

## **PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS – Naturaleza – Prestación de servicio – Incumplimiento – Garantías**

[...] en los procedimientos administrativos sancionatorios, en este caso de naturaleza contractual, tal derecho tiene papel preponderante de cara a las afectaciones que sus resultados pueden generar en los derechos de los contratistas, a la vez que armoniza y responde a la realización del interés público que persigue el contrato estatal orientado a la continua y eficiente prestación de los servicios y bienes a su cargo. De manera que las sanciones que puede generar el incumplimiento del contratista, sin importar su gravedad, de ninguna manera pueden ser impuestas de plano por parte de la Administración. De allí que la función legal y constitucional del procedimiento se erija como garantía en la construcción de la decisión del Estado frente al individuo, a partir de la realización de los derechos fundamentales en que se enmarca el debido proceso.

En lo que atañe a la consagración positiva del debido proceso en materia contractual, expresión de la universalidad de garantías que recoge el artículo 29 de la Constitución Política, habrá de decirse puntualmente que la Ley 80 de 1993, en sus artículos 23 y 77, remitía para estos fines a las normas generales de la función administrativa en cuanto fuesen compatibles con la ley de contratación pública. Este camino envolvía el deber de hacer partícipe al sujeto destinatario de tales decisiones en el trámite previo a la expedición del acto administrativo, junto con la posibilidad de ser oído y de ejercer el derecho de defensa y contradicción.



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN TERCERA

#### SUBSECCIÓN A

**Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

Bogotá D.C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

**Radicación:** 050012331000199701257 02 (61.029)  
**Demandante:** Incoltes Ltda.  
**Demandado:** Empresas Públicas de Medellín -EPM-  
**Acción:** Controversias contractuales  
**Asunto:** Sentencia de segunda instancia

**Temas:** — *EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Naturaleza de sus actos y régimen jurídico de sus contratos / DEBIDO PROCESO EN MATERIA SANCIONATORIA CONTRACTUAL – en vigencia de la Ley 80 de 1993 / CONDENA EN ABSTRACTO – ante la falta de cuantificación de los perjuicios acreditados en el proceso*

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

La controversia gira alrededor de la pretensión de nulidad de los actos que declararon la caducidad de un contrato de obra suscrito con una empresa de servicios públicos, escenario en el que se controvierte el derecho al debido proceso, entre otros vicios aducidos.

### **I. SENTENCIA IMPUGNADA**

1. Corresponde a la decisión proferida el 23 de octubre de 2017 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, a través de la cual se adoptaron las siguientes determinaciones (se transcribe literal incluyendo eventuales errores):

**“PRIMERO: DECLÁRESE** la nulidad de las Resoluciones No. 58517 del 7 de octubre de 1996, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato 2/DJV-1757/24; No. 58745 del 15 de octubre de 1996, a través de la cual de (sic) aclara la resolución N° 58517 del 07 de octubre de 1996; la No. 60218 del 03 de diciembre de 1996 que confirma lo resuelto en los dos actos anteriores, expedidas por las Empresas Públicas de Medellín, por lo expuesto en la parte motiva.

**“SEGUNDO. CONDÉNESE** en abstracto a las Empresas Públicas de Medellín a pagar a **INCOLTES LTDA.**, la indemnización debida por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, de acuerdo con la liquidación que se haga con fundamento en las bases establecidas en la parte motiva de esta sentencia, numeral 6.2.2.

*“Así mismo, se dispone que Empresas Públicas de Medellín realice la devolución del monto, que fue compensado en la Resolución N° 82257 del 10 de marzo de 1998, por concepto de ‘Cláusula Penal Pecuniaria’, por un valor de treinta y siete millones setecientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y dos pesos con ochenta centavos (\$37.749.482.80).*

*“Las anteriores sumas serán reconocidas en forma actualizada, por la fórmula de ajuste que viene siendo utilizada por esta Jurisdicción y que tiene por objeto traer a presente tal valor, así ...*

**“TERCERO. NIÉGUENSE** las demás súplicas de la demanda.

**“CUARTO: RECHÁCESE** la cesión de derechos litigiosos presentada por INCOLTES LTDA. a favor de la Sociedad GRUPO INCOLTES S.A.S. por las razones expuestas en la parte motiva.

**“QUINTO:** Una vez en firme esta providencia, y en virtud de los embargos registrados en este proceso, **COMUNÍQUESELE** a los Juzgados Primero Civil del Circuito de Medellín, Segundo (2) Laboral del Circuito de Medellín y Primero Civil del Circuito de Oralidad de Envigado de la existencia de presente sentencia condenatoria, para los fines que consideren pertinentes.

**“SEXTO: No se condena en costas** como lo prevé el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo por cuanto no aparecen causadas.

**“SÉPTIMO:** Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.”<sup>1</sup> (resaltado del texto original).

2. El anterior proveído resolvió la demanda cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos de derecho son los siguientes:

### **Pretensiones**

3. El 19 de mayo de 1997<sup>2</sup>, INCOLTES LTDA.<sup>3</sup> -en adelante la sociedad o Incoltes- presentó demanda de controversias contractuales contra las Empresas Públicas de Medellín -EPM-, pretendiendo las siguientes declaraciones y condenas (transcripción literal de la demanda; se incluye la pretensión corregida en escrito del 6 de octubre de 1998<sup>4</sup>):

*“PRIMERA: Que se declare que las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN incumplieron el contrato número 2/DJV-1757/24, cuyo objeto es la construcción de redes domiciliarias y obras complementarias de acueducto y alcantarillado en la margen oriental del río Medellín, grupo 1, al declarar la caducidad sin causa jurídica alguna y sin reconocer el desequilibrio económico del contrato, sufrido por el CONTRATISTA.*

*“SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior, se declare la nulidad de las resoluciones números: 58517 del 7 de octubre de 1.996, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato número 2/DJ-1757/24, 58745 del 15 de*

<sup>1</sup> Folios 874 y 875 del cuaderno principal.

<sup>2</sup> Folio 172 del cuaderno 1.

<sup>3</sup> En escrito del 12 de julio de 2017, INCOLTES LTDA. manifestó, a través de su representante legal que, previa autorización de la Junta Directiva, cedió los derechos litigiosos del *sub examine* al GRUPO INCOLTES S.A.S.; para el efecto, aportó el certificado de existencia y representación legal de esta última persona jurídica, así como el de Incoltes Ltda., expedido el 28 de junio de 2017, donde se consignó que dicha sociedad “se encuentra en liquidación de conformidad con el artículo 50 de la ley 1429 de 2010” -folios 825 a 836 del cuaderno 3-. No obstante, omitió aportar al expediente el referido contrato de cesión de derechos litigiosos.

Al momento de la presentación de la demanda, en el certificado de existencia y representación legal de Incoltes Ltda. constaba que ésta “no se halla disuelta y su duración es la siguiente: hasta el 18 de marzo del año 2.000” -folio 3 del cuaderno 1-.

<sup>4</sup> Folio 388 del cuaderno 2.

octubre de 1.996 por medio de la cual se aclara la resolución 58517 del 7 de octubre de 1.996, en el sentido de identificación del contrato 2/DJV-1757/24, y la resolución número 60218 del 3 de diciembre de 1.996 que confirma la resolución 58517 del 7 de octubre de 1.996, expedidas por las EMPRESAS, por haberse proferido con falsa motivación, desviación de poder y después de terminado el contrato, y por ende careciendo de competencia para proferirlas.

“TERCERA: Como consecuencia de la declaración anterior se condene a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN al pago de los perjuicios ocasionados a la sociedad INCOLTES LTDA.<sup>5</sup>, expresados en el daño emergente y en el lucro cesante que se logre probar en el proceso, así como los perjuicios morales sufridos por la Sociedad y los socios de INCOLTES LTDA., detallados en el hecho décimo quinto de esta demanda, sin perjuicio, de que se prueben en el proceso perjuicios mayores.

“CUARTA: Que se declare que con la imposición de la caducidad, y con la ejecución del contrato, se le ocasionó al CONTRATISTA un desequilibrio económico que debe ser reconocido por las empresas.

“QUINTA: Que se le ordene a las EMPRESAS la devolución de los dineros que llegaren a retener al CONTRATISTA por concepto de cláusula penal.

“SEXTA: Que se condene a las Empresas Públicas al pago de intereses comerciales o en subsidio civiles sobre la cláusula penal pecuniaria que se le logre deducir al demandante, entre la fecha de causación del daño y la fecha de sentencia definitiva, a la tasa que certifique la Superintendencia Bancaria ese mismo período.

“SÉPTIMA: Que las sumas de dinero a que sean condenadas las Empresas Públicas de Medellín y que correspondan a la obra ejecutada, sean debidamente reajustadas a la fecha de terminación del Contrato y desde allí actualizadas con base en la variación del índice de precios al Consumidor, certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

“OCTAVA: Que se condene al pago de las costas y agencias en derecho a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ...”<sup>6</sup>.

## Hechos relevantes

4. Como hechos relevantes, la parte actora indicó que suscribió con EPM el contrato 2/DJV-1757/24, para “la construcción de redes domiciliarias y obras complementarias de acueducto y alcantarillado en el margen oriental del río Medellín”<sup>7</sup>. Dicho objeto se dividió en 27 proyectos, y la sociedad debía construir las redes de servicio domiciliario correspondientes en un plazo de 365 días calendario, a partir del 8 de abril de 1996, y un valor de \$377’494.828.

<sup>5</sup> En el escrito de adición de la demanda, la parte actora estimó la cuantía en los términos que a continuación se transcriben (folios 388 a 390 del cuaderno 2):

“5.1. Sumas de dinero dejadas de reconocer por las Empresas Públicas de Medellín.

“a. Obra ordinaria ejecutada no reconocida ni pagada por las Empresas Públicas de Medellín, se calcula en \$47.065.500,00

“b. Obra ordinaria y reajustes reconocidos por las Empresas Públicas de Medellín pero todavía no pagados. Esta solicitud se estima en \$60.349.873,47

“c. Obra Extra ordenada por la Interventoría y debidamente ejecutada por el Contratista, pero que no ha sido reconocida por las Empresas Públicas de Medellín, cuyo total asciende a \$75.944.974,00

“5.2. Intereses Moratorios por el no pago oportuno de las actas de obra ejecutada

“Un total de \$20’962.947,00

“5.3. Perjuicios por la no contratación con entidades estatales durante el término de la inhabilidad

“Un valor de \$224.000.000,00

“5.4. Perjuicios Morales.

“Un total de 3.000 gramos de oro, cuyo valor puede ser igual a más o menos \$50.000.000,00

“La cuantía del proceso asciende entonces a \$478.323.294,47”.

<sup>6</sup> Folios 166A y 167 del cuaderno 1.

<sup>7</sup> Folio 147 del cuaderno 1.

5. Para el mes 5 de ejecución contractual, restaba por ejecutar el 8,64%, equivalente a \$32'612.071, pues ya había facturado el 91,34% y, por ello, EPM le propuso adicionar proyectos bajo los precios de la oferta, los cuales terminó a 31 de julio de 1996.

6. Adujo que EPM, al revisar el acta 4, encontró algunas irregularidades – por indebida facturación de ciertos ítems y sobrefacturación de otros– que notificó al contratista mediante comunicación 646099 del 16 de septiembre de 1996, y este último manifestó su disposición de efectuar los correctivos necesarios.

7. Precisó que el acta 4 inicialmente presentada contenía todas las obras ejecutadas; sin embargo, el contenido de ésta fue dividido unilateralmente por la EPM, a través de las actas 5, 6 y 7, en aras de no reflejar las verdaderas cantidades de obra adeudadas para ese momento.

8. Luego, por las razones que adelante se explicitan, mediante Resolución 58517 del 7 de octubre de 1996, aclarada por la Resolución 58745 del 15 de ese mismo mes y año, EPM declaró la caducidad del contrato, ordenó liquidarlo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Con la Resolución 60218 del 3 de diciembre de 1996 la entidad confirmó la caducidad declarada.

#### **Fundamentos de derecho**

9. Según la actora, no se presentaron los supuestos que dieran cabida a la declaratoria de caducidad, dado que no se paralizó el contrato, pues fue ejecutado antes del vencimiento del plazo estipulado. Reseñó que para el 31 de agosto de 1996 solo restaba la terminación del mismo, los empalmes a la red de acueducto y la colocación de los medidores –obras que sólo realiza EPM para prevenir el contrabando en la prestación del servicio. Afirmó que los actos debatidos adolecen de falsa motivación, desviación de poder, vulneran el debido proceso, y se expidieron de forma posterior a la terminación de la obra contratada.

10. Fundamentó la falsa motivación, en las siguientes razones:

(i) No es cierto que para el 30 de septiembre de 1996 el contratista sólo hubiera alcanzado el 40% de los trabajos, ya que para el 31 de agosto de 1996 ya había ejecutado el 91%.

(ii) Respecto de la tubería, indicó que la facturada sí correspondía con la realidad, lo que existió fue una disimilitud en la forma de contabilizarla; no existió deshonestidad en el cambio de la tubería de 8" por una de 6", sino discrepancia entre las órdenes del revisor y del interventor, la cual se podía corregir en la liquidación. Y, no es cierto que facturó obras que no ejecutó o que habiéndolas ejecutado no correspondían al material facturado, sino que las mediciones fueron realizadas erróneamente, por cuanto se midió como atracada la tubería que no debía estarlo y se midió como no atracada la tubería que sí lo estaba.

(iii) Precisó que el error de cálculo de la tubería instalada se advierte en la liquidación elaborada por la entidad la cual arrojó una cantidad superior a la finalmente cobrada por el contratista, escenario que demuestra que ese error, inclusive, beneficiaba a la entidad.

(iv) La facturación de 2 sumideros en el proyecto DAL-103-419 tiene explicación en las conversiones de obra contractual por obra extra ordenadas por el interventor; y respecto al proyecto DAL-103-511 sí se construyó la cámara de inspección, pero por oposición de la propietaria de la vivienda ésta se demolió y se construyó una caja de empalme, como lo puede ratificar la interventoría.

**11.** Sostuvo que las conclusiones esbozadas por la EPM provinieron de unos exámenes y evaluaciones realizados de forma unilateral, sin que Interventor y contratista participaran ni pudieran controvertir los resultados. Al efecto, EPM adujo que la sociedad actuó con deslealtad y mala fe, pese a que tal afirmación carece de soporte, pues las pruebas dan cuenta que no existió una falsedad en la facturación, sino una diferencia de criterio de medición de la tubería. Agregó que no es cierto que existiera complicidad del contratista con el revisor y el interventor para mostrar la ejecución de cantidades mayores a las efectuadas, pues fue la nueva medición la que arrojó un resultado mayor a favor del contratista -superior al que éste había facturado- así que lo que hubo fue un error susceptible de ser corregido, como siempre se hace, en el proceso de liquidación<sup>8</sup>.

**12.** Halló configurada la desviación de poder, toda vez que la declaratoria de caducidad del contrato no procede para resolver diferencias de criterio en torno a la medición de una obra, o la verificación de ejecución de algunas actividades, menos cuando el objeto se terminó y estaba en funcionamiento; ni se demostró deshonestidad del revisor y del interventor en aras de beneficiar al contratista.

**13.** Añadió que se presentó un desequilibrio de la ecuación económica del contrato, al no recibir la remuneración pactada de forma oportuna, ya que la EPM no pagó la totalidad de obras ejecutadas, incluidos los ítems extra. Señaló que el acta 4 se canceló 3 meses después de su presentación sin el reconocimiento de los intereses moratorios pactados en el contrato.

**14.** Manifestó que los actos enjuiciados fueron proferidos cuando “*el contrato ya había terminado en su obra ordinaria*”<sup>9</sup>, por cuanto éstos fueron proferidos el 7 y 15 de octubre de 1996, así como el 3 de diciembre de esa anualidad.

### **Contestación de la demanda**

**15.** EPM se opuso a las pretensiones. Sostuvo que a los 140 días de plazo el contratista no había ejecutado la totalidad de la obra, tenía pendiente instalar empalmes, tarjetas de refrendación y medidores. Agregó que todos los proyectos de alcantarillado presentaron sobremedidas y tales ítems fueron verificados a

---

<sup>8</sup> Folio 342 del cuaderno 2.

<sup>9</sup> Folio 166A del cuaderno 1.

través de una comisión de topografía y no sobre planos, como adujo el actor; además, el contratista desconoció la forma de medir, por metro y no por unidad, según el numeral 4.810 del pliego de condiciones.

**16.** Anotó que en las resoluciones enjuiciadas se tuvo en cuenta el estado del contrato hasta el acta 4, de modo que era lógico que la suma calculada por EPM resultara superior en el acta de liquidación, pues allí se contemplaron las actas 5, 6 y 7, sobre las cuales no versaron las resoluciones demandadas.

**17.** Asimismo, indicó que no es cierto que para el mes 5 de ejecución contractual Incoltes hubiere cumplido con el 91,36% de la obra, puesto que al sumar las 5 primeras actas y restarlas del valor total, se obtiene un resultado de \$100'203.526 y no de \$32'612.071. De modo que la obra ejecutada equivalía al 73,46%.

**18.** Afirmó que la conducta asumida por el contratista no permitió el desarrollo cabal del contrato, razón por la cual la EPM se vio obligada a suspender la obra, quedando algunos proyectos inconclusos. Las irregularidades presentadas afectaron la calidad y continuidad del servicio debido a la utilización de algunos materiales inadecuados o poco resistentes.

**19.** Propuso las excepciones de (i) legalidad de los actos; (ii) inexistencia de la obligación de indemnizar perjuicios; y, (iii) petición antes de tiempo, puesto que al momento de la presentación de la demanda aún no se había liquidado el negocio jurídico *“y es obvio que si se va a demandar el pago de una suma adicional debe demandarse la nulidad de dicho acto”*<sup>10</sup>.

### **Trámite de primera instancia**

**20.** Surtido el debate probatorio<sup>11</sup>, al alegar de conclusión, EPM afirmó la legalidad de los actos enjuiciados, pues la prueba documental evidencia las inconsistencias sobre la facturación de mayores cantidades de obra a las realmente ejecutadas y la instalación de diferentes tuberías a las relacionadas, entre otros aspectos. Y de los testimonios practicados coligió: la demostración de que Incoltes conocía la indebida facturación, y que sí hizo presencia en las visitas de la comisión de topografía, de modo que no es cierto que se tratara de una investigación de *“escritorio”*.

<sup>10</sup> Folio 192 del cuaderno 1.

<sup>11</sup> En auto del 13 de septiembre de 2000 se abrió a pruebas el proceso –folios 462 y 463 del cuaderno 2-, providencia en la cual: (i) se tuvo como tales los documentos aportados con la demanda y su contestación –folios 1 a 146 y 197 a 301 del cuaderno 1, 402 a 455 del cuaderno 2, cuadernos 5, 6 y 7-; (ii) se exhortó a (1) EPM para que aportara copia auténtica de las resoluciones demandadas, así como del acta de liquidación del 6 de febrero de 1997, los procesos disciplinarios adelantados contra los funcionarios de las Empresas, copia de los diseños de las obras, que la EPM certifique si las obras se encontraban en funcionamiento –folios 517 a 545, 547 a 585 del cuaderno 2, cuadernos 10, 12, 14 y 15-, (2) al Departamento de Habilitación de Viviendas Corregimientos y Veredas de EPM para que aportara libreta de topografía de los estudios realizados, las fotografías tomadas a las obras y las liquidaciones de los tramos presentados por el contratista –cuaderno 13-, (3) al Banco de la República para que certificara el valor de gramo de oro fino – folio 506 del cuaderno 2- y al DANE para que indicará la variación del IPC desde 1998 hasta la fecha de dicha certificación (abril de 2001) –folios 507 a 509 del cuaderno 2-; (iii) se decretó la recepción de veinte testimonios –folios 464 a 487 del cuaderno 2-; (iv) se ordenó la práctica de un dictamen pericial rendido por peritos ingenieros, sobre la existencia o no de sobrefacturación, así como de obras adicionales, la calidad de la obra y el valor de los perjuicios ocasionados a Incoltes –folios 490 a 504 y 592 a 599 del cuaderno 2-. En el escrito de objeción al dictamen rendido, la EPM solicitó la práctica de un peritaje, solicitud que admitió el Tribunal en auto del 6 de octubre de 2006 -folios 603 a 606 del cuaderno 3-, y obra a folios 706 a 726 del cuaderno 3.

Anotó que los dos dictámenes practicados en el proceso no pueden sustentar un fallo, puesto que, en el primero, los peritos invadieron la competencia del juez sin realizar un estudio técnico de los aspectos encomendados; y, el segundo, tasó los perjuicios de forma especulativa y teórica, al asumir sin sustento que durante los 5 años que durara la inhabilidad la sociedad iba a ser adjudicataria de contratos; además, por el hecho de que no obren en el proceso requerimientos al contratista no hay lugar a colegir la obra sea de buena calidad.

**21.** El Ministerio Público y la sociedad demandante guardaron silencio.

### **Fundamentos de la providencia recurrida<sup>12</sup>**

**22.** El *a quo* accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, en los términos ya transcritos. Aseveró que las resoluciones que declararon la caducidad del contrato desconocieron el debido proceso de la demandante, en tanto (i) no se respetó su derecho de audiencia, al no ser oída por la entidad previo a adoptar la respectiva determinación; y, (ii) tampoco se observó la garantía de defensa y contradicción, puesto que ni siquiera pudo aportar o presentar pruebas, pues una vez se indicaron las inconformidades respecto del acta 4, EPM desplegó una actuación unilateral, donde el contratista no tuvo la oportunidad de pronunciarse.

**23.** Sostuvo que la declaratoria de caducidad del contrato no fue proporcional, pues no existió un incumplimiento grave que impidiera su ejecución; agregó que en memorando 740151 del 30 de septiembre de 1996, el Jefe del Departamento de Habilitación de Viviendas Corregimientos y Veredas señaló que el contratista reconoció las irregularidades halladas en el acta 4, sin evidencia de mala fe, pues se trató de errores que se pueden cometer en el curso contractual, de los que tampoco estaba exenta la EPM, pues en los balances unilaterales elaborados por ésta se aprecia que liquidó el ítem 11.1 con una diferencia de \$7.221.100 a su favor, al indicar que la *“construcción de cajas de inspección a \$11.000 y no a \$110.000.00, como estaba pactado en la propuesta”*.

**24.** En relación con la indemnización pedida: (1) negó los perjuicios morales por inexistencia de prueba; (2) frente a los perjuicios materiales descartó los dos dictámenes practicados, toda vez que (i) el primero se limitó a expresar opiniones carentes de soporte probatorio; no precisó en qué consistió la obra ejecutada de más, tampoco la metodología para determinar la obra extra y la obra ordinaria no pagadas, ni la sobrefacturación e intereses aplicados; y, (ii) en el segundo, se formularon especulaciones sobre la calidad de la obra; se asumió como cierto el contenido de las facturas presentadas por Incoltes sin pronunciarse sobre las inconformidades de EPM; y, los perjuicios por la inhabilidad se calcularon en la capacidad de contratación, sin considerar la variación de la inversión, si el actor resultaría adjudicatario en esos 5 años, ni un estimado de las utilidades.

**25.** Ante la falta de suficiencia y soporte de los dictámenes rendidos, profirió condena en abstracto para definir si existió o no sobrefacturación y establecer: (i)

---

<sup>12</sup> Folios 837 a 875 del cuaderno principal.



la obra ordinaria ejecutada no reconocida ni pagada por EPM, (ii) la obra ordinaria y reajustes reconocidos por EPM y no pagados; c) la obra extra ordenada por la interventoría no reconocida por EPM; y d) perjuicios derivados de la inhabilidad<sup>13</sup>.

**26.** Negó la aplicación de intereses moratorios, pues las sumas pretendidas en la demanda no habían sido objeto de reconocimiento por parte de la contratante, por tanto, no había mora en su pago en atención a que se trata de unos montos discutibles, que sólo se tornan en ciertos a partir de la declaración del juez.

**27.** Frente a la súplica de restablecimiento del equilibrio económico, adujo que el actor no demostró la pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato, dado que no se acreditaron sobrecostos, ni la maquinaria, equipos, materiales o personal que se hubiere asumido para la prolongación del vínculo contractual.

**28.** Ordenó a la EPM la devolución del monto que fue compensado a través de la Resolución 82257 del 10 de marzo de 1998, por concepto de cobro de la cláusula penal pecuniaria, por valor de \$37.749.482.80, previa indexación del mismo.

**29.** A su vez, negó la cesión de derechos litigiosos en tanto no se aportó la autorización de la Junta Directiva de la sociedad cedente por la cuantía del proceso, al superar el límite fijado para que el representante legal celebrara contratos de forma directa.

**30.** Finalmente, en punto a los embargos de derechos del presente litigio que fueron comunicados por distintas autoridades judiciales en el curso del proceso - Primero Civil del Circuito de Medellín, Juzgado Segundo Laboral de Medellín y Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Envigado-, determinó que una vez estuviera en firme tal providencia, debía comunicarse a dichos despachos de su existencia para los trámites legales pertinentes.

### **Síntesis de los recursos de apelación:**

#### **El formulado por la parte accionada**

**31.** Pidiendo la revocatoria de la sentencia, la EPM adujo que no se trasgredió el debido proceso de Incoltes, al obrar comunicaciones dirigidas a ésta en las que constan las irregularidades advertidas; además, ambas partes suscribieron las actas, por lo que en cumplimiento de un trámite que se pactó bilateralmente se impuso la sanción; y, en todo caso, la sociedad sí ejerció su derecho de defensa a través de la interposición del recurso de reposición.

**32.** Se opuso a las condenas, afirmando (i) que la decisión del *a quo* de no condenar, a título de daño emergente y lucro cesante, con base en los dos dictámenes practicados denota que el actor no logró demostrar sus peticiones, así

<sup>13</sup> Manifestó que esa pretensión tiene vocación de prosperidad, de cara a la nulidad del acto que le dio origen ocasionando un detrimento en su actividad negocial. Señaló que, para el efecto, la sociedad debía aportar las actas de recibo final o liquidación que demuestre la celebración de contratos en los 5 años anteriores a la ejecutoria de la declaratoria de caducidad, contratos respecto de los cuales se debía determinar la utilidad esperada, y actualizar monetariamente.

que no puede darse una nueva oportunidad probatoria mediante la condena en abstracto; (ii) falta de acreditación del perjuicio por la no celebración de contratos durante la inhabilidad, pues, en este escenario, le correspondía probar los procesos de contratación en los que participó, las utilidades esperadas y que en efecto lo descalificaron por tal causa; y, (iii) no hay lugar a devolver lo compensado por aplicación de la cláusula penal, dado que su fin es tasar anticipadamente los perjuicios; además, no se pidió la nulidad de la Resolución 82257 del 10 de marzo de 1998 que ordenó tal compensación.

**33.** Reseñó que los actos enjuiciados obedecen a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable. Además, el contratista desconoció la buena fe negocial, al alterar las condiciones fijadas en los documentos que componen el contrato (pliego de condiciones y propuesta).

### **El presentado por la demandante**

**34.** Incoltes fundó su recurso de alzada en tres aspectos puntuales: (i) insiste en el reconocimiento de intereses moratorios de cara a la devolución de la suma correspondiente a la cláusula penal compensada, ya que en el contrato se estipuló la generación de dichos réditos cuando la entidad efectuara los pagos fuera de los términos fijados por causas que le fueran imputables; ello implicaba, según se convino, su aplicación con base en el DTF más cinco (5) puntos.

(ii) Respecto de los perjuicios morales pedidos, sostiene que tanto a la persona jurídica como a sus socios se les irrogó daños en su buen nombre y honra, mediante la publicación de la sanción en el periódico El Colombiano.

(iii) Afirma que sí procede el reconocimiento por desequilibrio económico, dado que Incoltes ejecutó las obras pactadas, según consta en las actas 5, 6, 7 y 7A, que evidencian que no hubo sobrefacturación por el contratista y que, por el contrario, EPM le adeudaba un saldo de \$33'665.900; así que las condiciones que dieron origen al contrato no fueron equivalentes a su terminación, pues la entidad no pagó lo que le correspondía, al retener la suma ya referida en compensación.

### **Alegatos en segunda instancia**

**35.** Tanto la parte actora<sup>14</sup> como la accionada<sup>15</sup> insistieron en los argumentos expuestos en sus recursos de alzada.

**36.** El Ministerio Público pidió confirmar la sentencia impugnada; indicó que pese a las irregularidades del acta 4, lo cierto es que el contratista no fue partícipe de la investigación interna adelantada por EPM, lo que trasgredió su debido proceso. Indicó que no obra prueba del supuesto desequilibrio económico, como tampoco de los daños morales solicitados; y, ante la falta de prueba técnica que demuestre

<sup>14</sup> Folios 928 a 943 del cuaderno principal.

<sup>15</sup> Folios 918 a 926 del cuaderno principal.

los perjuicios materiales, comparte la posición del Tribunal de ordenar la condena en abstracto, y concuerda en negar el cobro de intereses de mora.

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **El objeto de la apelación**

**37.** La Sala examinará los cargos de nulidad formulados -vulneración del debido proceso, falsa motivación, desviación de poder y falta de competencia temporal- y, en caso de encontrar configurado alguno de éstos, decidirá lo relativo a las indemnizaciones.

#### **Caso concreto**

**38.** Previo al examen de los cargos formulados, resulta vital traer de presente que el contrato 2/djv-1757/24, que tenía por objeto la “*construcción de redes, (sic) domiciliarias y obras complementarias de acueducto y alcantarillado en las diferentes zonas del valle de aburrá, atendidas por las empresas públicas de medellín*”<sup>16</sup>, estaba sujeto a las normas del derecho común<sup>17</sup>; no obstante, por su objeto, incluía cláusulas excepcionales<sup>18</sup>, tal como se estipuló en la sección 5-15, que contempló lo siguiente:

**“5.22: Caducidad.** LAS EMPRESAS podrán declarar la caducidad del contrato por cualquiera de las siguientes causas: **a)** La muerte de EL CONTRATISTA, su incapacidad física permanente certificada por médico legista o su interdicción judicial. **b)** La disolución de la persona jurídica de EL CONTRATISTA. **c)** La incapacidad financiera de EL CONTRATISTA, que se presume cuando se le declara en quiebra, se le abre concurso de acreedores o es intervenido por autoridad competente ... **d)** Si a juicio de LAS EMPRESAS, del incumplimiento de las obligaciones de EL CONTRATISTA se derivan consecuencias que hagan imposible la ejecución del contrato o les causen perjuicios. **e)** En caso de que EL CONTRATISTA haga cesión parcial o total del contrato sin el consentimiento de LAS EMPRESAS. **f)** Si EL CONTRATISTA no da principio a los trabajos dentro de los diez (10) días siguientes a la orden de iniciación dada por la interventoría o si en cualquier momento las suspende sin causa justificada. **g)** Cuando suspendidos los trabajos por fuerza mayor, EL CONTRATISTA no los reinicie tan pronto como hayan desaparecido las causas de suspensión. **h)** Si EL CONTRATISTA no encomienda la dirección de los trabajos a ingenieros o arquitectos especializados y matriculados en la rama respectiva según las

<sup>16</sup> Folio 97 del cuaderno 12.

<sup>17</sup> La Ley 142 de 1994 definió, a través de sus artículos 31 y 32, que los actos y contratos de las entidades estatales que prestan servicios públicos domiciliarios se rigen por, por regla general, por el derecho privado.

<sup>18</sup> De modo excepcional el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 consagra que las Comisiones de Regulación pueden hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes “en ciertos tipos de contratos” y pueden facultar, previa consulta expresa por parte de los prestadores de servicios públicos, su inclusión en los demás contratos, en esta última circunstancia -en lo relativo a la inclusión forzosa de las cláusulas excepcionales- este aspecto se rige, en lo correspondiente, por el derecho público, pues su incorporación autorizó el ejercicio legítimo del poder del Estado -a modo excepcional del régimen de derecho privado-.

En torno al asunto particular, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA- profirió la Resolución 1 de 1995, en donde contempló la inclusión forzosa de las cláusulas excepcionales en contratos de obra, como el que dio origen al *sub examine*, en los siguientes términos:

**“Artículo 1. Inclusión Obligatoria.** Las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo deben incluir cláusulas exorbitantes en los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de Acueducto, Alcantarillado y Aseo o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la ley”.

*prescripciones establecidas en la Ley 64 de 1978, en su Decreto Reglamentario 2500 de 1987 y en la Ley 9 de 1990. i) Cuando EL CONTRATISTA se niegue a mantener las garantías o a extender su vigencia conforme se estipula en este contrato. j) Cuando por culpa imputable a EL CONTRATISTA los trabajos no progresaren en forma satisfactoria para LAS EMPRESAS, no se ajusten al programa de trabajo acordado o no se terminen dentro de los plazos establecidos en dicho programa. k) Cuando EL CONTRATISTA se negare a efectuar las reparaciones o modificaciones que sean requeridas en la obra para se ajuste a los planos y especificaciones. l) Cuando la calidad de la obra que ejecuta EL CONTRATISTA no sea aceptable a juicio de la interventoría. m) Cuando EL CONTRATISTA se niegue persistentemente a atender las observaciones hechas por LAS EMPRESAS o la interventoría a los trabajos o a permitir la inspección de los mismos de acuerdo con los documentos de este contrato. n) Cuando EL CONTRATISTA faltare al cumplimiento de alguna o algunas de sus obligaciones laborales que contrae por medio del presente contrato en particular las establecidas en el Código Sustantivo de Trabajo ... o) Cuando EL CONTRATISTA incurra en cualquiera de las conductas contempladas en los artículos 2o. y 3o. de Decreto 1875 del 20 de noviembre de 1992, los cuales se transcriben ...”<sup>19</sup>.*

**39.** Importa precisar, más allá de la evidente incorrección que revela la cláusula transcrita, al incorporar como causas para el ejercicio de la potestad excepcional de caducidad múltiples eventos ajenos a este instituto -entre ellos algunos que hacen parte de la facultad de terminación unilateral (art. 17 de la Ley 80 de 1993), y otros asociados al llano incumplimiento contractual, no cualificado- que la Sala no incursionará en el análisis de validez de dicha cláusula ni emitirá pronunciamiento sobre la ilegalidad de todas aquellas causas provenientes de la voluntad de las partes, no porque ello no sea así, sino porque la nulidad de dicha estipulación contractual no fue objeto de la litis, no incide en el examen que impone la *causa petendi*, ni hace parte del ámbito de la alzada, en tanto la declaratoria de caducidad que se controvierte se fundó en el incumplimiento grave del contratista que llevaría a la parálisis del servicio público, que es una de las premisas del art. 18 de la Ley 80 de 1993.

**40.** Así las cosas y ante la constatación que con la inserción de la cláusula referida se incorpora un régimen de derecho público sobre aspectos concretos de un contrato regido por normas de derecho privado, pasa la Sala a pronunciarse sobre los cargos de nulidad endilgados respecto de los actos administrativos enjuiciados.

#### Cargo por vulneración al debido proceso contractual

**41.** Reconocido como derecho fundamental, el debido proceso se erige como una de las garantías en que se cimienta la autonomía y libertad de los individuos, que obra como límite al ejercicio del poder público, en particular, el derivado del *ius puniendi* a cargo del Estado<sup>20</sup> y por cuya virtud las autoridades deben ejercer sus facultades y prerrogativas en el marco de un procedimiento que está previamente definido. Hacen parte de su núcleo esencial, entre otros postulados constitucionales, el principio del juez natural, el derecho de audiencia, defensa y contradicción, la publicidad de la

<sup>19</sup> Folio 216 del cuaderno 12.

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia C – 980 de 2010, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

actuación, y a que una vez sean proferidas las decisiones éstas se den a conocer y se conceda la oportunidad de impugnarlas, como regla de principio<sup>21</sup>.

**42.** Como garantía plena, el debido proceso cobija tanto las actuaciones judiciales como administrativas, sin que ello signifique que tengan el mismo alcance pues, en atención a las diferencias que existen entre uno y otro escenario, tratándose del ámbito administrativo este derecho debe desarrollarse en línea con los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Pública, entre ellos, la eficacia, la celeridad, la economía y la imparcialidad.

**43.** A lo anterior se agrega que en los procedimientos administrativos sancionatorios, en este caso de naturaleza contractual, tal derecho tiene papel preponderante de cara a las afectaciones que sus resultados pueden generar en los derechos de los contratistas, a la vez que armoniza y responde a la realización del interés público que persigue el contrato estatal orientado a la continua y eficiente prestación de los servicios y bienes a su cargo. De manera que las sanciones que puede generar el incumplimiento del contratista, sin importar su gravedad, de ninguna manera pueden ser impuestas de plano por parte de la Administración. De allí que la función legal y constitucional del procedimiento se erija como garantía en la construcción de la decisión del Estado frente al individuo, a partir de la realización de los derechos fundamentales en que se enmarca el debido proceso.

**44.** En lo que atañe a la consagración positiva del debido proceso en materia contractual, expresión de la universalidad de garantías que recoge el artículo 29 de la Constitución Política, habrá de decirse puntualmente que la Ley 80 de 1993, en sus artículos 23 y 77, remitía para estos fines a las normas generales de la función administrativa en cuanto fuesen compatibles con la ley de contratación pública. Este camino envolvía el deber de hacer partícipe al sujeto destinatario de tales decisiones en el trámite previo a la expedición del acto administrativo, junto con la posibilidad de ser oído y de ejercer el derecho de defensa y contradicción.

Estas reglas vienen de años atrás, cuando el ordenamiento jurídico entendió que la realización del interés público y la protección de los derechos de los particulares no solo se hace efectiva al facilitar la controversia sobre la decisión administrativa (recurso), sino que es indispensable que en la formación de tal voluntad intervenga el sujeto que potencialmente pueda resultar afectado, pues ello legitima, entre otros, la presunción de legalidad del acto.

**45.** En vigencia de la referida Ley 80 de 1993 -previo a la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que estableció que las decisiones sancionatorias en materia

---

<sup>21</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.

"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".

contractual deben estar precedidas *“de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista”*- existían tres criterios relativos a la exigencia o no de un procedimiento antecedente para la adopción de una determinación en tal sentido<sup>22</sup>:

(i) Bajo un primer criterio, se sostuvo que no era necesario el agotamiento de un procedimiento previo a proferir la sanción, pues bastaba con la intervención activa del contratista, donde pueda *“participar en estas visitas, acceder a los informes que, sobre el cumplimiento del contrato, puedan estar efectuados tercero (v.gr. interventores) o la misma administración, gozando de la oportunidad para rebatirlos”*<sup>23</sup>, conductas que deben considerarse como las *“actuaciones previas”* que daban cabida a la imposición de la sanción.

(ii) Un segundo criterio<sup>24</sup> afirmaba que se constituye en un requerimiento el adelantar un procedimiento con antelación a la emisión de la sanción, por cuanto (a) las actuaciones contractuales se sujetan, según remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, a las normas generales del Código Contencioso Administrativo (arts. 3, 14, 28, 34, 35 y 50) que imponen adelantar un procedimiento en el que se le de la oportunidad de conocer y expresar previamente sus opiniones, o sea, con audiencia del interesado; y, (ii) el artículo 29 de la Constitución Política es claro en que en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado de expresar sus puntos de vista antes de tomarse la decisión, como forma de garantizar el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción.

(iii) Un tercer criterio<sup>25</sup>, indica que no se requiere un procedimiento administrativo previo en todos los eventos, pues en algunos basta que el contratista no sea sorprendido por actos administrativos contractuales sancionatorios, fundados en hechos o actos desconocidos por ellos, que no tuvieron la oportunidad de conocer y controvertir.

**46.** Tratándose de la declaratoria de caducidad del contrato, que corresponde a la sanción más drástica que se puede imponer al contratista, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el ejercicio de esta facultad impone que no resulte una decisión sorpresiva para el afectado, toda vez que debe brindarse la oportunidad al particular para que ejerza su derecho de defensa y adecue su conducta a los compromisos contractuales adquiridos<sup>26</sup>.

**47.** En esa medida, resulta ineludible que en el ejercicio de esta facultad se exija el respeto por las garantías que integran el debido proceso (artículo 29 de la C.P), con proyección en el curso de la ejecución negocial, lo cual significa que este

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, radicación 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>23</sup> Sentencia T-569 de 1998 de la Corte Constitucional.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 24 de septiembre de 1998, expediente 14.821.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 4 de mayo de 2000, expediente 17.781.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 2 de febrero de 2006, expediente 8.385.

derecho no puede ser concebido como si fuese *“un procedimiento administrativo general o gubernativo puro, sino que debe entenderse cumplido, respetado y satisfecho mediante el adelantamiento de un procedimiento ágil, que consiste, como se explicó, en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad pública contratante, defenderse del mismo, así como pedir la práctica de pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra”*<sup>27</sup>.

**48.** El procedimiento que se debe seguir para salvaguardar el debido proceso no puede malentenderse bajo un manto de ritualismo y exigencias excesivas, que retrasen o malogren los fines que se busca alcanzar con la contratación estatal y que desconozcan la agilidad con la que se deben realizar tales requerimientos, pues su función jurídica es evitar la paralización de la obra o servicio contratado, de cara a la satisfacción del interés público que se busca proteger.

**49.** Por consiguiente, cuando se trate de la imposición de sanciones contractuales la ruta a seguir por la Administración impone que le dé a conocer al particular los hechos constitutivos de incumplimiento, para que pueda manifestarse sobre ellos y contradiga las pruebas que se aduzcan en su contra; en síntesis, que la decisión no *“resulte sorpresiva o intempestiva, y que, en todo caso, se otorgue al interesado la oportunidad de expresar su opinión y contradecir los elementos de juicio que se esgrimen en su contra, antes de que se adopte la decisión”*<sup>28</sup>.

**50.** Así las cosas, con el propósito de desatar el reparo sobre la supuesta transgresión del debido proceso de la actora, resulta imperioso traer de presente las distintas etapas adelantadas en el proceso sancionatorio dirigido por EPM, con el fin de dilucidar si esta garantía fue o no desconocida.

**51.** El negocio jurídico que dio origen al presente litigio –el contrato 2/DJV-1757/24– versaba sobre la *“construcción de redes domiciliarias y obras complementarias de acueducto y alcantarillado”* como atrás se indicó, por valor de \$377'494.828, y plazo de ejecución de 365 días calendario, a partir de la fecha de orden de iniciación -8 de abril de 1997-.

**52.** Transcurrido cada mes se mediría entre el contratista y la interventoría la obra realizada, mediante actas suscritas por ambas partes; y, dentro de los 30 días siguientes la EPM pagaría la suma resultante a favor de la contratista, previa amortización del anticipo, impuestos, suministros por parte de la contratante y multas, en caso de que se hubieren impuesto.

**53.** Las actas de obra que anteceden a las resoluciones enjuiciadas, son: (i) el acta 1 del 30 de abril de 1996, con el pago a favor del contratista por \$21'760.947<sup>29</sup>; (ii) el acta 2, suscrita el 2 de junio de esa anualidad, en la que se

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, radicación 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Valor previo a la amortización de \$27'545.503, folios 71 a 74 del cuaderno 9.

anotó que el valor neto a pagar a Incoltes fue de \$56'190.200<sup>30</sup>; (iii) el acta 3, del 2 de julio de ese mismo año, con un monto neto a pagar de \$50'107.503<sup>31</sup>; y (iv) el acta 4, del 2 de agosto de 1996, que registró que el valor neto a pagar a favor del contratista era de \$61'958.080<sup>32</sup>.

**54.** Mediante oficio HVCV-451<sup>33</sup> del 26 de agosto de 1996, el Jefe del Departamento de Habitación Viviendas y Corregimientos y Veredas devolvió a Incoltes el acta 4, por presentar inconsistencias con los datos presentados por el revisor de interventoría en los ítems 27,3 y 27,4; además, aseguró que debía verificar en terreno el ítem 27,1 empotramiento de tubería por profundidad y cimentación.

**55.** El 9 de septiembre de 1996, el HVCV designó al Ingeniero Francisco Ocampo Morales para adelantar la investigación de los cobros de las actas 1, 2 y 3<sup>34</sup>; y en escrito HVCV-578 del 16 de septiembre de 1996, el Jefe del HVCV informó a Incoltes que no se pagaría la factura correspondiente al acta 4, debido a irregularidades que ameritan un recálculo de la totalidad de la misma. Tales inconsistencias fueron:

*"1. Medición de la longitud de la tubería a pagar por la pendiente del terreno y no de la pendiente del diseño de la red.*

*"2. Las cajas de empalme para domiciliarias de alcantarillado (ítem 18) se pagan por metro lineal y no como unidad.*

*"3. La construcción de andenes incluye el entresuelo por lo tanto, no puede ser cobrado aparte (ítem 35).*

*"4. El empotramiento que están cobrando por obras especiales (ítem 27.3) corresponde en realidad al ítem para anclajes y apoyos (ítem 27.2).*

*"5. En el proyecto DAL-103-421 el tramo 1-2, fue construido con tubería pvc w retén diámetro 6" y el diámetro especificado en el diseño es de 8", por tal motivo, se le ordena levantar este tramo y colocar la tubería correspondiente al diseño, o sea, diámetro 8". Los costos que ocasione dicha corrección serán en su totalidad asumidos por el contratista.*

*"7. (sic) Después de revisar en el terreno lo referente a nuestro oficio 641758 de agosto 26 de 1996 y dirigido a usted, encontramos que no es posible pagar el ítem 27.1 ya que en los apiques de verificación realizados en algunos de ellos no se encontró la tubería con el empotramiento que se está cobrando. No se podrá pagar hasta tanto no se tenga la certeza de la longitud de tubería encontrada.*

*"Consideramos particularmente graves las irregularidades consignadas en este oficio y por lo tanto, continuaremos en la revisión de las facturas ya pagadas y correspondientes a las actas por obra ejecutada número 1, 2 y 3"<sup>35</sup>.*

**56.** En oficio del 19 de septiembre siguiente, el Jefe del HVCV puso de presente a Incoltes que pese a que *"se encuentran los proyectos en un 100% ejecutados"*<sup>36</sup>

<sup>30</sup> Monto sin la amortización del anticipo era de \$71'126.835, folios 65 a 69 del cuaderno 9.

<sup>31</sup> Suma sin la amortización del anticipo: \$63'427.219, folios 47 a 51 del cuaderno 9.

<sup>32</sup> Valor sin la amortización del anticipo: \$78'427.949, folios 40 a 44 del cuaderno 9.

<sup>33</sup> Folio 493 del cuaderno 5.

<sup>34</sup> Folio 210 del cuaderno 1.

<sup>35</sup> Folios 489 y 490 del cuaderno 5.

<sup>36</sup> Folio 488 del cuaderno 5.



no había entregado las tarjetas de referenciación, por lo cual le otorgó un plazo de 10 días hábiles para su entrega o aplicaría el numeral 5.21 literal 7 del pliego de condiciones (imposición de multas, por el retardo en la entrega de las obras -“*El CONTRATISTA pagará a LAS EMPRESAS una multa del punto uno por mil (0.01%) del valor estimado del contrato por cada día que se atrase en la entrega final de la obra*”<sup>37</sup>).

**57.** El 25 de septiembre de 1996, el Ingeniero Ocampo Morales, después de analizar la liquidación de las obras y el estudio del levantamiento realizado por la comisión de topografía, rindió informe sobre tales irregularidades, indicando que “*se debe hacer una reliquidación de todos los tramos construidos, ítem por ítem y hacer apiques en zonas donde se liquidó anclajes; la parte de, si debía o no llevar anclajes, los sobreanchos, el tipo de tubería que se debe colocar (PVC o concreto), los cambios de diámetro, los cambios en los planos etc. los debe justificar la interventoría, aunque según planos, pendientes y profundidades de algunos proyectos hay zonas que uno considera no debe llevar anclaje, lo que sí esta claro es que si lleva anclaje no debe llevar entresuelo*”<sup>38</sup>.

**58.** En sendos escritos del 3 de octubre de 1996, Incoltes se refirió a los siguientes aspectos:

- a) Solicitó el pago del acta 5, la cual, afirmó, fue reliquidada de forma unilateral por las empresas, adujo que se acogía a la retención de “*tres (3) veces el monto de la supuesta deuda, y se descuenta el total del anticipo por amortizar del accta N°06 que actualmente se liquida y que calculamos en aproximadamente \$65.000.000*”<sup>39</sup>.
- b) Pidió se le informe el tiempo requerido para reliquidar las actas del contrato, puesto que este se afectó financieramente por la parálisis en los pagos, pese a que las obras se ejecutaron de forma normal<sup>40</sup>.

**59.** El 4 de octubre siguiente, el Departamento Jurídico de la entidad informó al Departamento de Habilitación de Viviendas y Corregimientos y Veredas, que en el proyecto DAL-104-432 se constató que fue colocado en el tramo 8-red una tubería de 6”, la cual fue pagada como de 10”, pues el diseño preveía una de 10”. Asimismo, se cobró el empotramiento 0,10 metros sobre la clave en los tramos 8-red y 6-7, sin que este hubiere sido colocado; resaltó que fueron testigos de dicho examen “*el ingeniero Francisco Javier Ocampo, el topógrafo Carlos Posada y los trabajadores de la comisión que hicieron los apiques Fabían Céspedes y Carlos Gutiérrez*”<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Folio 216 del cuaderno 12.

<sup>38</sup> Folio 221 del cuaderno 1.

<sup>39</sup> Folio 483 del cuaderno 5.

<sup>40</sup> Folios 484 y 485 del cuaderno 5.

<sup>41</sup> Folio 224 del cuaderno 1.

**60.** Luego, mediante la Resolución 58517 del 7 de octubre de 1996, el Gerente General de EPM declaró la caducidad del contrato “2/DJ-1757/24” y como consecuencia, ordenó liquidarlo, hacer efectiva la cláusula penal y, si fuere necesario, afectar la garantía única del contrato.

**61.** Como fundamento de tal determinación, reseñó que se hallaron varias irregularidades en el acta 4, relativas a: 1) la medición de la longitud de la tubería de alcantarillado, toda vez que el contratista desconoció el numeral 4.83 del pliego de condiciones que fijó que su longitud debe corresponder a la tubería colocada en su real magnitud y no tomando la pendiente del terreno; 2) las cajas de empalme debieron ser facturadas no como unidad sino verificadas en metros; 3) la construcción de andenes incluía el entresuelo, por lo que esto último no podía facturarse aparte; 4) en el proyecto DAC-103-525 se facturó el ítem 27.2 – empotramiento para anclajes y apoyos– como ítem 27.3 –empotramiento por obras especiales–; 5) el proyecto DAL-103-421 fue construido con tubería de 6”, aunque los diseños establecían un diámetro de 8”, pero se facturó la tubería como si fuera de 8”; 6) se verificó que la tubería no tenía el empotramiento que se estaba cobrando por el contratista; y 7) en el proyecto DAL-103-511 se pagó una caja de inspección de una profundidad de 1,5 metros lineales, a pesar de que lo efectivamente construido fue una caja de empalme de 0,5 metros lineales.

**62.** Asimismo, trajo de presente que el 20 de septiembre de 1996, el contratista, a través de escrito con radicado 658322, expresó su disposición de efectuar los correctivos necesarios, para que en lo sucesivo no se presentaran irregularidades y para aclarar cualquier situación al respecto, afirmación que, a juicio de la contratante, “no es más que un reconocimiento de su parte, de que se han presentado irregularidades en el desarrollo y facturación del contrato”<sup>42</sup>, situación que, en el parecer de la entidad, reflejó ausencia de buena fe y la trasgresión de las normas contractuales, al variar las especificaciones sin aprobación de la interventoría.

**63.** En línea con lo expuesto, adujo que las falencias advertidas generaron un grave incumplimiento del contrato, toda vez que el contratista se abstuvo de actuar con lealtad durante la ejecución negocial, inobservó las especificaciones técnicas y omitió facturar correctamente la obra ejecutada, panorama que, indicó, “necesariamente generará una paralización de los trabajos”<sup>43</sup>, concretándose el fundamento para la declaratoria de caducidad del negocio jurídico.

**64.** A través de la Resolución 58745 del 15 de octubre siguiente<sup>44</sup>, la EPM aclaró la Resolución 58517, en el sentido de indicar que el contrato sobre el cual recae la sanción decretada es el “2/DJV-1757/24”.

**65.** Incoltes Ltda. y la compañía aseguradora recurrieron en reposición los anteriores actos, y EPM, por medio de la Resolución 60218 del 3 de diciembre de

---

<sup>42</sup> Folio 49 del cuaderno 1.

<sup>43</sup> Folio 50 del cuaderno 1.

<sup>44</sup> Folios 53 y 54 del cuaderno 1.

1996, los confirmó, al considerar que el desconocimiento de las especificaciones técnicas y la utilización de materiales inadecuados o poco resistentes afectó la calidad y continuidad del servicio, puesto que la estabilidad de la obra no estaba garantizada. Asimismo, aseguró que las irregularidades referidas no son aspectos formales, sino que derivaron de un análisis pormenorizado del contrato y que no había lugar a acoger los anexos que fundamentaron el recurso del contratista, puesto que *“nunca ingresaron de forma oficial a la Entidad”*<sup>45</sup>; además, tampoco son aceptables, porque su elaboración no se ciñó al procedimiento de los pliegos de condiciones y los análisis de los precios unitarios que presentó Incoltes tampoco fueron discutidos, incluso, en algunos casos, la descripción de la actividad está incompleta y la unidad y medida no corresponden con la realidad ejecutada.

**66.** Analizadas las piezas procesales que antecedieron la expedición de las resoluciones enjuiciadas y el contenido de estas últimas, la Sala se percata de que la entidad demandada no cumplió con la garantía del debido proceso de Incoltes, pues, pese a que le indicó las inconsistencias que encontró respecto del acta 4 y le anunció que revisaría lo pagado en relación con las actas anteriores - en atención a la comprobación que realizaría directamente en la obra- lo cierto es que ese único aviso no resultó suficiente para tener por acreditado que el contratista pudo controvertir y defenderse de los reproches que sustentaron la declaratoria de caducidad.

**67.** Observa la Sala que la entidad, a través del oficio HVCV-451 del 26 de agosto de 1996, “devolvió” a Incoltes el acta 4 por inconsistencias (relacionadas con los ítems 27,3, 27,4 y 27,1 como atrás se indicó); luego, en oficio HVCV-578 del 16 de septiembre de 1996 puso de presente al contratista que por las irregularidades encontradas en la facturación de la obra no pagaría los valores correspondientes al acta 4.

**68.** Más allá de tales comunicaciones, que no son advertencia de un incumplimiento sino que aludieron a la actividad de revisión y ajuste que se realiza frente a cada acta que es presentada para pago en la ejecución de una obra, la entidad contratante no concedió una verdadera oportunidad de pronunciamiento y contradicción a Incoltes y, hay que señalar, que de tales oficios no podía colegir el contratista que estaba enfrentado un trámite de grave incumplimiento que pudiera conducir a la sanción de caducidad; únicamente podía entender que se haría una revisión sobre tales ítems como le fue informado; por lo que expresó su disposición de efectuar los correctivos a que hubiese lugar, según oficio del 20 de septiembre de 1996.

**69.** De la anterior manifestación de Incoltes, EPM sostuvo, de forma automática, que el contratista actuó con mala fe; aun cuando la entidad no le comunicó que se encontraba analizando el plano de un incumplimiento contractual definitivo y del calibre que autoriza la potestad excepcional de caducar el contrato, pues de los

---

<sup>45</sup> Folio 71 del cuaderno 1.

medios de prueba que reposan en el expediente no se advierte tal manifestación o el traslado a Incoltes de aquellos, solicitando explicaciones o poniendo de presente los hallazgos que finalmente se habían detectado, previo a la emisión de las determinaciones que se demandan.

**70.** Igualmente, obran comunicaciones posteriores al 7 de octubre de 1996, fecha en que se profirió la Resolución 58517, que demuestran que luego de la declaratoria de caducidad del contrato, fue que EPM le remitió los documentos que soportaron su decisión, tal como se lee en el oficio HVCV-1101 del 4 de diciembre de 1996, donde la contratante manifestó:

*“... le enviamos copia del levantamiento topográfico que hizo Empresas Públicas de Medellín de los proyectos DAC 103-481, 594, 519 y DAL 103-419, 423, 432, 508 y 615, para que procedan con la reliquidación como lo manifiesta en su oficio”<sup>46</sup>.*

**71.** Tampoco se aportó evidencia sobre el conocimiento que tuviere Incoltes en torno a las conclusiones del Ingeniero Ocampo Morales, encargado por la EPM de revisar las obras facturadas, quien consideró que lo procedente era reliquidar todos los tramos construidos, ni se acreditó que los resultados de la comisión topográfica, en los que el ingeniero se sustentó, fueren conocidos y debatidos por la actora.

**72.** De hecho, hasta el 14 de noviembre de 1996 –más de un mes después de la declaratoria de caducidad– EPM requirió a Incoltes para hacer una nueva medición, y sostuvo que *“aunque Empresas Públicas de Medellín ya la hizo unilateralmente, es necesario que nombre una comisión que lo represente, para que en compañía de personal de las Empresas procedan a realizar la medida real”<sup>47</sup>*, documento que es nítido en expresar que las mediciones que fundaron el acto de caducidad fueron ajenas y desconocidas para el contratista, a quien nada se informó en su momento para garantizar su intermediación y presencia de cara a la unilateralidad con que fueron elaboradas. Por lo que el contratista debía defenderse de unos reproches cuyas pruebas le eran desconocidas vulneración a su debido proceso que pretendió ser remediada por EPM con la citación del 14 de noviembre de 1996 a participar en una comisión, cuando ya se había expedido el acto que declaraba la caducidad del contrato.

**73.** Lo anterior se reafirma en la comunicación del 4 de octubre de 1996, remitida por el Departamento Jurídico al Departamento de Habilitación de Viviendas y Corregimientos y Veredas en el que se indicó que las inconsistencias referidas fueron observadas por el mencionado ingeniero, un topógrafo y dos trabajadores de la comisión, sin que allí conste que delegados del contratista estuvieren presentes o que se le hubiere informado sobre tales actividades o sus conclusiones.

---

<sup>46</sup> Folio 393 del cuaderno 5.

<sup>47</sup> Folio 464 del cuaderno 5.

**74.** Así las cosas y ante la evidencia que EPM no le brindó a Incoltes la oportunidad de controvertir las inconsistencias aducidas y presentar los argumentos que en su criterio justificaban su conducta o esclarecieran desde su perspectiva la realidad y verdad de los hechos e incumplimientos que se le endilgaban, es claro que la contratista fue sorprendida con la declaratoria de caducidad del negocio jurídico y su consecuente extinción, en virtud de la orden unilateral de la Administración, desconociendo los preceptos del artículo 29 de la Carta Política. Con su actuar vulneró el derecho al debido proceso de la actora, fundamentalmente su derecho de defensa, límite superior que restringe el ejercicio de las potestades públicas frente a los individuos, y no autoriza que tal garantía pueda entenderse más o menos cumplida o incumplida, pues es un derecho pleno que no admite zonas grises de interpretación.

**75.** De forma que, sin entrar en la valoración de las razones o motivos que fundaron la declaratoria de caducidad, la Sala confirmará la decisión del *a quo* que declaró la nulidad de los actos enjuiciados ante la constatación de la vulneración de la garantía *ius fundamental* referida, por las razones explicadas.

**76.** Adicionalmente, no es dable obviar que ese proceso de formación de la voluntad de la Administración no se suple con los recursos contra la decisión que adoptó la sanción, puesto que se trata de fases de la actuación administrativa disímiles, en virtud de las cuales es improcedente colegir que la garantía del debido proceso se releva al discutir una determinación ya proferida<sup>48</sup>.

**77.** Por lo anterior, la Sala no pasará a referirse sobre los otros cargos de nulidad contra los actos enjuiciados, puesto que, al desvirtuarse su presunción de legalidad con el análisis del primer reproche, resulta inane examinar los demás vicios endilgados.

### ***(iii) Indemnización de perjuicios***

#### Perjuicios morales

**78.** La sociedad actora adujo que tanto ella como sus socios sufrieron angustia e incertidumbre durante la ejecución contractual y, posteriormente, por la inhabilidad que les fue impuesta, perjuicio que tasó en un valor equivalente a 3000 gramos de oro. A su vez, en la alzada manifestó que les fue afectado su buen nombre y honra, mediante la publicación de la sanción en el periódico El Colombiano.

**79.** Sobre este pedimento, la Sala indica que no tiene vocación de prosperidad en relación con los socios de Incoltes, toda vez que éstos carecen de la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate en el proceso, es decir, carecen de legitimación para incoar esta pretensión, dado que no hacen parte del extremo actor del *sub examine*, comoquiera que la sociedad fue la única instauró el libelo introductorio. De modo que no hay lugar a confundir a los socios con la persona

---

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, radicación 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

jurídica de la que hacen parte, por cuanto se trata de sujetos individualizables, separables y diferenciados.

**80.** Ahora, respecto del reconocimiento de la mencionada súplica a favor de la sociedad contratista, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que en materia contractual, eventualmente cabría emitirse condena por concepto de perjuicios morales, cuya prosperidad en todo caso está condicionada, al igual que la indemnización por cualquier otro tipo de perjuicio, a la prueba de su existencia<sup>49</sup>.

**81.** Atendiendo a lo expuesto, la Sala encuentra que en el caso concreto no se probó una afectación moral en cabeza de la sociedad demandante, en tanto no obran medios de convicción que así lo demuestren y, la sola creencia de que la ilegalidad del acto produce perjuicios morales no es de recibo, pues se impone acreditar la *certeza* de ese daño.

**82.** Asimismo y al advertir que a un ente jurídico como lo es la sociedad actora se le reconoce una subjetividad propia, a partir de la cual goza de atributos de personalidad, esta Corporación ha establecido que el *petitum* referente a la afectación de su buen nombre o good will debe incluirse en el concepto de perjuicios materiales sufridos por ésta, dado que aún cuando *“dichos derechos aunque pertenezcan a la órbita de lo intangible constituyen parte del acervo patrimonial de la persona jurídica, por lo tanto, el detrimento que sufra deberá resarcir el daño emergente, cuya tasación depende de los gastos en los que haya incurrido la persona jurídica para restablecerlo”*<sup>50</sup>, situación que no aconteció en el *sub examine*, comoquiera que la demandante los incluyó como base de los perjuicios morales pedidos y, en todo caso, no acreditó el menoscabo que se le ocasionó al buscar restaurar esa reputación y buen nombre que consideró lesionados.

Por lo anterior y ante la ausencia de medios probatorios que acrediten la efectiva causación de los perjuicios morales solicitados, la Sala negará su reconocimiento.

### Daño emergente

**83.** La actora indicó que la demandada dejó de reconocer las siguientes sumas de dinero: a) obra ordinaria ejecutada no reconocida ni pagada por EPM \$47.065.500; b) obra ordinaria y reajustes reconocidos por EPM pero no pagados \$60.349.873; y c) obra extra ordenada por la interventoría y debidamente ejecutada por el contratista, pero no reconocida por EPM, cuyo total asciende a \$75.944.974. Así como el reconocimiento de los intereses moratorios a cargo de la contratante por el no pago oportuno de las actas de obra, por el monto de

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencias (i) del 3 de agosto de 2017, número interno 52.920 y (ii) del 14 de febrero de 2019, número interno 58.894.

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, providencia del 16 de agosto de 2012, expediente: 24.991, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

\$20'962.947 y la devolución de los dineros que la accionada retuvo al hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria -\$37'749.482,80-.

**84.** Sobre este punto, vale precisar que Incoltes solicitó que se declare que EPM incumplió el contrato de obra, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones enjuiciadas -pretensión primera-. Al respecto, es relevante recordar que si bien la declaratoria de nulidad de actos administrativos contractuales puede ser fuente de responsabilidad<sup>51</sup>, si es que con ellos se ha causado un daño<sup>52</sup>, ésta difiere de la responsabilidad que se puede generar con ocasión del incumplimiento de las obligaciones de un contrato, pues, como lo ha señalado esta Subsección, *“mientras que la primera surge por la transgresión de los elementos que la ley exige para que la administración exprese válidamente su voluntad a través de actos administrativos ... la responsabilidad contractual se funda en que el deudor de una prestación deja de ejecutar, parcial o totalmente, una obligación de dar, de hacer o de no hacer que le es debida al acreedor de conformidad con lo pactado en el negocio jurídico”*<sup>53</sup>.

**85.** En ese sentido, si una potestad excepcional que proviene de la ley (art. 18 de la Ley 80 de 1993) es ejercida en contravención de los postulados normativos a los que está sometida, esta circunstancia no desemboca en el incumplimiento del contrato. *“Vale precisar que esta distinción de modo alguno recorta el derecho que tiene quien sufrió un daño como consecuencia de la expedición y posterior anulación de los actos administrativos contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama”* (ídem).

**86.** Así las cosas y a pesar de que los pedimentos esbozados por la actora por concepto de daño emergente fueron planteados desde una imputación fáctica tendiente a señalar que EPM incumplió una obligación estipulada en el contrato, lo cierto es que la *causa petendi* se formuló sobre la base de considerar que la fuente del daño está en la expedición de las resoluciones mediante las cuales la demandada adoptó la decisión de caducar el contrato en contravía de lo previsto en el ordenamiento jurídico, tal como se constató en los apartes previos, de modo que hay lugar a examinar estas súplicas, comoquiera que derivaron directamente de la manifestación de la Administración que es objeto de anulación.

---

<sup>51</sup> *“Sobre el particular, estima la sala que es evidente que cuando se declara judicialmente la nulidad del acto administrativo por el cual se declaró la caducidad del contrato, surge la obligación para la administración como creadora del acto anulado de restablecer los derechos del contratista que resultó afectado con el mismo a través de los perjuicios correspondientes (art. 85 C.C.A).”* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 10.735.

<sup>52</sup> La posibilidad de restablecimiento del derecho no equivale a resarcir un daño pues, en los términos del artículo 84 del CCA *“[t]oda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño [...]”*. (énfasis agregado) El hecho de que la norma habilite a quien acude a la jurisdicción a solicitar el restablecimiento del derecho y la reparación de un daño, implica, necesariamente, que uno y otro no son equivalentes.

<sup>53</sup> Así lo ha precisado esta Subsección en sentencia del 11 de octubre de 2021, Rad. 760012331000200700092 05 (53.479) –Acumulado 760012331005200700199 00; y sentencia del 14 de julio de 2023 Rad. 73001233300520140034601 (59.942).

87. Dilucidado lo anterior, la EPM adujo, además, que la demanda fue instaurada antes de tiempo, puesto que al momento de su presentación aún no se había liquidado el negocio jurídico, acto que se debía demandar con el propósito de obtener el reconocimiento de sumas adicionales.

88. Sobre el particular, mediante la Resolución 82257 del 10 de marzo de 1998, la EPM resolvió liquidar unilateralmente el contrato 2/DJV-1757/24, previa discriminación de su valor en los siguientes términos:

*“d) Valor final del contrato: El valor final del contrato ascendió a la suma de trescientos sesenta y ocho millones seiscientos cincuenta y tres mil quinientos ochenta y cuatro pesos con sesenta y nueve centavos m.l. (\$368.653.584.69), el cual se discrimina así:*

<i>Valor obra contractual</i>	<i>\$279.520.019.83</i>
<i>Valor obra extra</i>	<i>\$25.907.954.00</i>
<i>Valor reajustes, incluyendo el reajuste del anticipo</i>	<i>\$63.225.610.86</i>
<b>VALOR TOTAL DEL CONTRATO</b>	<b>\$368.653.584.69</b>

*“e) Saldo a favor de el (sic) contratista: De las obras ejecutadas resulta un saldo a favor de el (sic) contratista de treinta y tres millones seiscientos sesenta y cinco mil novecientos pesos con treinta y dos centavos m.l. (\$33.665.900.32)”<sup>54</sup>*

89. Dilucidado el saldo que afirmó le debía a la contratista, EPM lo compensó con el monto correspondiente a la aplicación de la cláusula penal pecuniaria (10% del precio pactado), esto es, \$37.749.482.80, en virtud de la orden dispuesta en tal sentido en la Resolución 58517 de 1996, confirmada a través de la Resolución 60218 de ese mismo año, operación que arrojó un saldo a favor de la EPM por valor de \$4.083.582.48 y estableció que Incoltes debía consignarla a su nombre, *“en la Caja General de las mismas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la ejecutoria de la presente resolución”<sup>55</sup>.*

90. Examinado el contenido del anterior acto y dado que no resultaba imperioso demandar la declaratoria de nulidad de la Resolución 82257 de 1998, como requisito para pedir el reembolso de la cláusula penal pactada en el contrato<sup>56</sup>, procede entonces su reembolso, comoquiera que la nulidad que en el presente proceso se declarará respecto de las resoluciones demandadas, hace evidencia de que no hay lugar a su cobro por parte de la contratante.

En este sentido, al quedar desvirtuada la presunción de legalidad de las resoluciones que declararon la caducidad del contrato de obra, se impone, por consecuencia, el retorno de lo deducido por cuenta de la aplicación de la cláusula penal que allí fue ordenada, quedando removido integralmente el acto

<sup>54</sup> Folios 425 y 426 del cuaderno 1.

<sup>55</sup> Folio 427 del cuaderno 1.

<sup>56</sup> No se requiere obtener la declaratoria de nulidad de la resolución de liquidación unilateral, puesto que tal condicionamiento sólo tiene justificación cuando la Administración ha expedido un acto administrativo revestido de presunción de legalidad, situación que dista de lo acontecido bajo *sub examine*, por cuanto la Resolución 82257 de 1998 no es un acto administrativo, comoquiera que, bajo el régimen del derecho privado, corresponde a un acto jurídico de índole contractual, toda vez que fue proferido en ejercicio de una cláusula pactada en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes.



administrativo en sus bases y en sus efectos, sin que ello penda de ningún acto, requisito o manifestación posterior.

**91.** Así las cosas, como del cruce de cuentas que la entidad realizó con el acto de liquidación se advierte el cobro por compensación de la cláusula penal pecuniaria, se ordenará su devolución, previa actualización de valor, utilizando los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para ello se tendrá en cuenta que el índice inicial corresponde a la fecha en la cual se notificó la Resolución 82257 de 1998 –marzo de 1998<sup>57</sup>- y que el índice final corresponde a la fecha de esta providencia, con base en la siguiente fórmula (donde Vp corresponde al valor presente y Vh al valor histórico o inicial):

$$V_p = \frac{V_h \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$V_p = \frac{37.749.482 \times 134.45}{33,67}$$

$$V_p = 150.740.061$$

**92.** El valor a pagar por concepto de la devolución de lo cobrado a título de cláusula penal pecuniaria a favor de la parte actora es de ciento cincuenta millones setecientos cuarenta mil sesenta y un pesos m/cte (\$150'740.061).

**93.** Respecto al pago o no de la obra ordinaria ejecutada no reconocida ni pagada por EPM, obra ordinaria y reajustes reconocidos por EPM pero no pagados y la obra extra ordenada por la interventoría y debidamente ejecutada por el contratista, pero que no fue reconocida por EPM, la mencionada Resolución 82257 de 1998 contiene una conclusión distinta a la plasmada en el “*convenio de liquidación*” que la entidad le remitió al contratista para su suscripción y respecto del cual esta última se abstuvo de manifestar su conformidad; en efecto, en la referida resolución, como ya se dijo, se consignó que existía un saldo a favor de Incoltes por la suma de \$33.665.900.32, valor que fue compensado con la suma correspondiente a la cláusula penal pecuniaria y que arrojó un monto a favor de EPM de \$4.083.582.48, mientras que en el proyecto de convenio bilateral se indicó que existía un saldo a favor del contratista de \$21.794.517.41, suma que cruzó con el monto de la cláusula penal pecuniaria, en virtud de la cual coligió que a la contratista le correspondía pagar \$15.954.965.39; como sustento de esta

<sup>57</sup> Se toma esta fecha como índice inicial, pues es el momento a partir del cual la entidad compensa el saldo que, consideró, existía a favor del contratista con el valor de la cláusula penal pecuniaria.

liquidación la accionada aportó la relación de las actas canceladas y por cancelar, así como la obra ejecutada<sup>58</sup>.

**94.** No obstante, Incoltes no estuvo de acuerdo con las aludidas liquidaciones, obrando sendas comunicaciones enviadas a EPM en las que manifestó su inconformidad con tales conclusiones y valores, por cuanto el saldo al contratista por la obra original era de \$60.349.873, valor al que debía sumarse el reconocimiento por obra ordinaria ejecutada no reconocida y obra extra no reconocida, los cuales ascendían a \$47.065.500 y \$94.931.217, respectivamente<sup>59</sup>.

**95.** Así, ante la evidente disimilitud de los criterios de reconocimiento de las obras ejecutadas, se decretó la práctica de un dictamen pericial sobre la existencia o no de sobrefacturación, así como de obras adicionales, la calidad de la obra y el valor de los perjuicios ocasionados a Incoltes. Esta experticia fue elaborada por los ingenieros civiles Pablo Agudelo Alzate y Jorge Giraldo Castaño<sup>60</sup>.

**96.** En la respuesta a los cuestionamientos planteados, los peritos adujeron que *“la aplicación de la caducidad al contrato fue precipitada, inconveniente e inoportuna”*; asimismo afirmaron que *“no hubo sobre facturación por parte del Contratista INCOLTES LTDA., porque las conversiones de obra se van ajustando a lo liquidado y pagado, porque han existido varios desfases en las medidas tomadas por las empresas, con respecto a las de INCOLTES ... el contratista sí ejecutó más obra de la reconocida por las Empresas ... [y] la calidad de la obra es buena, se encuentra funcionando sin ningún inconveniente”*. Además, para el cálculo de los perjuicios se limitaron a aseverar que el desequilibrio económico causado era de \$83.000.000 y que los perjuicios por no poder contratar con el Estado durante el término de la inhabilidad ascendían a \$300.000.000, sobre el valor de la obra contractual, incluida la obra extra; y reseñaron lo siguiente:

Valor obra contractual no pagada	\$67'340.169,34
Obra extra no pagada	\$63'831.196,62
Obra ordinaria ejecutada y reconocida no pagada	\$47'065.500,00
Obra ordinaria reajustada y reconocida no pagada	\$60'349.875,47
Obra extra ordinaria ejecutada no pagada	\$75'944.974,00
Intereses moratorios	\$20'962.947,00
<b>SUMAN</b>	<b>\$335'494.662,43</b>

**97.** Esta experticia fue aclarada por los auxiliares de la justicia, oportunidad en la que afirmaron, lo siguiente: *“... no es normal, lógico ni creemos que legal, que dichas discrepancias [las relativas a la cantidad de obra ejecutada] se resuelvan con una declaratoria de caducidad ... las investigaciones se realizaron sin su intervención [la del contratista] ... hubo un apresuramiento y con él se perjudicó al contratista”*<sup>61</sup>. Igualmente, señalaron que no hubo sobrefacturación, pues la

<sup>58</sup> Folios 103 a 122 del cuaderno 1.

<sup>59</sup> Folios 138 a 145 del cuaderno 1.

<sup>60</sup> Folios 490 a 507, cuaderno 2.

<sup>61</sup> Folio 593 del cuaderno 2.

misma entidad, en el convenio de liquidación bilateral indicó que la obra facturada fue de \$258'430.540, *“era tan evidente que no había sobrefacturación que calificamos tal hecho como un ‘fantasma’”*<sup>62</sup>.

Señalaron que existía un error en el planteamiento del 100% de la obra contratada, y afirmaron: *“los peritos consideramos que, si lo que faltaba fue lo no ejecutado, pues no hay discusión en que el Contratista terminó todos los proyectos encomendados y que podían ejecutarse”* y que la no colocación de los medidores y la instalación de los empalmes no tiene la trascendencia necesaria para alegar un incumplimiento, puesto que se podían ejecutar al entregar la obra.

**98.** Asimismo, aseveraron que los valores referentes a las obras no pagadas, extra no pagada, ordinaria ejecutada reconocida no pagada y ordinaria reajustada surgieron *“de las investigaciones y observaciones hechas sobre los ítems que se solicita por el demandante que sean pagados. Para tal efecto analizamos las liquidaciones por tramos, consultamos al interventor original del contrato ... los datos de demandante pudieron corroborarse completamente y no entendemos los peritos como se desconocen por parte de las EMPRESAS”*<sup>63</sup>. Sobre los perjuicios morales conceptuaron que 3000 gramos oro *“es una cuantía más que suficiente”*<sup>64</sup> y que pudieron establecer que como el contratista tenía en ejecución un contrato por \$82'822.550, podía ejecutar varios contratos al mismo tiempo, circunstancia por la cual consideraron *“válido asumir una utilidad por año de \$60.000.000, la cual trasladada a cinco (5) años de inhabilidad arrojaba un total de \$300.000.000”*<sup>65</sup>.

**99.** Para la Sala este ejercicio pericial no reúne los atributos de firmeza, precisión y calidad necesarios para otorgarle mérito probatorio<sup>66</sup>. En primer lugar, los expertos se centraron en emitir un juicio sobre la procedencia o no de la sanción de la caducidad contractual, aspecto sobre el cual no les correspondía hacer pronunciamiento alguno.

**100.** En segundo lugar, no se explicó el soporte de las conclusiones esbozadas; si bien se afirmó que no se presentó una sobrefacturación, no es viable constatar o comprender el origen de tal aseveración, toda vez que carece del respaldo suficiente dado que los peritos, según dijeron en el escrito de aclaración, sólo se basaron en los pedimentos de Incoltes, en el proyecto de liquidación bilateral elaborado por EPM, en las cifras indicadas por la demandante y en los datos que corroboraron directamente; no obstante, el fundamento esgrimido no tiene consonancia con las conclusiones reseñadas, pues las cifras tanto de la entidad como del contratista distan ampliamente y no se advierten cuales fueron los datos que los auxiliares de la justicia corroboraron ni con base en qué proceso, examen o fundamentos arribaron a tal resultado.

---

<sup>62</sup> Folio 594 del cuaderno 2.

<sup>63</sup> Folio 598 del cuaderno 2.

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

<sup>65</sup> Folio 599 del cuaderno 2.

<sup>66</sup> En memorial del 16 de abril de 2004 (folios 1 a 9 del cuaderno 13), el IDU objetó por error grave la experticia rendida; para el efecto, aportó sendos medios documentales para que se tuviesen en cuenta en el curso del proceso.

**101.** Asimismo, reseñaron la obra que no fue reconocida, incluida la obra extra, sin especificar la justificación de tales cifras; simplemente se ciñeron a enunciar un monto sin soportarlo. Tampoco aluden a las pruebas con que contaba EPM, referidas a las libretas de topografía y las inconsistencias advertidas en la liquidación de los tramos de obra, por lo que no se avisa un real fundamento de los montos consignados.

**102.** Como los mismos peritos afirmaron, asumieron la utilidad dejada de percibir por la sociedad, con ocasión de la inhabilidad que le fue impuesta, sin aludir, realmente, a soportes probatorios que permitieran constatar algún valor. De manera que se trató de una cifra derivada de su arbitrio, ante la ausencia de probanza alguna.

**103.** Por lo anterior, la ausencia de un cimiento certero y acreditado de las fuentes que permitan determinar la existencia de perjuicios, en tanto sólo arroja cifras carentes de explicación demostrable, impide a la Sala basarse en dicha prueba para sustentar la liquidación de la condena a imponer.

**104.** Ahora, en virtud de la objeción a la anterior experticia, elevada por EPM, y de conformidad con lo consagrado en los artículos 137 y 238 del CPC, el Tribunal accedió a la práctica de una nueva prueba pericial, a cargo del perito ingeniero civil Pascual Julio Henao Ospina<sup>67</sup>, profesional que rindió su experticia a través de escrito del 9 de marzo de 2015<sup>68</sup>; indicó que basó en las estipulaciones contractuales, el convenio de liquidación no aceptado por Incoltes, el oficio de inconformidad con las cifras esbozadas por EPM, la resolución de liquidación unilateral y algunos testimonios, piezas probatorias en virtud de las cuales determinó que: (i) no hubo sobrefacturación, (ii) asciende a \$35'306.125 el valor de la obra ejecutada pendiente de pago no reconocida por EPM -con intereses corrientes en \$106'182.607-, (iii) EPM reconoció que de le debe \$33'665.900 a Incoltes, de acuerdo con liquidación unilateral, –valor con intereses corrientes en \$110'281.701-, (iv) calculó el valor de la mayor permanencia en obra por \$36'462.709 –con los intereses corrientes en \$109'661.105- y (v) aseveró que los perjuicios ocasionados con la imposición de la inhabilidad se tasaban en \$461'612.605 –con intereses corrientes el monto es de \$1.538'876.803-.

**105.** En relación con este segundo dictamen y sin desconocer que sus juicios derivaron de un estudio más ordenado y detallado, el mismo tampoco resulta suficiente para dar por ciertos los valores que allí se enuncian, comoquiera que se basó principalmente en el convenio de liquidación bilateral no suscrito por Incoltes, en la resolución de liquidación unilateral y en las inconformidades que la contratista presentó en relación con el primero de los documentos. De modo que no se observa un examen de lo acontecido en la ejecución contractual, más allá de la revisión de los documentos elaborados por las propias partes, que ya obran en el expediente y que son evidentes en las inconformidades existentes entre éstas. Ciertamente, se destaca la ausencia de un escrutinio pormenorizado de las

---

<sup>67</sup> Folios 603 a 605 del cuaderno 3.

<sup>68</sup> Folios 706 a 726 del cuaderno 3.

actas de obra, las libretas de topografía, las obras cuya ejecución informó la contratista, en contraste con las advertidas por la entidad, en aras de consolidar las diferencias entre unas y otras y consolidar así las obras que sí se realizaron, que resultaron en extra a las inicialmente pactadas, las reconocidas y no reconocidas por la entidad.

**106.** Aunado a lo expuesto, el perito calculó los perjuicios ocasionados a Incoltes con la mayor permanencia en obra; sin embargo, esta pretensión no fue formulada en el *sub examine* y, en todo caso, resulta en un contrasentido, comoquiera que a lo largo del proceso la contratista manifestó que culminó la labor contratada mucho antes del fenecimiento del plazo estipulado. De hecho, sobre el particular, el ingeniero dijo *“el plazo contractual era de 365 días solares ... a partir de la fecha de la orden de inicio: 8 de abril de 1996 y, por la declaratoria de caducidad, el plazo se dio por terminado el 10 de diciembre de ese mismo año ... para un total de 246 días calendario. Para que se terminara el plazo inicial del contrato faltaban 119 días y para copar su valor faltaba por ejecutar \$46'775.033”*<sup>69</sup>; por tanto, es evidente que no había lugar al cálculo de los supuestos perjuicios por la mayor permanencia en obra, pues dicha extensión en la labor contratada no existió.

**107.** Respecto a la forma de calcular los perjuicios aludidos por la imposición de la inhabilidad por el término de cinco años a Incoltes, la experticia se fundamentó en la capacidad de contratación que la sociedad tenía entre el 8 de abril y el 31 de julio de 1996, la cual fue convertida a un valor representativo de un año, suma a la que se le calculó el 7%, como porcentaje de utilidad aceptado por la contratista y este monto fue actualizado según el IPC para los 5 años siguientes, para obtener el valor de \$461'612.605, más la suma de los intereses corrientes adicionados.

**108.** La Sala no comparte las bases y conclusiones a las que se arribó, pues partió de la capacidad de contratación de la sociedad, la cual no puede ser tenida como presupuesto suficiente para medir el perjuicio pedido, dado que se refiere el monto máximo sobre el cual un oferente puede contratar, es decir, revela su aptitud para ser colaboradora del Estado, sin referirse con certidumbre las contrataciones que ha desarrollado la sociedad en un período particular. De manera que solo a partir de ese concepto no podía determinarse este pedimento, pues se fundó en un supuesto que no provee respaldo sobre la efectiva pérdida de oportunidad en contratación pública de la sociedad actora, escenario que contraviene lo precisado por esta Corporación en el sentido de establecer que la valoración del perjuicio debe consultar las particularidades de cada caso para evitar la indemnización de daños meramente eventuales e hipotéticos<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Folio 718 del cuaderno 3.

<sup>70</sup> “Sin embargo, tampoco puede desconocerse que, en principio, no existe sustento real alguno que permita al juez considerar o suponer que en situaciones normales y dada la contratación anterior con el sector público, el contratista perjudicado, al que se le declaró ilegalmente la caducidad de su contrato e injustamente se le inhabilitó temporalmente para realizar negocios jurídicos con entidades públicas, no habría logrado percibir una utilidad equivalente al 100% de la ya presentada, a menos, claro está, que en el caso concreto pudiera determinarse que esa forma y monto de valorar el perjuicio resulte desproporcionada e inequitativa frente a precisas circunstancias probadas dentro del proceso que se le pudieran predicar al contratista o por los riesgos derivados de la actividad que ejerce y de todo lo cual se dedujera la imposibilidad o dificultad para

Por consiguiente, para esta Sala, en consonancia con lo resuelto por el *a quo*, esta experticia tampoco puede ser tenida en cuenta para tener por probado el *quantum* de los perjuicios que allí se precisan.

**109.** Por consiguiente, la Sala comparte la determinación del *a quo* de condenar en abstracto este pedimento, pues no existe certidumbre sobre el valor que la accionada debe cancelar por concepto de la obra ordinaria, adicional y extra reconocida o no reconocida y no pagada por EPM, razón por la cual se confirmará la orden proferida en primer grado en este sentido.

**110.** Sobre este punto, la Sala difiere del criterio esbozado por EPM en su alzada, al manifestar que la falta de prueba de la indemnización pedida por la demandante restringe la posibilidad de proferir una condena en abstracto, toda vez que ello implicaría otorgar una nueva oportunidad probatoria a la actora en este aspecto, comoquiera que sí se acreditó que existieron obras que EPM no pagó a Incoltes, puesto que esta entidad, al liquidar unilateralmente el negocio jurídico, reconoció la existencia de un saldo a favor de la contratista, el cual compensó con la aplicación de la cláusula penal pecuniaria -cuya devolución se dispuso en esta providencia-; por ende, resulta evidente que sí existen obras que no fueron pagadas a la contratista.

**111.** En esa medida, el juez no puede pasar por alto la anterior advertencia, puesto que la falta de firmeza y soporte de los dictámenes que ya obran en el expediente no dan lugar a omitir una condena por este aspecto, pues ello desconocería el acceso a la administración de justicia de la actora, pues la constatación sobre la ausencia de pago de la totalidad de las obras que efectuó, convertiría a la providencia judicial que se dicte en una decisión desprovista de aplicación y efectividad real, ante su falta de consolidación en términos financieros.

**112.** Por lo anterior, la imposición de la condena en abstracto no se traduce en una herramienta en detrimento de la EPM, puesto que de ninguna manera excede el marco para el cual el legislador la consagró, a saber, la determinación de la cuantía de los perjuicios, ante la falta de certidumbre del monto de éstos, mas no la acreditación de su existencia, por cuanto, se itera, en el *sub lite* ya se demostró la existencia del perjuicio reclamado, como ya se explicó.

#### Lucro cesante

**113.** Incoltes aseveró que con ocasión de la inhabilidad que se le impuso, le fueron ocasionados perjuicios estimados en \$224'000.000, por la no contratación con el Estado durante el término de cinco (5) años.

---

obtener o alcanzar el total de dicha ganancia". Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Exp. 17.031. C.P Ruth Stella Correa Palacio.

**114.** Sobre el particular, según lo señalado por la Sala Plena de la Sección Tercera<sup>71</sup>, criterio que ha sido reiterado por la Subsección<sup>72</sup>, 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<sup>73</sup>.

**115.** En este caso, el daño es cierto porque fue aportado el Registro de Contratistas<sup>74</sup> ante EPM donde consta su experiencia en áreas de trabajo referidas a: movimiento de tierra y construcción de vías, estructuras especiales de concretos, edificaciones, pavimentos asfálticos y redes de acueducto y alcantarillado. Así, se relacionan sendos registros de 1979<sup>75</sup>, 1982<sup>76</sup>, 1984<sup>77</sup>, 1985<sup>78</sup>, 1987<sup>79</sup> y 1991<sup>80</sup>, documentación que relaciona experiencia específica en construcción y en la que, conforme al registro de 1991, se indican las obras concluidas dentro de los cuatro (4) años anteriores a dicha tal inscripción.

**116.** En dicho documento se señalan 17 negocios jurídicos ejecutados entre 1987 y 1990, con la mención que algunos fueron suscritos con la EPM, otros en Itagüi, Turbo y Chigorodó, documento a partir del cual es viable colegir que demandante se dedicaba de manera habitual a realizar contratos con entidades públicas –al menos con EPM- y que, por lo tanto, a raíz de la inhabilidad surgida del acto administrativo de caducidad, se vio imposibilitado para seguir participando en procesos de selección de contratistas truncando así la posibilidad de obtener la adjudicación, celebración y ejecución de contratos con el Estado.

**117.** Constatado lo anterior, se ratificará la condena en abstracto emitida en relación con este pedimento, con el objeto de que, en el incidente adelantado para el efecto y ante la falta de certeza de la cuantía de los contratos ejecutados dentro de los 5 años anteriores a la celebración del contrato 2/DJV-1757/24 de 1996, se acredite la utilidad de los contratos celebrados con el Estado en los cinco años previos al aludido negocio jurídico.

**118.** En este punto, se aclara que, para efectos de dicha liquidación, se tendrán en cuenta los siguientes criterios, además de los de orden constitucional y legalmente preestablecidos:

<sup>71</sup> 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.

<sup>72</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de agosto de 2017. Exp. 52.920. C.P Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>73</sup> 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”.

<sup>74</sup> Mediante Resolución 86726 de 1998, la EPM canceló la inscripción de Incoltes Ltda. al Registro de Contratistas de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato 2/DJV-1757/24 – folios 145 a 149 del cuaderno 10-.

<sup>75</sup> Folios 1 a 6 del cuaderno 10.

<sup>76</sup> Folios 8 a 11 del cuaderno 10.

<sup>77</sup> Folios 16 a 18 del cuaderno 10.

<sup>78</sup> Folios 23 a 26 del cuaderno 10.

<sup>79</sup> Folios 47 a 52 del cuaderno 10.

<sup>80</sup> Folios 78 a 84 del cuaderno 10.

- I. El incidente de liquidación se realizará en el plazo y bajo los lineamientos previstos en el artículo 172 del CCA.
- II. Este incidente se restringirá a concretar, si el caudal probatorio así lo acredita, el reconocimiento de obra ordinaria ejecutada no reconocida ni pagada por EPM; obra ordinaria y reajustes reconocidos por EPM pero no pagados; y la obra extra ordenada por la interventoría y debidamente ejecutada por el contratista, pero no reconocida por EPM.
- III. Se calculará el valor de la pérdida de oportunidad ocasionada a Incoltes Ltda., en virtud de la inhabilidad de que fue objeto, para lo cual se calculará la utilidad que dejó de reportar al no ejecutar contratos estatales por espacio de cinco (5) años, contabilizados desde que cobró firmeza la Resolución 60218 de 1996, en el marco de los cinco años anteriores a esa fecha, previa acreditación de que se trate de contratos celebrados y finalizados con entidades estatales en dicho lapso.
- IV. Se acogerá el criterio reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación, que ha estimado el cinco por ciento (5%), por concepto de la utilidad esperada, valor que se asume concordante con el presupuesto de la contratación, por ser el porcentaje que normalmente se espera obtener por la ejecución de los negocios jurídicos celebrados con el Estado<sup>81</sup>.
- V. Bajo ninguna consideración, el monto de la liquidación de la condena en abstracto podrá superar la estimación razonada de la cuantía.
- VI. El resultado de los anteriores cálculos será indexado o actualizado aplicando los índices de precios al consumidor certificados por el DANE.
- VII. Sobre la anterior suma de dinero no se reconocerán intereses moratorios en tanto la exigibilidad de su pago se deriva de la condena.

#### ***(iv) Solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato***

**119.** Incoltes Ltda. aseveró que, pese a que entregó la obra desde el 31 de agosto de 1996, quedando pendiente los empalmes y la instalación de los contadores por causas imputables a la entidad, la contratante no pagó la totalidad de la obra, circunstancia que alteró la ecuación económica del negocio jurídico por el monto de \$83'000.000, suma que, afirmó, "*debe ser pagada por LAS EMPRESAS para restablecer ese desequilibrio*"<sup>82</sup>.

**120.** Más allá de la denominación que da el actor al perjuicio que reclama, la Sala constata que el supuesto endilgado realmente se refiere a una conducta antijurídica de la contratante, pues reprocha el desconocimiento del contenido obligacional al que se comprometió la EPM por el incumplimiento en el pago de la totalidad de la obra, aspecto que, como se explicó párrafos previos, es objeto de medidas indemnizatorias a través de la condena en abstracto que fue ordenada. De modo

<sup>81</sup> Mediante sentencia del 12 de mayo de 2016, radicación 25000-23-26-000-2010-00692-02(49025), Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, esta Subsección reiteró el criterio planteado en sentencia del 12 de noviembre de 2014, radicación 25000232600020020160601 (29855), al reconocer un 5% como cifra de utilidad esperada. Vale aclarar que ambas sentencias tuvieron origen en objetos contractuales disímiles, puesto que (i) el exp. 29855 se fundamentó en una licitación pública, cuyo objeto era seleccionar al contratista que prestaría los servicios de vigilancia y seguridad, (ii) mientras que el exp. 49025 tuvo origen en un proceso de selección abreviada, adelantado con el propósito de contratar la adquisición de caucho para vulcanizar cuero de corte antanino, gancho rápido, remache de amarre y vaqueta negra.

<sup>82</sup> Folio 165 del cuaderno 1.



que no corresponde emitir una doble condena por este aspecto, sólo por cobijarse bajo un nombre diverso, como fue presentado por el actor bajo el rótulo del equilibrio económico del contrato.

## **Costas**

**121.** 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**

**122.** 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 del 23 de octubre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y, en su lugar, se dispone:

***“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD** de las Resoluciones 58517, 58547 y 60218 de 1996, proferidas por las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., mediante las cuales se declaró la caducidad del contrato 2/DJV-1757/24 de 1996 y se confirmó dicha determinación, respectivamente.*

***“SEGUNDO: CONDENAR a las Empresas Públicas de Medellín EPM E.S.P. a pagar la INCOLTES LTDA.** la suma de ciento cincuenta millones setecientos cuarenta mil sesenta y un pesos m/cte (\$150'740.061), por concepto de la devolución de lo cobrado a esta última sociedad a título de cláusula penal pecuniaria.*

***“TERCERO: CONDENAR EN ABSTRACTO** a las Empresas Públicas de Medellín EPM E.S.P. a pagar, a favor de la parte actora, la indemnización por concepto de perjuicios materiales, modalidad daño emergente y lucro cesante, con fundamento en las bases establecidas en la parte motiva de las sentencias de primer y segundo grado, numerales 6.2.2. y 113, respectivamente.*

***“CUARTO: NEGAR** las demás súplicas de la demanda.*

***“QUINTO: RECHAZAR** la cesión de derechos litigiosos presentada por INCOLTES LTDA. a favor de la Sociedad GRUPO INCOLTES S.A.S. por las razones expuestas en la parte motiva.*

***“SEXTO:** Una vez en firme esta providencia, y en virtud de los embargos registrados en este proceso, **COMUNIQUESELE** a los Juzgados Primero Civil del Circuito de Medellín, Segundo (2) Laboral del Circuito de Medellín y Primero Civil del Circuito de Oralidad de Envigado de la existencia de presente sentencia condenatoria, para los fines que consideren pertinentes.*

Radicación: 050012331000199701257 02 (61.029)  
Demandante: Incoltes Ltda.  
Demandado: Empresas Públicas de Medellín -EPM-  
Asunto: Controversias contractuales

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**MARÍA ADRIANA MARÍN**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE<sup>83</sup>  
**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

VF

---

<sup>83</sup> Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema de SAMAI.