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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintiséis (2026)

Expediente:	54001233100020110057 3-02 (74.390)
Demandantes:	Consorcio HH Ingenieros
Demandado:	Instituto Nacional de Vías – INVÍAS
Medio de control:	Controversias contractuales
Asunto:	Sentencia de segunda instancia

TEMAS: VICIOS INVALIDANTES DEL ACTO ADMINISTRATIVO – desconocimiento de su elemento subjetivo, materializado en la competencia de la entidad estatal para proferirlo / CADUCIDAD DEL CONTRATO – oportunidad para expedir el acto administrativo que la declara, competencia ratione temporis / EFECTOS DEL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA - aplicación retroactiva y prospectiva de las modificaciones jurisprudenciales / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO – pérdida de oportunidad indemnizable causada por la inhabilidad para celebrar contratos con entidades estatales

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

En la base del conflicto se plantea la ilegalidad del acto administrativo que declaró la caducidad de un contrato estatal, con fundamento en la incompetencia *ratione temporis* de la entidad que lo profirió[1]. La contratante afirma que la jurisprudencia vigente al momento de su expedición habilitaba esa potestad hasta la etapa de liquidación del negocio jurídico.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión adoptada el 4 de diciembre de 2025, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander resolvió lo siguiente (se transcribe como obra en el texto original):

> "***PRIMERO: DECLARAR*** *la nulidad de las Resoluciones No. 03812 del 23 de julio de 2008 y No. 06185 del 5 de noviembre de 2008, proferidas por el Instituto Nacional de Vías –INVÍAS–, conforme a las consideraciones expuestas (…).*
>
> ***SEGUNDO:*** *A título de restablecimiento del derecho,* ***ORDENAR*** *al Instituto Nacional de Vías – INVÍAS reintegrar al Consorcio H.H. Ingenieros representada por Luis Felipe Herrera Guzmán, las sumas de dinero que hubiere efectivamente pagado por concepto de la cláusula penal pecuniaria prevista en el artículo segundo de la Resolución No. 03812 del 23 de julio de 2008, debidamente indexadas a partir de la fecha de pago y hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, en los términos expuestos en la parte motiva de la providencia.*
>
> ***TERCERO:*** *Como consecuencia de la nulidad declarada en el ordinal PRIMERO de la presente providencia,* ***CONDENAR*** *al Instituto Nacional de Vías – INVÍAS – a pagar al Consorcio H.H. Ingenieros representada por Luis Felipe Herrera Guzmán,*

[1] La demandante sostiene que esa facultad excepcional solo puede decretarse durante el término de ejecución del negocio jurídico.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, las siguientes sumas de dinero:

*a) **Por la pérdida de oportunidad derivada de la imposibilidad de contratar con el Estado durante los cinco (5) años de inhabilidad ocasionados por la caducidad**, en las siguientes sumas de dinero:*

Año	IPC final	IPC inicial	Renta actualizada
2009	71,20	59,41	$ 10.782.363,39
2010	73,45	59,41	$ 11.123.098,19
2011	76,19	59,41	$ 11.538.037,46
2012	78,05	59,41	$ 11.819.711,56
2013	79,56	59,41	$ 12.048.382,47

Este valor deberá ser actualizado a partir de cada año hasta la fecha ejecutoria de esta sentencia, aplicando la fórmula de indexación R = RH × (Índice Final / Índice Inicial).

*b) **Por utilidad dejada de percibir por la obra no ejecutada**, la suma de SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON SETENTA CENTAVOS ($7.647.957,70), correspondiente al 5% del valor real de la obra no ejecutada, de conformidad con la utilidad pactada dentro del AIU y acreditada en la propuesta económica presentada por el contratista.*

Este valor deberá ser actualizado desde la fecha en que quedó en firme la caducidad hasta la ejecutoria de esta sentencia, aplicando la fórmula de indexación R = RH × (Índice Final / Índice Inicial).

***CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.*

***QUINTO: NO CONDENAR** en costas y agencias del derecho, de acuerdo con lo indicado previamente*"[2].

2. El anterior proveído decidió la demanda instaurada el 28 de marzo de 2011[3] por el consorcio HH Ingenieros[4] (desde ahora, el consorcio, el contratista, o el demandante) contra el Instituto Nacional de Vías[5] (en lo sucesivo, el INVIAS, la entidad, la contratante, o el demandado), cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se enuncian a continuación.

Pretensiones[6]

[2] Índice 55, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Norte de Santander–.
[3] Fl.19, archivo *"12_Expedientedigi_EXPEDIENTE_CUADERNOPRINCIPAL"*, índice 53, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Norte de Santander–.
[4] Conformado por: Luis Felipe Herrera Guzmán, Luis Domingo Herrera Guzmán, y César Hernán Herrera Guzmán. Sus porcentajes de participación fueron del 75%, 20% y 5%, respectivamente (según el documento de conformación, visible a fl.137, archivo *"13_Expedientedigi_EXPEDIENTE_CUADERNOPRUEBAS"*, índice 53, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Norte de Santander–).
[5] El Instituto Nacional de Vías es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio de Transporte, cuyo objetivo consiste en la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial, marítima y sus infraestructuras conexas o relacionadas.
[6] Incluidas las modificaciones introducidas con la subsanación de la demanda, presentada el 20 de febrero de 2012 (fls.57 a 103, archivo *"12_Expedientedigi_EXPEDIENTE_CUADERNOPRINCIPAL",* índice 53, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Norte de Santander–).
En auto del 10 de septiembre de 2014, esta Subsección, al resolver la apelación formulada contra el proveído que rechazó la demanda, indicó que la corrección del libelo fue presentada en tiempo –el auto inadmisorio se notificó por estado el 13 de febrero de 2012, por lo que los 5 días previstos en el art.143 del CCA para su subsanación corrieron del 14 al 20 de febrero de 2012–; en efecto, la Sala manifestó:
"*Revisado el expediente, la Sala observa que el día que vencía el plazo para subsanar (20 de febrero de 2012), el abogado Edwin Antonio Rubio Aguilar, quien acreditó la calidad de apoderado de la parte actora, con copia de los poderes otorgados por Domingo y César Hernán Herrera Guzmán, los otros dos integrantes (junto con Luis Felipe Herrera Guzmán) del Consorcio HH Ingenieros, allegó escrito subsanando la demanda (esto es, cumpliendo con lo ordenado por el Tribunal) y, aunado a esto, al día siguiente presentó copia auténtica de los*

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

3. La demandante pidió se declare la nulidad de las Resoluciones No. 3812 y 6185 de 2008, a través de las cuales la entidad declaró la caducidad del contrato y confirmó esa determinación, respectivamente; así mismo, solicitó el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales que tales actos generaron, con su indexación monetaria y cálculo de intereses moratorios.

4. Se resume la indemnización solicitada, así:

PERJUICIOS MATERIALES	Los ingresos dejados de recibir (lucro cesante), dada la inhabilidad de 5 años derivada de la declaratoria de caducidad	Debida al momento de la conciliación	$240.764.862,96
		Futura	$392.774.795,63
		TOTAL	$633.539.657
	El valor de la obra no ejecutada[7]		$171'306.261
	El monto al que ascendió la cláusula penal[8]		$33'289.737.60[9]
	Mayores costos en que incurrió el consorcio con ocasión de la suspensión del negocio jurídico[10]	Honorarios de personal de la obra	$30'000.000
		Gastos de administración	$2'000.000
		Actividades ejecutadas y no reconocidas por el INVIAS	$20'940.500
		Gravámenes tributarios	$1'005.869
		Total	$54'272.157
PERJUICIOS INMATERIALES	Perjuicios morales		300 SMLMV[11]
	A la vida de relación (daño al buen nombre)		3000 grs oro[12]
	Fisiológicos		500 SMLMV[13] o 1500 grs oro[14]
	Total estimado		$472'500.000

Hechos relevantes según la demanda

5. El 27 de mayo de 2005, el consorcio y el INVÍAS celebraron el contrato obra No. 456 (en adelante, el contrato) para "*la realización de atención de obras de emergencia en los PR35 + 0350, PR37+ 0855, PR38+0950, PR38+0000, PR38+0850, PR41+0900, PR44+0970, PR40+0500, PR35+0970, de la carretera La Lejia-Saravena*", con un plazo de ejecución de 3 meses, a partir de la orden de inicio (6 de julio de 2005), y un valor de $332'897.376.

6. El período de ejecución se extendió en virtud de varias suspensiones: (a) por 90 días, convenida el 29 de agosto de 2005, ante la necesidad de adecuar y mejorar el alcantarillado en el corregimiento de San Bernardo de Bata; (b) en 48 días, por las fuertes precipitaciones que hacían imposible la pavimentación programada; y, (c) por 5 meses adicionales (del 7 de febrero al 11 de julio de 2006), al no contar los con los estudios de suelos y diseños de pavimentos requeridos para la construcción de la obra.

---

mismos" (se subraya, fls.223 a 230, archivo *"12_Expedientedigi_EXPEDIENTE_CUADERNOPRINCIPAL"*, índice 53, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Norte de Santander–).
[7] Pretensión 1.4.
[8] Pretensión 1.5.
[9] Así fue tasada en la Resolución No. 3812 de 2008.
[10] Pretensión 1.6.
[11] Que estimó en $170'010.000
[12] Que tasó en $315'000.000
[13] Equivalentes, según dijo, a $283'350.000
[14] Que estimó en $157'000.000

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

7. El contrato estuvo paralizado a la espera de que el INVÍAS definiera los APU adicionales para la obra y superara las dificultades surgidas por falta de planeación. Fue hasta el 11 de julio de 2006 que la entidad autorizó las mayores cantidades requeridas, por lo que el 13 de julio siguiente el contratista pidió reiniciar labores.

8. La entidad ordenó al consorcio la entrega de la obra en el estado en que se encontraba y profirió las resoluciones demandadas, mediante las cuales declaró la caducidad del contrato e impuso al actor la sanción de inhabilidad para contratar con el Estado, por 5 años.

Fundamentos de derecho

9. El consorcio adujo que las resoluciones enjuiciadas desconocieron el art. 18 de la Ley 80 de 1933, en tanto la caducidad del contrato solo puede decretarse durante su desarrollo. Como el INVIAS expidió esos actos tres años después de la ejecución de la obra[15], superó el límite temporal para tal efecto. Además, los presupuestos materiales para su declaración tampoco se presentaron, pues la entidad tuvo injerencia en las situaciones constitutivas de incumplimiento negocial[16].

Contestación de la demanda

10. El INVÍAS guardó silencio[17].

Alegatos en primera instancia

11. Surtido el debate probatorio[18] al alegar de conclusión[19], la demandada[20] sostuvo que se notificó el auto del 18 de enero de 2018 sin atender los lineamientos del Decreto 806 de 2020, lo que impidió la comunicación efectiva de tal providencia, derivando en una trasgresión de su derecho de contradicción y defensa. Agregó que

---

[15] Fl.77, archivo *"12_Expedientedigi_EXPEDIENTE_CUADERNOPRINCIPAL",* índice 53, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Norte de Santander–.

[16] Aseveró: *"[l]a entidad resolvió hasta el once (11) de julio de 2006 los APUs requeridos. De manera que el cesante estado de la obra no era imputable al contratista pues la mora y la prestación esperada recaía en el Instituto Nacional de Vías (INVIAS)*" (Fl.13, archivo "12_Expedientedigi_EXPEDIENTE_CUADERNOPRINCIPAL", índice 53, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Norte de Santander–).

[17] En auto del 3 de febrero de 2012, el *a quo* inadmitió la demanda; el 20 de febrero siguiente, el consorcio presentó el escrito de subsanación; el Tribunal rechazó la demanda con proveído del 8 de marzo de 2012; la actora apeló la decisión y esta Subsección, en auto del 10 de septiembre de 2014 la revocó y, en su lugar, admitió la demanda (fls.53 y 54, 57 a 113, 128 y 129, 223 a 230, archivo *"12_Expedientedigi_EXPEDIENTE_ CUADERNOPRINCIPAL"*, índice 53, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Norte de Santander–).
El *a quo* profirió, el 6 de noviembre de 2014, auto de obedézcase y cúmplase frente a la providencia de esta Corporación y fijó en lista el proceso, abrió a pruebas el asunto y corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fls.236, 239, 240, 254 y 255, Ibid.). El Tribunal dictó sentencia el 30 de junio de 2017 (fls.309 a 335, Ibid.) y el INVÍAS formuló incidente de nulidad, por cuanto no se surtió la notificación del auto admisorio de la demanda –se resalta que desde mayo de 2016 el demandado propuso este incidente, sin que el *a quo* lo resolviera (fls.258 a 267, ibid.)–.
En proveído del 18 de enero de 2018, el Tribunal decretó la nulidad de todo lo actuado, "*a partir de la diligencia de notificación personal realizada el día nueve (09) de diciembre de dos mil catorce (2014) inclusive*", por cuanto no se notificó la providencia que admitió la demanda, sino la que ordenó obedecer y cumplir lo resuelto por el Consejo de Estado. En esta misma decisión, tuvo como notificado al INVÍAS, por conducta concluyente, y ordenó fijar en lista el proceso. El consorcio recurrió en súplica esta decisión y el *a quo* la confirmó, a través de auto del 7 de diciembre de 2020 (fls. 28 a 32, 39 a 44, archivo "*14_Expedientedigi_EXPEDIENTE_INCIDENTEDENULIDAD",* índice 53, SAMAI – Gestión en otras corporaciones ib.
Luego, el asunto se fijó en lista del 18 al 31 de enero de 2022 (fl.363, archivo *"12_Expedientedigi_EXPEDIENTE_ CUADERNOPRINCIPAL"*, índice 53, SAMAI –Gestión en otras corporaciones ib. El INVÍAS no se pronunció.

[18] En auto del 7 de junio de 2022, el *a quo* decretó las pruebas documentales aportadas con la demanda –y señaló que el INVÍAS no contestó la demanda– (fls.365 y 366, archivo "12_Expedientedigi_EXPEDIENTE_CUADERNOPRINCIPAL", índice 53, SAMAI – Gestión en otras corporaciones ib. En la sentencia de primer grado, el *a quo* señaló que el INVÍAS aportó, con los alegatos de primera instancia, los tomos 1, 2, 3 y 4 del contrato No. 456 (visibles en el índice 54 –Gestión en otras corporaciones, TA Norte de Santander–) e indicó que como esos documentos fueron allegados fuera de la etapa correspondiente, "*carecen de valor probatorio en el presente trámite y no podrán ser objeto de análisis por parte de esta instancia*" (fl.23, índice 55, SAMAI – Gestión en otras corporaciones ib.

[19] En el mismo auto en que se abrió a pruebas el proceso, el *a quo* corrió traslado a las partes por el término común de diez (10) días para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (ibid.).

[20] Fls.415 a 435, *archivo "12_Expedientedigi_EXPEDIENTE_CUADERNOPRINCIPAL"*, índice 53, SAMAI, ídem.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

se acreditó un incumplimiento del contratista, pues desde el 31 de enero de 2006, se suscribió el acta de fijación de precios no previstos, por lo que no es cierto que el INVÍAS tardó 5 meses en aprobar esos valores. Dijo que el pacto culminó el 22 de febrero de 2006, pero el consorcio no terminó la obra encargada.

12. El actor[21] insistió en sus argumentos; el Ministerio Público no se pronunció.

Fundamentos de la sentencia impugnada[22]

13. El *a quo* accedió parcialmente a las súplicas, en los términos transcritos. Aseguró que como el plazo negocial venció el 22 de febrero de 2006 y la Resolución 3812 se expidió el 23 de julio de 2008, la entidad profirió los actos enjuiciados sin con contar con habilitación para ello, ya que la declaratoria de caducidad solo procede durante el término de ejecución del contrato.

14. Frente a las peticiones indemnizatorias, accedió a: *(i)* la utilidad dejada de percibir por la obra no ejecutada[23], que ascendió a $7'647.957,70 –cifra que debía indexarse a la fecha de ejecutoria del fallo–; *(ii)* la restitución del valor que pagó el contratista a título de cláusula penal, impuesta en los actos debatidos; *(iii)* la utilidad dejada de percibir por el contratista, en virtud de la inhabilidad de cinco (5) años derivada de la caducidad ordenada, por las suma de $57'311.593.07[24] –señaló que procedería también su indexación–. Negó el reconocimiento de: *(i)* los gastos del contratista durante la parálisis del acuerdo[25], *(ii)* los perjuicios morales[26], *(iii)* los perjuicios fisiológicos[27] y *(iv)* el daño a la vida de relación[28].

II. EL RECURSO DE APELACIÓN[29]

15. El INVÍAS pidió revocar la sentencia de primer grado, por cuatro razones:

16. a) La caducidad puede declararse mientras el contrato no se haya liquidado; así lo establecía la jurisprudencia vigente al momento de expedición de los actos

---

[21] Fls.370 a 391, archivo *"12_Expedientedigi_EXPEDIENTE_CUADERNOPRINCIPAL",* índice 53, SAMAI ib.
[22] Índice 55, SAMAI ib.
[23] Señaló que no hay lugar a reconocer el valor total del perjuicio reclamado por obra no ejecutada, pero sí "*la utilidad neta y cierta que el contratista habría percibido de haberse ejecutado la totalidad del contrato, y cuya frustración constituye un daño cierto imputable a la declaratoria de caducidad*". Reconoció ese beneficio, en el 5% de la suma de $152'959.154, que representa el aproximadamente el 46% del objeto contractual dejado de ejecutar, según el acta de recibo final de la obra.
[24] Proyectó dicho beneficio por cinco anualidades consecutivas, tomando como base el porcentaje de ejecución logrado por el consorcio (el 54% del objeto), al cual le aplicó el 5%, esto es, el margen de utilidad contemplado en la propuesta presentada.
[25] Pues "*ninguno de estos rubros fue acreditado por el actor … no aportó contratos laborales, certificaciones de pago o nóminas del personal que afirma haber mantenido vinculado durante la suspensión; tampoco allegó comprobantes de gastos administrativos, tiquetes de viaje, facturas, reportes de alquiler (…) o cualquier documento idóneo que evidenciara la ejecución de actividades durante el periodo de suspensión o la existencia de erogaciones efectivas imputables al contrato. Igualmente, el expediente carece de prueba pericial que establezca, con criterios técnicos, la ocurrencia de una situación de improductividad o stand by atribuible a la entidad contratante*" ib.
[26] Puesto que no se probó que la reputación corporativa sufrió un detrimento real, identificable y verificable. Tampoco se acreditaron relaciones contractuales frustradas por razones asociadas al descrédito reputacional, ni reportes financieros o comerciales que evidencien un daño autónomo derivado de la afectación al buen nombre.
[27] Por su naturaleza, dicho perjuicio no es predicable de personas jurídicas, ni de figuras asociativas como los consorcios.
[28] No hay prueba de que alguno de los integrantes del consorcio sufrió una alteración grave, anormal y sustancial de sus condiciones de existencia como consecuencia de la declaratoria de caducidad.
[29] Índice 58, SAMAI – Gestión en otras corporaciones ib.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

cuestionados, por lo que debe aplicarse dicho criterio, en atención al principio de confianza legítima[30].

17. b) No procede el reintegro de la suma impuesta por concepto de cláusula penal, puesto que no se demostró que el consorcio la desembolsó efectivamente.

18. c) La pérdida de oportunidad no se presume y no hay pruebas de los perjuicios que sufrió el consorcio. Adujo que el *a quo* se basó en un supuesto carente de fundamento al mencionar un acuerdo celebrado con el municipio de Chámeza con utilidad del 10% y asumir que el número de contratos respecto de los cuales el demandante estuvo inhabilitado fue de 5, uno por cada año[31].

19. d) Sostuvo que el actor incumplió el vínculo negocial por causas ajenas al INVIAS, así que carece de soporte el reconocimiento de utilidad frente a la parte del objeto que no se ejecutó (correspondiente al 46% del mismo).

Trámite en segunda instancia

20. El *a quo* concedió el recurso de apelación[32] y esta Corporación lo admitió en proveído del 6 de mayo de 2026[33]. Al alegar de conclusión[34], el consorcio pidió confirmar la providencia recurrida[35]; la entidad reiteró sus argumentos de alzada[36]; y el Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

III. CONSIDERACIONES

Objeto del recurso

21. Dados los reproches del apelante[37], el *sub-lite* se enfoca en determinar si la demandada tenía o no competencia temporal para proferir las resoluciones enjuiciadas. En caso de ratificar que la entidad carecía de tal habilitación, se examinarán las censuras respecto de los perjuicios reconocidos en primer grado.

Análisis de la Sala

22. Frente a prerrogativas de poder presentes en una relación contractual sometida al EGCAP, la competencia y no la capacidad, es uno de los elementos imprescindibles para su ejercicio. Esta implica la constatación de que el ente u órgano que adopta una decisión a nombre del Estado ostenta la potestad o habilitación legal para emitirlo, en perspectiva material, territorial, funcional y temporal. La primera hace referencia a la aptitud que tiene la autoridad para pronunciarse sobre un asunto en particular con efectos vinculantes; la segunda al

[30] Aludió, entre otras, a las sentencias del 13 de septiembre de 1999, exp. 10.264, y 18 de marzo de 2004 exp.15.936, así como la del 18 de noviembre de 2021, exp. 54883. Indicó que solo en sentencia de unificación del 12 de julio de 2012, exp.15.024, la Sección Tercera señaló que "*las entidades solo pueden decretar la caducidad del contrato antes de que el plazo expire*".
[31] Fls.6 y 7, índice 58, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Norte de Santander–.
[32] Índice 69, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Norte de Santander–.
[33] Índice 4, SAMAI.
[34] En auto del 27 de mayo de 2026, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rinda concepto, en virtud de lo dispuesto en el art.212 del CCA (índice 12, SAMAI)
[35] Índice 16, SAMAI.
[36] Índice 18, SAMAI.
[37] Los cuales constituyen el marco de decisión del *ad quem*, a voces del artículo 357 del C. de P.C.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

lugar o circunscripción que determina el ámbito de la actuación respectiva; la tercera, alude al grado o habilitación funcional, es decir, a la estructura jerárquica del organismo o ente estatal; y, la cuarta se relaciona con el ejercicio oportuno de la facultad desplegada, ligado a un determinado momento o plazo[38].

23. Es de precisar que la competencia es explícita y expresa, en tanto no se infiere o deduce, comoquiera que surge de una norma de carácter constitucional, legal o reglamentaria, que demarca el límite de las actuaciones del órgano o entidad estatal a la que ha sido conferida. Ello consolida el escenario de control respecto al ejercicio de los poderes públicos, pues sienta las bases y las reglas que debe seguir la autoridad de cara a las determinaciones que se adoptan en un Estado Social de Derecho –en particular, frente a los administrados–. Así, la actuación con incompetencia genera un vicio invalidante que es causal de nulidad.

24. La Sala inicia por precisar que la caducidad de un contrato estatal corresponde a una potestad excepcional, consagrada en el art. 18 de la Ley 80 de 1993[39], que se activa ante el supuesto de un grave incumplimiento[40] que pueda conducir a la parálisis de la ejecución del objeto contratado y, por ende, a la afectación del interés público envuelto en el negocio jurídico estatal[41]. La gravedad se proyecta, a su vez, en que esa declaratoria corresponde a la sanción más drástica que se puede imponer al contratista.

25. Para contener sucesos de tal calibre, el legislador autorizó que las entidades contratantes, al constatar los supuestos de ley, puedan declarar unilateralmente la terminación del contrato y ordenar su liquidación, cuando ello proceda, además de adoptar las medidas necesarias en pro de asegurar la cumplida ejecución de su objeto, como lo prevé la citada disposición. Lo anterior, en el marco legal dispuesto a fin de que la administración pueda desplegar sus funciones de dirección general y de control y vigilancia de la ejecución del contrato estatal.

26. Del contenido del art. 18 ib. surge que la principal y más importante finalidad de la caducidad, derivada de eventuales situaciones de incumplimiento negocial o para prevenir otros comportamientos que pueden tener efecto directo sobre el

---

[38] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de julio de 2021, radicación 68001233300020140065601 (58.372).

[39] "ARTÍCULO 18.- *De la Caducidad y sus Efectos*. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.
En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.
Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.
La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento".

[40] La ley estableció otros eventos que dan cabida esta figura, diversos al incumplimiento, pero que buscan prevenir circunstancias que afectan el interés general protegido en la contratación estatal: como son *"las relacionadas con acceder a peticiones o amenazas de los grupos al margen de la ley (Decreto 1875 de 1992 y Ley 80 de 1993, art. 5°), la declaratoria de responsabilidad fiscal de que sea objeto el contratista (Ley 610 de 2000, art. 61), el hecho de haber sido condenado en acción de repetición (Ley 678 de 2001, art. 17) o el incumplimiento de las obligaciones relativas al pago de aportes parafiscales (Ley 828 de 2003, art. 1°)"*. Sentencia T-1071 de 2007 de la Corte Constitucional.

[41] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 17 de junio de 2022, 250002326000 201100482 01 (57.568).

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

interés público, consiste en remover al contratista de la ejecución del negocio jurídico, en aras de precaver la interrupción o parálisis de la prestación de los servicios y funciones a cargo de administración, con miras a ofrecer garantía de su continuidad, ya sea mediante su ejecución directa o a través de un tercero[42].

27. El propósito y funciones que la ley asignó a esta prerrogativa de poder público permite entender que su declaratoria sólo procede durante el término de ejecución del contrato y no en la etapa de liquidación, pues en tal escenario resultaría inocua por sus fines, en tanto impediría lograr el objetivo primordial trazado al seno de la caducidad dirigido a garantizar que el contrato se cumpla en los términos estipulados –incluido su plazo–, que es para lo cual se remueve al contratista incumplido y se adoptan otro tipo de medidas de contingencia y continuidad.

28. No solo la comprensión razonable del objeto y fin para el que se establece esa prerrogativa conduce este aserto[43], sino también su interpretación literal[44], pues al examinar la redacción del citado art. 18, que prevé la declaratoria de caducidad por el incumplimiento "*…que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización […]*", se advierte que su habilitación se extiende mientras perviva el plazo de ejecución estipulado. Así, cuando ocurre el fenecimiento del término negocial cesan las obligaciones asumidas por los contrayentes –porque es un medio extintivo de las mismas–, de modo que un entendimiento que amplíe dicha prerrogativa más allá del período de ejecución desconoce los límites y la función de aquella disposición. En este contexto, el límite temporal para declarar la caducidad del contrato está dado por los supuestos materiales que la ley ha dispuesto para su aplicación, conforme a sus fines, ubicándola exclusivamente en el interregno del despliegue negocial.

29. Bajo el *sub-lite* se discute la competencia *ratione temporis* que ejerció el INVÍAS al proferir las Resoluciones 3812 y 6185 de 2008 mediante las cuales declaró la caducidad del contrato de obra 456 de 2005.

30. El razonamiento de la entidad se funda en que para época de los actos debatidos, en la jurisprudencia de esta Colegiatura, prevalecía el criterio que avalaba que esta potestad se extendía hasta la liquidación del vínculo negocial, y señala que fue con la sentencia del 12 de julio de 2012 –expediente 15.024– que esta Sección recogió tal postura para precisar que dicha facultad sólo procede durante el término de la ejecución contractual. La censura del recurrente impone reconocer que el análisis de legalidad del acto debe realizarse en confrontación no solo con las normas vigentes al momento de su expedición sino, además, de cara a los pronunciamientos judiciales efectuados sobre la interpretación y alcance de tales preceptos, como parámetro vigente para la época de la declaratoria de caducidad.

31. Lo anterior, en reconocimiento de la fuerza vinculante de la jurisprudencia que bajo el sistema de fuentes consagrado en el art. 230 constitucional[45], obra como

[42] Ibidem.
[43] El criterio teleológico de interpretación de la ley busca constatar el fin del precepto normativo, en aras de llegar a su entendimiento, atendiendo esos objetivos que se buscan alcanzar con su mandato.
[44] El artículo 27 del Código Civil dispone que cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.
[45] *"ARTÍCULO 230. Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley.*

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

criterio *auxiliar*, no subsidiario, de la ley. Ello denota que la jurisprudencia se erige como un instrumento para desentrañar el sentido correcto de las normas vigentes, en procura de su adecuada utilización para la resolución de los asuntos que les competen.

32. Comparte la Sala este acercamiento, pues los precedentes judiciales no son inmutables o inalterables, comoquiera que son una fuente dinámica que refleja y se adecúa a las transformaciones normativas y sociales, sin que ello tampoco implique una patente para desconocer derechos fundamentales de superior jerarquía. Así, ante las variaciones del derecho positivo, si los jueces advierten un inadecuado entendimiento de las normas de cara al sistema jurídico que integran, o si se constatan cambios que inciden en la realidad social, surge la necesidad de efectuar un replanteamiento de las tesis desarrolladas vía jurisprudencial; o, si bajo las mismas pautas legales se llega a una conclusión diversa de las señaladas en el precedente, habrá de exponerse las razones por las que en un caso concreto aquel no tiene aplicación.

33. Pero no basta que solo se adviertan factores que conllevan la alteración de los criterios determinados en la jurisprudencia, pues es forzoso que el razonamiento venga acompañado del cumplimiento de las cargas de claridad, argumentación y suficiencia, esto es, la necesidad de poner en evidencia los precedentes vigentes que gravitan en torno a la posición que se va a tomar y explicar con claridad por qué esta última resulta más adecuada a la anterior, a fin de precaver un cambio arbitrario o discrecional de aquellos[46].

34. Por lo tanto, para el caso concreto, a la Sala se le impone precisar el efecto de las variaciones jurisprudenciales, y definir si la tesis de la entidad contratante constituía el criterio uniforme e imperante para la época de expedición de las resoluciones demandadas.

35. Frente a este tópico se advierten dos corrientes sobre la aplicación de las variaciones jurisprudenciales, una retroactiva y otra prospectiva. La problemática se desliga del cuestionamiento de si la autoridad judicial puede o no modificar el precedente, y se ubica en determinar cómo y bajo qué condiciones ello acontece.

36. La tesis retroactiva enseña que una modificación de postura o cambio jurisprudencial por parte del órgano de cierre se aplica de manera general e inmediata, en sentido horizontal y vertical, esto es, desde el momento en que cobra firmeza la providencia que la contiene. Eso significa que cuando un litigio inicia con sustento en un criterio judicial que posteriormente es alterado, la controversia se debe definir con base en esa nueva orientación interpretativa de la autoridad judicial.

37. Esta noción encuentra respaldo en la comprensión de la jurisprudencia como una herramienta que no se equipara la ley, sino en un instrumento que permite su entendimiento. En esa medida, la aplicación de los cambios de jurisprudencia a

---

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".

[46] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2012, radicación 17001-33-31-003-2010-00205-01(AP).

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

casos iniciados con anterioridad a su emisión no desconoce el principio general de irretroactividad la ley en el tiempo[47].

38. El empleo estricto y sin exclusión de este efecto ha generado cuestionamientos en punto a la garantía de seguridad jurídica e igualdad de los administrados y de los sujetos que acceden a la jurisdicción buscando la protección de sus derechos. Una postura de tal amplitud, como mandato general y pleno, afecta la atención de situaciones particulares y la confianza y regularidad que los destinatarios del ordenamiento jurídico tienen frente a los órganos encargados de definir sus asuntos específicos, así como de las autoridades que dirimen los conflictos.

39. Con este panorama se presenta el criterio que prohíja por no abandonar la tesis primigenia o vigente bajo la cual se planteó el conflicto, sino conservarla justamente para que la controversia se resuelva con la óptica fuente del litigio, ante el cambio repentino de la postura jurisprudencial que puede acontecer durante el interregno del curso procesal.

40. Las buenas razones que impulsan el progreso de la jurisprudencia no justifican, a la llana, el sacrificio de los derechos de quienes obraron en el pasado movidos por lo que mandaba el antiguo precedente[48]. La consideración de la implementación de los diversos cambios desde el "*mejor*" entendimiento del derecho o por la variación de las condiciones sociales o económicas que impactan en la lectura normativa, no pueden pasar por alto aquellas situaciones que se decidieron bajo la perspectiva de un precedente consolidado.

41. Sin salir del contexto colombiano, pero por ser ilustrativo a nivel de lo que podría denominarse jurisprudencia comparada, en México la literatura especializada ha exaltado la postura de la Sala Segunda de la Corte Suprema de la Nación, LXV/2012, que modificó su jurisprudencia 2a./J.199/2004, para establecer que "*el cambio de criterio jurisprudencial ya no debe afectar a los gobernados que interpusieron recursos o medios de defensa promovidos antes del cambio de criterio y tramitados asimismo antes de adoptarse la nueva línea jurisprudencial. Esta sólo tiene eficacia para el futuro (eficacia prospectiva), es decir, para los medios de impugnación que se interpongan posteriormente al asunto que da lugar a la tesis que, precisamente, propicia la nueva dirección jurisprudencial*"[49].

42. A su vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que la Sala cita bajo una generalidad que no es tan amplia, ha planteado que como existe una indisoluble relación entre la ley y su entendimiento, en la medida que revela su

---

[47] *"... entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva. La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos"* (sentencia C-619-01 de la Corte Constitucional).

[48] Nota original: "*Sentencias del 4 de septiembre de 2017, Exp. 57.279 y del 2 de marzo de 2020 Exp. 39.947*", citada en la sentencia del 17 de junio de 2022, radicación: 250002326000 201100482 01 (57.568).

[49] ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús: "¿Se acabaron los efectos retroactivos de la jurisprudencia?", Revista del Instituto de la Judicatura Federal, consultada en: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/viewFile /32086/2907

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

sentido[50], el giro jurisprudencial desfavorable e imprevisible tiene vedada su aplicación retroactiva.

43. El derecho nacional no ha sido ajeno a las dificultades del efecto retroactivo del precedente jurisprudencial. Aunque la Corte Constitucional reconoce que éste opera, como regla general, también ha indicado que algunos los cambios pueden dar lugar a afectaciones precisas en los procesos judiciales que estén en trámite, por lo que es admisible que el juez examine cada caso particular, a fin de determinar si esa aplicación retroactiva afecta derechos fundamentales de quienes actuaron bajo el amparo de otro criterio jurisprudencial. Precisa que "*si el cambio de jurisprudencia resultó definitivo en una posible afectación de derechos fundamentales al modificar las reglas procesales con base en las cuales, legítimamente, habían actuado los sujetos procesales y, en este sentido, el juez de conocimiento puede, como excepción a la regla general de aplicación de la jurisprudencia, inaplicar un criterio jurisprudencial en vigor al momento de proferir el fallo, pero contrario a uno anterior que resultó determinante de la conducta procesal de las partes*"[51].

44. La Sección Tercera del Consejo de Estado ha sido una viva, profunda, democrática y constante promotora del debate en esta materia, y a pesar de que no tiene una postura unificada, en algunas decisiones recientes ha sostenido que los cambios de precedente deben operar hacia futuro, es decir, con efecto prospectivo[52]. De hecho, en las providencias en las que se ha sostenido que los cambios deben operar de forma inmediata para evitar que la congestión judicial comprometa su eficacia, admite hipótesis de aplicación hacia futuro si la eficacia retroactiva del nuevo precedente incide de forma grave en el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia[53].

45. La Sala sigue reflexionando y se pregunta cómo negar que la utilización de este efecto sea razonable cuando se juzgan los vicios que pueden afectar la legalidad del acto administrativo, de cara a la realidad incontestable de que estos

---

[50] CUERDA ARNAU, María Luisa: "Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (a propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)", Revista Penal, No. 31. - Enero 2013, Tirant lo blanch, consultada en: https://revistapenal.tirant.com/index.php/revista-penal/article/view/460. Casos Cantoni contra Francia (15 noviembre 1996) y Del Río Prada contra España. Frente al último asunto, indicó:
"*Con todo, no es este un caso que le suscite dudas, pues taxativamente afirma que en absoluto estamos ante un mero problema de ejecución de la pena, ya que el nuevo método de cálculo de la redención tiene un impacto decisivo en la pena que se va a infligir a la recurrente ya que en la práctica conduce a alargarla en casi nueve años (número 59). Siendo así y siendo que el giro jurisprudencial desfavorable al reo era imprevisible (era difícil, imposible más bien para el recurrente prever tal cambio), declara vulnerada la prohibición de irretroactividad. Todo ello, sin perjuicio de reconocer que corresponde a los tribunales de cada Estado la interpretación y aplicación del derecho interno (número 57) y que, asimismo, los Estados son libres de modificar su política criminal en orden a incrementar la severidad de la reacción penal pero en ambos casos —esto es frente al juez y frente al legislador— opera la prohibición de retroactividad desfavorable en tanto que exigencia material del principio de legalidad*".
[51] Corte Constitucional, sentencia SU-406 de 2016.
[52] En las sentencias del 4 de septiembre de 2017 (Subsección C, Exp. 57.279,) y 2 de marzo de 2020 (Subsección B, Exp. 39.947), se aplicaron los cambios jurisprudenciales con efecto prospectivo. En el primer fallo, la Corporación aplicó la tesis de que la caducidad podía declararse después de vencido el plazo de ejecución del contrato, porque ese era el criterio vigente cuando el acto se expidió. En la segunda providencia, que resolvió en un litigio sobre el enriquecimiento injustificado de la entidad estatal, se concedieron las pretensiones del particular sin aplicar la tesis unificada que se adoptó en el año 2012 sobre los supuestos en los que procede la *actio in rem verso*. Asimismo, ver las sentencias de esta Subsección del 5 de marzo de 2021, radicación: 25000-23-26-000-2001-00066-01(39249), 17 de junio de 2022, radicación: 25000232600020110048201 (57.568) y del 27 de agosto de 2021, radicación: 760012331000 201001507 01 (52.434).
[53] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Auto del 25 de septiembre de 2017, Exp. 50.892, C.P Danilo Rojas Betancourth.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

se generan al momento de su nacimiento, lo que impone su contraste con el derecho vigente para ese entonces, integrado con el precedente jurisprudencial como criterio auxiliar para su entendimiento[54].

46. En el *sub-lite*, la Resolución 6185 del 5 de noviembre de 2008, confirmatoria de la 3182 del 23 de julio de ese año, fue explícita en manifestar que en línea con las providencias emitidas en los procesos 13.598, 15.936 y 10.264 de esta Corporación, la potestad para declarar la caducidad del contrato se conservaba mientras éste no se hubiese liquidado. Lo anterior, impone analizar si el mencionado criterio de habilitación temporal constituía un precedente para el tema en cuestión, o era una postura aislada, o no pacífica en la jurisdicción.

47. Al examinar las providencias referidas por la entidad, así como las que se expidieron con anterioridad y para la época en que se dictaron las resoluciones enjuiciadas -2008-, la Sala encuentra las siguientes pautas jurisprudenciales que se sintetizan:

Postura	Sentencias que la desarrollan	Año de la providencia
A. La declaratoria de caducidad del contrato estatal procede solo durante el plazo de ejecución del negocio jurídico.	Exp.1.485[55]	1979
	Exp. 3.862[56]	1990
	Exp. 6.491[57]	1992
	Exp. 11.481[58]	1996
	Exp.10.103[59]	1997
	Exp. 10.196[60]	1999

[54] Nota original: "... *En cambio, la aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales no presenta las mismas limitaciones cuando no recae sobre la interpretación de enunciados legales que establecen patrones de conducta (permisiones, mandatos, prohibiciones), sino sobre el contenido de instituciones jurídicas con fundamento en las cuales se dirimen los conflictos. Así, por ejemplo, los cambios jurisprudenciales relacionados con instituciones como el valor probatorio de las copias o el título jurídico para imputar responsabilidad al Estado por actos terroristas pueden aplicarse retroactivamente, sin que por ello se lesione el principio de confianza legítima y seguridad jurídica*", citada en la sentencia del 5 de marzo de 2021, radicación: 25000-23-26-000-2001-00066-01(39249).

[55] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 1979, que señaló: *"En forma reiterada ha dicho el Consejo de Estado que la caducidad del contrato solo es procedente cuando éste está vigente y no cuando el contrato ha terminado por vencimiento del plazo contractual o ante la terminación de la obra contratada. La finalidad de la cláusula de caducidad es precisamente dar por terminado el contrato. Pero si ya feneció por vencimiento del plazo o ejecución de las obras, lo único que legalmente procede es su liquidación, para saber quién debe a quien y cuánto o para que se haga uso de las acciones legales que cada parte considere conveniente a sus intereses*" (esta providencia fue citada en la sentencia del 12 de junio de esta Subsección, rad.: 25000-23-26-000-2002-01795-01(27199)).

[56] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de febrero de 1990, rad. CE-SEC3-EXP1990-N3862. Allí se indicó que *"[t]erminado el contrato por vencimiento del plazo, ha dicho la Sala, se agota la competencia para declarar la caducidad, pues el poder exorbitante de la administración sólo tiene operancia en vigencia de la relación negocial*".

[57] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de abril de 1992 (citada en la providencia del 30 de enero de 2013 de esta Subsección, rad.: 27001-23-31-000-1999-00188-01(20342); detalla que bajo el mismo criterio se profirieron las sentencias del 29 de enero de 1988, exp. 2.616, 3.615, 6 de mayo de 1992, exp. 6.661, 15 de febrero de 1991, exp. 5.973, 25 de septiembre de 1993, exp. 6.437; y 2 de abril de 1992, exp. 1.875).

[58] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 1996, rad. CE-SEC3-EXP1996-N11481, en la que sostuvo "... *cuando la administración demandada declaró la caducidad del contrato No. 2186, carecía de competencia en el tiempo para hacer uso de ese poder exorbitante, habida consideración al hecho de que dos meses y medio antes la concesionaria había solicitado que se le terminara el contrato conforme a lo permitido por la cláusula décima sexta y había demostrado la existencia de la situación de hecho que esa cláusula requería*".

[59] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 1997.

[60] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999, rad. CE-SEC3-EXP1999-N10196. Se aseguró: "*Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sección acerca de que la administración sólo puede declarar la caducidad del contrato durante la vigencia del mismo*".

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

B. El ejercicio de la facultad excepcional de caducidad se extiende hasta la etapa de liquidación del contrato, inclusive.	Exp.11.345[61]	1999
	Exp.10.264[62]	1999
	Exp.13.352[63]	2001
	Exp. 15.936[64]	2004

48. Lo anterior revela que de forma decantada y reiterativa –desde la década de los 70 hasta finales de los 90– esta Colegiatura siguió el criterio que habilita el ejercicio de la facultad de caducidad únicamente durante el interregno del plazo de ejecución contractual. A partir de 1999 amoldó su postura para extender dicha prerrogativa luego de que hubiere vencido el término negocial, hasta tanto el vínculo no se hubiere liquidado.

49. Días después de que se profirió la Resolución 6185 del 5 de noviembre de 2008, la Sección Tercera, a través de providencia del 20 de noviembre de ese año[65], propugnó por la primera de las tesis aludidas. Luego de diferenciar los conceptos de plazo de ejecución y plazo de liquidación, puntualizó que la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el primer término, por cuanto:

50. a) Su definición legal así lo requiere, en tanto que la lógica y dinámica jurídica de los supuestos que integran su consagración normativa imponen que no es posible que se afecte "*la ejecución del contrato*" y se presente su "*paralización*" cuando ya ha expirado o finalizado ese plazo para el cumplimiento regular y oportuno de las prestaciones que emanan de él.

51. b) La finalidad de esa prerrogativa, consistente en la remoción del contratista incumplido para proseguir el objeto contractual, requiere de la vigencia del término de ejecución, pues de otra manera se desvanece la posibilidad para la entidad de retomar el servicio, la obra o el suministro, directamente o mediante la celebración de otro contrato.

---

[61] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1999, rad. CE-SEC3-EXP1999-N10264. Señaló: "*Al efecto, debe distinguirse que una situación de carácter particular es el vencimiento del plazo del contrato y otra bien distinta la que se presenta con la terminación material de la relación negocial, pues ésta última ata a las partes en la medida en que se mantiene latente la obligación inicialmente contraída por el arrendatario cual es la de finalmente restituir el inmueble al arrendador. Si se interpretara que luego de vencido el plazo del contrato de arrendamiento, la administración perdiera automáticamente la potestad de hacer uso de las cláusulas exorbitantes, el arrendatario podría negarse a efectuar la restitución para alegar una prórroga tácita o en su defecto permanecer en el inmueble arbitrariamente so pretexto de que el juez administrativo dirima la controversia, con olvido que por la naturaleza del contrato, la administración solo puede verificar hasta el día siguiente de vencido el plazo si el arrendador cumplió o no con su obligación*".

[62] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1999, radicación CE-SEC3-EXP1999-N10264. Se afirmó: "*Es verdad que vencido el plazo del contrato éste se coloca en la etapa de liquidación, pero no resulta razonable sostener que en esta fase la administración no pueda hacer uso de sus potestades sancionatorias frente al contratista, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio*".

[63] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de marzo de 2001, rad. 25000-23-26-000-1993-09167-01(13352). "*La Sala ha precisado que el ejercicio de la potestad para declarar la caducidad del contrato no cesa con el vencimiento del plazo contractual si subsisten obligaciones entre los contratantes*".

[64] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de mayo de 2004, rad. 73001-23-31-000-1997-05495-01(15936). La Sala aseveró: "*También fue motivo de precisión jurisprudencial la competencia 'ratione temporis' para el ejercicio de los poderes excepcionales o exorbitantes que posee la entidad estatal para el control y dirección del contrato, al señalar que la administración puede declarar el incumplimiento del contratista luego de que hubiera vencido el plazo contractual, como medida orientada a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria cuando aquél no hubiere ejecutado la totalidad de las prestaciones a su cargo y podía ejercitar otros de sus poderes sancionatorios hasta tanto el contrato no se hubiera liquidado, en razón de que la liquidación está comprendida dentro de la vigencia del contrato*".

[65] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, rad. 05001-23-26-000-1992-01369-01(17031), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

52. c) La etapa de liquidación del contrato no está concebida ni es apta para declarar la caducidad del contrato, sino para que las partes puedan realizar el corte de cuentas y el balance definitivo de las prestaciones a su cargo; y

53. d) El hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo y que con ello se ampare el uso de esa prerrogativa en este periodo.

54. La Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia del 12 de julio de 2012, exp. 15.024, unificó la jurisprudencia en torno al tema de la competencia *ratione temporis* para declarar la caducidad del contrato, para lo cual acogió los fundamentos expuestos en la sentencia del 20 de noviembre de 2008, acabada de referir[66].

55. Recapitulando las pautas interpretativas avaladas durante la época, se encuentra que durante algunos años la habilitación temporal para la declaratoria de caducidad fue objeto de cambio de criterio. La providencia del 20 de noviembre de 2008[67] es manifiesta en reconocer dicha modificación interpretativa y en expresar los argumentos que condujeron a la Corporación a retomar la primera de las tesis contempladas.

56. La lectura de la normatividad aplicable debe hacerse en clave de los lineamientos y definiciones establecidas por esta Corporación, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Este predicamento está llamado a trasladarse como vía comunicante al examen de los actos administrativos, pues lo lógico es que la autoridad administrativa encargada de dictarlos se oriente por el marco legal correspondiente y acuda al planteamiento jurisprudencial vigente para la época de expedición de la decisión.

57. Lo anterior, con lógica propia de un silogismo, conduciría a la Sala a examinar las resoluciones enjuiciadas bajo la perspectiva del segundo criterio interpretativo, esto es, que la facultad de declarar la caducidad se extendía a la etapa de liquidación del contrato, ya que era el vigente para el momento que éstas fueron expedidas. Sin embargo, preocuparía que un aval automático e irreflexivo de este efecto en el *sub-júdice* se proyecte como transgresión *ius fundamental,* puesto que la declaratoria de caducidad tiene un efecto sancionatorio explícito.

58. Efectivamente, la declaratoria de caducidad es una figura de tinte sancionatorio que conlleva serias implicaciones para el contratista, como lo son: no participar en nuevos procesos de selección con la administración por el período de cinco años –inhabilidad–, ceder o renunciar a los negocios estatales que tenga en curso –inhabilidad sobreviniente– y no tener derecho a indemnización respecto del contrato caducado. Tal como se lee del art. 18 de la Ley 80 de 1993 que dispone "... *no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las*

[66] En esta oportunidad, esta Sección indicó: *"... la Sala, a través de este pronunciamiento, reitera la posición jurisprudencial transcrita, en el sentido de que una vez expirado el término de ejecución del contrato no es posible decretar la caducidad*" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 12 de julio de 2012, rad. 85001-23-31-000-1995-00174-01(15024) C.P. Danilo Rojas Betancourth).
[67] Exp.17.031.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

sanciones e inhabilidades previstas en esta ley", en consonancia con lo consagrado en los arts. 8[68] y 9[69] de esa misma normativa.

59. Esta Sección ha reconocido la consecuencia punitiva de la aplicación de la mencionada prerrogativa de poder público, al señalar que "...*el contratista que da lugar a la declaratoria de caducidad se hace acreedor a una sanción que lo inhabilita para celebrar negocios jurídicos con la administración. El término es de 5 años, según lo establece el inciso segundo del literal i) del artículo 8 del estatuto contractual*..."[70].

60. La generación de esta consecuencia conlleva a que la aplicación de la normatividad, y de la pauta jurisprudencial respectiva, proceda bajo el cariz del principio de favorabilidad. Este mandato, previsto en el artículo 29 de la Carta Política[71], constituye una excepción a la aplicación de las leyes en el tiempo que autoriza que un suceso que ha tenido lugar bajo la vigencia de una determinada ley, se rija por una norma posterior, en principio improcedente, porque es más beneficiosa o menos gravosa para la situación particular del sujeto investigado y/o sancionado. La jurisprudencia constitucional ha destacado que aquellas figuras que tienen naturaleza eminentemente sancionatoria, porque derivan del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, se deben examinar con enfoque en el mencionado principio, pues "*por extensión se predica de todo del derecho sancionatorio ... tanto en aspectos sustanciales como procedimentales*"[72].

61. En este orden de ideas, el ejercicio de la potestad punitiva de la administración, que incluye el derecho contractual sancionatorio, debe desplegarse en consonancia con la garantía de favorabilidad frente al sujeto destinatario del mismo, puesto que se trata de un proceder que materializa el mandato del art. 29 constitucional, protege la libertad individual y controla la arbitrariedad administrativa y judicial, al asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo del Estado[73].

62. Así, de advertirse que a la misma situación de hecho son aplicables dos interpretaciones normativas distintas, debe preferirse aquella más favorable o menos restrictiva para el sujeto. En este caso, al constatarse que el efecto retroactivo del criterio jurisprudencial vigente resulta menos perjudicial para el contratista, en comparación con la aplicación prospectiva de la pauta imperante al momento en que se dictaron las resoluciones enjuiciadas, la Sala opta por el acatamiento de la primera opción al ser más beneficiosa para el destinatario de la sanción en términos constitucionales, comoquiera que restringe la habilitación temporal para la imposición de aquella fuera del plazo de ejecución negocial.

---

[68] *"Art. 8. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: (…) c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad."*

[69] *"Art. 9.*De las Inhabilidades e Incompatibilidades Sobrevinientes. *Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución ...".*

[70]Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre de 2013, radicación: 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697). Esta sentencia reitera lo manifestado por la Subsección A, a través de providencia del 28 de junio de 2012, expediente: 23.361.

[71] En los siguientes términos: *"... en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".*

[72] Sentencia T-1087 de 2005 de la Corte Constitucional.

[73] Sentencias C-653 de 2001 y C-592 de 2005 de la Corte Constitucional.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

63. De esta manera, hacer prevalecer el entendimiento jurisprudencial vigente para la fecha de los actos debatidos sacrificaría el derecho fundamental al debido proceso del consorcio, lo que implica que la Sala otorgue un trato diferenciado al presente asunto y se prefiera una lectura retroactiva de las pautas judiciales para dirimir el litigio, en tanto que esto se postula razonablemente justificado.

64. La garantía del derecho a la igualdad material ante la ley conlleva a que decisiones similares se adopten bajo el mismo marco normativo y a proteger la buena fe y la confianza legitima[74]; estas bases imponen el respeto y amparo de las premisas que integran el precepto legal vigente, para su cabal aplicación en las situaciones particulares a resolver.

65. La solución que estima la Sala se basa, además, en una razón concreta, que parte del acatamiento del sistema de fuentes previsto en el ordenamiento jurídico nacional, conforme al cual la fuente principal del derecho es la ley en sentido material –es decir, la Constitución, la ley, los decretos y demás normas jurídicas–. La jurisprudencia[75], la costumbre, la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de aquella[76]. Este sistema de fuentes quedó inscrito en la Carta Política, con la expresa ratificación del imperio de la ley como la base fundamental y preponderante del derecho, seguida de las otras fuentes como criterios auxiliares de su comprensión.

66. En esa medida, las autoridades administrativas y judiciales, al decidir los casos que les competen, deben orientarse por el contenido de la ley, como fuente principal, seguido de la jurisprudencia, entre otros, como un instrumento que dilucida, orienta y apoya a aquella[77].

67. El recuento de la evolución jurisprudencial, en punto al marco temporal para la declaratoria de caducidad contractual, es diáfano en mostrar que el retorno a la postura primigenia no devino de un criterio arbitrario, sino de un atento entendimiento de los elementos normativos que consagran dicha facultad excepcional y la comprensión del propósito esencial que contempló el legislador al definir esta figura y sus efectos.

68. Al advertir que la tesis jurisprudencial que guarda coherencia con el contenido del art. 18 de la Ley 80 de 1993, es aquella que esta Colegiatura mantuvo desde 1970 y retomó a finales de 2008, y que ha sido postura pacífica ya por lustros en el entendimiento de esa potestad excepcional, esta Subsección se decanta por la aplicación de la norma en línea con esa pauta, por ser la que se ajusta a todos los elementos que determinan la tipicidad de la conducta que es objeto de sanción y determina el límite temporal para el despliegue de dicha facultad unilateral. Lo anterior, en tanto la jurisprudencia no puede modificar o sustituir la ley, sino que su

---

[74] Artículo 83 de la Constitución Política.
[75] Desde la Ley 153 de 1887 el legislador reconoció esta tradición jurídica al consagrar, en el art. 4, que *"[l]os principios del derecho … y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en los casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes*".
[76] Corte Constitucional, sentencia C- 104 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero
[77] "*De un lado, en el sistema anglosajón, práctico y empírico por naturaleza, la jurisprudencia es la fuente principal de derecho, de tal manera que los jueces al momento de dictar sentencia consultan los antecedentes que existan en el conjunto de sentencias precedentes. Se enfatiza en la noción de 'precedente'. La ley escrita ocupa un lugar secundario. De otro lado, en el sistema latino, más especulativo y abstracto, la ley escrita es la principal fuente de derecho. La jurisprudencia ocupa un lugar secundario*" ib.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

papel se inscribe en auxilio de su entendimiento, sin ubicarse en el mismo escalón al que pertenecen los mandatos normativos.

69. Ante la constatación de que las resoluciones demandadas fueron emitidas conforme a una postura jurisprudencial de vigencia transitoria, que posteriormente fue recogida, la posición de la autoridad judicial a la que le atañe la definición de esta controversia no puede anclarse en tal época, pues aquel debate fue superado; con esa dirección, lo que corresponde en el caso concreto es la aplicación retroactiva del criterio judicial para materializar las garantías *ius fundamentales* atinentes al principio de favorabilidad e igualdad ante la ley; esta ruta, a su vez, desata la tensión entre los principios de confianza legítima que aduce la entidad demandada, frente a las garantías del sujeto en quien se proyectan los efectos de una sanción, que no era imponible.

70. Esta solución no es contraría a otros pronunciamientos en los que esta Subsección ha adoptado la aplicación prospectiva del precedente, cuando esas determinaciones se han orientado a proteger las garantías fundamentales de quienes acuden a la administración de justicia, propósito que también se resguarda en el *sub-lite*. En efecto, (i) en el expediente 57.568[78], la Sala reconoció la necesidad de limitar la aplicación retroactiva de los cambios de precedente en los casos en que la administración estuvo movida por tal interpretación vigente al momento en que se expidieron los actos debatidos, pero finalmente, para ese caso particular ya estaba vigente la rectificación jurisprudencial que se adoptó en la sentencia del 20 de noviembre de 2008 (Exp. 17.031), en punto a la competencia *ratione temporis* de la caducidad contractual; (ii) en el proceso 39.249[79] se indicó que no debió aplicarse retroactivamente la rectificación jurisprudencial que tuvo lugar en el 2005, sobre la competencia de imponer multas unilateralmente, porque el acto debatido era anterior a esa época (del año 2000); y, (iii) en el litigio 52.434[80] se optó por un efecto prospectivo, es decir, la aplicación de la tesis que admitía la renuncia tácita al pacto arbitral, pues era el precedente vigente al momento de la contestación de la demanda y el que garantizaba, de mejor manera, el derecho al acceso a la administración de justicia de las partes, que habían aguardado por más de diez años la expedición de la sentencia que pusiera fin al proceso.

71. Así las cosas, a manera de conclusión y concreción, si bien el INVIAS aplicó el criterio jurisprudencial vigente para el momento de expedir los actos demandados, la Sala no puede inclinarse por mantener la caducidad declarada por la única razón de aplicar aquella postura, pues ello sería tanto como imponer al sujeto soportar los efectos adversos de una sanción que no estaba disponible en la estructura normativa, y que de manera posterior fue rectificada. Por supuesto que la Sala acogerá la pauta jurisprudencial que consulta las garantías de los particulares, por la vía de aplicar estrictamente la ley (art. 18 de la Ley 80 de 1993), toda vez que esta disposición delimitó y reservó el ejercicio del poder estatal a una fase ya consumada bajo el contrato objeto de análisis y que, además, revela un entendimiento que salvaguarda el principio de favorabilidad aplicable en materia sancionatoria.

[78] Sentencia del 17 de junio de 2022.
[79] Providencia del 5 de marzo de 2021.
[80] Sentencia del 27 de agosto de 2021.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

72. Por todo lo anterior, la Sala mantendrá la declaratoria de nulidad de los actos administrativos enjuiciados, pues éstos adolecen del vicio de incompetencia, de cara al factor *ratione temporis*.

Indemnización de perjuicios

73. El *a quo* se pronunció sobre la indemnización de perjuicios solicitada, accediendo a algunos conceptos y negando otros. La entidad solo discutió los reconocimientos admitidos por el Tribunal, razón por la cual la Sala se pronunciará respecto de estos últimos, en tanto que constituyen el marco de reproche de la apelación, por resultar desfavorables para el demandado.

Devolución de lo pagado a título de cláusula penal

74. En el ordinal segundo del fallo impugnado, el *a quo* ordenó al INVIAS reintegrar, a favor del demandante, la suma que hubiere pagado por concepto de cláusula penal impuesta a través de los actos enjuiciados. La entidad reprochó esta determinación, con el único argumento de que no se demostró que el consorcio la hubiese desembolsado efectivamente.

75. Mediante la Resolución 3812 de 2008, la contratante decidió, en el artículo segundo, "*imponer al contratista Consorcio HH Ingenieros, como sanción a título de cláusula penal pecuniaria la suma de TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($33.289.737.60), correspondiente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, de conformidad con lo estipulado en la cláusula décima quinta del Contrato*"[81]. Determinación confirmada, a través de la Resolución 6185 de esa misma anualidad.

76. La aplicación de las cláusulas excepcionales, en los términos prescritos en la ley, concretan las siguientes facultades: i) el privilegio exclusivo a favor de la administración; ii) la autorización para aplicarla en forma unilateral; y iii) la ejecutoriedad de la decisión que se adopta a través de su aplicación[82].

77. La ejecutoriedad es un atributo de los actos administrativos; consiste en la facultad que ostenta la autoridad para disponer su realización o cumplimiento, sin intervención judicial y dentro de los límites fijados por el ordenamiento jurídico[83] –como los supuestos que configuran la pérdida de su fuerza ejecutoria[84]–.

---

[81] Fls.10 a 34, archivo "13_Expedientedigi_EXPEDIENTE_CUADERNOPRUEBAS", índice 53, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Norte de Santander–
[82] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, radicación 05001-23-26-000-1992-01369-01(17031).
[83] En la doctrina francesa, este atributo coincide con el privilegio de *préalable*, que denota la prerrogativa de atenerse a su decisión sin acudir previamente al juez para obtener la comprobación judicial de su derecho (CASSAGNE, Juan Carlos, "El acto administrativo", Editorial Temis, 2013, p.287).
[84] *"ARTICULO 66 del CCA. PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:*
1. Por suspensión provisional.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan su vigencia".

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

78. De acuerdo con lo anterior, comoquiera que no obra en el expediente documento que haga evidencia de que las resoluciones censuradas hayan sido objeto de suspensión o medie prueba de que la administración dejó transcurrir cinco años desde su firmeza sin adelantar las acciones correspondientes a su ejecución, o, algún otro supuesto que desvanezca su obligatoriedad, para la Sala es dable concluir que el INVÍAS hizo efectivo el cobro de la cláusula penal, en los términos de ley mencionados.

79. De modo que una defensa que no es afirmativa sobre un hecho que le debe constar, por razones de corrección y carga dinámica probatoria, no está llamada a ser considerada, pues el INVÍAS debe saber si el contratista pagó y no solo limitarse a afirmar que no acreditó haberlo hecho. Si bien no se desconoce que, a voces del art. 177 del C. de P.C., a la parte interesada el atañe demostrar el supuesto que reclama, lo cierto es que la entidad contaba con los insumos requeridos para confrontar si ocurrió o no el desembolso ordenado, pero no lo aportó al *sub-lite*, sin que sirva de justificación su propia omisión. Por lo que se mantendrá la orden de reintegro de la suma que el contratista hubiere pagado o se le hubiere descontado a título de cláusula penal, lo que supone la condición de que se acredite que tal desembolso efectivamente ocurrió. Su restitución operará debidamente actualizada a la fecha de la sentencia.

80. No se liquidarán intereses moratorios, por cuanto el acto administrativo que declaró la caducidad se presume legal hasta la ejecutoria de la sentencia que declara su nulidad, y solo entonces nace la obligación de reparar el daño[85].

Pérdida de oportunidad del demandante por la inhabilidad generada

81. El consorcio aseveró que con ocasión de la inhabilidad que se le impuso, le fueron ocasionados perjuicios estimados en $633’539.657, por la no contratación con el Estado durante el término de cinco (5) años. El Tribunal calculó la utilidad dejada de percibir por el contratista en el monto de $57’311.593.07, mientras que la demandada sostuvo al apelar que no procede dicho reconocimiento, en tanto no se aportaron pruebas que demuestren este perjuicio y porque el *a quo* se basó en un sustento inadecuado, esto es, un contrato suscrito con un municipio.

82. La Sala no comparte el reproche de la entidad. De un lado, se tiene que en la impugnación el censor se quejó de que el *a quo* estimara el perjuicio con base en “*un contrato celebrado con el municipio de Chámeza con utilidad del 10%”.* La mención a ese pacto no constituyó un insumo sobre el cual el juez de primer grado estableció la utilidad dejada de recibir por la contratista; su indicación se hizo como parte de una referencia jurisprudencial sobre la ausencia de certeza del *quantum* del perjuicio y la forma de solventar tal circunstancia. Cuando el Tribunal tasó el perjuicio lo hizo en atención al porcentaje de utilidad estipulado para el contrato en estudio, al señalar:

> “*Bajo estas premisas, la Sala considera que sí existe un elemento objetivo verificable en el expediente, que permite por equidad, cuantificar el perjuicio: la utilidad real proporcional derivada de la ejecución parcial del Contrato 456 de*

[85] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 12 de julio de 2012. Exp. 15.024 y Subsección A, sentencia del 5 de marzo de 2021, rad. 25000-23-26-000-2001-00066-01 (39249).

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

2005, determinada con fundamento en la propuesta económica presentada por el contratista.
(...)

En suma, ante la certeza del perjuicio y la ausencia de prueba directa de su cuantía, la Sala acudirá al mecanismo equitativo autorizado por la jurisprudencia, proyectando la utilidad derivada de lo ejecutado por el contratista en cinco anualidades consecutivas, sin que resulte jurídicamente viable efectuar un cálculo distinto que implique determinar utilidades sobre negocios hipotéticos o sobre proyecciones contractuales no acreditadas en el proceso".

83. La Sala Plena de la Sección Tercera[86] ha señalado, y de manera uniforme lo ha reiterado esta Subsección[87], que la declaratoria de caducidad viciada de nulidad conlleva una pérdida de oportunidad, un daño jurídicamente relevante que se deriva directamente de la inhabilidad prevista en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, la cual impide al afectado contratar con las entidades estatales y obtener un provecho económico por ello[88].

84. La perdida de oportunidad, como daño jurídicamente indemnizable, alude a aquellos eventos en que una persona está en una posición apta para obtener un provecho o impedir una pérdida, pero que, con ocasión de un acto u omisión de un tercero, la consolidación de dicha posibilidad se frustra de manera definitiva. Para que se consolide esta categoría de daño es necesario demostrar la existencia cierta de una perspectiva real de obtener una ganancia o de impedir una pérdida y la incertidumbre causal que se deriva del desconocimiento sobre qué habría ocurrido con esa posibilidad en caso de que la conducta u omisión antijurídica de un tercero no hubiera frustrado definitivamente la trayectoria normal de los eventos[89].

85. Para el caso concreto, no basta con la acreditación del acto viciado en uno de sus elementos de validez y la constatación de que con ocasión de éste, se impuso a los miembros del consorcio la inhabilidad por el término de cinco (5) años, pues se requiere, a su vez, la demostración de la frustración o efecto negativo que esta determinación acarreó para esos sujetos, toda vez que es un imperativo demostrar *"la certeza de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque esta involucre un componente aleatorio"*[90]. En otras palabras, es necesario que la parte que reclama la pérdida de oportunidad establezca que antes de la ocurrencia del hecho generador del daño estaba en una posición potencialmente apta para producir un resultado beneficioso para ella.

86. La Sala constata que el expediente carece de insumos demostrativos que den cuenta de que los miembros del consorcio suscribían con antelación a la firma del contrato bajo análisis, negocios jurídicos con el Estado, lo que podría dilucidar si realmente sufrieron un menoscabo al impedirles el chance de celebrar nuevos

[86] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de 2012. Exp. 15.024. C.P Danilo Rojas Betancourth. Consideración jurídica No. 23.
[87] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del, 3 de agosto de 2017. Exp. 52.920. C.P Marta Nubia Velásquez Rico, 5 de marzo de 2021, Exp. 39.249, C.P. José Roberto Sáchica Méndez y 4 de septiembre de 2023, Exp. 61.029, C.P. José Roberto Sáchica Méndez
[88] Ley 80 de 1993, art. 8 (versión previa a la reforma de la Ley 1150 de 2007): "*1º Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (…) c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad (…) las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad*".
[89] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de julio de 2023, 73001233300520140034601 (59942).
[90] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de julio de 2021, Exp. 54.144.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

vínculos jurídicos –según la frecuencia que acreditaran–. Se echan de menos, además, informes o libros contables que muestren dicha actividad, copias de otros pactos suscritos con autoridades públicas, el RUP de los integrantes de la forma asociativa, los términos de referencia del proceso de selección que dio lugar al contrato y los documentos por medio de los cuales se dio cumplimiento al requisito habilitante de experiencia, o algún dictamen pericial que con credibilidad y suficiencia analizara la actividad negocial previa de los sujetos, entre muchos otros; inclusive, el Tribunal fue expreso en reconocer la orfandad probatoria en este aspecto, al sostener que "*en el presente proceso no obra documentación alguna que permita establecer el volumen de contratación previo del Consorcio H.H. Ingenieros, ni sus estados financieros, ni documentos contables, ni contratos celebrados con la administración previos o posteriores, que sirvan como parámetro para aplicar este primer método de estimación*"[91].

87. Al subsanar el libelo, la demandante estimó esa pérdida de oportunidad, con base en el porcentaje de utilidad que habría recibido por la ejecución total del pacto (5%), esto es, la suma de $16'536.825 y la multiplicó por el término de vida probable de los miembros del consorcio, resultando en la cifra de $633'539.657. Esta escueta afirmación no demuestra que el giro de los negocios de los integrantes del contratista se vio afectado, al truncar su posibilidad se seguir contratando con el Estado –pues ese mero aserto no evidencia que sus negocios o parte de ellos estuvieren enlazados a la colaboración con la Administración–; además, expresa un daño asociado a la vida probable de aquellos sujetos, pese a que la inhabilidad que se les impuso se prolongó por el lapso de cinco (5) años.

88. Ante la falta de prueba de expectativas reales del consorcio de seguir contratando con el Estado, por cuanto no se acreditó que el giro ordinario de sus negocios se integrara con pactos de esta clase, el daño no es cierto y, por tanto, no se tiene por acreditado; de modo que no es susceptible de ser indemnizado, razón por la cual la Sala no avanzará en la tasación de la cuantía de los perjuicios solicitados por el actor.

89. Frente a este último aspecto, llama la atención la incorrección en que incurrió el *a quo*; en efecto, luego de indicar que no se conocía con exactitud cuántos contratos habría celebrado el contratista, ni cuales utilidades pudo haber obtenido, es decir, si efectuaba dicha actividad de forma previa con el Estado, pasó a mencionar unos elementos, desde la óptica de la equidad, para establecer la cuantía del perjuicio, de acuerdo con lo manifestado en la sentencia del 12 de julio de 2012, exp.15.024, de esta Sección; sin embargo, el Tribunal erró al utilizar esa tesis en el *sub examine*, comoquiera que no se trata de un precedente equiparable en punto a la pérdida de oportunidad, pues en aquella providencia la Sala advirtió que había "c*erteza sobre el perjuicio, pero no acerca de la cuantía",* toda vez que se probó que *"el demandante se dedicaba profesionalmente a la ingeniería y a que contrataba con el Estado para la construcción de obras públicas ..."* aspecto que difiere sustancialmente del asunto de la referencia, donde no se demostró que los miembros del consorcio tuviesen vínculos contractuales previos con la Administración, a pesar de tener legalmente la carga probar los supuestos en que

[91] Índice 55, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Norte de Santander–.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

se fundamentan las pretensiones de su demanda, como dispone el art. 167 del Código General del Proceso (CGP).

90. Allí fue procedente utilizar el criterio de equidad desarrollado como medio para calcular la cuantía del perjuicio, ante la falta de certeza en su estimación, sin que ese ejercicio sea replicable en el *sub-lite*, en tanto que aquí no se probó el daño irrogado, como requisito *ex ante* para su cuantificación. Por consiguiente, se negará este reconocimiento.

Utilidad dejada de percibir frente a la obra no ejecutada

91. Por este concepto, el Tribunal reconoció la cifra de $7'647.957,70, consistente en el 5% de $152'959.154 –valor al que ascendió la obra no ejecutada– esto es, la suma que el contratista habría recibido como utilidad neta, si no se hubiese frustrado el logro del objeto contratado con la declaratoria de caducidad del pacto. El INVÍAS reprochó este reconocimiento, al aducir que quedó demostrado que el incumplimiento del negocio jurídico provino del propio demandante.

92. La utilidad que el consorcio dejó de percibir por no completar las actividades del contrato no es un perjuicio indemnizable, porque (i) la caducidad se declaró en noviembre de 2008, después del vencimiento del plazo de ejecución –22 de febrero de 2006–, y (ii) porque no está probado que el contratista dejara de efectuar las obras en ese término por hechos atribuibles a la entidad.

93. Los insumos que componen el caudal probatorio no demuestran la inobservancia que el consorcio endilgó a la contratante. Obran las actas No. 3 de recibo parcial de obra[92] y la de recibo final de obra[93], suscritas el 16 de febrero y 2 de septiembre de 2006, respectivamente. En estas consta, que (i) el acuerdo comenzó a ejecutarse el 6 de julio de 2005, (ii) por un plazo de 3 meses que se suspendió en dos oportunidades, mediante las actas Nos. 1 y 2 –la primera, por 90 días calendario y, la segunda, por 48 días calendario[94]–, (iii) el término negocial feneció el 22 de febrero 2006, (iv) en esta fecha se constató que la obra construida ascendió a la suma de $179'938.261, frente a los $332'897.376 contratados, por lo que quedó un saldo de $152'959.115 por ejecutar. Sobre el estado del objeto recibido a la culminación del plazo, se consignó[95] (se transcribe como obra en el texto original*):*

> "*Una vez realizada la inspección total de la obra, se constató que a la fecha 2 de septiembre de 2006 no se encuentran los trabajos terminados de acuerdo con lo establecido en el contrato. En consecuencia, el Contratista no cumplió con lo pactado contractualmente.*
> *El recibo de los trabajos parciales, no releva al Contratista de sus responsabilidades y obligaciones a las cuales hace referencia el contrato y las normas legales vigentes*".

[92] Fls.127, archivo *"13_Expedientedigi_EXPEDIENTE_CUADERNOPRUEBAS"*, índice 53, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Norte de Santander–.
[93] Fls.105 a 109, archivo *"12_Expedientedigi_EXPEDIENTE_CUADERNOPRINCIPAL"*, índice 53, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Norte de Santander–.
[94] A través del Acta No. 1 se acordó la parálisis contractual el 29 de agosto de 2005, por 90 días calendario y el Acta No. 2 se suscribió el 30 de noviembre de 2005, conviniendo la suspensión por 48 días calendario.
[95] La contratista no asistió a esta diligencia "*por incapacidad y por amenazas del frente guerrillero y que las cantidades las conocen interventor y supervisor"*.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

94. El expediente carece de otros medios demostrativos que den cuenta del supuesto incumplimiento de la entidad. Lo traído de presente pone en evidencia la insuficiencia de los referidos documentos para establecer un principio de responsabilidad contra alguno de los contrayentes. Si bien las resoluciones debatidas sí establecían un criterio frente al cargo de incumplimiento, lo cierto es que al desvirtuarse su legalidad, no hay lugar a otorgar mérito a las conclusiones allí esbozadas, ante la ausencia de respaldo que las compruebe o descalifique.

95. Sólo hay certeza en punto al porcentaje de obra entregada y dejada de ejecutar, constatación insuficiente para mantener el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir por el contratista, frente a la obra no ejecutada. No se desconoce que la declaratoria de caducidad estuvo viciada, pero ello no tiene la virtualidad de otorgar, por sí misma, la razón al consorcio, pues, finalmente, no logró acreditar que la ejecución incompleta tuvo fuente en la conducta del INVÍAS, en tanto sus reproches se limitaron a meras afirmaciones sobre la materia; por ende, se revocará esta condena.

96. En línea con lo anterior, la sentencia del Tribunal será modificada, manteniendo la declaratoria de nulidad de los actos enjuiciados, así como la orden de reintegro de la suma pagada a título de cláusula penal. No se accederá a la indemnización de las demás partidas económicas reclamadas por la declaratoria de caducidad del contrato.

Costas

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

IV. PARTE RESOLUTIVA

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: MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 4 de diciembre de 2025, cuya parte resolutiva quedará así:

> **"*PRIMERO: DECLARAR*** *la nulidad de las Resoluciones No. 03812 del 23 de julio de 2008 y No. 06185 del 5 de noviembre de 2008, proferidas por el Instituto Nacional de Vías –INVÍAS–, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO:*** *A título de restablecimiento del derecho,* ***ORDENAR*** *al Instituto Nacional de Vías –INVÍAS– reintegrar al Consorcio H.H. Ingenieros las sumas de dinero que hubiere efectivamente pagado por concepto de la cláusula penal pecuniaria, ordenada en el artículo segundo de la Resolución No. 03812 del 23 de julio de 2008, debidamente indexadas a partir de la fecha de pago y hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, en los términos expuestos en la parte motiva de la providencia.*
>
> ***TERCERO: NEGAR*** *las demás pretensiones de la demanda.*

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

CUARTO: NO CONDENAR *en costas.*

QUINTO: *La parte demandada dará cumplimiento a lo dispuesto en esta sentencia dentro de los términos indicados en los artículos 176, 177 y 178 del CCA.*

SEXTO: DEVOLVER *a la parte actora el valor consignado como gastos ordinarios del proceso, o su remanente, si lo hubiere*".

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ZORANNY CASTILLO OTÁLORA
Salvamento de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

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

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com