

## **MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Accede parcialmente**

**MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE CONSULTORÍA / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Incumplimiento del objeto contractual por parte del contratista / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Incumplimiento del procedimiento administrativo para la declaratoria**

**SÍNTESIS DEL CASO:** EL DEPARTAMENTO DE CASANARE ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales de CESAR AUGUSTO LONGAS JIMENEZ derivadas del contrato de consultoría N. 778 del 13 de mayo de 2010, declaró el incumplimiento del citado negocio jurídico; ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el aludido contrato en contra del contratista; declaró el acaecimiento de los riesgos de los amparos de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo; entre otros aspectos. El contratista sostuvo que las mencionadas resoluciones se expidieron violando su derecho al debido proceso y defensa, emanaron de una autoridad que carecía de competencia y que se extralimitó en sus funciones, entre otras razones; y que le ocasionaron perjuicios materiales e inmateriales.

**PROBLEMA JURÍDICO:** La Sala procede a dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos, bajo a siguiente estructura: - Frente a la pretensión de declaratoria de nulidad de las resoluciones demandadas: 1. ¿La declaración de incumplimiento del contrato estatal por parte de la entidad contratante, mediante resolución motivada, a efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en contra del contratista, requería el previo desarrollo de trámite administrativo que respetara las garantías mínimas del debido proceso de este último? - Sobre la vigencia del contrato de consultoría N. 778 de 2010: 2. ¿Las atribuciones de “control y vigilancia de la ejecución del objeto contratado” conferidas al supervisor, a través del contrato estatal, indican que este último estaba facultado por la entidad contratante para que realizara, en su representación, modificaciones al plazo contractual, como suscribir actas de suspensión y de reinicio? Si la respuesta al anterior problema jurídico fuere negativa, surge el siguiente cuestionamiento: 3. ¿Las actas de suspensión y de reinicio suscritas por el supervisor y el contratista produjo el efecto jurídico de modificar el plazo del contrato? - Con respecto a la pretensión de no incumplimiento de las obligaciones del contratista: 4. ¿El contratista cumplió con el objeto del contrato de consultoría N. 778 de 2010 dentro del plazo pactado? 5. ¿El contratista asumió la carga probatoria que le exige la ley para demostrar el cumplimiento de la obligación de destinar los recursos del anticipo al objeto contratado? - En cuanto a las pretensiones indemnizatorias reclamadas por el demandante: 6. ¿La declaración judicial de nulidad de las resoluciones demandadas traen como consecuencia automática la procedencia del petitum indemnizatorio formulado por el demandante? 7. ¿El demandante cumplió con la carga probatoria que le impone la ley para demostrar la existencia del daño resarcible y los perjuicios?

**PRESUPUESTO PROCESAL / COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL**

## **/ COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA / COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA – Factor objetivo**

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en mérito de lo preceptuado por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las Entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por su parte, el artículo 104 del CPACA consagró que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios de las entidades públicas relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen. En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes, entre otros aspectos, a la nulidad de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año, a través de las cuales el DEPARTAMENTO DE CASANARE declaró el incumplimiento del contrato de consultoría N. 778 del 13 de mayo de 2010, ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula décima quinta del aludido contrato por la suma de \$52.938.289 en contra de CESAR AUGUSTO LONGAS JIMENEZ, declaró el acaecimiento de los riesgos de los amparos de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo por las sumas de \$52.938.289 y \$264.691.447, respectivamente, entre otros aspectos. Así las cosas, se precisa que la entidad demandada, el DEPARTAMENTO DE CASANARE, es una entidad estatal, de conformidad con lo prescrito en el literal a) del ordinal primero del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, se cumple con uno de los presupuestos legales para que esta Jurisdicción asuma la competencia para conocer de la presente controversia. Además, la Sala es competente para decidir el asunto, en razón a que el proceso tiene vocación de segunda instancia en atención a su cuantía determinada en función al valor de los perjuicios causados, la que supera la exigida por el artículo 152 del CPACA como factor para la determinación de la competencia.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 75 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 104 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 2 LITERAL A / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 152

### **APELANTE ÚNICO / LÍMITES DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Por otra parte, comoquiera que sólo la parte demandante presentó recurso de apelación contra el fallo del 6 de noviembre de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo de Casanare, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 357 del CPC, aplicable en la jurisdicción administrativa por expresa disposición del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, se resolverá el asunto sub lite en aquello que reprocha como desfavorable.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 306 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 357

### **CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / MULTA**

Atendiendo que el presente debate versa sobre la nulidad de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año, ambas emitidas por el DEPARTAMENTO DE CASANARE; la declaratoria tanto del cumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales, como de no estar

obligado a pagar las “multas” impuestas a través de los citados actos administrativos; y el reconocimiento y pago de perjuicios ocasionados por las descritas Resoluciones, al tenor de lo dispuesto en el artículo 141 del CPACA, tales pretensiones corresponden ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada. Según lo prescrito en el primer inciso del literal j. del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, la oportunidad para ejercer el medio de control de controversias contractuales debe realizarse dentro de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. En el sub lite, prima facie la fecha a partir de la cual deben contabilizarse los dos años del término de caducidad para accionar, sería la de la fecha de la ejecutoria de la Resolución N. 432 del 14 de julio de 2011 que tuvo lugar el 1 de noviembre siguiente, en razón a que esa fecha el demandante se notificó personalmente de la Resolución N. 631 del 14 de octubre de 2011 (f. 1028, C. 4) que resolvió el recurso de reposición que había incoado contra el primer acto administrativo (f.103-118, C. 11). Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el 14 de agosto de 2012 el demandante elevó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación y que la misma se declaró fallida el 18 de septiembre del mismo año (f. 175, C. 11). De manera que, el término de caducidad fue suspendido durante el tiempo que tomó este trámite prejudicial. En consecuencia, se infiere que la demanda fue interpuesta en tiempo, vale decir dentro del término señalado por la ley, porque para la fecha en la cual se instauró, 18 de noviembre de 2013 (f. 1-54, C. 11), no había transcurrido todo el plazo legal para su presentación.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 141 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 164 NUMERAL 2

**DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Competencia de la entidad estatal para declarar el incumplimiento contractual / MULTA – Competencia para imponerla / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO – Competencia para imponerla / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO - Habilita a las partes para convenir la consecuencia que se desprende de la indebida conducta contractual / EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / GRADUACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO – Uso razonable, proporcional y razonado**

En el marco de la competencia otorgada a las entidades estatales por cuenta de la Ley 1150 de 2007 para efectuar la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal, con el fin de imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal, respetando con estricto rigor al debido proceso, contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política, aplicable a todas las actuaciones administrativas desplegadas por las entidades del Estado, la Sala resalta que la citada disposición legal y la misma Ley 80 de 1993 no regulan expresamente la figura de la cláusula penal pecuniaria, por tal razón, necesariamente debe acudir a las disposiciones que sobre su génesis y aplicación consagra el Código Civil y el Código de Comercio, con fundamento en la remisión normativa contemplada en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y con base en lo prescrito en el inciso primero del artículo 40 de este cuerpo legal que reza: “las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su naturaleza”. Sobre el alcance del marco normativo que regula la cláusula penal pecuniaria, la Corte Suprema de Justicia ha establecido en su jurisprudencia que la citada cláusula, como regla general, es “simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contratantes de perjuicios que pueden

resultar por la inejecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma (...)”, y, en esa medida “(...) se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad”. En ese orden de ideas, la Sala colige que la cláusula penal pecuniaria habilita a las partes para convenir la consecuencia que se desprende de la indebida conducta contractual, al permitir que ellas la empleen como mecanismo indemnizatorio a efectos de valorar anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento, liberando a la parte afectada de la carga de acreditar su ocurrencia y su cuantía. Esta Subsección, siguiendo su jurisprudencia, considera que la proporcionalidad, en tanto instrumento que dota de razonabilidad el ejercicio de las competencias de la Administración Pública, tiene necesaria presencia en el ámbito específico de la aplicación de la cláusula penal pecuniaria cuando ésta ha sido pactada en un contrato estatal, por lo tanto, se impone su uso razonable conforme a los principios de equidad y de la buena fe contractual, que prohíben la imposición de medidas abusivas y arbitrarias por una de las partes generando desequilibrio, y orientada a satisfacer el interés general. En consecuencia, la razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal pecuniaria por la entidad pública contratante, implica necesariamente, que esta última cumpla con el deber jurídico de motivación justificando, a partir de referentes objetivos y claros, los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1150 DE 2007 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 29 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 13 / CÓDIGO CIVIL / CÓDIGO DE COMERCIO / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 40 INCISO 1

**DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – La declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria podrá realizarse luego de expirar el plazo contractual / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO**

[E]sta Corporación ha señalado que la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria podrá realizarse luego de expirar el plazo contractual, cuando el contratista no hubiere ejecutado la totalidad de las prestaciones a su cargo, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la entidad contratante puede exigir y evaluar su cumplimiento, definir si éste es satisfactorio y puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista. Ahora, en cuanto a la forma en que el contratante debía ejercer la facultad de declarar el incumplimiento contractual, imponer la cláusula penal pecuniaria al contratista incumplido y hacer efectivas las garantías otorgadas mediante póliza de seguro, la Sala, en consonancia con la jurisprudencia de la Subsección, considera que se debe tener en cuenta lo prescrito en el artículo 29 de la Constitución Política que especifica la aplicación del debido proceso a toda actuación administrativa incluyendo, por supuesto, a aquellas que tienen lugar en el marco de los contratos estatales; y sus desarrollos legales, como lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 14 del Decreto 4828 de 2008, vigentes para la época en que se perfeccionó el contrato de consultoría, que exigían a la entidad contratante que de manera previa a la

expedición del acto administrativo respectivo se adelantara un procedimiento “mínimo” en el que se respetara las garantías del debido proceso, como los derechos de defensa y contradicción, al contratista y a su garante.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 29 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 17 / DECRETO 4828 E 2008 – ARTÍCULO 14

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / APLICACIÓN DE LA NORMA PROCESAL / PRESUPUESTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO / AUTO QUE ORDENA LA EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA CONTRACTUAL**

En el caso bajo estudio, la Sala, al revisar el contenido de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año, emitidas por el DEPARTAMENTO DE CASANARE, y el contenido del contrato de consultoría N. 778 de 2010, observa que el demandado ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula décima quinta del aludido contrato por la suma de \$52.938.289 en contra de CESAR AUGUSTO LONGAS JIMENEZ, por ende, la calificación que hizo el recurrente en la demanda orientada a que tal imposición recaía en “multas”, debe entenderse que ella hace referencia a la descrita cláusula penal pecuniaria. Realizada la anterior aclaración, esta Subsección denota que considerando la época en que se adelantó el procedimiento administrativo bajo análisis, cuya culminación tuvo lugar con la expedición de la Resolución N. 631 del 14 de octubre de 2011 que confirmó la Resolución N. 432 del 14 de julio de 2011, emitidas por el demandado, era aplicable el procedimiento contemplado en el Decreto 305 del 3 de diciembre de 2010 emanado del Gobernador del Departamento de Casanare (f. 1031-1038, C. 4), pues, independientemente que éste fue expedido con posterioridad a la expiración del contrato de consultoría, como se explicará en el siguiente epígrafe, contemplaba un trámite especial que desarrollaba lo prescrito en la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 4828 de 2008, en cuanto al procedimiento “mínimo” que garantizara el debido proceso para declarar el incumplimiento contractual, imponer la cláusula penal pecuniaria al contratista incumplido y hacer efectivas las garantías otorgadas mediante póliza de seguro, lo cual, a juicio de la Sala, hace referencia al “modo” en que se podría reclamar los derechos derivados del negocio jurídico, que es una excepción a la regla general de que “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, según lo preceptuado en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887. En ese sentido, conforme al artículo 5 del citado Decreto 305 del 3 de diciembre de 2010, la administración, de manera previa a la expedición del respectivo acto administrativo declarativo del incumplimiento contractual, por medio del cual impuso la pena prevista en la cláusula penal pecuniaria al contratista incumplido, e hizo efectivas las garantías otorgadas mediante la póliza de seguro, debió adelantar un procedimiento (...) No puede pasar por alto la Sala, además, que el Decreto 305 prescribe que, en los eventos de incumplimientos contractuales cubiertos por garantías, que estas deben hacerse efectivas en los términos del artículo 14 del Decreto 4828 de 2008. Así las cosas, el aludido Decreto Departamental le exigía a la entidad contratante que iba a declarar el incumplimiento contractual, imponer la cláusula penal pecuniaria y hacer efectivas las garantías otorgadas mediante póliza de seguro, el cumplimiento previo de un procedimiento, en el que debía requerir a su contratista para que interviniera en el trámite y aportara las pruebas que quería hacer valer, resolver todas las cuestiones planteadas tanto al inicio como en su desarrollo, y notificarlo de su decisión motivada.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 305 DE 2010 / LEY 1150 DE 2007 / DECRETO 4828 DE 2008 / LEY 153 DE 1887 – ARTÍCULO 38

**DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO – Incumplimiento / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

En el sub examine, la Sala al revisar de manera rigurosa el material probatorio allegado al plenario encuentra que no hubo prueba alguna que demostrara que tanto el supervisor como el demandado hubiesen realizado los requerimientos al contratista, exponiendo las circunstancias fácticas detalladas y enunciando las normas o cláusulas presuntamente violadas, además de adjuntar los informes de interventoría y/o supervisión que sustentan el trámite, en los términos señalados en el Decreto 305 de 2010, de manera previa a la expedición de la Resolución N. 432 del 14 de julio de 2011. La omisión del DEPARTAMENTO DE CASANARE, conforme a lo antes expuesto, a juicio de la Subsección, es de tal gravedad que afectó no solo la validez de la actuación sino repercutió de manera negativa en la legalidad de las decisiones que adoptó, a través de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año, pues, afectó materialmente los derechos del contratista, al cercenarle su derecho constitucional a la defensa y contradicción, al negarle la posibilidad de ser oído y de presentar pruebas de manera previa a las descritas decisiones. Así mismo, con su proceder, además de desconocer lo prescrito en la norma especial del Decreto 305 de 2010, el Departamento pasó por alto lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 14 del Decreto 4828 de 2008, vigentes para la época en que se celebró el contrato de consultoría, que exigían a la entidad contratante surtir un procedimiento “mínimo” que garantizara el debido proceso del contratista, con antelación a la expedición del acto administrativo respectivo. La descrita irregularidad procedimental no resulta saneada con la oportunidad que se le brindó al contratista para instaurar recurso de reposición contra el primer acto administrativo (f.103-118, C. 11), toda vez que se le sorprendió con una decisión de tal envergadura, sin que se le permitiera de manera previa a su expedición conocer las razones de incumplimiento, a efectos de expresar sus puntos de vista y aportar las pruebas en su defensa, limitándose de manera injustificada su derecho fundamental al debido proceso administrativo.

**DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CARGA DE LA PRUEBA / DAÑO / RESARCIMIENTO DEL DAÑO / DAÑO MORAL / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

El demandante en su petitum reclamó el reconocimiento y pago de perjuicios materiales e inmateriales, en particular el daño moral, y aquellos surgidos por la pérdida de oportunidad de participar en nuevos procesos contractuales con el Estado, en razón a la declaratoria de incumplimiento del contrato de consultoría N. 778 de 2010 que hizo el demandado, a través de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año. De manera previa al estudio de las citadas pretensiones, la Sala hace la aclaración que la sola declaratoria de nulidad de las resoluciones atacadas, no trae como consecuencia inmediata el reconocimiento y pago de los perjuicios alegados, toda vez que el interesado debía acreditar la existencia del daño resarcible y los perjuicios causados por los citados actos administrativos, conforme a la carga probatoria que le exige el artículo 177 del CPC. En ese sentido, esta Colegiatura al revisar el expediente encuentra que el demandante no probó la existencia del daño moral fuente de algunos de los perjuicios que reclama en las pretensiones, en

consecuencia, no era suficiente la mera afirmación por el interesado en la demanda y en el escrito de subsanación que sufrió un dolor interno profundo fruto del anonadamiento, tristeza, melancolía, insomnio, pérdida de apetito, conflicto de pareja, entre otras situaciones, en razón a la decisión adoptada por las aludidas Resoluciones o porque el demandado no le había pagado el precio, no obstante que cumplió con el objeto contratado, pues, se requería la prueba que acreditara tales dichos. Por lo tanto, la Sala negará la citada reclamación formulada por el demandante en el petitum.

**FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 177**

**DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CARGA DE LA PRUEBA / DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / VALORACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL / INHABILIDADES DEL CONTRATISTA / INHABILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO - Improcedencia**

Con respecto a la pretensión indemnizatoria dirigida a reclamar el pago de los perjuicios causados por la pérdida de oportunidad de participar en nuevos procesos contractuales con el Estado, equivalentes a la suma de \$352.312.016, con ocasión a la declaratoria de incumplimiento realizada por el demandado, a través de las Resoluciones descritas, la Sala observa que el interesado allegó, además del negocio jurídico objeto de controversia, los contratos N. 417 del 24 de julio de 2009, por un valor de \$470.644.960; 999 del 30 de diciembre de 2009, por un valor de \$41.297.072 y 1000 del 30 de diciembre de 2009, por un valor de \$40.721.988 (f.97-112, C. 11), con el fin de acreditar la existencia del daño resarcible y el monto de los perjuicios que corresponden a lo que dejó de ganar en los años 2011, 2012 y 2013. Esta Colegiatura, al revisar de manera conjunta y según la sana crítica la mencionada prueba documental, concluye que ella no resulta suficiente para acreditar la certeza del daño reclamado y, por consiguiente, los perjuicios, es decir, los documentos contractuales allegados demuestran que el demandante tuvo unas relaciones negociales con el demandado en los años 2009 y 2010, pero ellos no indican que la declaración de incumplimiento del contrato de consultoría, por medio de los actos administrativos enjuiciados, imposibilitó al contratista participar en algún proceso de contratación dentro del periodo comprendido en los años 2011 al 2013 y que le frustró de manera definitiva una expectativa cierta o con grandes probabilidades de certeza de haber sido seleccionado para la adjudicación de un contrato en el citado lapso. Para la Sala no es menos importante destacar que el supuesto de inhabilidad prescrito en la versión original del literal b del artículo 90 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, no resultaba aplicable al caso sub examine, no solo porque no se cumple con el supuesto fáctico de la norma que exigía una pluralidad de declaratorias incumplimiento en al menos dos contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales, sino en razón a la aplicación del principio de favorabilidad, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política y lo prescrito en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en cuanto a que los hechos que sirvieron de fundamento a la decisión del contratante fueron anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 1474, y, atendiendo que, para ese entonces, no existía la sanción de inhabilidad para los contratistas que fueron objeto de declaratoria de incumplimiento contractual. Así las cosas, la Sala considera que no resulta procedente el aludido petitum indemnizatorio.

**FUENTE FORMAL: LEY 1474 DE 2011 – ARTÍCULO 90 LITERAL B / LEY 153 DE 1887 – ARTÍCULO 38**

## **DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL - 50% del valor total contratado, después de amortizado el anticipo / INTERÉS MORATORIO / IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MATERIAL – Improcedencia por incumplimiento del objeto del contrato por parte del contratista**

Ahora, frente a la reclamación por concepto de perjuicios materiales orientada al pago de la suma de \$264.691.446, correspondiente al 50% del valor total contratado, después de amortizado el anticipo, pendiente por pagar por el demandado; y los intereses moratorios equivalentes a la suma de \$153.521.038,06 por el no pago de la anterior suma, causados dentro del período comprendido entre el 5 de agosto de 2010, fecha en que el contratista presentó el producto final al demandado, hasta el 5 de diciembre de 2013, la Sala considera que es improcedente, toda vez que dicho daño no es directo, condición necesaria para que sea resarcible, pues, es evidente que los perjuicios que se alegan no tienen como fuente el aparente daño ocasionado por la declaratoria de incumplimiento del contrato de la contratista, a través de las resoluciones demandadas, sino el daño que le causó el incumplimiento del contratante por el no pago del saldo restante del precio. Sin perjuicio de lo anterior y que dentro del proceso quedó demostrado que el contratista no cumplió con el objeto contractual dentro del plazo pactado, como ya se explicó en el anterior epígrafe, para la Sala no es menos importante destacar que el demandante no alegó dentro de las pretensiones de la demanda la declaratoria del incumplimiento del demandado de su obligación de realizar el pago del saldo restante del precio, como presupuesto de la responsabilidad contractual, como tampoco demostró que la citada obligación era exigible, pues, al tenor de la cláusula sexta del contrato de consultoría, el pago final estaba sujeto a la suscripción previa de las actas de terminación y liquidación del contrato y a la entrega del informe del supervisor del cumplimiento contractual y legal por parte del contratista, documentos estos que no fueron arrimados al proceso por el interesado para acreditar la exigibilidad de la obligación del demandado. Para esta Sala, resulta extraño que el contratista no hubiese suscrito actas parciales con base en los avances de la consultoría y previa amortización del anticipo, a efectos del pago del 90% del saldo restante del precio convenido, y dejó acumular tal porcentaje con el correspondiente al pago final equivalente al 10%, para realizar al final un solo cobro del 100% del valor total adeudado, desconociendo lo dispuesto en la descrita cláusula sexta del citado negocio jurídico, pues, en esta se habían determinado los porcentajes que el contratista debía atender para el cobro de las sumas debidas por el contratante, previa amortización del anticipo y suscripción de las actas respectivas. Por las razones descritas, la Sala considera que la aludida pretensión indemnizatoria tampoco puede salir avante.

## **PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS**

Según el artículo 188 del CPACA, la sentencia deberá disponer sobre la condena en costas (lo que incluye expensas y agencias en derecho) de acuerdo con lo reglado por el CPC, vigente para el momento en que se presentó la demanda. En ese sentido, atendiendo que el fallo de primera instancia no resultó confirmado o revocado en su totalidad, pues, no prosperaron la mayoría de las pretensiones que formuló el recurrente; y como en el expediente no obra elemento de convicción alguno en el que pueda apreciarse la causación de costas, la Sala se abstendrá de proferir condena en este aspecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 392 del CPC.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 188 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 392

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 85001-23-33-000-2013-00256-01(53195)**

**Actor: CESAR AUGUSTO LONGAS JIMENEZ**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Temas: Declaratoria de incumplimiento de contrato estatal. Alcance de las facultades del supervisor del contrato estatal. Carga de la prueba del daño resarcible.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 6 de noviembre de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual se dispuso negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en que se probó la excepción de "*Petición indebida por ser contraria a la Constitución y la Ley*" propuesta por el demandado; entre otros aspectos.

**I. SÍNTESIS DEL CASO**

El DEPARTAMENTO DE CASANARE ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales de CESAR AUGUSTO LONGAS JIMENEZ derivadas del contrato de consultoría N. 778 del 13 de mayo de 2010, declaró el incumplimiento del citado negocio jurídico; ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el aludido contrato en contra del contratista; declaró el acaecimiento de los riesgos de los amparos de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo; entre otros aspectos. El contratista sostuvo que las mencionadas resoluciones se expidieron violando su derecho al debido proceso y defensa, emanaron de una autoridad que carecía de competencia y que se extralimitó en sus funciones, entre otras razones; y que le ocasionaron perjuicios materiales e inmateriales.

## II. ANTECEDENTES

### 2.1. La demanda

El 19 de noviembre del 2013, CESAR AUGUSTO LONGAS JIMENEZ incoó demanda, en ejercicio de la acción contractual, contra el DEPARTAMENTO DE CASANARE (f. 1-175, C. 11), solicitando la declaratoria de nulidad de la Resolución N. 432 del 14 de julio de 2011 y su confirmatoria la Resolución N. 631 del 14 de octubre de 2011, emitidas por el citado ente territorial, a través de las cuales declaró el incumplimiento del contrato de consultoría N. 778 del 13 de mayo de 2010; ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que se pactó en la cláusula décima quinta del aludido contrato por la suma de \$52.938.289 en contra del citado contratista, en razón al incumplimiento; declaró el acaecimiento de los riesgos de los amparos de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo por las sumas de \$52.938.289 y \$264.691.447, respectivamente; entre otros aspectos.

Así mismo, el demandante reclamó que se declare que no incurrió en incumplimiento de las obligaciones emanadas del citado contrato, y, en consecuencia, que se reconozca que no está obligado a pagar suma alguna por concepto de “multas”, con ocasión al incumplimiento de aquellas.

Además, petitionó el reconocimiento y pago de perjuicios materiales e inmateriales ocasionados por la “terminación unilateral”<sup>1</sup> del aludido negocio jurídico; y los perjuicios ocasionados por la pérdida de oportunidad de participar en nuevos procesos contractuales, en razón a la “declaratoria de incumplimiento” que hizo el demandado, a través de los descritos actos administrativos contractuales.

### 2.2. Fundamentos de hecho.

A manera de fundamento fáctico del *petitum*, el demandante expuso el relato que la Sala resume en los siguientes términos:

EL DEPARTAMENTO DE CASANARE suscribió con CESAR AUGUSTO LONGAS JIMENEZ el contrato de consultoría N. 778 del 13 de mayo de 2010 (f.184-191, C. 11), que tuvo por objeto realizar los “ESTUDIOS Y DISEÑOS DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTO DE LA VEREDA GUAYEREME, ACUEDUCTO INTERVEREDAL DE LAS VEREDAS LAS CAMELIAS, CASA ROJA, LAS MERCEDES Y BERLÍN, Y ACUEDUCTO INTERVEREDAL DE LAS VEREDAS SAN LUIS DE ARICAPORO, EL PORVENIR Y CEREMOS, MUNICIPIO DE HATO COROZAL EN EL DEPARTAMENTO DE CASANARE”, por un valor de \$529.382.893, con una vigencia de 6 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio y se designó como supervisor del mismo al Director del Departamento Administrativo de Planeación de la Gobernación.

El citado contrato fue suspendido por 135 días calendario, conforme al Acta N. 3 del 15 de junio de 2010 (f. 59-61, C. 11). Dicha suspensión fue objeto de ampliación por 120 días calendario, mediante Acta N. 4 del 28 de octubre de 2010 (f. 62-64, C. 11). El contrato reinició el 25 de febrero de 2011, según consta en el acta de la misma fecha (f. 65-67, C. 11). Las mencionadas actas fueron suscritas por el contratista y el supervisor del contrato, mas no por el contratante.

---

<sup>1</sup> La Sala al interpretar de manera integral y razonable la demanda (*causa petendi y petitum*) encuentra que la frase “terminación unilateral” que se menciona en la pretensión indemnizatoria por perjuicios materiales y morales hace referencia a la “declaratoria de incumplimiento”.

Sin tener en cuenta las Actas N. 3 y 4, el DEPARTAMENTO DEL CASANARE expidió la Resolución N. 432 del 14 de julio de 2011 (f. 93-100, C. 11), a través de la cual declaró:

- a. El incumplimiento del aludido contrato de consultoría, en razón a que el contratista usó indebidamente los recursos del anticipo y no cumplió con sus obligaciones dentro del plazo pactado, es decir, hasta el 1 de diciembre de 2010.
- b. El acaecimiento del siniestro cubierto por los amparos de cumplimiento por el valor de \$52.938.290 y de buen manejo y correcta inversión del anticipo por la suma de \$264.691.447.

En consecuencia, la Resolución en mención impuso al contratista, a título de cláusula penal pecuniaria, el monto de \$52.938.289 que equivalía al 10% del valor total del contrato.

El citado acto administrativo fue objeto de recurso de reposición por el contratista (f.103-118, C. 11), que fue desatado por el DEPARTAMENTO DE CASANARE, mediante la Resolución N. 631 del 14 de octubre de 2011, confirmando en su integridad la Resolución N. 432 del 14 de julio del mismo año.

El demandante alegó que los aludidos actos administrativos son nulos porque se expidieron violando su derecho al debido proceso y defensa, pues, no fue citado a una audiencia previa como lo exige el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; emanaron de una autoridad que carecía de competencia y que se extralimitó en sus funciones; fueron proferidas con falsa motivación; y porque hubo cumplimiento de las obligaciones contractuales por el contratista.

### **2.3. Trámite procesal relevante.**

El 18 de noviembre de 2013, CESAR AUGUSTO LONGAS JIMENEZ presentó la demanda ante el Tribunal Administrativo de Casanare (f. 1-54, C. 11). Dicho Tribunal, por medio de providencia del 25 de noviembre de 2013, inadmitió la demanda con fundamento en que no se indicó las indemnizaciones, su monto y las razones que las justificaron, no se allegaron las constancias de notificación, comunicación o ejecución de los actos demandados que declararon el incumplimiento del contrato N. 778 de 2010, entre otras observaciones (f. 178, C. 11). El demandante realizó la subsanación y explicó que los documentos requeridos por el Tribunal habían sido solicitados al demandado, pero que éste no los entregó (f. 180-182, C. 11).

De manera previa a la admisión de la demanda, el Tribunal, a través de proveído del 16 de diciembre de 2013, requirió al DEPARTAMENTO DE CASANARE para que remitiera los documentos que solicitó el demandante, incluyendo la copia íntegra, legible y auténtica de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año (f. 224, C. 11). El anterior requerimiento fue reiterado por el Tribunal, a través de auto del 30 de enero de 2014 (f. 231, C. 11).

El ente territorial remitió en copia simple algunos de los documentos solicitados por el Tribunal (f. 234, C. 11), a pesar de ello, este último admitió la demanda, mediante providencia del 7 de febrero de 2014 y requirió nuevamente al demandado para que allegara con la contestación los documentos solicitados debidamente autenticados (f. 874, C. 4).

Realizadas las notificaciones de manera adecuada (f. 889-894, C. 4), el

demandado contestó de la demanda planteando como excepción de mérito<sup>2</sup> “Petición indebida por ser contraria a la Constitución y la ley” (f. 895-907, C. 4).

El 23 de julio de 2014, el Tribunal adelantó la audiencia inicial que trata el artículo 180 del CPACA (f. 1070 CD y 1071-1074, C. 4) y en su desarrollo decretó las pruebas que aportó el demandante en el líbello de la demanda y aquella que solicitó concerniente a la remisión por la Gobernación de Casanare del producto final que entregó en el marco del contrato N. 778 de 2010, es decir, los estudios, diseños, memorias, planos, carteras topográficas, pruebas de laboratorio y demás documentos que hicieron parte de la citada entrega. Las demás pruebas solicitadas por el contratista fueron negadas por inconducentes e impertinentes, por no tener relación con el objeto de la *litis*. En cuanto las pruebas aportadas por el demandado en su contestación el Tribunal las decretó en la misma audiencia.

El 5 de septiembre de 2014, el Tribunal al considerar innecesario celebrar la audiencia de alegaciones y juzgamiento, conforme al artículo 181 del CPACA, dispuso, a través de providencia de la misma fecha, correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y para que el Ministerio Público emitiera concepto (f. 1089, C. 4). Las partes presentaron escritos de alegatos (f. 1091-1103, C. 4).

#### **2.4. La sentencia apelada**

El Tribunal de primera instancia resolvió el litigio negando las pretensiones formuladas por el demandante, mediante Sentencia del 6 de noviembre de 2014 (f. 1106-1123, C. Principal), bajo las siguientes consideraciones:

- a. El supervisor, al igual que un interventor, no tenía la posibilidad de modificar las obligaciones del contrato, porque su obligación se reducía a inspeccionar el cumplimiento de las obligaciones técnicas pactadas inicialmente y porque las suspensiones del plazo contractual requerían para su eficacia la suscripción del acta respectiva por las partes.
- b. El contrato N. 778 de 2010 finalizó el 1 de diciembre de ese año, en razón a que no se probó la facultad en cabeza del supervisor para suscribir las actas de suspensión y reiniciación del contrato, como tampoco, que estas se hayan puesto en conocimiento de la administración y se haya dado cumplimiento a la obligación de hacer su publicación en el Sistema Electrónico para la contratación pública (SECOP).
- c. Tal como consta en los actos demandados (Resoluciones N. 432 y 631 de 2011), el contratista no entregó el producto contratado, es decir, no cumplió el contrato.
- d. No hubo violación del debido proceso del contratista en el trámite de expedición de las Resoluciones N. 432 y 631 de 2011 emanadas del demandado, pues, ellas no le impusieron multa, ni declararon la caducidad del contrato N. 778 de 2010, sino su incumplimiento, para lo cual no se requería cumplir el trámite establecido en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 reglamentado por el artículo 87 del Decreto 2474 de 2008.
- e. En lo que se refiere a las otras causales de nulidad, es decir, a la incompetencia, a la expedición irregular del acto y a la falsa motivación, el Tribunal estableció que el Departamento de Casanare estaba facultado para declarar el incumplimiento del contrato, por ende, no existió

---

<sup>2</sup> La Sala hace la aclaración que el demandado catalogó la citada excepción como “previa” en el escrito de contestación. No obstante, el Tribunal, en la audiencia inicial prescrita en el artículo 180 del CPACA y en el fallo recurrido, la interpretó como de mérito, toda vez trata el fondo del asunto y no está contemplada de manera expresa en el artículo 100 del CGP, ni en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

extralimitación de funciones. Tampoco existió falsa motivación si se tiene en cuenta que las “suspensiones y/o prórrogas” aducidas por el contratista “no existieron”, por las razones expuestas.

## **2.5. El recurso contra la sentencia**

2.5.1. El demandante interpuso recurso de apelación (f. 1125-1129, C. Principal), formulando como motivos de inconformidad los siguientes:

- a. El Tribunal desconoció que el supervisor del contrato tenía competencia o estaba delegado para firmar las actas de suspensión y reiniciación de la ejecución del contrato, de conformidad con la cláusula vigésima del contrato de consultoría N. 778 del 13 de mayo de 2010. Además, señaló que los artículos 11 y 12 de la Ley 80 de 1993, no hacen referencia alguna frente a la delegación para la suscripción de las citadas actas, como lo expuso de manera equívoca el *a quo*, pues tales normas se refieren a la competencia del jefe o representante de la entidad para dirigir licitaciones y celebrar contratos.
- b. El Tribunal no tuvo en cuenta el contenido del artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Departamental N. 305 del 3 de diciembre de 2010 que exigían el respeto al derecho al debido proceso del contratista dentro del trámite administrativo que se surtió para proferir las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año.

## **2.6. Trámite en segunda instancia**

Esta Corporación admitió el recurso, en auto del 22 de abril de 2015 (f. 1136, C. Principal). Posteriormente, ordenó el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, y al Ministerio Público, para que emitiera concepto, a través de providencia de 27 de mayo de 2015 (f. 1138, C. Principal). Las partes allegaron escritos de alegatos (f. 1139-1154, C. Principal).

## **2.7. Problemas Jurídicos**

La Sala procede a dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos, bajo a siguiente estructura:

- Frente a la pretensión de declaratoria de nulidad de las resoluciones demandadas:

1. ¿La declaración de incumplimiento del contrato estatal por parte de la entidad contratante, mediante resolución motivada, a efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en contra del contratista, requería el previo desarrollo de trámite administrativo que respetara las garantías mínimas del debido proceso de este último?

- Sobre la vigencia del contrato de consultoría N. 778 de 2010:

2. ¿Las atribuciones de “*control y vigilancia de la ejecución del objeto contratado*” conferidas al supervisor, a través del contrato estatal, indican que este último estaba facultado por la entidad contratante para que realizara, en su representación, modificaciones al plazo contractual, como suscribir actas de suspensión y de reinicio?

Si la respuesta al anterior problema jurídico fuere negativa, surge el siguiente cuestionamiento:

3. ¿Las actas de suspensión y de reinicio suscritas por el supervisor y el contratista produjo el efecto jurídico de modificar el plazo del contrato?

- Con respecto a la pretensión de no incumplimiento de las obligaciones del contratista:

4. ¿El contratista cumplió con el objeto del contrato de consultoría N. 778 de 2010 dentro del plazo pactado?

5. ¿El contratista asumió la carga probatoria que le exige la ley para demostrar el cumplimiento de la obligación de destinar los recursos del anticipo al objeto contratado?

- En cuanto a las pretensiones indemnizatorias reclamadas por el demandante:

6. ¿La declaración judicial de nulidad de las resoluciones demandadas traen como consecuencia automática la procedencia del *petitum* indemnizatorio formulado por el demandante?

7. ¿El demandante cumplió con la carga probatoria que le impone la ley para demostrar la existencia del daño resarcible y los perjuicios?

### III. CONSIDERACIONES

#### 3.1. Sobre los presupuestos materiales de la Sentencia de mérito

##### 3.1.1. Competencia.

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en mérito de lo preceptuado por el artículo 75<sup>3</sup> de la Ley 80 de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por su parte, el artículo 104 del CPACA consagró que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios de las entidades públicas relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes, entre otros aspectos, a la nulidad de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año, a través de las cuales el DEPARTAMENTO DE CASANARE declaró el incumplimiento del contrato de consultoría N. 778 del 13 de mayo de 2010, ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula décima quinta del aludido contrato por la suma de \$52.938.289 en contra de CESAR AUGUSTO LONGAS JIMENEZ, declaró el acaecimiento de los riesgos de los amparos de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del

---

<sup>3</sup> Artículo 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.

anticipo por las sumas de \$52.938.289 y \$264.691.447, respectivamente, entre otros aspectos.

Así las cosas, se precisa que la entidad demandada, el DEPARTAMENTO DE CASANARE, es una entidad estatal, de conformidad con lo prescrito en el literal a) del ordinal primero del artículo 2º de la Ley 80 de 1993<sup>4</sup>. En consecuencia, se cumple con uno de los presupuestos legales para que esta Jurisdicción asuma la competencia para conocer de la presente controversia.

Además, la Sala es competente para decidir el asunto, en razón a que el proceso tiene vocación de segunda instancia en atención a su cuantía determinada en función al valor de los perjuicios causados, la que supera la exigida por el artículo 152 del CPACA<sup>5</sup> como factor para la determinación de la competencia.

Por otra parte, comoquiera que sólo la parte demandante presentó recurso de apelación contra el fallo del 6 de noviembre de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo de Casanare, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 357<sup>6</sup> del CPC, aplicable en la jurisdicción administrativa por expresa disposición del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, se resolverá el asunto *sub lite* en aquello que reprocha como desfavorable.

Así mismo, como los reparos formulados por el apelante no se refirieron a la decisión del *a quo* de compulsar copias a las autoridades penales y disciplinarias competentes para que investiguen a la persona que fungió como supervisor del contrato de consultoría N. 778 de 2010, la Sala se abstendrá de pronunciarse frente a ello.

### **3.1.2. Ejercicio oportuno de la acción.**

Atendiendo que el presente debate versa sobre la nulidad de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año, ambas emitidas por el DEPARTAMENTO DE CASANARE; la declaratoria tanto del cumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales, como de no estar obligado a pagar las “multas” impuestas a través de los citados actos administrativos; y el reconocimiento y pago de perjuicios ocasionados por las descritas Resoluciones, al tenor de lo dispuesto en el artículo 141 del CPACA,

---

<sup>4</sup> Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

*“Para los solos efectos de esta ley:*

*“1o. Se denominan entidades estatales:*

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

<sup>5</sup> En el escrito de subsanación de la demanda se estableció como valor de la pretensión mayor por concepto de indemnización por pérdida de oportunidad la suma de \$352.312.016, monto que supera la cuantía requerida por el artículo 152 del CPACA de 500 SMLMV al momento de la presentación de la demanda – en el año 2013 el salario mínimo equivalía a \$589.500 –, para que un proceso adelantado en acción de controversias contractuales fuera considerado como de doble instancia ante esta Corporación.

<sup>6</sup> *“Artículo 357. Competencia del Superior. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones [...] Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante.”*

tales pretensiones corresponden ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

Según lo prescrito en el primer inciso del literal j. del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, la oportunidad para ejercer el medio de control de controversias contractuales debe realizarse dentro de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En el sub lite, *prima facie* la fecha a partir de la cual deben contabilizarse los dos años del término de caducidad para accionar, sería la de la fecha de la ejecutoria de la Resolución N. 432 del 14 de julio de 2011 que tuvo lugar el **1 de noviembre** siguiente, en razón a que esa fecha el demandante se notificó personalmente de la Resolución N. 631 del 14 de octubre de 2011 (f. 1028, C. 4) que resolvió el recurso de reposición que había incoado contra el primer acto administrativo (f.103-118, C. 11). Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el 14 de agosto de 2012 el demandante elevó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación y que la misma se declaró fallida el 18 de septiembre del mismo año (f. 175, C. 11). De manera que, el término de caducidad fue suspendido durante el tiempo que tomó este trámite prejudicial. En consecuencia, se infiere que la demanda fue interpuesta en tiempo, vale decir dentro del término señalado por la ley, porque para la fecha en la cual se instauró, **18 de noviembre de 2013** (f. 1-54, C. 11), no había transcurrido todo el plazo legal para su presentación.

### **3.1.3. La legitimación en la causa.**

La Sala encuentra que le asiste **legitimación en la causa por activa** de CESAR AUGUSTO LONGAS JIMENEZ, en razón a que fungía como contratista del contrato de consultoría N. 778 del 13 de mayo de 2010 y porque alega la calidad de afectado con las declaratorias de incumplimiento del citado negocio jurídico; del acaecimiento de los riesgos de los amparos de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo por las sumas de \$52.938.289 y \$264.691.447, respectivamente; y por la imposición a título de cláusula penal pecuniaria de la suma de \$52.938.289, contenidas en los actos acusados de nulidad.

Por otra parte, la Sala considera que está legitimado en la causa por pasiva el DEPARTAMENTO DE CASANARE, dada su calidad de contratante en el mencionado contrato y por ser la entidad que profirió los actos enjuiciados.

### **3.2. Sobre la prueba de los hechos**

En vista de que algunos documentos fueron allegados al plenario en copia simple, se reitera el criterio establecido por la Sala Plena de Sección Tercera<sup>7</sup>, frente al valor como prueba de estas cuando han obrado en el plenario a lo largo del proceso y han sido objeto de contradicción por las partes sin que las tacharan de falsas, evento en el que dichas copias son susceptibles de valoración e idóneas para determinar la convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues, de lo contrario, se desconocería el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo que, a su vez, iría en contra de las nuevas tendencias del derecho procesal.

---

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013, Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022).

Por otra parte, la Sala encuentra que dentro del proceso el demandante aportó copia de la historia clínica de la señora EVELIN DE LAS MERCEDES GARCIA JARA (f. 149-150, C. 11). Al revisar su contenido y confrontarla con la *causa petendi* y el *petitum* de la demanda, evidencia que no tiene relación alguna con esta, es más, ni siquiera se aportó prueba que certificara que la citada señora tenía algún vínculo con el demandante CESAR AUGUSTO LONGAS JIMENEZ, a efectos de comprender el propósito probatorio que perseguía este último al allegarla al proceso. En razón a ello, la prueba resulta a todas luces irrelevante o impertinente<sup>8</sup>, en consecuencia, no se tendrá en cuenta para desatar el recurso de apelación.

### 3.3. Consideraciones de la Sala

Para resolver el caso en concreto, la Sala dará respuesta a los problemas jurídicos formulados a partir del análisis de las siguientes premisas: 3.3.1. Límites a la facultad de declarar el incumplimiento contractual e imponer la cláusula penal pecuniaria al contratista incumplido; 3.3.2. Las facultades del supervisor del contrato de consultoría N. 778 del 13 de mayo de 2010 y el plazo contractual fijado para el cumplimiento de las obligaciones del contratista y 3.3.3. Carga de la prueba del demandante para acreditar la existencia del daño resarcible ocasionado por la declaratoria de incumplimiento del contrato de consultoría realizada a través de las resoluciones demandadas.

#### 3.3.1. Límites a la facultad de declarar el incumplimiento contractual e imponer la cláusula penal pecuniaria al contratista incumplido

En el marco de la competencia otorgada a las entidades estatales por cuenta de la Ley 1150 de 2007 para efectuar la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal, con el fin de imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal, respetando con estricto rigor al debido proceso, contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política, aplicable a todas las actuaciones administrativas desplegadas por las entidades del Estado, la Sala resalta que la citada disposición legal y la misma Ley 80 de 1993 no regulan expresamente la figura de la cláusula penal pecuniaria, por tal razón, necesariamente debe acudir a las disposiciones que sobre su génesis y aplicación consagra el Código Civil y el Código de Comercio, con fundamento en la remisión normativa contemplada en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y con base en lo prescrito en el inciso primero del artículo 40 de este cuerpo legal que reza: *“las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su naturaleza”*.

Sobre el alcance del marco normativo que regula la cláusula penal pecuniaria, la Corte Suprema de Justicia ha establecido en su jurisprudencia que la citada cláusula, como *regla general*, es *“simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contratantes de perjuicios que pueden resultar por la inejecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma (...)”*<sup>9</sup>, y, en esa medida *“(...) se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que como se dijo, la pena estipulada*

<sup>8</sup> “La relevancia (o pertinencia) de la prueba es la relación que guardan los hechos a los que hace referencia con el *thema decidendi* y expresa la “capacidad” de la prueba para formar la convicción del juez”. GASCÓN ABELLÁN, M., “La prueba judicial: valoración racional y motivación”, pág. 14, Tomada de la página Web: <https://cmapspublic2.ihmc.us/rid=1MYBL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf>

<sup>9</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena. Sentencia del 27 de septiembre de 1974.

*es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad*<sup>10</sup>.

En ese orden de ideas, la Sala colige que la cláusula penal pecuniaria habilita a las partes para convenir la consecuencia que se desprende de la indebida conducta contractual, al permitir que ellas la empleen como mecanismo indemnizatorio a efectos de valorar anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento, liberando a la parte afectada de la carga de acreditar su ocurrencia y su cuantía<sup>11</sup>.

Esta Subsección, siguiendo su jurisprudencia<sup>12</sup>, considera que la proporcionalidad, en tanto instrumento que dota de razonabilidad el ejercicio de las competencias de la Administración Pública, tiene necesaria presencia en el ámbito específico de la aplicación de la cláusula penal pecuniaria cuando ésta ha sido pactada en un contrato estatal, por lo tanto, se impone su uso razonable conforme a los principios de equidad y de la buena fe contractual, que prohíben la imposición de medidas abusivas y arbitrarias por una de las partes generando desequilibrio<sup>13</sup>, y orientada a satisfacer el interés general.

En consecuencia, la razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal pecuniaria por la entidad pública contratante, implica necesariamente, que esta última cumpla con el deber jurídico de motivación justificando, a partir de referentes objetivos y claros, los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista.

Por otra parte, esta Corporación ha señalado que la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria podrá realizarse luego de expirar el plazo contractual, cuando el contratista no hubiere ejecutado la totalidad de las prestaciones a su cargo, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la entidad contratante puede exigir y evaluar su cumplimiento, definir si éste es satisfactorio y puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista<sup>14</sup>.

Ahora, en cuanto a la forma en que el contratante debía ejercer la facultad de declarar el incumplimiento contractual, imponer la cláusula penal pecuniaria al contratista incumplido y hacer efectivas las garantías otorgadas mediante póliza de seguro, la Sala, en consonancia con la jurisprudencia de la Subsección<sup>15</sup>, considera que se debe tener en cuenta lo prescrito en el artículo 29 de la Constitución Política que especifica la aplicación del debido proceso a toda actuación administrativa<sup>16</sup> incluyendo, por supuesto, a aquellas que tienen lugar en

<sup>10</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de mayo de 1996, Exp. 4607.

<sup>11</sup> Subsección A, Sentencia de 1 de febrero de 2018, Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00082-01(52549).

<sup>12</sup> Subsección C, Sentencia de 26 de noviembre de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-2009-01010-01(53877).

<sup>13</sup> "(...) esa necesidad de mantener el equilibrio contractual veda a las partes fijar cláusulas penales que desborden los límites que la ley impone, límites cuya determinación se ha igualmente inspirado en el principio de buena fe". NEME VILLARREAL, M. L., (2010), *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., pág. 353

<sup>14</sup> Subsección C, Sentencia de 22 de octubre de 2012, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-05006-01(23360).

<sup>15</sup> Subsección C, Sentencia del 1 de junio de 2020. Radicación número: 08001-23-33-000-2012-00254-01(48945).

<sup>16</sup> "ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales **y administrativas**. // Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. // En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. //

el marco de los contratos estatales; y sus desarrollos legales, como lo preceptuado en el artículo 17<sup>17</sup> de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 14<sup>18</sup> del Decreto 4828 de 2008, vigentes para la época en que se perfeccionó el contrato de consultoría, que exigían a la entidad contratante que de manera previa a la expedición del acto administrativo respectivo se adelantara un procedimiento “mínimo” en el que se respetara las garantías del debido proceso, como los derechos de defensa y contradicción, al contratista y a su garante.

En el caso bajo estudio, la Sala, al revisar el contenido de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año, emitidas por el DEPARTAMENTO DE CASANARE, y el contenido del contrato de consultoría N. 778 de 2010, observa que el demandado ordenó hacer efectiva la **cláusula penal pecuniaria** pactada en la cláusula décima quinta<sup>19</sup> del aludido contrato por la suma de \$52.938.289 en contra de CESAR AUGUSTO LONGAS JIMENEZ<sup>20</sup>, por ende, la calificación que hizo el recurrente en la demanda<sup>21</sup> orientada a que tal imposición recaía en “multas”, debe entenderse que ella hace referencia a la descrita cláusula penal pecuniaria.

Realizada la anterior aclaración, esta Subsección denota que considerando la época en que se adelantó el procedimiento administrativo bajo análisis, cuya culminación tuvo lugar con la expedición de la Resolución N. 631 del 14 de octubre de 2011 que confirmó la Resolución N. 432 del 14 de julio de 2011, emitidas por el demandado, era aplicable el procedimiento contemplado en el Decreto 305 del 3 de diciembre de 2010 emanado del Gobernador del Departamento de Casanare (f. 1031-1038, C. 4), pues, independientemente que éste fue expedido con posterioridad a la expiración del contrato de consultoría,

---

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. // Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”* (Subrayas y negrillas de la Sala)

<sup>17</sup> “Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

<sup>18</sup> “Artículo 14. Efectividad de las garantías. Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma: || 14.3 En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro”.

<sup>19</sup> “**DÉCIMA QUINTA – MULTA, SANCIONES E INDEMNIZACIONES:** Cuando exista mora o incumplimiento total o parcial de alguna de las obligaciones contractuales, el contratista se hará acreedor a las siguientes sanciones: 1) Penal Pecuniaria: Por el diez por ciento (10%) del valor del contrato, correspondiente a los perjuicios que por tal incumplimiento se deriven para la Gobernación de Casanare (...)”. (f.184-191, C. 11)

<sup>20</sup> En el artículo segundo de la parte resolutoria de la Resolución N. 432 del 14 de julio de 2011 se dispuso: “Como consecuencia de lo anterior y de acuerdo con la cláusula décima quinta del contrato de consultoría 0778 del 13 de mayo de 2010, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE CASANARE y el señor CESAR AUGUSTO LONGAS JIMENEZ, hágase efectiva **sanción penal pecuniaria**, es decir el 10% del valor total del contrato que corresponde a la suma de cincuenta y dos millones novecientos treinta y ocho mil doscientos ochenta y nueve (\$52938.289) pesos”. (f. 93-100, C. 11) (Énfasis por fuera del texto original).

<sup>21</sup> Dentro del *petitum* de la demanda, el demandante reclama “(...) 3. Que se declare como consecuencia de todo lo anterior que **CESAR AUGUSTO LONGAS JIMENEZ** no está obligado a pagar suma alguna de dinero por concepto de MULTAS por presunto incumplimiento del Contrato de Consultoría número 0778 del 13 de mayo de 2010 suscrito con la Gobernación de Casanare”. (f. 1-175, C. 11)

como se explicará en el siguiente epígrafe, contemplaba un trámite especial que desarrollaba lo prescrito en la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 4828 de 2008, en cuanto al procedimiento “mínimo” que garantizara el debido proceso para declarar el incumplimiento contractual, imponer la cláusula penal pecuniaria al contratista incumplido y hacer efectivas las garantías otorgadas mediante póliza de seguro, lo cual, a juicio de la Sala, hace referencia al “modo” en que se podría reclamar los derechos derivados del negocio jurídico, que es una excepción a la regla general de que *“en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*, según lo preceptuado en el artículo 38<sup>22</sup> de la Ley 153 de 1887.

En ese sentido, conforme al artículo 5 del citado Decreto 305 del 3 de diciembre de 2010, la administración, de manera previa a la expedición del respectivo acto administrativo declarativo del incumplimiento contractual, por medio del cual impuso la pena prevista en la cláusula penal pecuniaria al contratista incumplido, e hizo efectivas las garantías otorgadas mediante la póliza de seguro, debió adelantar un procedimiento que se resume así:

1. Ante el posible incumplimiento de sus obligaciones por el contratista, el supervisor del contrato debía requerir por escrito a aquel con copia al garante, indicando de manera detallada los hechos constitutivos de incumplimiento, la relación y valoración de pruebas que fundan dicho incumplimiento. Al contratista se le debió conceder el término de tres días contados a partir del recibo del requerimiento, para que se pronunciara sobre el incumplimiento que se le imputaba, y diera las explicaciones que creyera pertinentes.

2. Recibidas las explicaciones del contratista, el supervisor debía determinar si aquellas eran satisfactorias o, en su defecto, injustificadas. En este último evento, y si encontraba que el incumplimiento persistía, el supervisor debía presentar un informe al Gobernador del Departamento o su delegado, indicando los hechos constitutivos del incumplimiento, las explicaciones dadas por el contratista, los motivos para entender que no encontraba justificado el incumplimiento, su gravedad y las pruebas en que fundamentaba su postura.

3. Con base en el aludido informe, el Gobernador del Departamento o su delegado debía requerir por una sola vez al contratista con copia al garante, para que, dentro de los tres días siguientes a su recibo, presentará sus descargos y las pruebas que considerará necesarias para justificar o desvirtuar el incumplimiento. El citado requerimiento debía contener una exposición detallada de los hechos constitutivos de incumplimiento, de las pruebas en que se soportaba dicho incumplimiento, dando así inicio al proceso sancionatorio y predeterminando la sanción aplicable al caso.

4. Vencido el término de traslado y con base en las pruebas allegadas dentro del trámite se debía decidir, con el debido acompañamiento técnico y jurídico, si había mérito para la declaratoria de incumplimiento, la imposición de la cláusula penal u otra medida. En caso contrario, lo procedente sería el archivo de las diligencias.

5. La decisión que se adoptará, surtido el trámite interno sancionatorio, debía estar formalizada a través de acto administrativo motivado, expedido por el Gobernador

---

<sup>22</sup> “ARTÍCULO 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse (sic) de esta disposición:

1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y  
2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual(sic) infracción será castigada con arreglo á(sic) la ley bajo la cual se hubiere cometido”.

o su delegado. Con este acto que pondría fin al trámite en comento, debía ser notificado personalmente o por edicto al contratista y al garante, en los términos de los artículos 44 y 45 del CCA, y contra el procedería el recurso de reposición, según lo preceptuado en el artículo 51 *ibidem*.

No puede pasar por alto la Sala, además, que el Decreto 305 prescribe que, en los eventos de incumplimientos contractuales cubiertos por garantías, que estas deben hacerse efectivas en los términos del artículo 14 del Decreto 4828 de 2008. Así las cosas, el aludido Decreto Departamental le exigía a la entidad contratante que iba a declarar el incumplimiento contractual, imponer la cláusula penal pecuniaria y hacer efectivas las garantías otorgadas mediante póliza de seguro, el cumplimiento previo de un procedimiento, en el que debía requerir a su contratista para que interviniera en el trámite y aportara las pruebas que quería hacer valer, resolver todas las cuestiones planteadas tanto al inicio como en su desarrollo, y notificarlo de su decisión motivada.

En el *sub examine*, la Sala al revisar de manera rigurosa el material probatorio allegado al plenario encuentra que no hubo prueba alguna que demostrara que tanto el supervisor como el demandado hubiesen realizado los requerimientos al contratista, exponiendo las circunstancias fácticas detalladas y enunciando las normas o cláusulas presuntamente violadas, además de adjuntar los informes de interventoría y/o supervisión que sustentan el trámite, en los términos señalados en el Decreto 305 de 2010, de manera previa a la expedición de la Resolución N. 432 del 14 de julio de 2011.

La omisión del DEPARTAMENTO DE CASANARE, conforme a lo antes expuesto, a juicio de la Subsección, es de tal gravedad que afectó no solo la validez de la actuación sino repercutió de manera negativa en la legalidad de las decisiones que adoptó, a través de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año, pues, afectó materialmente los derechos del contratista, al cercenarle su derecho constitucional a la defensa y contradicción, al negarle la posibilidad de ser oído y de presentar pruebas de manera previa a las descritas decisiones.

Así mismo, con su proceder, además de desconocer lo prescrito en la norma especial del Decreto 305 de 2010, el Departamento pasó por alto lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 14 del Decreto 4828 de 2008, vigentes para la época en que se celebró el contrato de consultoría, que exigían a la entidad contratante surtir un procedimiento “mínimo” que garantizara el debido proceso del contratista, con antelación a la expedición del acto administrativo respectivo.

La descrita irregularidad procedimental no resulta saneada con la oportunidad que se le brindó al contratista para instaurar recurso de reposición contra el primer acto administrativo (f.103-118, C. 11), toda vez que se le sorprendió con una decisión de tal envergadura, sin que se le permitiera de manera previa a su expedición conocer las razones de incumplimiento, a efectos de expresar sus puntos de vista y aportar las pruebas en su defensa, limitándose de manera injustificada su derecho fundamental al debido proceso administrativo<sup>23</sup>.

Por las razones descritas, la Sala da respuesta al **problema jurídico N. 1**, al encontrar procedentes los reparos planteados por el apelante en su recurso frente

---

<sup>23</sup> Sobre la aplicación del derecho fundamental al debido proceso en materia contractual, Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de junio de 2010, Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367)

al desconocimiento del derecho al debido proceso por el demandado en el trámite de expedición de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año, en consecuencia, declarará la nulidad de las resoluciones demandadas y que el contratista no estaba obligado a pagar la cláusula penal pecuniaria impuesta a través de los citados actos administrativos declarados nulos.

En consideración a lo anterior la Sala se abstendrá del estudio del cargo que contra los actos declarados nulos propuso el demandante en función del cumplimiento que habría dado a las obligaciones a su cargo, derivadas del contrato de consultorio en el 778 de 2010.

### **3.3.2. Carga de la prueba del demandante para acreditar la existencia del daño resarcible ocasionado por la declaratoria de incumplimiento del contrato de consultoría realizada a través de las resoluciones demandadas.**

El demandante en su *petitum* reclamó el reconocimiento y pago de perjuicios materiales e inmateriales, en particular el daño moral<sup>24</sup>, y aquellos surgidos por la pérdida de oportunidad de participar en nuevos procesos contractuales con el Estado, en razón a la declaratoria de incumplimiento del contrato de consultoría N. 778 de 2010 que hizo el demandado, a través de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año.

De manera previa al estudio de las citadas pretensiones, la Sala hace la aclaración que la sola declaratoria de nulidad de las resoluciones atacadas, no trae como consecuencia inmediata el reconocimiento y pago de los perjuicios alegados, toda vez que el interesado debía acreditar la existencia del daño resarcible y los perjuicios causados por los citados actos administrativos, conforme a la carga probatoria que le exige el artículo 177 del CPC.

En ese sentido, esta Colegiatura al revisar el expediente encuentra que el demandante no probó la existencia del **daño moral** fuente de algunos de los perjuicios que reclama en las pretensiones, en consecuencia, no era suficiente la mera afirmación por el interesado en la demanda y en el escrito de subsanación que sufrió un dolor interno profundo fruto del anonadamiento, tristeza, melancolía, insomnio, pérdida de apetito, conflicto de pareja, entre otras situaciones, en razón a la decisión adoptada por las aludidas Resoluciones o porque el demandado no le había pagado el precio, no obstante que cumplió con el objeto contratado, pues, se requería la prueba que acreditara tales dichos. Por lo tanto, la Sala negará la citada reclamación formulada por el demandante en el *petitum*.

Con respecto a la pretensión indemnizatoria dirigida a reclamar el pago de los **perjuicios causados por la pérdida de oportunidad de participar en nuevos procesos contractuales con el Estado**, equivalentes a la suma de \$352.312.016, con ocasión a la declaratoria de incumplimiento realizada por el demandado, a través de las Resoluciones descritas, la Sala observa que el interesado allegó, además del negocio jurídico objeto de controversia, los contratos N. 417 del 24 de julio de 2009, por un valor de \$470.644.960; 999 del 30 de diciembre de 2009, por un valor de \$41.297.072 y 1000 del 30 de diciembre de 2009, por un valor de \$40.721.988 (f.97-112, C. 11), con el fin de acreditar la

---

<sup>24</sup> La Sala hace la aclaración que el demandante en la demanda (f. 1-175, C. 11) afirma que el daño moral tuvo su origen “la arbitrariedad, en que incurrió la gobernación de Casanare”, mientras que en el escrito de subsanación (f. 180-182, C. 11) asevera que tal daño se causó “viendo como a pesar de haber cumplido con el objeto contractual, el departamento de Casanare no le pagaba dicho valor”.

existencia del daño resarcible y el monto de los perjuicios que corresponden a lo que dejó de ganar en los años 2011, 2012 y 2013.

Esta Colegiatura, al revisar de manera conjunta y según la sana crítica la mencionada prueba documental, concluye que ella no resulta suficiente para acreditar la certeza del daño reclamado<sup>25</sup> y, por consiguiente, los perjuicios, es decir, los documentos contractuales allegados demuestran que el demandante tuvo unas relaciones negociales con el demandado en los años 2009 y 2010, pero ellos no indican que la declaración de incumplimiento del contrato de consultoría, por medio de los actos administrativos enjuiciados, imposibilitó al contratista participar en algún proceso de contratación dentro del periodo comprendido en los años 2011 al 2013 y que le frustró de manera definitiva una expectativa cierta o con grandes probabilidades de certeza de haber sido seleccionado para la adjudicación de un contrato en el citado lapso<sup>26</sup>.

Para la Sala no es menos importante destacar que el supuesto de inhabilidad prescrito en la versión original del literal b del artículo 90<sup>27</sup> de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, no resultaba aplicable al caso *sub examine*, no solo porque no se cumple con el supuesto fáctico de la norma que exigía una pluralidad de declaratorias incumplimiento en al menos dos contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales, sino en razón a la aplicación del principio de favorabilidad, de conformidad con el artículo 29<sup>28</sup> de la Constitución Política y lo prescrito en el artículo 38<sup>29</sup> de la Ley 153 de 1887, en cuanto a que los hechos que sirvieron de fundamento a la decisión del contratante fueron anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 1474, y, atendiendo que, para ese entonces, no existía la sanción de inhabilidad para los contratistas que fueron objeto de declaratoria de incumplimiento contractual.

Así las cosas, la Sala considera que no resulta procedente el aludido *petitum* indemnizatorio.

Ahora, frente a la reclamación por concepto de **perjuicios materiales** orientada al pago de la suma de \$264.691.446, correspondiente al 50% del valor total contratado, después de amortizado el anticipo, pendiente por pagar por el demandado; y los intereses moratorios equivalentes a la suma de

---

<sup>25</sup> La jurisprudencia de la corporación ha indicado que la certeza del daño por pérdida de oportunidad recae en la certidumbre de la existencia de una oportunidad en sí misma considerada y en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial. Al respecto, Subsección B, sentencia del 7 de septiembre de 2020, Radicación número: 52001-23-31-000-2011-00147-01(53594), Subsección C, sentencia del 28 de febrero de 2020, Radicación número: 78001-23-31-000-2010-00794-01(48115), sentencia del 22 de febrero de 2019, Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00014-01(42785), entre otras.

<sup>26</sup> “(...) la pérdida de la oportunidad: una forma especial de perjuicio (...) el perjuicio no es la pérdida de una “ventaja esperada” (sobrevivir, ganar un proceso judicial) sino la pérdida de la oportunidad de obtener esa ventaja que se espera”. CHABAS, Francois, “La pérdida de una oportunidad (Chance) en el derecho francés de responsabilidad”, en Revista de Responsabilidad Civil y del Estado (Iarce), Número 33, septiembre de 2013, págs. 23-44, pág. 27-28.

<sup>27</sup> “ARTÍCULO 90. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas: (...) b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; (...)”.

<sup>28</sup> “ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (...)”.

<sup>29</sup> “ARTÍCULO 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse (sic) de esta disposición:

1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y
2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual(sic) infracción será castigada con arreglo á(sic) la ley bajo la cual se hubiere cometido”.

\$153.521.038,06 por el no pago de la anterior suma, causados dentro del período comprendido entre el 5 de agosto de 2010, fecha en que el contratista presentó el producto final al demandado, hasta el 5 de diciembre de 2013, la Sala considera que es improcedente, toda vez que dicho daño no es directo<sup>30</sup>, condición necesaria para que sea resarcible, pues, es evidente que los perjuicios que se alegan no tienen como fuente el aparente daño ocasionado por la declaratoria de incumplimiento del contrato de la contratista, a través de las resoluciones demandadas, sino el daño que le causó el incumplimiento del contratante por el no pago del saldo restante del precio.

Sin perjuicio de lo anterior y que dentro del proceso quedó demostrado que el contratista no cumplió con el objeto contractual dentro del plazo pactado, como ya se explicó en el anterior epígrafe, para la Sala no es menos importante destacar que el demandante no alegó dentro de las pretensiones de la demanda la declaratoria del incumplimiento del demandado de su obligación de realizar el pago del saldo restante del precio, como presupuesto de la responsabilidad contractual<sup>31</sup>, como tampoco demostró que la citada obligación era exigible, pues, al tenor de la cláusula sexta<sup>32</sup> del contrato de consultoría, el pago final estaba sujeto a la suscripción previa de las actas de terminación y liquidación del contrato y a la entrega del informe del supervisor del cumplimiento contractual y legal por parte del contratista, documentos estos que no fueron arrimados al proceso por el interesado para acreditar la exigibilidad de la obligación del demandado.

Para esta Sala, resulta extraño que el contratista no hubiese suscrito actas parciales con base en los avances de la consultoría y previa amortización del anticipo, a efectos del pago del 90% del saldo restante del precio convenido, y dejó acumular tal porcentaje con el correspondiente al pago final equivalente al 10%, para realizar al final un solo cobro del 100% del valor total adeudado, desconociendo lo dispuesto en la descrita cláusula sexta del citado negocio jurídico, pues, en esta se habían determinado los porcentajes que el contratista debía atender para el cobro de las sumas debidas por el contratante, previa amortización del anticipo y suscripción de las actas respectivas.

Por las razones descritas, la Sala considera que la aludida pretensión indemnizatoria tampoco puede salir avante.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, esta Colegiatura da respuesta a los **problemas jurídicos N. 6 y 7** y niega las pretensiones orientadas al reconocimiento y pago de los perjuicios descritos.

#### **4. La condena en costas**

---

<sup>30</sup> La Corte Constitucional en sentencia C-043 de 27 de enero de 2004 señaló que “El carácter directo del daño se explica con base en la distinción entre daño y perjuicio[22]: el daño es entendido como la alteración material exterior y el perjuicio como las consecuencias de dicha alteración; el carácter directo es entendido como el hecho de que el perjuicio provenga o sea consecuencia del daño”. En el mismo sentido, Juan Carlos Henao quien señala que “(...) el carácter directo del daño supone el nexo de causalidad que ha de existir entre el daño definido como alteración material exterior y el perjuicio entendido como las consecuencias de dicha alteración sobre un patrimonio”. HENAO, J. C., *El Daño*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 87.

<sup>31</sup> “(...) para derivar responsabilidad civil contractual es presupuesto el que la obligación haya sido incumplida pero, fundamentalmente, que este incumplimiento haya causado un daño”. Subsección C, Sentencia del 31 de enero de 2011, Radicación número: 73001-23-31-000-2001-01937-01(15800).

<sup>32</sup> **SEXTA: FORMA DE PAGO:** El valor del presente contrato se pagará de la siguiente manera. Un 90% en actas parciales según el avance de la consultoría previa amortización del Anticipo y 10% restante previa una vez se suscriban las actas de terminación y liquidación del contrato, previo informe del supervisor o interventor del contrato del cumplimiento contractual y legal por parte del contratista”.

Según el artículo 188 del CPACA, la sentencia deberá disponer sobre la condena en costas (lo que incluye expensas y agencias en derecho) de acuerdo con lo reglado por el CPC, vigente para el momento en que se presentó la demanda. En ese sentido, atendiendo que el fallo de primera instancia no resultó confirmado o revocado en su totalidad, pues, no prosperaron la mayoría de las pretensiones que formuló el recurrente; y como en el expediente no obra elemento de convicción alguno en el que pueda apreciarse la causación de costas, la Sala se abstendrá de proferir condena en este aspecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 392 del CPC.

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

### **FALLA**

**REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare el 6 de noviembre de 2014, y en su lugar disponer:

**PRIMERO: Declarar** la nulidad de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año proferidas por el DEPARTAMENTO DE CASANARE, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: Negar** las demás súplicas de la demanda.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** En firme esta providencia, **enviar** el expediente al tribunal de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**  
Presidente

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**  
Magistrado  
Aclaración de voto Cfr. Rad. 34.326-17  
y Rad. 36.600-19 y voto disidente Rad.  
46.239-19 #5

**NICOLÁS YEPES CORRALES**  
Magistrado