. Conclusiones.

Como se desprende del examen que de los argumentos presentados por la parte actora viene de realizarse, en efecto, la Resolución 0058 del 28 de enero del año 2000, carece de motivación concreta y suficiente en relación con el contrato 551 de 1999.

Al respecto, cabe recordar que el numeral 7º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, estableció, como una de las expresiones del principio de transparencia, que a excepción de los de trámite, todos los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella deben motivarse “*en forma detallada y precisa*”; del mismo modo, el artículo 17 ibídem dispuso que la terminación unilateral del contrato debe adoptarse a través de un acto administrativo debidamente motivado.

Así mismo y como anteriormente quedó expuesto, la aplicación de la figura de la terminación unilateral del contrato con sustento en la causal 1ª de artículo 17 de la Ley 80 de 1993, supone el ejercicio de una facultad discrecional, razón por la cual la Administración se encontraba en la obligación legal de acreditar suficientemente la carga de argumentación de la decisión que adoptó, para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, debía explicar, al menos sucintamente, que la medida que acogió era adecuada a los fines de la norma en la que se sustentó y, además, que era proporcional a los hechos que le sirvieron de causa, supuesto este último de donde deviene en evidente la necesidad de comprobar la existencia de los aspectos fácticos en los que se fundamentó para adoptar la decisión demandada, esto es, además de la existencia de la investigación penal y sus causas, la existencia y la potencialidad real del riesgo que con ocasión de éstas se habría generado para la continuidad de la prestación del servicio que se ofrecía en virtud del contrato 551.

Como ya se dijo, el hecho de “*Catalogar la potestad de declarar la terminación unilateral del contrato con base en la facultad conferida a la entidad contratante por el artículo 17-1 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*” (se destaca), a pesar de ello, no encuentra la Sala que esta obligación hubiera sido satisfecha, en tanto que la entidad se limitó a afirmar que los menores objeto de atención se encontraban en grave peligro en consideración a los hechos por los cuales se adelantaba una investigación penal en contra del representante legal de la demandante, no obstante, aunque la Administración así lo supuso, dicha conclusión, al menos en el caso del contrato cuya terminación unilateral es objeto de estudio, no resulta evidente, toda vez que, como se encuentra demostrado, los servicios en éste debían prestarse a través de un número plural de profesionales con amplia experiencia en el manejo de problemáticas sociales que les permitiera desarrollar las tareas correspondientes coordinados por un director de proyecto, servicios cuya prestación, además, debía ser supervisada por un funcionario de la misma entidad.

La carga de la argumentación en este caso se hacía aún más exigente, toda vez que, si bien se encuentra demostrado que en contra del entonces representante legal de la Asociación se venía adelantando un proceso penal por el presunto delito de “*ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR*”, también lo es que dicho

proceso para el momento de la terminación unilateral del contrato se encontraba apenas en etapa de instrucción, lo que significa que la presunción de inocencia no se había desvirtuado, circunstancia que, aunada a la forma en la que se debían prestar los servicios contratados, imponía que el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital expusiera de manera detallada y precisa, como lo dispone el artículo 24 de la ley 80 de 1993, las razones que lo llevaron a tomar la referida decisión, pues, además de que se encontraban involucrados los derechos de los niños que debían imperativamente protegerse, también se encontraban inmersos en el asunto principios como los del debido proceso, la presunción de inocencia y los derechos propios de la persona jurídica contratante, los cuales, pese a lo apremiante de la situación, no podían ser desconocidos.

Son justamente tales circunstancias las que hacen extrañar a la Sala que la Administración, además de no haber realizado ningún tipo de procedimiento o diligencia previa que le permitiera concluir de manera razonada y soportada fácticamente que en realidad la continuidad del servicio objeto del contrato 551 se ponía en alto riesgo por virtud de los hechos que dieron lugar a la investigación penal que se adelantó en contra del representante legal del Hogar Briznud de Vida, no hubiera expuesto en el acto de manera precisa y detallada, como era su obligación legal hacerlo, las razones que la llevaron a considerar que en efecto el riesgo existía y que era de tal magnitud que la terminación unilateral del contrato hubiere sido la medida necesario y proporcional para contrarrestarlo, por no existir una igualmente eficiente y menos gravosa para cumplir ese propósito.

Con lo anterior no quiere significar la Sala que los derechos de los niños, como lo prescribe el artículo 44 de la Constitución Política de 1991, no prevalezcan sobre los derechos de los demás y que, en tal virtud, no era obligación de la demandada adoptar las medidas necesarias de manera oportuna y eficaz para protegerlos, por lo cual tampoco se pretende exigir, por supuesto, que la entidad, previo a tomar su decisión, hubiere tenido que establecer con certeza que el daño efectivamente se iba a producir, lo que resultaría absolutamente desproporcionado y tornaría en imposible la protección efectiva de los menores.

A pesar de lo anterior, sí constituía una obligación de la demandada, al menos constatar la existencia del supuesto fáctico en el que soportó la adopción de la medida de terminar unilateralmente el contrato de prestación de servicios No. 551 de 1999, es decir, la existencia y real magnitud del riesgo que pretendía conjurar a través del ejercicio de la referida potestad exorbitante, al tiempo que argumentar de manera suficiente en el texto del acto administrativo las razones que la llevaron a tomar dicha determinación.

Al respecto, es del caso destacar que la situación de apremio a la que se enfrentó la entidad demandada, la cual, se insiste, requería su intervención pronta, oportuna y eficaz, no la autorizaba para omitir la aplicación de las reglas propias del ejercicio de la facultad exorbitante y discrecional de la que hizo uso, pues ello a lo único que daría lugar es a vulnerar de manera abierta y flagrante las garantías procesales fundamentales que inspiran el Estado Social de Derecho, al tiempo que torna la decisión, más que en un ejercicio discrecional, en un ejercicio arbitrario de la facultad exorbitante de la cual es titular, por manera que su desconocimiento compromete la legalidad del acto acusado.

En ese contexto, ante la ausencia de pruebas que lleven a la Sala a una conclusión diferente y dada la falta de motivación del acto en ese sentido, resulta imperioso tener por acreditado que el Departamento Administrativo de Bienestar Social, aunque motivado por el afán de la consecución de un fin legítimo y loable -

la protección de los menores -, resolvió terminar de manera unilateral el contrato de prestación de servicios No. 551 de 1999, sin constatar de manera previa que la continua prestación del servicio se hubiere visto comprometida en grado tal que se hubiere tornado en imposible continuar con su ejecución.

En efecto, no obra prueba en el expediente que lleve a la Sala a establecer con la certeza propia que debe acompañar a este tipo de actos administrativos, que la conducta por la cual se adelantó investigación penal en contra del entonces representante legal de la Asociación Hogar Briznas de Vida, sin desconocer su gravedad, hubiere tenido la virtualidad, por sí sola, de comprometer el servicio público encomendado a la Asociación demandante a través del contrato 551 de 1999, por cuanto existen elementos de juicio que, por el contrario, ponen en tela de juicio dicha probabilidad, duda que, por lo demás, resulta imposible de superar dada la falta de motivación del acto administrativo demandado.

Así entonces, es razonable concluir que, en un caso como el presente, la mera afirmación realizada por la Administración para efectos de justificar la decisión adoptada en el sentido de terminar unilateralmente el contrato de prestación de servicios No. 551 de 1999 con sustento en la causal 1^a del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, no es suficiente para probar la existencia de los supuestos fácticos en los que se soportó la entidad demandada para llegar a tal determinación, pues resulta absolutamente escasa para considerar satisfecho el requisito de la motivación “*precisa y detallada*” del acto administrativo a través del cual la entidad ejerció una facultad discrecional que le imponía una especial carga argumentativa que exigía un mínimo ejercicio de raciocinio que permitiera deducir con claridad los supuestos que la llevaron a tomar su decisión y, en ese sentido, para demostrar que de haber continuado con la ejecución del objeto contractual se hubiese afectado la correcta prestación del servicio público que a través suyo se ofrecía, que la medida adoptada hubiere sido adecuada a los fines de la norma que la autorizó y proporcional a los hechos que le habrían servido de causa y, en consecuencia, tampoco para acreditar, como le correspondía hacerlo, la existencia de la causal con sustento en la cual se expidió el acto administrativo.

Así las cosas, se encuentra demostrada la violación de la ley por falta de motivación de la Resolución No. 0058 del 28 de enero de 2000, en relación con la terminación unilateral del contrato 551 de 1999, razón por la cual la Sala declarará la nulidad del citado acto administrativo, únicamente en cuanto a este negocio jurídico se refiere.

7. La pretensión resarcitoria

Dando aplicación al criterio aplicado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en supuestos análogos al del asunto *sub lite*, en cuanto que se declaró la nulidad del acto administrativo que había dispuesto —irregularmente— la terminación unilateral de un contrato estatal de prestación de servicios, la indemnización que se ordenará pagar a la sociedad accionante por los perjuicios que le fueron ocasionados con la expedición de la Resolución no. 00058 del 28 de enero de 2000 se calculará con base en los honorarios mensuales que dejó de percibir la contratista durante el lapso que le restaba al plazo convenido en el contrato de prestación de servicios terminado de manera unilateral por la entidad contratante.

Para ello, deberá tenerse en cuenta que, según la cláusula segunda, el valor del contrato sería de \$69'600.600 y que, según la cláusula tercera, dicho valor se cancelaría de la siguiente manera: “*Una anticipo equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato por la suma de TREINTA Y CUATRO*

MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$34.800.300) M/CTE una vez cumplido los requisitos legales y presupuestales para la ejecución. La suma restante, esto es el otro cincuenta por ciento (50%) se cancelará en mensualidades vencidas, previa certificación del supervisor del contrato..."

De conformidad con lo manifestado expresamente por la Asociación Hogar Briznas de Vida en la demanda, así como lo dicho por la Supervisora del contrato en el informe rendido el 26 de abril del 2000, la contratista recibió por concepto de anticipo el valor del \$34'800.300.

En consecuencia, como quiera que la entidad demandada no probó que hubiere realizado otro pago en favor de la Asociación actora en cumplimiento de lo pactado en el contrato No. 551 del 3 de diciembre de 1999, se ordenará el pago del valor restante del contrato, es decir, \$34'800.300, actualizado a la fecha del presente pronunciamiento, con base en la siguiente fórmula:

$$RA = VH \times \frac{\text{Indice final (marzo de 2013}^{116})}{\text{Indice inicial (enero de 2000}^{117})}$$

$$RA = \$34'800.300 \times \frac{112,88}{57,74}$$

$$RA = \$68'033.561,89$$

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

8. No hay lugar a condena en costas.

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

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 6 de agosto de 2002 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia y, en su lugar, se dispone:

¹¹⁶ El vigente a la fecha en que se profiere la sentencia.

¹¹⁷ El vigente a la fecha en que se terminó unilateralmente el contrato - 28 de enero del 2000.

DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 00058 del 28 de enero de 2000, únicamente en lo que concierne a la terminación unilateral del contrato de prestación de servicios No. 551 del 3 de diciembre de 1999 suscrito entre la Alcaldía Mayor de Bogotá - Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital y la Asociación Hogar Briznas de Vida, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** al Distrito Capital de Bogotá a pagar a favor de la Asociación Hogar Briznas de Vida, a título de restablecimiento del derecho, la suma de sesenta y ocho millones, treinta y tres mil quinientos sesenta y un pesos con ochenta y nueve centavos (\$68'033.561,89).

NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

DESE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 -.

ABSTENERSE de condenar en costas.

SEGUNDO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA **MAURICIO FAJARDO GOMEZ**