

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS - Ley vigente al tiempo de la celebración del contrato - Artículo 38 de la Ley 153 de 1887

En materia contractual, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 prevé que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, con excepción de las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos del contrato y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado. En este último evento, la norma dispone que la infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido esa infracción.

Esta norma se opone al efecto general inmediato de una nueva ley en el ámbito contractual, porque los contratos no pueden estar sujetos a los cambios constantes y repentinos de la legislación, que generarían inestabilidad e incertidumbre en las relaciones jurídicas. Los contratos deben gozar de estabilidad y seguridad, porque así se promueve la confianza y se facilitan las relaciones jurídicas. A los contratos debe aplicarse la ley vigente en el momento de su celebración y, por ello, las leyes nuevas no pueden alterar las relaciones contractuales.

DECRETO 222 DE 1983 – Régimen de contratación - Contratos de derecho privado de la administración - Contratos administrativos

El artículo 5 de la Ley 19 de 1982 estableció los «principios» de los contratos administrativos y otorgó facultades al presidente de la República para modificar el régimen de contratación administrativa. Según este artículo, los departamentos y municipios podían disponer en sus normas fiscales sobre la formación, adjudicación y cláusulas de los contratos que suscribieran, atendiendo a sus intereses y a las necesidades del servicio. No obstante, aspectos como los tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades, terminación, así como inhabilidades e incompatibilidades, quedarían reservados a la ley.

En ese sentido, el artículo 1 del Decreto 222 de 1983, expedido con ocasión de dichas facultades extraordinarias, estableció que las disposiciones de ese estatuto relativas a la tipología contractual, clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, junto con los principios generales del Título IV (terminación, modificación e interpretación unilateral), serían aplicables a los contratos previstos en esa norma y que fueran celebrados –entre otros– por los establecimientos públicos.

El Decreto 222 de 1983 reguló en detalle los mecanismos de selección (artículos 29, 31 y 43), el objeto contractual (artículo 81), las formas de pago (artículo 82), los requisitos para contratar (artículo 83), las prohibiciones (artículo 85) y la revisión de precios (artículo 86). Durante su vigencia, las reglas del derecho privado eran aplicables tanto a los contratos de derecho privado de la

administración, según el artículo 16 del estatuto, como a los contratos administrativos.

Aunque el decreto no lo establecía explícitamente, la jurisprudencia concluyó que las reglas del derecho privado se aplicaban a estos últimos, lo que significaba que dichos contratos también debían regirse por el derecho civil y comercial en aspectos esenciales como los efectos de las obligaciones, el consentimiento válido, el objeto y la causa lícitos.

CONTRATO DE OBRA – Contrato administrativo - Definición - Decreto 222 de 1983 artículo 81 – Ley 80 de 1993, artículo 32.1 – Eliminación referencia públicas – Obras en inmuebles públicos o privados

Decreto 222 de 1983– el de obra pública era un contrato administrativo (artículo 16). El artículo 81 del Decreto 222 de 1983 definió el contrato de «obras públicas» como aquel destinado a la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o destinados a un servicio público. Esta definición contrasta con la establecida posteriormente en la Ley 80 de 1993, cuyo artículo 32.1 eliminó la referencia a «públicas» y amplió el alcance del contrato de obra a cualquier intervención material sobre bienes inmuebles, sin que estos deban ser de carácter público o estar vinculados a un servicio público.

LEY 80 DE 1993 – Vigencia - Régimen aplicable a los contratos, procedimientos y procesos judiciales

La Ley 80 de 1993 fue promulgada el 28 de octubre de ese año y publicada en el Diario Oficial n°. 41.094 de la misma fecha. Sin embargo, de conformidad con el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, solo algunos artículos entraron a regir a partir de su promulgación y «las demás disposiciones de la presente ley entraron a regir a partir del 1 de enero de 1994, con excepción de las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciará un año después de esta ley»

En consonancia, el artículo 78 de la Ley 80 de 1993 estableció que «los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación».

La disposición transcrita determina el régimen aplicable a los contratos, procedimientos y procesos judiciales en curso a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 38 la Ley 153 de 1887. Por lo tanto, de conformidad con la referida disposición, los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigencia de esa ley, continuarían rigiéndose por las normas del Decreto 222 de 1983.

MULTAS - CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA - Decreto 222 de 1983 - Cláusulas exorbitantes

En vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 se facultó a las entidades, a cuyos contratos se aplicaba ese régimen jurídico, para sancionar el incumplimiento del contratista mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, la imposición de multas y declaratoria de incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (arts. 60 a 65 y 71 y 72).

La jurisprudencia de esta Corporación reconoció, en lo que atañe a las multas y la cláusula penal pecuniaria, que aquellas constituían «cláusulas exorbitantes». Lo anterior, porque los respectivos artículos que las regularon establecieron que la imposición de aquellas se haría «(...) mediante resolución motivada que se sometería a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto (...) Con ello, la entidad estatal quedaba plenamente facultada para, utilizando sus poderes excepcionales, declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, según fuera el caso, lo cual, según se vio, claramente bajo la potestad de autotutela otorgada en las disposiciones previamente anotadas, podía hacer mediante acto administrativo».

EXORBITANCIA CONTRACTUAL - Acto administrativo - Cláusula de multa o cláusula penal - Exorbitante - Precisiones - Distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado - Aplicación en derecho privado - Ilícitud - Exorbitancia - Facultades para el cumplimiento y finalización del objeto contractual

[...] el concepto clásico de exorbitancia contractual, que tiene su origen en el derecho francés, se ha relacionado como elemento para la distinción entre contratos administrativos y contratos del derecho privado. Dentro de las tensiones que se han desarrollado a partir del concepto, se han expresado en cláusulas cuyo pacto en el derecho privado resulta imposible o generan su ilicitud y que son desarrollo del poder público del Estado, siendo esto último el que justifica su imposición mediante acto administrativo.

[...] el concepto de exorbitancia parte de cláusulas que así no se pacten se entienden introducidas en el contrato por mérito de la ley y que pueden obedecer a la necesidad de trasladar al Estado facultades para el cumplimiento y la finalización del objeto contractual, en orden al análisis sancionatorio por incumplimiento grave (caducidad contractual) o por fuera de él, esto es, la interpretación, modificación o terminación unilaterales.

Exorbitancia contractual - Características - Decreto 222 de 1983 Artículo 71 - Cláusulas obligatorias - Multa - Facultad exorbitante - Caducidad - Incumplimiento del contrato - Figuras asociadas al incumplimiento

[...] las características propias de la exorbitancia contractual son: i) cláusulas que así no se pacten en los contratos se entienden incluidas por ley; ii) su imposición se realiza mediante acto administrativo contractual, y iii) están sujetas en su finalidad al cumplimiento del objeto negocial, lo que determina la competencia pro tempore para su procedencia durante el plazo de ejecución del contrato.

De conformidad con lo expuesto y dada la redacción del artículo 71 del Decreto Ley 222 de 1983, relativo a las multas, es posible establecer que la intención original del legislador del Decreto Ley 222 de 1983 fue la de convertir la multa en un poder exorbitante. Ello por cuanto, según se dijo, como elemento característico de este tipo de potestades, se tiene que escapan al pacto de las partes por virtud de que la ley las entendía incluidas de manera obligatoria en determinados tipos contractuales.

En efecto, en primer lugar, el mencionado artículo se incluyó en el acápite denominado «cláusulas obligatorias» que corresponde al título VI del Decreto Ley 222 de 1983 y que, como se expuso, es el rasgo definitorio de la exorbitancia. En efecto, el inciso segundo del referido artículo 71 le dio una connotación de exorbitancia a la multa allí regulada, en tanto que se exigió su inclusión obligada en los contratos relacionados en el artículo 16, salvo en lo relativo al contrato de empréstito, adicionado a que su imposición se hiciera mediante resolución motivada, lo que le daba un carácter de decisión impuesta en el ejercicio de un poder público. En segundo lugar y como consecuencia de obligatoriedad legal, ese inciso, además, remitió todo el trámite para su imposición y notificación al artículo 64–referente al procedimiento administrativo para declarar la caducidad.

Ahora bien, dado su carácter exorbitante, la multa, según el mismo artículo 71 se habría de activar ante el «incumplimiento parcial o la mora del contratista». No obstante, el Decreto Ley 222 de 1983 reguló, simultáneamente, –aun cuando no de manera primigenia o novedosa– otros instrumentos jurídicos asociados al incumplimiento del contratista: las declaratorias de caducidad administrativa y de incumplimiento contractual reguladas en los artículos 61 a 64 y 72.

El primero de ellos, la caducidad administrativa –regulada en los artículos 61 a 65– que procedía, entre otros motivos detallados en el artículo 6231, «en orden al exacto cumplimiento del contrato» y en la que se podía hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. El segundo, la declaratoria de incumplimiento del artículo 72 del Decreto Ley 222 de 1983, cuyo propósito también era hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria³². Así, las entidades contaban con distintas herramientas todas asociadas al incumplimiento, lo que exigía delinear con precisión los eventos en los que procedía, por una parte, la declaratoria del incumplimiento y la caducidad y, por otra, la imposición de multas.

INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL – Diferencias – Multa – Obligación – Cláusula Penal – Caducidad – Declaratoria de incumplimiento – Objeto del contrato

[...] su diferenciación resulta indispensable para el análisis del capítulo sancionatorio. Mientras la multa hace referencia a la obligación, la cláusula penal pecuniaria se ha analizado a partir de la imposición de las figuras de la caducidad contractual y de la declaratoria de incumplimiento donde la afectación del objeto del acuerdo negocial sin causa justificada resulta relevante. Es allí donde la doctrina y la propia jurisprudencia ha distinguido entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación, las cuales aunque ligadas, tienen fundamentos y finalidades distintas.

OBJETO DEL CONTRATO – Operación jurídica que las partes pretenden realizar - Objeto de la obligación – Prestación prometida – Dar – Hacer

Para la doctrina autorizada «el contrato tiene su objeto, que es la operación jurídica que las partes pretenden realizar, siendo diferente el objeto de una obligación, vale decir la prestación prometida o debida o sea un dar, no dar, hacer y no hacer». En esta misma línea, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia admitió sin vacilaciones que «es apropiada la distinción entre objeto del contrato y objeto de la obligación, y, en consecuencia, el que sea posible ver en el primero el surgimiento o la creación de la obligación, y en el segundo aquello a lo que se vincula la prestación de dar, de hacer o de no hacer». En consecuencia, el objeto del contrato tiene por finalidad que un contratante quede obligado –o ambos recíprocamente–, mientras que la obligación es el efecto del contrato. El objeto hace referencia a los derechos y obligaciones que crea, modifica o extingue. Las obligaciones consisten en dar, hacer o no hacer algo, de manera que la obligación es uno de los efectos del contrato. Objeto y obligación son, por lo tanto, cosas enteramente distintas.

El objeto del contrato, integrado por múltiples obligaciones, puede haberse cumplido en el plazo correspondiente a total satisfacción, a pesar de la existencia de retraso en alguna de dichas prestaciones. En ese orden de ideas las instituciones ya referenciadas (caducidad contractual, declaratoria de incumplimiento y multas) buscan de manera distinta bien sea el cumplimiento del objeto del contrato o sancionar su incumplimiento, o el cumplimiento de la obligación o sancionar su incumplimiento.

INCUMPLIMIENTO PARCIAL – Hace referencia a la obligación – Multa – Incumplimiento total – Se refiere al incumplimiento del objeto contractual – Incumplimiento parcial - Recae sobre obligación particular – Multa – Sanción económica – Incumplimiento del contrato – Indemnización

Aun cuando la redacción del artículo 71 del Decreto Ley 222 de 1983 se refirió al «incumplimiento parcial» sin distinguir entre objeto y obligación, la jurisprudencia³⁶ consideró que dicha expresión –«incumplimiento parcial»– aludía a la obligación, con lo cual se dotó a la multa de un carácter conminatorio. A partir de este entendimiento, el incumplimiento total es aquel que hace imposible el objeto contractual, mientras que el incumplimiento parcial recae sobre una obligación en particular, sin perjuicio de que la obligación puede incumplirse total o parcialmente. La multa es una sanción económica que ataca el retraso de una obligación. El incumplimiento del contrato hace referencia al objeto y, por ello, abre el capítulo indemnizatorio.

Así, desde el propio Decreto Ley 222 de 1983 la jurisprudencia de esta Corporación estableció como elemento esencial de la multa, su carácter conminatorio, razonamiento que se fundamenta precisamente en su finalidad, cual es desatrasar la obligación. En desarrollo de lo anterior, habrá que analizar si la obligación hace parte del conjunto de prestaciones tendientes al cumplimiento del objeto contractual, lo que se hará en condiciones normales durante el plazo de ejecución del mismo. Distintas serán las obligaciones tendientes, por ejemplo, a la liquidación del contrato, cuyo plazo –que es diferente al de la ejecución– presupone la terminación del objeto contractual.

MULTA – Sanción de carácter económico – Exorbitante – Contratos administrativos – Resolución motivada - Decreto 222 de 1983 – Declaratoria de incumplimiento y Caducidad – Efectividad de la cláusula penal pecuniaria – Avalúo anticipado de perjuicios

La multa, entonces, obedece a una sanción de carácter económico, que por regulación pública en el Decreto 222 de 1983 adquirió connotaciones de exorbitancia al entenderse introducidas en los contratos administrativos, salvo en los atinentes al empréstito. Su imposición según lo allí señalado se haría mediante resolución motivada. Su diferenciación frente a la declaratoria de incumplimiento y la caducidad contractual, se fundamentaba en la viabilidad de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, al ser ellas en voces del artículo 72 del decreto el camino para su imposición.

Valga precisar que la cláusula penal pecuniaria es el avalúo que de manera anticipada hacen las partes contratantes de los perjuicios que se pueden causar por la inejecución de la obligación, su pago defectuoso o el retardo en su cumplimiento. Es una estimación anticipada de perjuicios que releva a quien reclama su pago de acreditar el perjuicio sufrido y que, por ende, le permite acudir a un proceso ejecutivo para reclamar su pago, dado que no es necesario demostrar la culpa del deudor

Por el contrario, la función primordial de la multa bajo el régimen del decreto ley citado era compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tenía una función eminentemente conminatoria y no estaba destinada al reconocimiento de perjuicios.

MULTA – CLÁUSULA PENAL – Ley 80 de 1993 – Multa no tiene carácter exorbitante - Acuerdo expreso entre las partes - Imposición a través de pacto contractual

Diferente fue su aproximación en la Ley 80 de 1993 y antes de la expedición de la ley 1150 de 2007, donde desapareció la regulación en materia de multas, dándose paso a la remisión al derecho privado, según lo preceptuado por el artículo 13. Ya no sería entonces exorbitancia, en la medida que se requería acuerdo contractual expreso, y su imposición, sería propio del pacto contractual y no del acto administrativo. Allí emerge la distinción entre la unilateralidad pactada (sin acto administrativo) y el ejercicio del poder público (con acto administrativo), encajándose en ese momento el tratamiento de las multas dentro del primer escenario.

IMPOSICIÓN DE MULTA – Finalidad – Conminar al contratista al cumplimiento de la obligación – Notificación – Fuera del plazo de ejecución

Valga precisar que si la multa aparejaba un carácter conminatorio del cumplimiento de las obligaciones, tal propósito debía estar presente al momento de su imposición, premisa que no se configuró en este caso, toda vez que no resultaba posible que con la herramienta de apremio utilizada el contratista corrigiera y encaminara su conducta a que, el mismo día en que vencía el plazo de ejecución contractual, ejecutara trabajos en las direcciones que se hallaban pendientes de intervenir, en razón a que para entonces el plazo concebido para su ejecución había culminado, con lo que se deslegitimaban los motivos de la entidad para imponerla.

En segundo lugar, el hecho de que la multa se haya notificado por fuera del plazo de ejecución del contrato, corrobora aún más la ausencia del efecto conminatorio. Para que un acto administrativo produzca efectos jurídicos no es suficiente con que sea proferido o expedido por la entidad competente, por cuanto ello depende de la notificación de la decisión, asunto que hace parte integral de la actuación administrativa. Por ello, si bien EPM expidió la Resolución nº. 35135 el 6 de febrero de 1995, esta no tuvo la virtualidad de producir efectos jurídicos desde ese mismo momento, sino hasta surtida su notificación, que ocurrió, como se dijo, por fuera del plazo de ejecución del contrato.

MULTA - Notificación - Artículo 44 del CCA - Procedimiento administrativo – Expedición de multa y notificación - En el plazo de ejecución del contrato

En vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 no existía un procedimiento especial para la expedición y notificación de los actos que sancionaban el incumplimiento del contratista. Por ello, la jurisprudencia consideró que resultaba aplicable el procedimiento administrativo general regulado en el Código Contencioso Administrativo –CCA–.

El artículo 44 del CCA preveía que los actos administrativos que pusieran fin a una actuación administrativa se notificarían personalmente y que para hacer la notificación se debía enviar la citación por correo certificado, para que el interesado acudiera a la entidad a recibir copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión. Así mismo, el artículo 45 del CCA dispuso que en caso de que no pudiera hacerse la notificación personal, al cabo de cinco días del envío de la citación, se fijaría un edicto por el término de diez días. Así las cosas, sin el lleno de los anteriores requisitos la decisión no produciría efectos legales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 del CCA.

De manera que, para considerarse impuesta la multa en el plazo de ejecución del contrato, la entidad debía no solamente proferir la decisión durante el plazo de ejecución, sino que debía notificarla en ese mismo tiempo, porque solo producida esa actuación, el particular tiene conocimiento de la decisión y pueden hacerse efectivas sus consecuencias.

[...]

De lo anterior se deriva que la multa impuesta al contratista –contenida en la Resolución nº. 35135–, notificada 14 días después del fenecimiento del plazo de ejecución contractual, fue expedida con falta de competencia temporal [ratione temporis], por cuanto es indiscutible que el acto contentivo de la multa se notificó en debida forma cuando se encontraba vencido el plazo de ejecución del contrato.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Expedición de Acto administrativo – Sanción por el mismo hecho

[...] la entidad, además de imponer una multa, declaró el incumplimiento contractual y ordenó hacer efectiva la garantía de cumplimiento y la cláusula penal pecuniaria.

En efecto, tres meses después de haber dictado la resolución impositiva de la multa –en la que ordenó hacer efectiva la garantía de cumplimiento en caso de no poderse hacer el descuento de los saldos pendientes– y el mismo mes en que fue resuelto el recurso de reposición interpuesto en su contra, EPM expidió la

Resolución n°. 39542 del 25 de mayo de 1995, por la que declaró el incumplimiento por no haber concluido la totalidad de las obras objeto del contrato 2/DJV-856/47 y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de ser pertinente, y, de nuevo, la garantía de cumplimiento.

Se evidencia que la base considerativa en que se apoyó la declaratoria de incumplimiento halló correspondencia, en parte, con aquella que sirvió de motivación para la imposición de la multa, porque la hizo consistir en la desatención de la orden de interventoría del 16 de noviembre de 1994. Tan es así que, en el texto del acto de declaratoria de incumplimiento, la entidad hizo expresa referencia a los hechos que dieron lugar a la imposición de la multa.

A partir de lo expuesto, es claro que con la multa, además de que no atendió a su carácter conminatorio y se ejerció por fuera sin competencia, se pretendió sancionar al contratista dos veces por el incumplimiento de una obligación. En efecto, la multa y la declaratoria de incumplimiento se fundamentaron, en parte, en los mismos hechos, esto es, en la desatención de las direcciones contenidas en la «boleta de interventoría» del 16 de noviembre de 1994. De otra parte, la multa se impuso el último día del plazo contractual, con lo cual, no se permitió al contratista allanarse a cumplir con las direcciones que le hacían falta.

[...]

[...] la intención de la entidad contratante, al imponer la multa, no fue distinta que la de ejercer su potestad punitiva dirigida a sancionar al particular por el incumplimiento del acuerdo por los mismos hechos que meses después se expusieron en la Resolución n°. 39542 como soporte –en parte– de la declaratoria de incumplimiento, con efectividad de la cláusula penal, conducta que no puede ser de recibo en esta instancia.

[...] Si la entidad consideraba que el incumplimiento recayó sobre un aspecto central del contrato que impedía la ejecución del objeto, lo procedente era declarar el incumplimiento y hacer efectiva la totalidad de la cláusula penal pecuniaria, pero no imponer –con fundamento en estos mismos hechos– una multa el último día del plazo contractual.



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: WILLIAM BARRERA MUÑOZ

Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 05001-23-31-000-1996-01544-01 (42.049)
Actor: Jesús María Tobón Gutiérrez y Cía. Ltda.
Demandado: Empresas Públicas de Medellín
Proceso: Acción Contractual

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES-Régimen aplicable. APELANTE ÚNICO-Límites de la apelación. COPIAS SIMPLES-Valor probatorio. LEY DEL CONTRATO-Debe aplicarse la ley vigente al momento de su celebración. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA-Régimen del Decreto 222 de 1983. ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS-Estaban sometidos al régimen contractual del Decreto 222 de 1983. DECRETO LEY 222 DE 1983-Aplicación del derecho privado. DICTAMEN PERICIAL-Error grave. MULTA-Definición. POTESTADES EXCEPCIONALES-Se caracterizan porque su inclusión se ordena en la ley independientemente del pacto de las partes. MULTA-Evolución normativa y jurisprudencial. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA-Definición. CLÁUSULA PENAL-Naturaleza y clases. DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO PARA HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL-Las entidades públicas eran competentes en vigencia del Decreto 222 de 1983. NULIDAD POR INFRACCIÓN EN LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE-Naturaleza conminatoria de las multas. NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO-Requisito necesario para que el acto administrativo surta efectos. FALTA DE COMPETENCIA TEMPORAL-Plazo de ejecución del contrato. PERJUICIOS MORALES DE PERSONA JURÍDICA-No proceden para personas jurídicas. DAÑO AL BUEN NOMBRE O GOOD WILL-Constituye un perjuicio material, en la modalidad de lucro cesante, que debe ser acreditado. COSTAS EN CCA-Improcedencia cuando no se actúa con temeridad o mala fe.

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 25 de mayo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Sexta de Decisión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. La decisión fue la siguiente:

- 1. Prospera la objeción por error al dictamen pericial.*
- 2. Se niegan las súplicas de la demanda.*
- 3. No se condena en costas (f. 789 c. p.pal.).*

I. SÍNTESIS DEL CASO

Empresas Públicas de Medellín-EPM y Jesús María Tobón Gutiérrez y Cía. Ltda. celebraron el contrato n°. 2/DJV-856/47 para la construcción, reconstrucción y

acondicionamiento de los sumideros de aguas lluvias en el área metropolitana donde se prestaba el servicio de alcantarillado. EPM impuso una multa al contratista por no atender las órdenes de interventoría y posteriormente declaró el incumplimiento del contrato. El demandante pidió la nulidad de esos actos, porque adolecen de falsa motivación y fueron expedidos con infracción en las normas en que debían fundarse. Además, adujo que la entidad incumplió el contrato, circunstancia que le generó un desequilibrio económico.

II. ANTECEDENTES

Pretensiones

El 2 de septiembre de 1996¹, Jesús María Tobón Gutiérrez y Cía. Ltda., a través de apoderado judicial, formuló acción contractual contra Empresas Públicas de Medellín. La demandante formuló las siguientes pretensiones declarativas y de condena:

2.1. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL ACTO QUE DECLARO [sic] EL INCUMPLIMIENTO.

2.1.1. *Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en las resoluciones números 39.452 del 25 de mayo de 1996 y 50.180 de febrero 1 de 1996, dictadas por el Gerente General de la Entidad demandada mediante las cuales se dispuso declarar el incumplimiento a la firma demandante por no haber concluido la totalidad de las obras del contrato 2/DJV-856/47.*

2.1.2. *Que como consecuencia de la anterior declaración, se restablezca el derecho de Jesús María Tobón y CIA LTDA, ordenando que no hay lugar a hacer efectiva la cláusula penal, ni la garantía de cumplimiento.*

2.1.3. *Que como consecuencia de la declaración 2.1.1 se condene a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN al pago de los perjuicios sufridos por el Contratista así:*

2.1.4. *Por concepto de perjuicios extrapatrimoniales, el pago de 1000 gramos oro por la pérdida del buen nombre ocasionada y por colocarlo en circunstancia de descrédito en sus relaciones comerciales, motivada por las ilegalidades por la declaración de incumplimiento.*

2.1.5. *Como consecuencia de las declaraciones precedentes, se proceda a hacer la liquidación judicial del contrato antes citado, determinándose las obligaciones a cargo de las partes y las indemnizaciones a favor del contratista, en virtud de la ejecución del Contrato.*

2.1.6. *Que todas las sumas arriba mencionadas se actualicen desde el momento de los hechos, hasta que se profiera la providencia que ponga fin al litigio de acuerdo a lo establecido en el artículo 178 del C.C.A.*

¹ Según da cuenta el sello de radicación del Tribunal Administrativo de Antioquia, f. 140 c. 1.

Radicación: 05001-23-31-000-1996-01544-01 (42.049)
Demandante: Jesús María Tobón Gutiérrez y Cía. Ltda.
Demandado: Empresas Públicas de Medellín
Asunto: Acción contractual

2.1.7. Que la sentencia ordene darle cumplimiento al contenido de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

2.1.8. Que se condene a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN al pago de las costas del proceso, en virtud del parágrafo del artículo 75 de la ley 80 de 1993.

2.2. PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA MULTA

2.2.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en las resoluciones 35135 del 6 de febrero de 1995 y 38369 del 2 de mayo de 1995 dictadas por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín, mediante las cuales se le impuso a la firma JESÚS MARÍA TOBÓN GUTIÉRREZ una multa por un millón trescientos ochenta y dos mil doscientos cincuenta pesos (\$1'382.250).

2.2.2. Que como consecuencia de la anterior declaración se restablezca el derecho ordenando que no hay lugar al pago de las anteriores sumas.

2.2.3. Que como consecuencia de la declaración 2.2.1 se condene a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN al pago de los perjuicios sufridos por el Contratista así:

2.2.3.1. En su categoría de daño emergente se pagará al Demandante la suma de un millón trescientos ochenta y dos mil doscientos cincuenta pesos (1'382.250) retenidos ilegalmente.

2.2.3.2. En su categoría de lucro cesante se pagará al contratista el valor de los más altos intereses que la ley permite, desde el momento en que se hizo la retención del millón trescientos ochenta y dos mil doscientos cincuenta pesos (1'382.250) hasta la fecha en que se dicte la providencia definitiva.

2.2.3.3. Por concepto de perjuicios extrapatrimoniales, el pago de 200 gramos oro por la pérdida del buen nombre ocasionada por la imposición de la multa.

2.2.4. Que todas las sumas arriba mencionadas se actualicen desde el momento de los hechos, hasta que se profiera la providencia que ponga fin al litigio de acuerdo a lo establecido en el artículo 178 del C.C.A.

2.2.5. Que la sentencia ordene darle cumplimiento al contenido de los artículos 176 y 177 C.C.A.

2.2.6. Que se condene a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN al pago de las costas del proceso, en virtud del parágrafo del artículo 75 de la ley 80 de 1993.

2.3. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

2.3.1. Que se declare que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN es responsable contractualmente de los perjuicios sufridos por JESUS MARÍA TOBÓN Y CIA LTDA, por incumplir la obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato 2/DJV-856/47 para la construcción, reconstrucción y acondicionamiento de sumideros de aguas lluvias en las zonas oriental y occidental del Área Metropolitana, grupo 1 y 2 de la licitación pública nacional.

2.3.2. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN al pago de todos los perjuicios causados a JESÚS MARÍA TOBÓN Y CIA LTDA así:

2.3.2.1. Por concepto de perjuicios materiales en su categoría de daño emergente, el valor de los extracostos en que incurrió el contratista en la ejecución del contrato,

por la suma de setenta y tres millones de pesos (73'000.000) o lo más que determinen los peritos.

2.3.2.2. Por concepto de perjuicios materiales en su categoría de lucro cesante, las utilidades que hubiera percibido el contratista.

2.3.3. Que todas las sumas arriba mencionadas se actualicen desde el momento de los hechos, hasta que se profiera la providencia que ponga fin al litigio de acuerdo a lo establecido en el artículo 178 del C.C.A.

2.3.4. Que la sentencia ordene darle cumplimiento al contenido de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

2.3.5. Que se condene a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN al pago de las costas del proceso, en virtud del parágrafo del artículo 75 de la ley 80 de 1993.

2.4. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE EMPRESAS PÚBLICAS.

2.4.1. Que en caso de considerarse improcedentes las anteriores pretensiones, así sea de manera parcial, que se declare que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN se ha enriquecido sin causa, y en consecuencia se ha causado un detrimento patrimonial para JESÚS MARÍA TOBÓN Y CIA LTDA.

2.4.2. Que como consecuencia de la anterior declaración, EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN debe pagar al Demandante el valor de los extracostos en que incurrió el contratista en la ejecución del Contrato y por la pérdida [sic] de la utilidad por valor de los setenta y seis millones de pesos o lo más que determinen los peritos,

2.4.3. Que todas las sumas arriba mencionadas se actualicen desde el momento de los hechos, hasta que se profiera la providencia que ponga fin al litigio de acuerdo a lo establecido en el artículo 178 del C.C.A.

2.4.4. Que la sentencia ordene darle cumplimiento al contenido de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

2.4.5. Que se condene a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN al pago de las costas del proceso, en virtud del parágrafo del artículo 75 de la Ley 80 de 1993 (fls. 121-124 c. 1).

Hechos

En apoyo de las pretensiones, la parte actora indicó que el 17 de noviembre de 1993², Empresas Públicas de Medellín adjudicó el contrato n°. 2/DJV-856/47. El contrato tenía por objeto la construcción, reconstrucción y acondicionamiento de sumideros de aguas lluvias. El valor estimado fue de \$177'211.620 y el plazo de ejecución contractual fue de 365 días calendario, contados desde la orden de inicio de la interventoría, que fue del 7 de febrero de 1994.

² No fue instrumentado en documento escrito. Por los documentos que obran en el proceso se tiene conocimiento de que fue adjudicado el 17 de noviembre de 1993, mediante decisión de la Junta directiva de EPM. Folios 263 a 265 del cuaderno 1.

Sostuvo que se presentaron dificultades para ejecutar el contrato en el plazo inicialmente pactado, las cuales hizo consistir en: *i)* los pliegos de condiciones no incluyeron las direcciones en las que el contratista debía ejecutar las obras. Fue cuando comenzaron los trabajos, que la interventoría le señalaba, de forma verbal, los lugares donde debía llevarlas a cabo, lo cual causaba demoras en el cumplimiento del cronograma ante el desconocimiento previo de los sitios en que se realizarían; *ii)* durante los primeros meses de ejecución, el contratista recibió muy pocas direcciones para adelantar los trabajos y *iii)* la interventoría utilizó –de manera recurrente– la figura de solicitudes urgentes, lo que implicaba que el contratista tenía que suspender las obras acometidas en una dirección, para atender otras obras más urgentes.

Señaló que seis meses después del inicio de las obras, la interventoría se percató de los retrasos en el cronograma, a partir de lo cual EPM y el contratista discutieron sobre las causas de la tardanza. Afirmó que desde ese momento informó a la entidad que los retrasos en el cronograma se debían al uso continuo y reiterado de las solicitudes urgentes y la falta de conocimiento de las direcciones a intervenir. Por su parte, EPM –con fundamento en los reportes de la interventoría– alegó que los retrasos obedecían a la falta de personal suficiente del contratista.

Explicó que el plazo del contrato venció el 6 de febrero de 1995. Ese mismo día, EPM expidió la Resolución n°. 35135, mediante la cual impuso una multa por \$5'000.000, fundamentada en que el contratista no había obedecido una orden de Interventoría del 16 de noviembre de 1994. Esta decisión fue notificada a la sociedad actora el 20 de febrero de 1995, es decir, varias semanas después de que el contrato se terminara. Posteriormente, la entidad, mediante Resolución n°. 38369 del 2 de mayo de 1995, resolvió el recurso de reposición contra la decisión anterior y redujo el monto de la multa a \$1'382.250,60.

Agregó que EPM, mediante la Resolución n°. 39542 del 25 de mayo de 1995, declaró el incumplimiento del contrato y ordenó su liquidación y hacer efectiva la cláusula penal y la garantía de cumplimiento, en caso de ser necesario.

Concepto de la violación

La demanda aduce que los actos acusados fueron expedidos con infracción en las normas en que debían fundarse y adolecen de falsa motivación. En efecto, señaló que transgredieron las normas previstas en el artículo 29 de la Constitución Política, los artículos 71 y 84 del Decreto Ley 222 de 1983, el artículo 82 del Decreto 02 de 1983 y el artículo 1609 del Código Civil y desconocieron la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el sentido y alcance en materia de multas.

Expuso que los actos administrativos mediante los cuales la entidad impuso la multa eran ilegales, porque, al haber sido dictada cuando vencía el plazo del contrato, no tuvo la finalidad de compeler el cumplimiento del contratista y quedó notificada después de terminado el contrato [hecho 3.15. (f. 126 c. 1) y cargo 4.1.2.1. de la demanda (f. 128 y ss. c. 1)], lo que contrariaba el Decreto Ley 222 de 1983.

Esgrimió que los actos administrativos mediante los cuales EPM declaró el incumplimiento estaban viciados de nulidad en razón a que la norma aplicable, en este caso, debía ser la Ley 80 de 1993, que había derogado la facultad de la Administración de pronunciarse unilateralmente sobre el incumplimiento del contrato.

Indicó que las decisiones impugnadas se apartaron de lo previsto en el artículo 84 del Decreto Ley 222 de 1983 que consagraba la obligación a cargo del ente público de confeccionar pliegos con especificaciones claras sobre el cumplimiento del objeto contractual, puesto que no se indicaron de inicio las direcciones en las que se debían efectuar las obras acordadas. Manifestó que el incumplimiento en que incurrió el contratista se debió a que la entidad, a través de la interventoría, no le suministró oportunamente todas las direcciones en las que se desarrollarían las tareas hasta copar el valor del contrato, situación que ponía en evidencia la vulneración del artículo 1609 del Código Civil que desarrollaba la excepción de contrato no cumplido.

Por razones similares sostuvo que los actos impugnados adolecían de falsa motivación, aserto fundado en que fue EPM la que incurrió en incumplimiento por los argumentos anteriores y por los múltiples cambios imprevistos en las direcciones entregadas por parte de la interventoría para atender solicitudes urgentes.

Contestación de la demanda

El 25 de febrero de 1997 (fls. 144-153 c. 1), Empresas Públicas de Medellín, al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones. En su defensa, adujo que *i)* la multa había sido impuesta de manera oportuna y legal con apoyo en el artículo 71 del Decreto Ley 222 de 1983, porque efectivamente buscaba sancionar al contratista por la desatención de las órdenes de la interventoría; *ii)* la declaratoria de incumplimiento había sido adoptada de conformidad con las normas aplicables al contrato, en particular, el Decreto Ley 222 de 1983; *iii)* EPM no incumplió el contrato, en tanto no es cierto que estuviera obligada a enviar previamente las direcciones en las que el contratista debía ejecutar las obras, hecho que era conocido por la sociedad actora y *iv)* el incumplimiento del objeto del contrato por parte del contratista, causado por la falta de personal suficiente, se encontraba plenamente probado, situación que condujo a EPM a imponer la multa y a declarar el incumplimiento.

Fundamentos de la providencia recurrida

El 25 de mayo de 2011, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Sexta de Decisión negó las pretensiones de la demanda. Frente a la existencia del contrato consideró que el Decreto 02 de 1983 –que regía la actividad contractual de EPM– estableció las cuantías de los negocios jurídicos que debían constar por escrito y, en este caso, el contrato no debía observar esa solemnidad para reputarse existente. Asimismo, resolvió la objeción por error grave al dictamen rendido por los peritos Jorge Miguel Giraldo Castaño y Gustavo Alberto Duque Villegas y consideró que estaba llamada a prosperar.

En relación con el régimen jurídico aplicable, sostuvo que la norma que regía el contrato era el Decreto Ley 222 de 1983, vigente al momento de su celebración. En ese sentido, estimó que la exorbitancia era la regla general y que se tenían como tal las multas y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria.

Frente a la validez del acto impositivo de la multa, determinó que la facultad de imponer multas se había pactado en el contrato y que su ejercicio comportaba una potestad, a lo que agregó que no advertía razones que demostraran que EPM

hubiera adoptado esa decisión con violación de los preceptos alegados por la accionante. Observó que su imposición fue oportuna, dictada dentro del plazo contractual y cimentada en el incumplimiento del contratista, quien se rehusó a atender un requerimiento efectuado por el interventor.

Respecto de la declaratoria de incumplimiento, precisó que el Decreto Ley 222 radicaba en cabeza de la Administración esa facultad, con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria convenida, declaratoria que entrañaba la prerrogativa unilateral de definir el estado final de ejecución de las obligaciones para establecer si colmaban o no las exigencias contractuales. Esgrimió que la potestad podía ejercerse al cabo del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, fecha en que se habría de establecer si se había satisfecho el objeto estipulado. Añadió que no se materializó violación alguna al ordenamiento jurídico al ejercerla.

Concluyó que no había incumplimiento de EPM por la indebida elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia. El Tribunal encontró probado que el demandante conocía que el objeto del contrato consistía en la ejecución de obras en 1.200 direcciones, según las necesidades de mantenimiento del sistema de alcantarillado que se fueran presentando y las solicitudes elevadas por los usuarios.

Asimismo, que en el pliego de condiciones se describieron las especificaciones relacionadas con la realización de las obras, documentos que fueron conocidos por el contratista, quien sabía que las actividades se ejecutarían en el área metropolitana donde EPM prestaba el servicio público de alcantarillado. Añadió que el contratista ya había celebrado un contrato similar, de suerte que, de antemano, estuvo al corriente de las condiciones espaciales de su ejecución.

Frente a la tardanza en el suministro de direcciones, explicó que EPM no había incumplido el contrato por no proveerlas anticipadamente, porque, en efecto, al inicio del contrato, la entidad las suministraba verbalmente y luego, ante la solicitud del contratista, lo hacía por escrito. Advirtió que la mora en el cumplimiento del acuerdo, en realidad, se debió a la falta de personal dispuesto por el contratista para la ejecución de las obras y a la demora en el suministro de materiales.

En torno a las solicitudes urgentes de intervención de redes y que daban lugar, eventualmente, a la paralización de una actividad que se estaba acometiendo,

argumentó que esa situación no generaba responsabilidad de EPM, dado que era un aspecto connatural a la dinámica del contrato que no desdibujaba su ritmo.

Consideró que no había prueba del desequilibrio económico del contrato y que, por el contrario, se había demostrado que el contratista no completó el objeto convenido con ocasión del bajo valor de la propuesta presentada para participar en la licitación que le dio origen.

Recurso de apelación

La parte demandante presentó recurso de apelación, que fue concedido el 25 de julio de 2011 (f. 806 c. p.pal). Esgrimió que a pesar de que la facultad para imponer multas se fundamentó en el artículo 71 del Decreto Ley 222 de 1983, su alcance se delimitó por la jurisprudencia del Consejo de Estado, bajo la comprensión de que se trataba de una cláusula de apremio para que el contratista no dilatarla la ejecución de sus obligaciones, la cual correspondía ejercerse dentro del plazo del contrato.

Reiteró que EPM desatendió esos dictados al imponer la multa, no con el fin de compeler al cumplimiento del acuerdo, sino de castigar al contratista por su insatisfacción, cuestión que se revelaba del hecho de haberse proferido el último día del plazo contractual, a lo que agregó que la notificación del acto se surtió trece días después de haber culminado ese período.

Adujo que el *a quo* desconoció «los artículos 50 y 51 de la Ley 80 de 1993 y de los artículos que regulan la prueba pericial», al considerar que debía prosperar la objeción por error grave por «contradicciones» en el dictamen. Sostuvo que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, la objeción por error grave supone que el dictamen haya sido elaborado sobre bases equivocadas, que conduzcan a conclusiones erradas sobre el objeto de la prueba y, por ello, la objeción no debió prosperar.

Trámite de segunda instancia

El 6 de octubre de 2011, el Despacho admitió el recurso de apelación (f. 810 c. p.pal.) y, el 28 de noviembre siguiente (f. 812 c. p.pal), se corrió traslado para alegar

de conclusión en segunda instancia. Las partes reiteraron lo expuesto (fls. 813 y ss. c. p.pal.). El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

1. Como la demanda se presentó el 2 de septiembre de 1996 (f. 140 c. 1), el régimen aplicable es el Código Contencioso Administrativo –en adelante CCA–. Conforme al artículo 266 del CCA, en los procesos iniciados antes de la vigencia de ese código, los recursos interpuestos, los términos que comenzaron a correr y las notificaciones en curso, se regían por la ley vigente al momento de esas actuaciones. Por su parte, el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –que empezó a regir desde el 2 de julio de 2012– prevé que las actuaciones administrativas, las demandas y procesos en curso a la vigencia de dicho código seguirán rigiéndose y culminarán conforme al régimen jurídico anterior, esto es, el CCA. Adicionalmente, conforme al artículo 267 del CCA, en los aspectos no regulados se seguiría el Código de Procedimiento Civil –en adelante CPC– en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Jurisdicción y competencia

2. La jurisdicción administrativa conoce de las controversias cuya causa sea la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas según el artículo 82 del CCA. El artículo 17 del Decreto 222 de 1983 establecía que la jurisdicción contencioso administrativa conocería de los litigios derivados de los contratos administrativos. En consonancia, el artículo 87 del CCA, antes de la modificación introducida por la Ley 446 de 1998, dispuso que cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podía demandar mediante la acción contractual. Como el contrato de obra pública n°. 2/DJV-856/47 es un contrato administrativo, de conformidad con el artículo 16 de ese decreto, la jurisdicción administrativa es la encargada de conocer esta controversia.

El Consejo de Estado es competente en segunda instancia para estudiar este asunto de conformidad con el artículo 129 del CCA, según el cual resuelve los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Así mismo, esta Corporación es competente en razón a la cuantía porque, de conformidad con el artículo 20.2 del CPC, el valor de la pretensión mayor –\$73.000.000 (f. 123 c. 1)– supera la suma prevista en el artículo 132.8 del CCA³.

Acción procedente

3. La acción contractual es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando se demanda el incumplimiento del contrato y la nulidad de los actos que impusieron una multa y declararon el incumplimiento (arts. 1546 y 1602 del CC y 87 del CCA).

Demanda en tiempo

4. El artículo 624 del CGP, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, prescribe que los términos se rigen por las leyes vigentes al momento en que empiezan a correr. El artículo 136 del CCA, antes de la modificación introducida por la Ley 446 de 1998, disponía que el término para formular las pretensiones relativas a los contratos caducaría en dos años de ocurridos los motivos de hecho o derecho que le sirvan de fundamento. De manera que como la actuación se inició y se surtió en vigencia de esta norma procesal, es la norma aplicable para definir la presentación oportuna de la demanda.

5. Las pretensiones versan sobre *i)* la nulidad del acto que impuso una multa, por una parte, *ii)* la nulidad del acto que declaró el incumplimiento del contrato, por otra, y *iii)* la ruptura del equilibrio económico por el incumplimiento de la entidad. Por ello, la Sala estudiará este presupuesto procesal de forma separada.

5.1. Frente a las pretensiones relativas a la nulidad del acto que impuso una multa, la demanda se interpuso en tiempo –2 de septiembre de 1996 (f. 140 c. 1)– porque

³ Se aplican las cuantías previstas en el Decreto 597 de 1988, pues era la norma vigente a la fecha de presentación de la demanda –2 de septiembre de 1996–. Según esta norma los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los procesos de controversias contractuales cuando la cuantía exceda de \$3.500.000, que según el artículo 265 del CCA se reajustará en un 40% cada dos años y para el momento de presentación de las demandas era \$13.460.000.

la notificación de la Resolución n°. 38369 del 2 mayo de 1995, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución n°. 35135 del 6 de febrero de 1995, a través de la cual se impuso una multa al contratista, se produjo el 19 de mayo de 1995 (f. 35 c. 1), es decir, aún no habían vencido los dos años para su interposición.

5.2. Respecto a las pretensiones relativas a la nulidad del acto que declaró el incumplimiento del contrato, la demanda también se interpuso en tiempo -2 de septiembre de 1996-, porque la notificación de la Resolución n°. 50180 del 1 de febrero de 1996, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición en contra de la Resolución n°. 39542 del 25 de mayo de 1995, a través de la cual se declaró el incumplimiento del contrato, se produjo el 14 de febrero de 1996 (f. 389, c. 1), es decir cuando todavía no habían vencido los dos años para su interposición.

5.3. Tampoco se advierte extemporaneidad alguna de cara a la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en consideración a que el plazo contractual venció el 6 de febrero de 1995⁴, en tanto que los seis meses de liquidación (cuatro meses bilateral, ante la ausencia de pacto, y dos meses unilateral), estimados por la jurisprudencia de esta Corporación⁵ para los contratos regidos por el Decreto Ley 222 de 1983, régimen que, como se profundizará más adelante, gobernó el presente contrato de obra, se cumplían el 7 de agosto de 1995. De ahí que, la demanda presentada el 2 de septiembre de 1996 se interpuso antes de vencerse los dos años contados desde este supuesto -7 de agosto de 1997-.

Legitimación en la causa

6. Jesús María Tobón Gutiérrez y Cía. Ltda. está legitimada en la causa por activa, por ser parte del contrato n°. 2/DJV-856/47. Empresas Públicas de Medellín está legitimada en la causa por pasiva, porque, además de ser parte del contrato, declaró el incumplimiento e impuso una multa al contratista.

⁴ De conformidad con el acto de adjudicación del contrato n°. 2/DJV-856/47, el plazo del contrato sería de 365 días solares, contados a partir de la orden de iniciación de los trabajos (fls. 118-120 c. 1). El acta de inicio se suscribió el 2 de febrero de 1994 y allí se consignó que el 7 de febrero se iniciarían las obras del contrato (fls. 116-117 c. 1).

⁵ La oportunidad para la liquidación bilateral y unilateral de los contratos de la administración quedó definida a través del criterio jurisprudencial vigente para la época del Decreto Ley 222 de 1983 (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1988, Rad. 3615 [fundamento jurídico C]). Este criterio fue posteriormente incorporado en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 (modificatorio del artículo 136 CCA).

II. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si *i)* se configuró el error grave frente al dictamen pericial rendido por los ingenieros Jorge Miguel Giraldo Castaño y Gustavo Alberto Duque Villegas y *ii)* si los actos que impusieron una multa son nulos al haberse expedido el último día del plazo contractual y, por consiguiente, si procede la indemnización de perjuicios.

Análisis de la Sala

7. La parte demandante, en el recurso de apelación, se concentró en dos aspectos puntuales: *i)* la nulidad de la Resolución n°. 35135 del 6 de febrero de 1995, a través de la cual se impuso una multa al contratista, proferida el último día del plazo contractual y *ii)* la objeción por error grave del dictamen pericial rendido por los ingenieros Jorge Miguel Giraldo Castaño y Gustavo Alberto Duque Villegas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 357 del CPC⁶, el objeto de la apelación debe circunscribirse al estudio de los reproches del recurrente, de manera que estos elementos delimitan el objeto alrededor del cual debe girar el debate en segunda instancia y, por tanto, los aspectos sobre los cuales ha de recaer el pronunciamiento judicial final. En relación con el alcance de esta disposición (art. 357 CPC), en un primer momento, esta Corporación acogió dos posturas que, a partir de una lectura desprevenida, podrían parecer opuestas, pero que en realidad no lo son, tal como la jurisprudencia concluyó en sentencia de unificación⁷.

Conforme a la primera postura, la competencia del juez de segunda instancia está limitada a los aspectos que expresamente señale el recurrente. Al respecto, la Sala señaló, en esa oportunidad, que el *ad quem* debía pronunciarse sobre los aspectos frente a los cuales el impugnante hubiere dirigido ataque o cuestionamiento expreso, toda vez que *«la ausencia de oposición evidenciaba, por sí misma, que el propio interesado no valoraba ni estimaba como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera*

⁶ Art. 357 del CPC: «La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones (...)».

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de abril de 2018, rad. n°. 46.005 [fundamento jurídico 5].

voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente por encontrarse conforme con ellos»⁸.

La segunda postura planteó que la competencia del *ad quem* comprendía los temas implícitos en aquellos aspectos que el recurrente proponía expresamente en su escrito de apelación, de manera que nada impedía que el juez de segunda instancia corrigiera o modificara aquellos que, por su naturaleza, se encontraban *«comprendidos o eran consustanciales a los asuntos mencionados en la apelación»⁹.*

Ante la aparente disparidad de posturas, el Consejo de Estado unificó su criterio frente al alcance del artículo 357 del CPC¹⁰. Sobre el particular, sostuvo que ambas posturas buscaron *«salvaguardar el principio de congruencia, pues limitó la competencia del juez de segunda instancia a los aspectos que señale expresamente el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, siempre que favorezcan al apelante único»* y, por ello, procedió a acoger dicho alcance. En consecuencia, la Sala estableció que si se apelaba un aspecto global de la sentencia, el juez adquiriría competencia para revisar todos los asuntos que hicieran parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se hubiera referido a ellos el apelante único.

8. De conformidad con la regla de unificación, en el marco de la regulación del Código de Procedimiento Civil, el juez de segunda instancia únicamente puede pronunciarse sobre los aspectos que fueron expresamente objeto de censura y de todas aquellas cuestiones que sean consecuencia directa de los reparos formulados o las razones de disenso expuestas en la apelación.

La Sala procede, entonces, a determinar el alcance de la apelación y, para ello, señalará *i)* los aspectos que fueron resueltos por el *a quo* y cuestionados en el recurso de apelación; *ii)* aquellos que fueron abordados en la sentencia de primera instancia, pero que no fueron impugnados en la apelación y tampoco quedaron comprendidos dentro del marco de aquella y *iii)* las pretensiones sobre las que el

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, rad. 21.060, [fundamento jurídico 2.1].

⁹ Consejo de Estado, sentencia de 9 de febrero de 2012, rad. n°. 20104 [fundamento jurídico 3.2.2.3.8].

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de abril de 2018, rad. n°. 46.005 [fundamento jurídico 5].

Tribunal guardó silencio y, pese a ello, no fueron objeto de insistencia o cuestionamiento en el recurso de apelación.

8.1 En el primer grupo se observan los aspectos relacionados con la decisión de declarar configurado un error grave y la nulidad del acto que impuso una multa, tal como se explica a continuación.

8.1.1 La parte actora solicitó que se decretara un dictamen pericial a cargo de ingenieros civiles para demostrar –en síntesis– *i)* el incumplimiento de la entidad contratante, *ii)* los perjuicios resultantes, *iii)* el desequilibrio económico y *iv)* la ilegalidad del acto que declaró el incumplimiento. La apoderada de la parte demandada objetó por error grave el dictamen rendido por los ingenieros Jorge Miguel Giraldo Castaño y Gustavo Alberto Duque Villegas (fls. 509-511 c. 1).

El Tribunal resolvió el error grave en la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 238.6 del CPC, según el cual, la objeción debe decidirse en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen. Así las cosas, el *a quo* declaró probada la objeción por error grave, al considerar que los peritos se limitaron a extraer sus conclusiones de la documentación que correspondió al contrato, con lo cual resultó «*subjetivo e incurrió en equivocadas apreciaciones*» (f. 792 c. p.pal.).

La demandante, en el recurso de apelación, reprochó la decisión del Tribunal de declarar probada la objeción por error grave. Esgrimió que el *a quo* desconoció «*los artículos 50 y 51 de la Ley 80 de 1993 y de los artículos que regulan la prueba pericial*», al estimar que debía prosperar la objeción por error grave por simples «*contradicciones*».

No obstante lo anterior, lo cierto es que la configuración del error grave no tuvo un impacto –desde el punto de vista sustancial– en la decisión de negar las pretensiones de la demanda. Lo cual supone, entonces, que la posible revocatoria de lo que tiene que ver con este punto no abre el estudio de aquellos aspectos que no fueron objeto de la apelación. Como se profundizará más adelante [núm. 13], el Tribunal no motivó la decisión de fondo en la configuración del error grave, tampoco fue una consecuencia directa de la prosperidad de la objeción y, por ello, no pueden entenderse incluidas –las razones que motivaron la resolución negativa de las

pretensiones— dentro del marco general del recurso de apelación, tal como fue formulado por el recurrente.

8.1.2 Por otra parte, frente a la segunda pretensión declarativa, referente a la nulidad de la Resolución n°. 35135 de 1995, a través de la cual se impuso una multa al contratista, la Sala aprecia que en la parte motiva del fallo el Tribunal resolvió estimar que no se configuró nulidad alguna, porque su imposición fue oportuna, dictada dentro del plazo contractual y cimentada en el incumplimiento del contratista. El recurrente insistió en que la multa era nula, porque se impuso el último día del plazo contractual y quedó ejecutoriada, inclusive, por fuera de este.

8.2 En el segundo grupo se encuentran las pretensiones relativas a la nulidad del acto que declaró el incumplimiento contractual y los perjuicios derivados de un desequilibrio económico, como se analiza a continuación.

8.2.1 El Tribunal negó la primera pretensión declarativa, relativa a la nulidad de la Resolución n°. 39542 del 25 de mayo de 1995 —a través de la cual se declaró el incumplimiento del contrato n°. 2/DJV-856/47—, con fundamento en que el Decreto 222 de 1983 otorgó a la Administración la facultad de determinar unilateralmente si las obligaciones fueron incumplidas, lo cual procedía al finalizar el plazo y, por ello, consideró que no había motivos de orden procesal o legal que dieran con la nulidad del acto. El recurrente no formuló razones de disenso frente a lo resuelto por el Tribunal.

8.2.2 Así mismo, frente a la tercera pretensión declarativa, la demandante esgrimió que se pidió el incumplimiento del contrato —que a su vez generó un desequilibrio económico— por los siguientes motivos *i)* no se elaboraron con la suficiente claridad los pliegos de condiciones, por cuanto no definieron las direcciones donde se realizarían las obras necesarias; *ii)* se incurrió en retrasos en el suministro de las direcciones y *iii)* se excedió en los requerimientos urgentes durante la ejecución del contrato. Sostuvo que por estos mismos motivos no le fue posible cumplir con el objeto del contrato, razón por la cual no procedía la multa ni tampoco la declaratoria de incumplimiento [sustento de las pretensiones primera y segunda], lo que se traduce en la excepción de contrato no cumplido.

El Tribunal, con base en las pruebas obrantes en el proceso, concluyó que EPM no incumplió el contrato por la elaboración indebida de los pliegos de condiciones, ya que el contratista conocía el alcance del contrato y sus especificaciones, además de haber ejecutado un acuerdo similar previamente. Determinó que la tardanza en el suministro de direcciones no constituía incumplimiento, porque inicialmente se entregaban de manera verbal y luego por escrito a petición del contratista. La mora en la ejecución se debió a la falta de personal y materiales, y las intervenciones urgentes en redes no generaban responsabilidad de EPM, ya que eran inherentes al contrato.

De manera entonces que frente a estos aspectos el fallo expresó los motivos por los cuales tuvo por no acreditado el incumplimiento reclamado en la pretensión tercera de la demanda. Aun así, el recurrente no expuso motivo de inconformidad alguno frente a estas consideraciones.

8.3 Finalmente, en el tercer grupo se encuentra la solicitud de liquidación judicial – pretensión 2.1.5.– y el enriquecimiento sin causa –pretensión subsidiaria–, aspectos sobre los cuales la sentencia de primera instancia no se pronunció. No obstante, la parte recurrente no alegó que la decisión del Tribunal omitiera resolver algún punto solicitado en la demanda.

9. En consonancia con lo anterior y de conformidad con el artículo 311 del CPC, el juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado. En la misma línea, según el artículo 357 del CPC, el objeto de la apelación debe circunscribirse al estudio de los reproches del recurrente.

Por lo tanto, de cara a la resolución del caso, se excluirá del análisis del objeto de la apelación los aspectos relacionados en el segundo grupo [núm. 8.2.1], es decir, las pretensiones declarativas que se refieren a la nulidad de la Resolución nº. 39542 de 1995, a través de la cual se declaró el incumplimiento del contrato nº. 2/DJV-856/47, porque el Tribunal no halló causal de nulidad y la demandante no formuló reparo alguno en la apelación.

Tampoco será objeto de estudio en segunda instancia las pretensiones declarativas relacionadas con los incumplimientos que generaron la imposibilidad de ejecutar el

contrato y un presunto desequilibrio económico [núm. 8.2.2], porque el Tribunal determinó que no se configuraron tales supuestos y, aun así, la recurrente no formuló razones de disenso.

Los demás asuntos observados en la demanda y que no fueron objeto de pronunciamiento por parte del juez de primera instancia –liquidación judicial y la configuración de un enriquecimiento sin causa [núm. 8.3]– tampoco serán estudiados por la Sala, en la medida en que sobre ello no se insistió en la apelación y tampoco quedaron comprendidos dentro del marco del recurso.

En este orden de ideas, la Sala se concentrará en determinar, en primer lugar, si se configuró el error grave frente al dictamen pericial rendido por los ingenieros Jorge Miguel Giraldo Castaño y Gustavo Alberto Duque Villegas y, en segundo lugar, si los actos que impusieron una multa son nulos al haberse expedido el último día del plazo contractual.

Objeción por error grave

10. En el proceso se practicó un dictamen pericial que tenía por objeto que unos peritos ingenieros civiles se refirieran a distintos puntos relativos a la ejecución del contrato (fls. 452-475 c. 1). Los ingenieros Jorge Miguel Giraldo Castaño y Gustavo Alberto Duque Villegas rindieron la experticia. La parte demandada objetó por error grave el dictamen (fls. 509-511 c. 1). La objeción se fundamentó, en síntesis, en los siguientes puntos:

Los peritos omitieron que la demandante ya había celebrado en 1992 un contrato idéntico, ejecutado con éxito, pero atribuyen el fracaso del nuevo contrato a circunstancias distintas sin un análisis objetivo. Aunque reconocen que la oferta del contratista tenía precios unitarios bajos, no le atribuyen responsabilidad y culpan solo a EPM. Además, insisten en que el contrato incluía 1.200 cajas pluviales, cuando en realidad abarcaba la construcción y acondicionamiento de sumideros de aguas lluvias. A pesar de admitir que el contratista redujo el ritmo de ejecución a los cuatro meses, consideran que merece indemnización sin precisar en qué momento incurrió en mora. Si reconocen que operaba a pérdida, debieron concluir que fue por su baja cotización, eximiendo a EPM de responsabilidad. Finalmente, la solicitud de aclaración del dictamen no fue respondida adecuadamente.

11. El artículo 238 del CPC indica respecto a la objeción grave a los dictámenes periciales, lo siguiente:

5. En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas. El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare.

6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare.

La jurisprudencia de esta Corporación¹¹ ha indicado que el error grave al que alude el artículo 238 del CPC, es aquel que salta a la vista, en el que sin mayor análisis luce como protuberante, en el que el perito cometió un error respecto al objeto examinado o a sus cualidades, es decir, que rindió un peritaje sobre un objeto distinto al que era objeto de la prueba¹².

El Consejo de Estado señaló que el error grave es aquel «*que se opone a la verdad, por falta de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito; por lo tanto, no constituirán error grave las conclusiones o inferencias a las que lleguen los peritos, (...). En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos*»¹³.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al referirse sobre la objeción por error grave, ha mencionado:

(...) si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos (...), pues lo que caracteriza desacierto de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 7 de febrero de 2011. Rad. 34387 [Fundamento Jurídico 3].

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2008. Rad. 16850 [Fundamento Jurídico 3.1]

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010. Rad. 21946 [Fundamento Jurídico 8.2.2]

un peritaje(...), es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven (...), de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada (...)¹⁴.

La doctrina ha precisado que, para objetar un dictamen pericial por error grave, quien lo objeta debe argumentar que el perito cometió un error manifiesto de hecho, incluyendo la cuantía si se refiere a un análisis numérico como avalúos o respecto a un punto importante del proceso¹⁵.

Conforme a lo expresado, la Sala concluye que quien solicita la objeción grave de un dictamen pericial, debe argumentar que el perito cometió un error respecto al objeto del dictamen y no un yerro respecto a las conclusiones, puesto que el juez es el que valora las conclusiones del experto de acuerdo con la sana crítica.

12. En este caso, las objeciones se circunscriben a las conclusiones a las que llegaron los peritos, en especial, frente a la configuración de un desequilibrio económico derivado del incumplimiento en proporcionar las direcciones y de recurrir a la figura de «*las obras urgentes*». De los argumentos esgrimidos por la parte demandada, la Sala no encuentra que fueran encaminados a aseverar un error respecto al objeto del dictamen, sino que los mismos versaron sobre las conclusiones a las que llegó el dictamen.

De esta manera, la Sala considera que: *i)* el dictamen fue rendido por los peritos nombrados por el Tribunal Administrativo de Antioquia, tal como lo disponían las normas vigentes al momento de su práctica; *ii)* los peritos eran idóneos para rendir la prueba, siendo ingenieros civiles, lo cual permite afirmar que contaban con los conocimientos sobre la materia en relación con la cual se rindió el dictamen; *iii)* el dictamen fue personal, porque se trató de conceptos propios de los peritos sobre las materias objeto de examen y no de criterios de terceros; *iv)* no hay motivo para dudar de la imparcialidad de los peritos, ya que fueron nombrados por el Tribunal y no se mencionó que tuvieran vínculos, ni interés alguno en relación con alguna de

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto del 08 de septiembre de 1993, Rad. 3446.

¹⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales. T.II, 10ª ed, Medellín, Diké, 1994, p.371.

las partes; v) se surtió la contradicción y vi) los peritos no se retractaron de sus conclusiones.

En síntesis, no se aprecia que los peritos hubieran desviado el objeto de la prueba o hayan analizado aspectos relacionados con otro contrato o con obras diferentes a las que dieron origen al litigio y, por ello, la objeción no prospera.

13. Aunque no se configura error grave, lo cierto es que el recurrente no explicó de qué manera esta decisión resulta favorable a sus intereses. El recurso de apelación no se refirió al alcance que tuvo el error grave en la decisión de primera instancia y, en consecuencia, por qué la revocatoria de ese punto de la decisión podría modificar las consideraciones que llevaron al Tribunal a negar las pretensiones de la demanda.

No basta con lo hasta aquí expuesto para que prosperen las pretensiones o se reabra el debate sobre los aspectos que no fueron objeto de apelación. Para la Sala es claro que la objeción no influyó –desde el punto de vista sustancial– en la decisión del Tribunal. En efecto, una vez el *a quo* consideró en la sentencia que se configuraba el error grave, continuó con el análisis de fondo del resto de las pretensiones. Así, con base en las pruebas obrantes en el proceso, especialmente con sustento en i) los documentos contractuales (los pliegos de condiciones, las comunicaciones cruzadas entre el contratista y el interventor y los requerimientos de la entidad); ii) las declaraciones de los testigos y iii) el otro dictamen pericial rendido por Diego Vélez Arango no encontró que se hubieran configurado circunstancias ajenas al contratista que justificaran su incumplimiento.

Finalmente, además de la inaplicación de la normativa invocada, esto es la ley 80 de 1993, lo regulado en sus artículos 50 y 51 (invocados en la apelación en este punto) nada tienen que ver con la controversia propuesta, ya que de lo que se trata aquí es de definir la configuración del error grave y su impacto de cara al alcance de la apelación y las pretensiones de la demanda y no aspecto alguno relacionado con la responsabilidad de las entidades o los servidores públicos.

Nulidad de los actos que impusieron la multa

Conforme con el alcance de la apelación, la Sala procede a resolver si los actos administrativos enjuiciados son nulos. Para tal efecto, analizará el régimen jurídico del contrato, para luego, bajo ese régimen estudiar la regulación de las multas, su naturaleza, finalidades y procedencia. Precisados estos aspectos y con base en esas conclusiones resolverá el caso planteado.

El régimen jurídico del contrato

14. La legislación de los prestadores de servicios públicos y el régimen de sus actos y contratos ha cambiado en el tiempo. Empresas Públicas de Medellín celebró el contrato de obra pública n°. 2/DJV-856/47 para la construcción, reconstrucción y acondicionamiento de los sumideros de aguas lluvias en el área metropolitana donde se prestaba el servicio de alcantarillado. Por ello, es preciso hacer referencia a la naturaleza y régimen jurídico de ese contrato, para la época de su perfeccionamiento.

15. En materia contractual, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 prevé que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, con excepción de las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos del contrato y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado. En este último evento, la norma dispone que la infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido esa infracción.

Esta norma se opone al efecto general inmediato de una nueva ley en el ámbito contractual, porque los contratos no pueden estar sujetos a los cambios constantes y repentinos de la legislación, que generarían inestabilidad e incertidumbre en las relaciones jurídicas¹⁶. Los contratos deben gozar de estabilidad y seguridad, porque así se promueve la confianza y se facilitan las relaciones jurídicas. A los contratos debe aplicarse la ley vigente en el momento de su celebración y, por ello, las leyes nuevas no pueden alterar las relaciones contractuales.

16. El artículo 5 de la Ley 19 de 1982 estableció los «*principios*» de los contratos administrativos y otorgó facultades al presidente de la República para modificar el régimen de contratación administrativa. Según este artículo, los departamentos y

¹⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 16 de abril de 1940, XLIX, 448 [fundamento jurídico 63].

municipios podían disponer en sus normas fiscales sobre la formación, adjudicación y cláusulas de los contratos que suscribieran, atendiendo a sus intereses y a las necesidades del servicio. No obstante, aspectos como los tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades, terminación, así como inhabilidades e incompatibilidades, quedarían reservados a la ley.

En ese sentido, el artículo 1 del Decreto 222 de 1983, expedido con ocasión de dichas facultades extraordinarias, estableció que las disposiciones de ese estatuto relativas a la tipología contractual, clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, junto con los principios generales del Título IV (terminación, modificación e interpretación unilateral), serían aplicables a los contratos previstos en esa norma y que fueran celebrados –entre otros– por los establecimientos públicos.

El Decreto 222 de 1983 reguló en detalle los mecanismos de selección (artículos 29, 31 y 43), el objeto contractual (artículo 81), las formas de pago (artículo 82), los requisitos para contratar (artículo 83), las prohibiciones (artículo 85) y la revisión de precios (artículo 86). Durante su vigencia, las reglas del derecho privado eran aplicables tanto a los contratos de derecho privado de la administración, según el artículo 16 del estatuto, como a los contratos administrativos.

Aunque el decreto no lo establecía explícitamente, la jurisprudencia concluyó que las reglas del derecho privado se aplicaban a estos últimos, lo que significaba que dichos contratos también debían regirse por el derecho civil y comercial en aspectos esenciales como los efectos de las obligaciones, el consentimiento válido, el objeto y la causa lícitos¹⁷.

Conforme a esa legislación –Decreto 222 de 1983– el de obra pública era un contrato administrativo (artículo 16). El artículo 81 del Decreto 222 de 1983 definió el contrato de «*obras públicas*» como aquel destinado a la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o destinados a un servicio público. Esta definición contrasta con la establecida posteriormente en la Ley 80 de 1993, cuyo artículo 32.1 eliminó la referencia a «públicas» y amplió el alcance del contrato de

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 1988, Rad. 4303 [fundamento jurídico párrafo 12],

obra a cualquier intervención material sobre bienes inmuebles, sin que estos deban ser de carácter público o estar vinculados a un servicio público.

17. La Ley 80 de 1993 fue promulgada el 28 de octubre de ese año y publicada en el Diario Oficial n°. 41.094 de la misma fecha. Sin embargo, de conformidad con el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, solo algunos artículos entraron a regir a partir de su promulgación y *«las demás disposiciones de la presente ley entraron a regir a partir del 1 de enero de 1994, con excepción de las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciará un año después de esta ley»*¹⁸.

En consonancia, el artículo 78 de la Ley 80 de 1993 estableció que *«los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación»*.

La disposición transcrita determina el régimen aplicable a los contratos, procedimientos y procesos judiciales en curso a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 38 la Ley 153 de 1887. Por lo tanto, de conformidad con la referida disposición, los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigencia de esa ley, continuarían rigiéndose por las normas del Decreto 222 de 1983.

18. Empresas Públicas de Medellín abrió la licitación n°. 1921-AN el 6 de septiembre de 1993 (f. 168 c. 1), proceso que concluyó con la adjudicación del contrato a Jesús María Tobón Gutiérrez y Cía. Ltda. el 17 de noviembre de ese mismo año. El acto de adjudicación fue notificado el 6 de diciembre siguiente (fls. 118-121). Para esa fecha Empresas Públicas de Medellín era un establecimiento público, es decir, era una entidad descentralizada del orden municipal, creada por el Acuerdo n.º 58 de 1955¹⁹.

¹⁸ Art. 81 L. 80 de 1993: (...) *A partir de la promulgación de la presente ley, entrarán a regir el parágrafo del artículo 2o.; el literal l) del numeral 1o. y el numeral 9o. del artículo 24; las normas de este estatuto relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8o. del artículo 25; el numeral 5o., del artículo 32 sobre fiducia pública y encargo fiduciario; y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38, sobre servicios y actividades de telecomunicaciones. Las demás disposiciones de la presente ley, entrarán a regir a partir del 1o. de enero de 1994 con excepción de las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciará un año después de la promulgación de esta ley (...).*

¹⁹ En cumplimiento de lo dispuesto por el parágrafo 1 del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, EPM se transformó en empresa industrial y comercial del Estado mediante el Acuerdo 069 del 10 de diciembre de 1997. <https://cu.epm.com.co/inversionistas/informacion-corporativa/informacion-relevante>

El 11 de octubre de 1983, la Junta Directiva de EPM expidió el Decreto 02, por el cual se dictaron normas sobre los contratos de Empresas Públicas de Medellín (fls. 639 y ss. c. 1). En su artículo 23 se indicó que los contratos que debían constar por escrito eran aquellos cuyas cuantías excedieran determinados valores, montos que habrían de aumentarse anualmente [art. 208 (f. 253 c. 1)]. En defecto, los que no los superaran, no debían someterse a esa formalidad para su perfeccionamiento. De acuerdo con la Circular 766 del 8 de enero de 1993 (fls. 733-734 c. 1), expedida por el Gerente General de EPM, los contratos cuyo valor fuera inferior a \$206'220.000, no requerían elevarse a escrito, regla que aplicaba para los negocios celebrados entre el 1 de enero y 31 de diciembre de 1993 (f. 739 c. 1).

En línea con lo expuesto, el contrato que centra el análisis de esta instancia tuvo un valor de \$177'211.620 (f. 118 c. 1), cuestión que se encuadra, según los Estatutos de Contratación de EPM, en que no requería elevarse a escrito. Por ello, aun cuando el contratista remitió los documentos para la legalización del contrato el 3 de enero de 1994 (f. 266 c. 1), lo relevante en este caso –para efectos del régimen aplicable– es el inicio del proceso de selección y la fecha de perfeccionamiento, que ocurrió con la adjudicación del contrato²⁰, dado que no requería la formalidad posterior consistente en el escrito.

Toda vez que el contrato de obra pública, en el que una de las partes era un establecimiento público, se adjudicó el 6 de diciembre de 1993 (fls. 118-120 c. 1), su régimen jurídico, según el artículo 1 del Decreto Ley 222 de 1983 en consonancia con los artículos 78 y 81 de la Ley 80 de 1993 y 38 de la Ley 153 de 1887 –en lo relativo a los tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación– es el fijado en ese Decreto Ley, vigente para la época en que se inició el procedimiento de selección y se perfeccionó el contrato.

Las multas en el Decreto Ley 222 de 1983

²⁰ De conformidad con el artículo 32 del Decreto 02 de 1983 la adjudicación del contrato obligaba tanto a EPM como al adjudicatario, salvo en los casos en que era necesario para el perfeccionamiento o ejecución del contrato la aprobación o revisión de un organismo o autoridad superior (f. 741 c. 1). En consonancia, el artículo 67 del mismo decreto dispuso que los contratos de EPM debían ser sometidos a la revisión del Tribunal Administrativo de Antioquia en los términos previstos en el artículo 36 de la Ley 7 de 1981 (f. 744 c. 1). Según esta última disposición, los contratos celebrados por las entidades descentralizadas del orden municipal debían ser revisados por los respectivos Tribunales Administrativos cuando su cuantía superara \$200.000.000, suma que se reajustaría periódicamente. En este orden de ideas, como el contrato que ocupa el análisis de la Sala no debía constar por escrito ni tampoco ser sometido a la revisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, con la adjudicación del contrato las partes quedaron obligadas en los términos del artículo 32 del Decreto 02 de 1983 y, con ello, se materializó el acuerdo de las partes sobre el objeto y la prestación.

19. En vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 se facultó a las entidades, a cuyos contratos se aplicaba ese régimen jurídico, para sancionar el incumplimiento del contratista mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, la imposición de multas y declaratoria de incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (arts. 60 a 65 y 71 y 72).

La jurisprudencia de esta Corporación reconoció, en lo que atañe a las multas y la cláusula penal pecuniaria, que aquellas constituían «cláusulas exorbitantes». Lo anterior, porque los respectivos artículos que las regularon establecieron que la imposición de aquellas se haría «(...) *mediante resolución motivada que se sometería a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto (...) Con ello, la entidad estatal quedaba plenamente facultada para, utilizando sus poderes excepcionales, declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, según fuera el caso, lo cual, según se vio, claramente bajo la potestad de autotutela otorgada en las disposiciones previamente anotadas, podía hacer mediante acto administrativo*»²¹. Esta aproximación al concepto merece algunas precisiones, toda vez que, no obstante la noción clásica de exorbitancia contractual prevista en el derecho francés²², la presencia de un acto administrativo no hace que la cláusula devenga de suyo en excepcional o en exorbitante.

En efecto, el concepto clásico de exorbitancia contractual, que tiene su origen en el derecho francés, se ha relacionado como elemento para la distinción entre contratos administrativos y contratos del derecho privado²³. Dentro de las tensiones que se

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de octubre de 2005, rad. n°. 14579 [fundamento jurídico B].

²² Al respecto señala SAILLANT: *En un contexto de derecho público, la exorbitancia es entonces una derogación, la sustracción a la regla común, al régimen jurídico normalmente aplicable. Pero hay que destacar que los jueces administrativos normalmente no utilizan éste término que para calificar las cláusulas de ciertos contratos. Las cláusulas exorbitantes son aquellas que se sustraen a la aplicación de la regla común, normalmente aplicable. Por qué este empleo restringido a unas cláusulas de los contratos? Puede ser porque justamente, en derecho público, lo que es común es sistemáticamente el derecho privado, entendido como el derecho de las relaciones privadas. Solamente estas cláusulas de contratos son quizás susceptibles de ser realmente calificadas como derogatorias (...).* SAILLANT, ELODIE. *L'exorbitance en droit public*. Editorial Dalloz. París, Francia. 2011. Página 33.

²³ Al respecto señala Bercaitz: *"Agotadas las posibilidades discriminatorias sobre la base del servicio público y de fin de utilidad pública, la doctrina y la jurisprudencia francesa se han inclinado a la teoría de la cláusula exorbitante del derecho privado, en sentido lato, de derecho común. La diferencia entre los contratos administrativos y los de derecho privado, estriba en la existencia de cláusulas especiales insertadas en los primeros, exorbitantes del derecho privado, que testimonian "un régimen jurídico especial de derecho público".* Teoría General de los Contratos Administrativos. Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1980. Páginas 207 y siguientes.

En igual sentido resalta Cassagne: *"La insuficiencia que, según alguna doctrina, portaba la teoría del servicio público para configurar el criterio determinante de la noción de contrato administrativo provocó, en la doctrina y jurisprudencia francesas, la aparición de una corriente que, al advertir la presencia en los contratos administrativos de cláusulas exorbitantes al derecho común, creyó encontrar en tal característica la solución al problema que planteaba su categorización. De ese modo, la inserción de una cláusula exorbitante en un*

han desarrollado a partir del concepto, se han expresado en cláusulas cuyo pacto en el derecho privado resulta imposible o generan su ilicitud y que son desarrollo del poder público del Estado, siendo esto último el que justifica su imposición mediante acto administrativo²⁴.

Por su parte, el derecho argentino agregó a la discusión los efectos y finalidades de la exorbitancia (ligadas a la caducidad contractual o la rescisión unilateral). En tal sentido señaló que su finalidad es el cumplimiento del objeto contractual, lo que determinó la viabilidad de su imposición solo dentro del plazo de ejecución contractual²⁵.

Los dilemas que ha planteado la evolución del concepto se centran, entonces, en dos aspectos. El primero de ellos, en la presencia del acto administrativo contractual en escenarios por fuera del plazo de ejecución, como es el caso de las liquidaciones unilaterales, así como la existencia de cláusulas que bajo un pacto contractual puedan determinarse como prohibidas o ilícitas en terrenos del derecho privado²⁶.

En desarrollo de lo anterior, y ante las dificultades en la aplicación de las tesis relacionadas, el concepto de exorbitancia parte de cláusulas que así no se pacten se entienden introducidas en el contrato por mérito de la ley y que pueden obedecer a la necesidad de trasladar al Estado facultades para el cumplimiento y la finalización del objeto contractual, en orden al análisis sancionatorio por incumplimiento grave (caducidad contractual) o por fuera de él, esto es, la interpretación, modificación o terminación unilaterales.

contrato celebrado por la Administración tenía la virtud de convertirlo en administrativo, ya que, según la doctrina dominante en Francia, tal circunstancia hacía presumir la intención de acudir al régimen del contrato público. Sólo residualmente la jurisprudencia apelaba al criterio del servicio público, exigiendo, en tales casos, que el contratante participase en forma directa en la gestión del servicio público.” El contrato administrativo. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. Página 19. 2009.

²⁴ Saillant Elodie. L'exorbitance en droit public. Dalloz, Paris, France. 2011. Págs. 266 y ss.

²⁵ Establece Marienhoff: 'Dichas 'sanciones' tienden, principalmente, a obtener la "ejecución efectiva del contrato'. Sólo en los casos de obvia 'gravedad' la sanción debe o puede consistir en la 'extinción' del contrato, sea esto por rescisión unilateral o por caducidad. La posibilidad de su aplicación constituye una facultad 'implícita' correspondiente a la Administración Pública. El poder de aplicarlas implica o representa una de las tantas cláusulas exorbitantes 'virtuales' del derecho privado inherentes a los contratos administrativos". Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IIIA página 411. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. 1998.

²⁶ Considera Benoit, "Si tratásemos de salvar esta noción diciendo que es preciso entenderla simplemente en el sentido de cláusula diferente de las cláusulas del derecho civil, haríamos patente lo que constituye su mayor vicio: pretender que el contrato de derecho civil y el contrato administrativo se distinguen en el plano de las cláusulas del contrato. Esta manera de ver las cosas es totalmente inexacta: en este plano de las cláusulas ninguna distinción puede hacerse entre los dos tipos de contrato, por la razón, que ha sido percibida además desde hace mucho tiempo, de que la libertad contractual es tal en derecho privado que prácticamente ninguna cláusula es introducida en principio en un contrato de derecho privado, y que no lo sea incluso, frecuentemente, de hecho, pareciéndose singularmente, por ejemplo, los contratos concluidos entre las grandes firmas industriales y sus proveedores a los contratos administrativos...". El derecho administrativo francés. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid. 1977. Página 729.

En ese orden de ideas, las características propias de la exorbitancia contractual son: i) cláusulas que así no se pacten en los contratos se entienden incluidas por ley; ii) su imposición se realiza mediante acto administrativo contractual, y iii) están sujetas en su finalidad al cumplimiento del objeto negocial, lo que determina la competencia *pro tempore* para su procedencia durante el plazo de ejecución del contrato²⁷.

De conformidad con lo expuesto y dada la redacción del artículo 71 del Decreto Ley 222 de 1983²⁸, relativo a las multas, es posible establecer que la intención original del legislador del Decreto Ley 222 de 1983 fue la de convertir la multa en un poder exorbitante. Ello por cuanto, según se dijo, como elemento característico de este tipo de potestades, se tiene que escapan al pacto de las partes por virtud de que la ley las entendía incluidas de manera obligatoria en determinados tipos contractuales.

En efecto, en primer lugar, el mencionado artículo se incluyó en el acápite denominado «*cláusulas obligatorias*» que corresponde al título VI del Decreto Ley 222 de 1983 y que, como se expuso, es el rasgo definitorio de la exorbitancia. En efecto, el inciso segundo del referido artículo 71 le dio una connotación de exorbitancia a la multa allí regulada, en tanto que se exigió su inclusión obligada en los contratos relacionados en el artículo 16²⁹, salvo en lo relativo al contrato de empréstito, adicionado a que su imposición se hiciera mediante resolución motivada, lo que le daba un carácter de decisión impuesta en el ejercicio de un poder público. En segundo lugar y como consecuencia de obligatoriedad legal, ese inciso, además, remitió todo el trámite para su imposición y notificación al artículo 64³⁰ –referente al procedimiento administrativo para declarar la caducidad–.

²⁷ Tratamiento distinto merece la cláusula de reversión, propia de esquemas concesionales, donde normalmente presupone la terminación del plazo de ejecución contractual para su procedencia.

²⁸ Art. 71.- *De la cláusula sobre multas. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra. Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el art. 64 de este estatuto. (...).*

²⁹ Artículo 16. *De la clasificación y de la naturaleza de los contratos. Son contratos administrativos: 1. Los de concesión de servicios públicos. 2. Los de obras públicas. 3. Los de prestación de servicios. 4. Los de suministros. 5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos. 6. Los de explotación de bienes del Estado. 7. Los de empréstito. 8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento cinematográfico -FOCINE-. 9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y 10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales. Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad.*

³⁰ Artículo 64. *De la declaratoria de caducidad. La declaratoria de caducidad deberá proferirse por el jefe de la entidad contratante mediante resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dieron lugar a ella*

20. Ahora bien, dado su carácter exorbitante, la multa, según el mismo artículo 71 se habría de activar ante el *«incumplimiento parcial o la mora del contratista»*. No obstante, el Decreto Ley 222 de 1983 reguló, simultáneamente, –aun cuando no de manera primigenia o novedosa– otros instrumentos jurídicos asociados al incumplimiento del contratista: las declaratorias de caducidad administrativa y de incumplimiento contractual reguladas en los artículos 61 a 64 y 72.

El primero de ellos, la caducidad administrativa –regulada en los artículos 61 a 65– que procedía, entre otros motivos detallados en el artículo 62³¹, *«en orden al exacto cumplimiento del contrato»* y en la que se podía hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. El segundo, la declaratoria de incumplimiento del artículo 72 del Decreto Ley 222 de 1983, cuyo propósito también era hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria³². Así, las entidades contaban con distintas herramientas todas asociadas al incumplimiento, lo que exigía delinear con precisión los eventos en los que procedía, por una parte, la declaratoria del incumplimiento y la caducidad y, por otra, la imposición de multas.

En orden a identificar el mecanismo procedente en cada caso, lo correcto era partir de la magnitud del incumplimiento advertido. Es así como al emprender esta ponderación se pasaba por indagar si se trataba de un incumplimiento parcial o total para, a su turno, establecer, en el primer caso, la procedencia de las multas y, en el segundo supuesto, de la caducidad y la declaratoria de incumplimiento con miras a activar los efectos indemnizatorios de la cláusula penal.

y se ordenará hacer efectivas las multas, si se hubieren decretado antes, y el valor de la cláusula penal pecuniaria convenida, si fuere el caso. La resolución que declara la caducidad se notificará personalmente a los interesados. Si ello no fuere posible, se publicará un aviso en periódicos de amplia circulación, con inserción de la parte resolutive. Contra dicha providencia cabe el recurso de reposición dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de notificación o de su publicación.

³¹ Cabe precisar que, conforme al artículo 62 del Decreto Ley 222 de 1983, las causales allí previstas no correspondían, salvo la del literal f) relativa al incumplimiento que hacía imposible la ejecución contractual o causaba perjuicios a la entidad, a incumplimientos graves del contratista. Algunas, como la muerte del contratista o la disolución de la persona jurídica, obedecían a hechos ajenos a su voluntad. Esta circunstancia conllevó a que en la Ley 80 de 1993 se distinguiera expresamente la terminación derivada de la caducidad contractual –reservada para incumplimientos graves del contratista– de otras formas de terminación por razones distintas.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1988. Rad. n°. 3615, [fundamento jurídico 1]: *Pues bien. Aquí se rectifica la tesis con el siguiente alcance: En los contratos de obra pública, de suministro o prestación de servicios, por ejemplo, en los cuales la nota de tracto sucesivo se ve clara, la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.*

El fundamento de esta facultad se encuentra en el mandato contenido en el inciso 1º del artículo 72 del Decreto 222 de 1983, idéntico a la previsión contemplada en el mismo inciso del artículo 61 del Decreto 150 de 1976.(...)

Así lo reconoció expresamente la jurisprudencia de esa época. En efecto, en sentencia de 29 de enero de 1988 se precisó que *«durante la vigencia del contrato el incumplimiento parcial, que no haga imposible su ejecución, justificará la multa como medida coercitiva provisional para constreñir su incumplimiento. Pero si ese incumplimiento es de mayor entidad la Administración podrá darlo por terminado en forma anticipada o anormal y podrá exigir la cláusula penal pecuniaria (...) el incumplimiento o es la causa de la multa o el motivo para la caducidad»*³³.

Ahora bien, las expresiones incumplimiento total o parcial se han utilizado indistintamente frente al objeto y la obligación. Sin embargo, su diferenciación resulta indispensable para el análisis del capítulo sancionatorio. Mientras la multa hace referencia a la obligación, la cláusula penal pecuniaria se ha analizado a partir de la imposición de las figuras de la caducidad contractual y de la declaratoria de incumplimiento donde la afectación del objeto del acuerdo comercial sin causa justificada resulta relevante. Es allí donde la doctrina y la propia jurisprudencia ha distinguido entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación, las cuales aunque ligadas, tienen fundamentos y finalidades distintas.

Para la doctrina autorizada *«el contrato tiene su objeto, que es la operación jurídica que las partes pretenden realizar, siendo diferente el objeto de una obligación, vale decir la prestación prometida o debida o sea un dar, no dar, hacer y no hacer»*³⁴. En esta misma línea, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia admitió sin vacilaciones que *«es apropiada la distinción entre objeto del contrato y objeto de la obligación, y, en consecuencia, el que sea posible ver en el primero el surgimiento o la creación de la obligación, y en el segundo aquello a lo que se vincula la prestación de dar, de hacer o de no hacer»*³⁵.

En consecuencia, el objeto del contrato tiene por finalidad que un contratante quede obligado –o ambos recíprocamente–, mientras que la obligación es el efecto del contrato. El objeto hace referencia a los derechos y obligaciones que crea, modifica o extingue. Las obligaciones consisten en dar, hacer o no hacer algo, de manera que la obligación es uno de los efectos del contrato. Objeto y obligación son, por lo tanto, cosas enteramente distintas.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 1988, rad. n°. 3615 [fundamento jurídico c]. En similar sentido, sentencia de 19 de octubre de 2005, rad. n°. 15011.

³⁴ Mazeaud León, Derecho Civil, Resúmenes de Mazeaud, editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 27 de noviembre de 1986, rad. n°. 2423[fundamento jurídico párr. 4].

El objeto del contrato, integrado por múltiples obligaciones, puede haberse cumplido en el plazo correspondiente a total satisfacción, a pesar de la existencia de retraso en alguna de dichas prestaciones. En ese orden de ideas las instituciones ya referenciadas (caducidad contractual, declaratoria de incumplimiento y multas) buscan de manera distinta bien sea el cumplimiento del objeto del contrato o sancionar su incumplimiento, o el cumplimiento de la obligación o sancionar su incumplimiento.

En este orden de ideas, aun cuando la redacción del artículo 71 del Decreto Ley 222 de 1983 se refirió al «*incumplimiento parcial*» sin distinguir entre objeto y obligación, la jurisprudencia³⁶ consideró que dicha expresión –«*incumplimiento parcial*»– aludía a la obligación, con lo cual se dotó a la multa de un carácter conminatorio. A partir de este entendimiento, el incumplimiento total es aquel que hace imposible del objeto contractual, mientras que el incumplimiento parcial recae sobre una obligación en particular, sin perjuicio de que la obligación puede incumplirse total o parcialmente. La multa es una sanción económica que ataca el retraso de una obligación. El incumplimiento del contrato hace referencia al objeto y, por ello, abre el capítulo indemnizatorio.

Así, desde el propio Decreto Ley 222 de 1983 la jurisprudencia de esta Corporación³⁷ estableció como elemento esencial de la multa, su carácter conminatorio, razonamiento que se fundamenta precisamente en su finalidad, cual es desatrasar la obligación. En desarrollo de lo anterior, habrá que analizar si la obligación hace parte del conjunto de prestaciones tendientes al cumplimiento del objeto contractual, lo que se hará en condiciones normales durante el plazo de ejecución del mismo. Distintas serán las obligaciones tendientes, por ejemplo, a la liquidación del contrato, cuyo plazo –que es diferente al de la ejecución– presupone la terminación del objeto contractual.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de diciembre de 1993, rad. °. 5859 [fundamento jurídico 6].

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de septiembre de 1992, rad. n°. 1992-N5465 [fundamento jurídico 1]: Dotada la universidad, por el contrato y por la ley, de la potestad para imponer multas al contratista incumplido, cuando el incumplimiento no fuese suficiente para la declaratoria de caducidad, dicho poder sólo podía ser válidamente ejercido mientras el plazo contractual estuviese en vigor; vencido ese término, finalizan con él las atribuciones de exorbitancia, quedando al conocimiento de las autoridades jurisdiccionales la solución de las controversias surgidas entre la administración y el contratista. Esta tesis, que la jurisprudencia de la Sala ha desprendido de la voluntad de la ley, se explica por la interpretación teleológica de la institución de los poderes exorbitantes que favorecen al Estado en algunos de los contratos que celebra con los particulares.

La multa, entonces, obedece a una sanción de carácter económico, que por regulación pública en el Decreto 222 de 1983 adquirió connotaciones de exorbitancia al entenderse introducidas en los contratos administrativos, salvo en los atinentes al empréstito. Su imposición según lo allí señalado se haría mediante resolución motivada. Su diferenciación frente a la declaratoria de incumplimiento y la caducidad contractual, se fundamentaba en la viabilidad de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, al ser ellas en voces del artículo 72³⁸ del decreto el camino para su imposición³⁹.

Valga precisar que la cláusula penal pecuniaria es el avalúo que de manera anticipada hacen las partes contratantes de los perjuicios que se pueden causar por la inejecución de la obligación, su pago defectuoso o el retardo en su cumplimiento. Es una estimación anticipada de perjuicios que releva a quien reclama su pago de acreditar el perjuicio sufrido y que, por ende, le permite acudir a un proceso ejecutivo para reclamar su pago, dado que no es necesario demostrar la culpa del deudor⁴⁰.

³⁸ Artículo 72. De la cláusula penal pecuniaria. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato. El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.

³⁹ Al respecto, esta Corporación señaló: Durante la ejecución del contrato la declaración de incumplimiento sólo puede hacerse para imponer multas o para declarar la caducidad del contrato; y vencido el plazo contractual únicamente para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Y esa misma jurisprudencia ha afirmado que si la administración estima que los perjuicios son mayores al valor de esa cláusula penal, no podrá decidirlo unilateralmente sino que tendrá que acudir al juez del contrato. La administración se equivocó. Debió en el acto aquí cuestionado (Resoluciones 0639 y 0715) hacer efectiva la cláusula penal, Para el efecto no le servía el primer acto mediante el cual impuso las multas Resoluciones 0446, 0463 y 0516). **La orden de hacer efectiva la cláusula penal no se puede dar, lo dice el mismo artículo 72 del citado Decreto 222, sino en el acto que declare la caducidad del contrato o en el que declare el incumplimiento definitivo y no dentro de un acto de multa que sólo constata un incumplimiento parcial y que mira a que el contrato se ejecute y no que termine.** En Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de octubre de 1992, rad. n°. 6631 [fundamento jurídico C]. Reiterada en sentencia del 29 de octubre de 2005, rad. n°. 15011 [fundamento jurídico 2]. Sobre la cláusula penal pecuniaria en vigencia del Decreto 222 de 1983 la jurisprudencia indicó en otra oportunidad: Se entiende la exigibilidad de la cláusula penal pecuniaria en el caso sub iudice, porque el artículo 72 corrobora la afirmación precedente, al disponer que "se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento" y porque, además, el valor de la cláusula penal que se haga efectiva "se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante" (Decreto 222 de 1983). Cuando se declara la caducidad por incumplimiento o se declara el sólo incumplimiento en los eventos del antecitado artículo 72, la ley presume que se causaron perjuicios por el valor de la cláusula. Y hasta ese valor el acto de caducidad prestará mérito ejecutivo; vale decir, en este campo sólo hasta ese valor irá el poder exorbitante de la administración contratante en materia de perjuicios por incumplimiento. Porque si la administración estima que los perjuicios son superiores al valor de la aludida cláusula tendrá que exigirlos y demostrarlos ante el juez del contrato mediante una acción de responsabilidad contractual y no establecerlos en forma unilateral. En Consejo de Estado, sentencia de 22 de noviembre de 1989, rad. n°. 5298 [fundamento jurídico párrs. 18 y 19].

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de mayo de 1996, Rad. 4607, [fundamento jurídico cargo primero numeral 1]: Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. En similar sentido, sentencia del 11 de diciembre de 1954 [fundamento jurídico párr. 2].

Por el contrario, la función primordial de la multa bajo el régimen del decreto ley citado era compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tenía una función eminentemente conminatoria y no estaba destinada al reconocimiento de perjuicios.

21. Diferente fue su aproximación en la Ley 80 de 1993 y antes de la expedición de la ley 1150 de 2007, donde desapareció la regulación en materia de multas, dándose paso a la remisión al derecho privado, según lo preceptuado por el artículo 13. Ya no sería entonces exorbitancia, en la medida que se requería acuerdo contractual expreso, y su imposición, sería propio del pacto contractual y no del acto administrativo. Allí emerge la distinción entre la unilateralidad pactada (sin acto administrativo) y el ejercicio del poder público (con acto administrativo), encajándose en ese momento el tratamiento de las multas dentro del primer escenario⁴¹.

Sobre el particular, al consultar la exposición de motivos, resulta claro que el legislador de la Ley 80 de 1993 buscó «*restringir a límites reducidos*» la utilización, por parte de la Administración, de las cláusulas «*excepcionales al derecho común*»⁴². En acatamiento a esta postura, se señaló en la exposición de motivos, se buscó recuperar la trascendencia de la autonomía de la voluntad como principal fuente reguladora del contrato. Por esa razón, se reconoció en los artículos 13 y 34 –entre otros– plena aplicabilidad de las disposiciones civiles y comerciales y se prescindió, dentro del catálogo de «las cláusulas excepcionales», de las multas.

Nulidad del acto administrativo mediante el cual se impuso una multa

22. Según la demanda, EPM no podía imponer una multa el último día del plazo de ejecución, dado que las multas tenían una función conminatoria, de conformidad con la regulación del Decreto Ley 222 de 1983. La demanda también reprochó que el acto administrativo impositivo de la multa se hubiera notificado varios días después de finalizado el plazo de ejecución del contrato.

⁴¹ La doctrina nacional ha señalado: *A su turno, es de comentar en este punto, que, “la exorbitancia” no es sinónimo de “unilateralidad” como en ocasiones pretende asimilarse. En efecto, todo lo exorbitante es unilateral, pero no todo lo unilateral es necesariamente exorbitante: la unilateralidad bien puede ser acordada entre las partes, incluso entre particulares si así lo consideran pero en este caso, si no se cumple lo acordado habrá que acudir al juez del contrato, sin ser posible que una parte imponga a la otra obligación alguna.* Palacio Jaramillo, María Teresa. Potestades Excepcionales y otros poderes de la Administración Pública. En Contratos Estatales. Tomo II. Grupo Editorial Ibañez. Universidad del Rosario. Páginas 701 y siguientes.

⁴² Bendeck Olivella, Jorge, Exposición de motivos al proyecto de ley n°. 149 Senado de 1992, en Gaceta del Congreso, n°. 75, 23 de septiembre de 1992, pág. 13.

El demandante adujo que este cargo correspondía, por una parte, a una infracción de las normas en que debía fundarse y, por otra, a una falsa motivación, en tanto la regulación legal vigente para la época exigía que la multa tuviera un efecto conminatorio, lo cual, a su juicio, no sucedió en este caso. Así mismo, aunque la demanda no se refirió expresamente a una falta de competencia temporal, la Sala considera que esa fue la intención del demandante, por cuanto reprochó que el acto impositivo de la multa se hubiera notificado con posterioridad al plazo de ejecución del contrato.

23. Está acreditado que el plazo de ejecución del contrato venció el 6 de febrero de 1995⁴³. En la misma fecha, Empresas Públicas de Medellín, a través de la Resolución n°. 35135, impuso una multa al contratista Jesús María Tobón Gutiérrez y Cía. Ltda. por valor de \$5.316.348, porque no ejecutó la totalidad de las direcciones relacionadas en la boleta de interventoría del 16 de noviembre de 1994, cuyo plazo venció el 16 de diciembre del mismo año. También consignó que el valor de la multa se descontaría *«de cualquier suma que se le adeude al contratista y si ello no era posible se haría efectiva la garantía de cumplimiento»* (fls. 49-50 c. 1). El 20 de febrero de 1995, el contratista se notificó personalmente de la Resolución n°. 35135 (f. 340 c. 1), es decir, 14 días después de proferido el acto.

También quedó acreditado que el 2 de mayo de 1995, EPM, mediante Resolución n°. 38369 que resolvió el recurso de reposición contra la anterior decisión, redujo el valor de la multa a \$1.382.250,60. Reiteró que mediante boleta de interventoría del 16 de noviembre de 1994 se ordenó al contratista la ejecución de trabajos en 103 direcciones, para lo cual se estableció un plazo de un mes, que venció el 16 de diciembre de 1994. Precisó que el contratista solamente había logrado un avance en 74 direcciones, lo que equivalía al 74% de los trabajos. Consideró que la tasación de la multa debía tener en cuenta el avance del contratista y, por ello, procedió a recalcular el valor de esta, lo cual arrojó el valor de \$1.382.250,60 (fls. 36-39 c. 1). El 19 de mayo de 1995, el contratista se notificó personalmente de la Resolución n°. 38369 (fls. 35, 372 y 375 c. 1).

⁴³ De conformidad con el acto de adjudicación del contrato n°. 2/DJV-856/47, el plazo del contrato sería de 365 días solares, contados a partir de la orden de iniciación de los trabajos (fls. 118-120 c. 1). El acta de inicio se suscribió el 2 de febrero de 1994 y allí se consignó que el 7 de febrero se iniciarían las obras del contrato (fls. 116-117 c. 1).

24. La Sala reitera que el efecto básico de la multa como «*cláusula exorbitante*» de carácter conminatorio bajo el régimen del Decreto Ley 222 de 1983 supone que su ejercicio se sujeta a determinados límites, es decir, debe aplicarse dentro del plazo de ejecución del contrato y bajo las hipótesis previstas en la ley. Su finalidad no es sancionar un incumplimiento que hace imposible el objeto contractual, sino compeler al contratista al cumplimiento de la obligación, y con esa finalidad debía ejercerse.

A pesar de ello, está acreditado que EPM expidió el acto administrativo de multa el último día del plazo de ejecución contractual, porque el contratista no realizó los trabajos en las 103 direcciones consignadas en una de las varias boletas de interventoría, en particular, la del 16 de noviembre de 1994. Además, su notificación tuvo lugar 14 días después del vencimiento del plazo de ejecución, con lo cual, *i)* la multa no tuvo un carácter conminatorio y *ii)* se impuso por fuera del plazo de ejecución del contrato, tal como se pasa a explicar.

25. En primer lugar, el artículo 120 del Decreto 222 de 1983 dispuso que la entidad pública contratante debía verificar la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas por medio de un interventor. Esta labor podría ejecutarse con un funcionario o mediante la contratación de personas naturales o jurídicas especializadas que tuvieran experiencia en la materia y que estuvieran registradas, calificadas y clasificadas.

El 16 de noviembre de 1994, durante la ejecución del contrato, la interventoría –que estuvo a cargo del jefe del Departamento de Alcantarillado de EPM– expidió una «*boleta de interventoría*» en la que ordenó al contratista realizar trabajos en 103 direcciones. Para ello, concedió un plazo de un mes, que venció el 16 de diciembre siguiente (fls. 319-321 c. 1). Ante el incumplimiento que la interventoría encontró, recomendó, en tres oportunidades, la imposición de multas (fls. 322, 336 y 337 c. 1).

Al descender al análisis del caso, la Sala evidencia que en el texto del contrato que acompañó el pliego de condiciones las partes reprodujeron las normas del Decreto Ley 222 de 1983 relativas a las multas y su aplicación (arts. 71 a 73). En efecto, se introdujo la cláusula de multas de la siguiente manera:

*VIGÉSIMA PRIMERA: Multas. En el caso de que EL CONTRATISTA se haga acreedor a cualquiera de las multas que se establecen a continuación, su valor será tomado de cualquier suma adeudada AL CONTRATISTA o de la garantía de cumplimiento y en ningún caso su aplicación será entendida por el contratista como liberatoria o atenuante de cualquiera de las obligaciones adquiridas en virtud de este contrato. Estas multas se causan por el simple incumplimiento, y los perjuicios que este cause a las EMPRESAS podrán hacerse efectivos en forma separada. La aplicación de las multas se hará mediante Resolución motivada que se someterá a las normas previstas para el procedimiento gubernativa y su aplicación se entenderán sin perjuicio de que, en el caso de mediar las causales establecidas en el contrato, las EMPRESAS puedan declarar la caducidad y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. (...) f. **Por incumplimiento de las órdenes de la interventoría** y de las normas de seguridad. En caso de que EL CONTRATISTA deje de cumplir cualquiera de las órdenes de la interventoría LAS EMPRESAS podrán imponer una multa del uno por mil (0.1%) del valor estimado del contrato por cada día que incumpla una o varias de las órdenes de la interventoría; excepto en el caso de que se exija el cumplimiento de las normas de seguridad e impacto comunitario establecidas en las secciones 2 y 6 del pliego en el cual el contratista se hará acreedor a una multa diaria de cincuenta mil pesos m.l. (\$50.000,00) aplicable inmediatamente el interventor tenga conocimiento del incumplimiento, mediante notificación del hecho y si se volviera reiterado conformará causal de caducidad del contrato. Si EL CONTRATISTA se niega persistentemente a cumplir cualquiera de las órdenes de la interventoría o de las normas de seguridad y reducción del impacto comunitario establecidas en el pliego de condiciones, el interventor podrá ordenar la suspensión de las obras hasta que el contratista cumpla la orden y/o corrija la situación de inseguridad; en este caso además de la multa por incumplimiento de la orden y/o las normas de seguridad, EL CONTRATISTA se hará acreedor de la multa del literal c) de esta cláusula (fls. 225-226 c. 1).*

Al confrontar las consideraciones de la Resolución n°. 35135⁴⁴ con el contrato, se observa que el sustento de esa determinación fue la transgresión de lo dispuesto en el literal f) de la cláusula vigésima primera de la minuta del contrato que hizo parte integral del pliego de condiciones, en la que se estableció la procedencia de la multa equivalente al 0.1 % del valor estimado del contrato por cada día que se incumpliera las órdenes de la interventoría.

Es claro que el incumplimiento objeto de la multa consistió en la desatención de la orden de interventoría elevada desde del 16 de noviembre de 1994, que se dirigía a la ejecución de trabajos en 103 direcciones, para lo cual se le concedió al

⁴⁴ A continuación, las consideraciones de la Resolución n°. 35135: **Que el 16 de noviembre de 1994 se le ordenó al Contratista mediante boleta de interventoría, la ejecución de trabajos en 103 direcciones, para la construcción y reconstrucción de sumideros de aguas lluvias, para lo cual disponía de un plazo de un (1) mes, es decir, que éste se venció el 16 de diciembre de 1994.** 5. Que de acuerdo con la información suministrada por el Departamento Alcantarillado de las Empresas, dependencia encargada del manejo del contrato, en su memorando 603368 de enero 16 de 1994, a esa fecha el Contratista había ejecutado solamente el setenta y cinco por ciento (75%) de las direcciones ordenadas en la boleta. 6. Que en el literal f) de la cláusula vigésima primera de la minuta del contrato, contenida en el pliego de condiciones y especificaciones, se estipuló una multa equivalente al uno por mil (0.1%) del valor estimado del contrato, por cada día que se incumpla una o varias de las órdenes de la Interventoría. 7. Que al 16 de enero de 1995, fecha de elaboración de la presente resolución el Contratista se ha hecho acreedor a una multa de cinco millones trescientos dieciséis mil trescientos cuarenta y ocho pesos con 60/1.00 m.l. (\$5'316.348.60) (f. 49 c. 1).

contratista un plazo de un mes que venció el 16 de diciembre de 1994. Llegada esa fecha, surgió al plano jurídico el incumplimiento atribuido a la sociedad Jesús María Tobón Gutiérrez y Cía. Ltda.

Se extrae de lo dicho que el análisis de la obligación está ligado al plazo y a pesar de que las razones que sirvieron de apoyo para la imposición de la multa ocurrieron un mes y medio antes de finalizar el plazo de ejecución contractual, vinieron a ser expuestas como fundamento de la Resolución n°. 35135 del 6 de febrero de 1995, día en que venció el plazo de ejecución del contrato, lo que permite concluir que para entonces la finalidad de conminar al cumplimiento de la obligación contenida en la «*boleta de interventoría*» del 16 de noviembre de 1994 era infructuoso, por cuenta del fenecimiento del término previsto para la ejecución del contrato.

Valga precisar que si la multa aparejaba un carácter conminatorio del cumplimiento de las obligaciones, tal propósito debía estar presente al momento de su imposición, premisa que no se configuró en este caso, toda vez que no resultaba posible que con la herramienta de apremio utilizada el contratista corrigiera y encaminara su conducta a que, el mismo día en que vencía el plazo de ejecución contractual, ejecutara trabajos en las direcciones que se hallaban pendientes de intervenir, en razón a que para entonces el plazo concebido para su ejecución había culminado, con lo que se deslegitimaban los motivos de la entidad para imponerla.

26. En segundo lugar, el hecho de que la multa se haya notificado por fuera del plazo de ejecución del contrato, corrobora aún más la ausencia del efecto conminatorio. Para que un acto administrativo produzca efectos jurídicos no es suficiente con que sea proferido o expedido por la entidad competente, por cuanto ello depende de la notificación de la decisión, asunto que hace parte integral de la actuación administrativa⁴⁵. Por ello, si bien EPM expidió la Resolución n°. 35135 el 6 de febrero de 1995, esta no tuvo la virtualidad de producir efectos jurídicos desde ese mismo momento, sino hasta surtida su notificación, que ocurrió, como se dijo, por fuera del plazo de ejecución del contrato.

27. Un acto administrativo es inoponible, es decir, no se puede cumplir, cuando no ha sido puesto en conocimiento del interesado en la forma en que indica la ley, toda

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, rad. n°. 36054 [fundamento jurídico 4.2.6.]

vez que nadie puede ser obligado a dar cumplimiento a una disposición que desconoce⁴⁶.

En vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 no existía un procedimiento especial para la expedición y notificación de los actos que sancionaban el incumplimiento del contratista. Por ello, la jurisprudencia consideró que resultaba aplicable el procedimiento administrativo general regulado en el Código Contencioso Administrativo –CCA–⁴⁷.

El artículo 44 del CCA preveía que los actos administrativos que pusieran fin a una actuación administrativa se notificarían personalmente y que para hacer la notificación se debía enviar la citación por correo certificado, para que el interesado acudiera a la entidad a recibir copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión. Así mismo, el artículo 45 del CCA dispuso que en caso de que no pudiera hacerse la notificación personal, al cabo de cinco días del envío de la citación, se fijaría un edicto por el término de diez días. Así las cosas, sin el lleno de los anteriores requisitos la decisión no produciría efectos legales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 del CCA

De manera que, para considerarse impuesta la multa en el plazo de ejecución del contrato, la entidad debía no solamente proferir la decisión durante el plazo de ejecución, sino que debía notificarla en ese mismo tiempo, porque solo producida esa actuación, el particular tiene conocimiento de la decisión y pueden hacerse efectivas sus consecuencias. Al estar acreditado que el plazo de ejecución del contrato finalizó el 6 de febrero de 1995⁴⁸ y que el acto administrativo de multa se notificó 14 días después al contratista –20 de febrero de 1995 (f. 340 c. 1)–, lo cierto es que terminó siendo impuesta por fuera del plazo de ejecución del contrato.

28. Aceptar una hipótesis contraria sería el equivalente a considerar que la entidad podía imponer una multa al contratista en cualquier momento y con independencia de las normas que la habilitaban para hacerlo, evento que se opone a la naturaleza

⁴⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de septiembre de 2007, rad. n°. 29285 [fundamento jurídico 4.1].

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de agosto de 2011, rad. n°. 16435 [fundamento jurídico 2.5].

⁴⁸ De conformidad con el acto de adjudicación del contrato n°. 2/DJV-856/47, el plazo del contrato sería de 365 días solares, contados a partir de la orden de iniciación de los trabajos (fls. 118-120 c. 1). El acta de inicio se suscribió el 2 de febrero de 1994 y allí se consignó que el 7 de febrero se iniciarían las obras del contrato (fls. 116-117 c. 1).

conminatoria de las cláusulas de apremio o multas. La potestad de imponer multas en los contratos regidos por el Decreto Ley 222 de 1983, que tiene su génesis en una habilitación legal, no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, porque es un aspecto que va intrínsecamente relacionado con la certeza y la estabilidad que deben gobernar las relaciones jurídicas.

Una atribución unilateral de esta naturaleza, desprovista de un límite temporal, no solamente puede constituir una vulneración de los derechos del contratista, sino que propicia la inseguridad jurídica. Precisamente, una de las garantías más importantes reconocidas al contratista, es la certeza sobre el carácter temporal de las potestades otorgadas a la Administración con miras a lograr el cumplimiento del contrato y de las obligaciones. Se trata de un presupuesto de seguridad jurídica, porque ante la inactividad de la entidad el ordenamiento jurídico prevé una consecuencia: la pérdida de competencia para imponer la multa.

Si la facultad de imponer multas al contratista no fuera de algún modo limitada, dicha figura no entendería a su específica y primordial finalidad, que, como se indicó ya, es la de compeler al contratista al cumplimiento de la obligación. Por ello, a pesar de que el Decreto Ley 222 de 1983 en el artículo 71 –al regular lo referente a las multas– no hizo mención expresa al límite temporal para su ejercicio, la jurisprudencia, según lo visto, precisó que las multas podían imponerse mientras el contratista se encontraba obligado a la ejecución contractual.

De lo anterior se deriva que la multa impuesta al contratista –contenida en la Resolución nº. 35135–, notificada 14 días después del fenecimiento del plazo de ejecución contractual, fue expedida con falta de competencia temporal [*ratione temporis*], por cuanto es indiscutible que el acto contentivo de la multa se notificó en debida forma cuando se encontraba vencido el plazo de ejecución del contrato.

29. En tercer lugar, la entidad, además de imponer una multa, declaró el incumplimiento contractual y ordenó hacer efectiva la garantía de cumplimiento y la cláusula penal pecuniaria.

En efecto, tres meses después de haber dictado la resolución impositiva de la multa –en la que ordenó hacer efectiva la garantía de cumplimiento en caso de no poderse hacer el descuento de los saldos pendientes– y el mismo mes en que fue resuelto

el recurso de reposición interpuesto en su contra, EPM expidió la Resolución n°. 39542 del 25 de mayo de 1995, por la que declaró el incumplimiento por no haber concluido la totalidad de las obras objeto del contrato 2/DJV-856/47 y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de ser pertinente, y, de nuevo, la garantía de cumplimiento (fls. 32-33 c. 1).

Aun cuando en el expediente no obra la póliza n°. 7013810 que amparó el cumplimiento del contrato expedida por la Compañía el Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales, se observa que en el literal b) de la cláusula vigésima de la minuta del contrato –que hace parte del pliego de condiciones– estableció que la garantía de cumplimiento aseguraría «*el total y estricto cumplimiento de todas las obligaciones del contrato*» (f. 225 c. 1). En consonancia, en la cláusula vigésima tercera de la minuta del contrato, se estableció que, en caso de declararse la caducidad o el incumplimiento, EPM cobraría al contratista el 10% del valor del contrato como cláusula penal pecuniaria (fls. 227 y 228 c. 1).

Se evidencia que la base considerativa en que se apoyó la declaratoria de incumplimiento halló correspondencia⁴⁹, en parte, con aquella que sirvió de motivación para la imposición de la multa, porque la hizo consistir en la desatención de la orden de interventoría del 16 de noviembre de 1994. Tan es así que, en el texto del acto de declaratoria de incumplimiento, la entidad hizo expresa referencia a los hechos que dieron lugar a la imposición de la multa.

A partir de lo expuesto, es claro que con la multa, además de que no atendió a su carácter conminatorio y se ejerció por fuera sin competencia, se pretendió sancionar al contratista dos veces por el incumplimiento de una obligación. En efecto, la multa y la declaratoria de incumplimiento se fundamentaron, en parte, en los mismos hechos, esto es, en la desatención de las direcciones contenidas en la «*boleta de interventoría*» del 16 de noviembre de 1994. De otra parte, la multa se impuso el último día del plazo contractual, con lo cual, no se permitió al contratista allanarse a cumplir con las direcciones que le hacían falta.

Esta circunstancia, advertida por la Sala, denota que EPM activó doblemente su poder unilateral fundado en el mismo supuesto fáctico. Es evidente que, para la

⁴⁹ Con todo, es importante poner de presente que el acto de incumplimiento también se sustentó en la desatención de la boleta de interventoría del 20 de diciembre de 1994, en la que ordenaba la ejecución de 68 trabajos en la misma cantidad de direcciones.

fecha en que se dictó la multa, ya el contratista no estaba en posibilidad de cumplir las prestaciones pendientes ante la inminencia del vencimiento del plazo de ejecución del contrato que habría de producirse ese mismo día. Nada cambió desde ese momento hasta el día en que se dictó el acto de declaratoria de incumplimiento.

De ahí se revela con nitidez que, en realidad, la intención de la entidad contratante, al imponer la multa, no fue distinta que la de ejercer su potestad punitiva dirigida a sancionar al particular por el incumplimiento del acuerdo por los mismos hechos que meses después se expusieron en la Resolución nº. 39542 como soporte –en parte– de la declaratoria de incumplimiento, con efectividad de la cláusula penal, conducta que no puede ser de recibo en esta instancia.

La multa y la declaratoria de incumplimiento no pueden justificarse en los mismos motivos, porque, tal como quedó expuesto, difieren en su esencia. Por lo tanto, el incumplimiento de la «*boleta de interventoría*» del 16 de noviembre de 1994 no podía justificar una multa y, al mismo tiempo, la declaratoria de incumplimiento del contrato. Si la entidad consideraba que el incumplimiento recayó sobre un aspecto central del contrato que impedía la ejecución del objeto, lo procedente era declarar el incumplimiento y hacer efectiva la totalidad de la cláusula penal pecuniaria, pero no imponer –con fundamento en estos mismos hechos– una multa el último día del plazo contractual.

30. Cuando la Administración ejerce las potestades exorbitantes, no solamente debe motivar de forma detallada y precisa el acto administrativo a través del cual toma esa decisión, sino que su aplicación debe enmarcarse dentro de los límites impuestos en la ley. La Administración no puede desconocer las exigencias legales para el ejercicio de tales prerrogativas, puesto que en ese caso se configura una infracción de las normas en que debía fundarse. Este entendimiento constituye una nota característica del debido proceso, porque solo así el contratista podrá defender sus derechos, si considera que los motivos aducidos en el acto son contrarios a los supuestos para la procedencia de la figura.

El 6 de febrero de 1995, último día del plazo de ejecución contractual, EPM impuso una multa al contratista que fue notificada varios días después, con lo cual la Sala considera que la decisión de la entidad fue intempestiva y sorpresiva para el demandante, toda vez que la regulación legal vigente para la época no exigía un

procedimiento previo para la imposición de la multa. No obstante, la multa aparejaba un carácter conminatorio del cumplimiento de las obligaciones, aspecto que no estuvo presente en este caso.

Después de confrontar los actos acusados con lo establecido en el Decreto Ley 222 de 1983 para la imposición de las multas, la Sala concluye que los mismos están viciados de nulidad porque se expidieron con falta de competencia temporal y en contra de la naturaleza legal de conminatoria -infracción en las normas en que debería fundarse-. En consecuencia, la Sala revocará la decisión de primera instancia y, en su lugar, declarará la nulidad de las Resoluciones n°. 35135 del 6 de febrero de 1995 y n°. 38369 del 2 de mayo de 1996.

Indemnización de perjuicios

31. La demandante solicitó \$1.382.250 por **daño emergente** y 200 gramos oro por la «**pérdida del buen nombre**», con ocasión de la Resolución n°. 35135. Afirmó que EPM retuvo ilegalmente el valor de la multa y pidió los intereses sobre esa suma.

Toda vez que EPM no era competente para imponer la multa el último día del plazo contractual, la Sala procederá, en primer lugar, a estudiar la reclamación de la demandante frente a la suma correspondiente al valor de la multa. Por solicitud de la demandante, también se analizará si se acreditó un perjuicio a su *good will* derivado de la expedición ilegal del acto administrativo.

31.1 La demandante aportó con la demanda unos documentos –diligenciados a mano– denominados «*actas de obra del contrato n°. 2/DJV-856/47*» y un listado con sus valores (fls. 7, 8, 11 y 537 c. 1). Ninguno de los documentos fueron firmados ni reconocidos por su autor. Por ello, se desconoce cómo se obtuvieron los valores que, según los documentos, corresponden a cada una de las actas, así como los soportes de la información allí consignada. Es claro que para otorgar mérito probatorio a un documento debe existir plena certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado.

A partir de esta información no es posible determinar que efectivamente se descontó o retuvo el valor de la multa ilegal, fundamentalmente porque las cifras expresadas

en los referidos cuadros –del que, se insiste, se desconoce su autoría– no contienen algún rubro por valor de \$1.382.250, o alguna alusión a la multa impuesta. Tampoco están soportados en las actas firmadas por la entidad o el interventor, ni en ningún otro documento contable o financiero que permita establecer que la entidad descontó el valor de la multa.

31.2 Obra también un documento denominado «*relación de obra ejecutada*», con membrete de Empresas Públicas de Medellín y en el que hace constar una obra ejecutada equivalente a \$16'669.708 –no se indica a qué período corresponde su ejecución–. Este documento tampoco permite extraer información precisa y verídica sobre el descuento de la multa.

Sobre el particular, llama la atención de la Sala que de la confrontación de los valores que allí se reportan por obra ejecutada (\$16'669.708,23) y aquellos que se hicieron constar en los documentos denominados «*actas de obra del contrato n.º. 2/DJV-856/47*» presentes en los folios 7 y 8 del cuaderno 1, que suman un valor de obra ejecutada equivalente a \$19'842.972, se evidencia de forma palmaria su falta de concordancia, erigiéndose así en una razón más para desestimar el mérito probatorio de las «*actas*» acompañadas por el demandante con el escrito de demanda.

31.3 La Sala no pasa por alto que en el expediente obran unos documentos emanados de la entidad, en los que se aceptó la cesión de unas órdenes de pago de actas de obra⁵⁰ y en cuyo contenido se hace alusión a la existencia de las actas de obra 2, 3 y 4. No obstante, su contenido tampoco acredita la retención o descuento de la multa, debido a que en los documentos procedentes de EPM no reposa esa información y la que allí se registra no es coincidente con el valor de la multa (fls. 273, 274, 279 y 280 c.1).

31.4. Obra en el expediente abundante correspondencia cruzada entre el contratista y EPM. En relación con la boleta de interventoría del 16 de noviembre de 1994 – que fue considerada por la entidad como fundamento para la imposición de la

⁵⁰ Documentos suscritos por la División de Tesorería de EPM que hacen alusión a la existencia de unas órdenes de pago por los siguientes valores: a \$10'412.794 por el acta 2 y \$10'995'950 por el acta 3 y \$11'615.926, por el acta 4.

multa—, se observa que las comunicaciones posteriores a dicha actuación fueron las siguientes:

Boleta de interventoría del 20 de diciembre de 1994	Se suministraron al contratista varias direcciones para reconstruir y construir sumideros en Envigado e Itagüí y se le concedió un mes para ese propósito. Igualmente, en documento de esa misma fecha, la interventoría se pronunció frente a los resultados de las órdenes impartidas en boleta del 16 de noviembre de esa calenda, aspecto en torno al cual indicó que, de las 103 direcciones ordenadas, faltaban 48 por ejecutar (fls. 102 a 103 del c. 1).
Oficio del 20 de diciembre de 1994	El contratista le solicitó a EPM que, con el fin de reprogramar las actividades del contrato, le enviara las direcciones a intervenir (f. 71 c. 1).
Oficio del 4 de enero de 1995	EPM comunicó al contratista que, en atención a su solicitud de suministro de direcciones, le recordaba que el 20 de diciembre se la había entregado boleta de interventoría con 68 direcciones pendientes de ejecutar (fls. 104 a 105 c. 1).
Oficio del 13 de enero de 1995	El contratista se pronunció frente al oficio del 27 de septiembre de 1994 procedente de EPM, en el que se indicaba que existían 1200 direcciones desde el inicio de las obras y en ese sentido manifestó que para poder cumplir con el objeto del contrato se debían ejecutar 100 direcciones al mes cuyo valor ascendía a \$14'767.635. Indicó que, sin embargo: <i>...vemos como a pesar de cumplirse las 100 direcciones ejecutadas el valor de la obra ejecutada es inferior al valor que debe dar de acuerdo a las condiciones iniciales del contrato, como puede verse en el cuadro adjunto. De lo anterior se puede deducir claramente como se muestra el desequilibrio financiero al no cumplirse durante la ejecución las condiciones inicialmente propuestas. Por lo tanto, pedimos que sean reestablecidos los extra costos en los cuales ha incurrido nuestra empresa</i> (fls. 9-11 c. 1).
Oficio del 16 de enero de 1995	El Departamento de Alcantarillado de EPM informó a la dependencia jurídica de esa entidad que el contratista había ejecutado el 75% de las direcciones suministradas y que el plazo concedido para ese cometido había vencido el 16 de diciembre de 1994 (f. 336 c. 1).
Documento del 26 de enero de 1995	El Departamento de Alcantarillado de EPM advirtió a la dependencia jurídica que el 20 de diciembre de 1994 la interventoría había hecho llegar al contratista otra boleta en la que ordenaba la ejecución de 68 trabajos en la misma cantidad de direcciones y hasta ese momento la firma no había iniciado los trabajos dispuestos en esa orden, cuyo plazo venció el 20 de enero (f. 337 c. 1).
Memorando 616384	El 6 de febrero de 1995 venció el plazo del contrato, fecha en que el contratista aún no había realizado las obras encomendadas en todas las direcciones hasta entonces suministradas, arrojando una ejecución total por valor de \$119'161.892 equivalente a 67.24% del valor estipulado (f. 346 c. 1).

Estos documentos solo dan cuenta de algunos requerimientos de la interventoría, así como del concepto favorable de aquella respecto de la imposición de la multa. No obstante, lo cierto es que los mismos no dan cuenta de alguna retención o descuento que haya realizado la entidad sobre los valores a pagar en favor del contratista.

32. El dictamen que se practicó en el proceso, rendido por los ingenieros José miguel Giraldo Castaño y Gustavo Alberto Duque Villegas, conceptuó –en relación con este punto– que los perjuicios por lucro cesante ascendieron a \$82'889.223⁵¹, calculados con base en: *i)* imposibilidad de que la fórmula de reajuste compensara el aumento real de precios, con lo que se generó una diferencia en perjuicio del contratista de \$5'958.094; *ii)* el menor valor final del contrato afectó que se percibiera un AIU en la suma el \$9'302.000 y *iii)* el valor de la multa injustamente aplicada por cuantía de \$1'382.250 (fls. 471 c. 1).

El dictamen no aportó documento alguno que diera cuenta de la retención o descuento de la multa en los pagos al contratista. Conforme al artículo 233 del CPC la peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. En consonancia, el artículo 236 establece que no es admisible sobre puntos de derecho.

Los peritos hicieron un análisis de la legalidad de la multa. Esto quiere decir que el dictamen resolvió aspectos que corresponden al juez del contrato, se basó exclusivamente en la improcedencia de la multa para incluir dentro de la estimación de los perjuicios el valor de aquella y no estudió documento alguno que permitiera concluir que efectivamente el valor de la multa fue descontado o pagado por el contratista. Se ocupó simplemente de la forma en que se ejecutó el contrato de acuerdo con las actas de cantidades de obra –material que no obra dentro del expediente– y, por ello, no tiene mérito probatorio para demostrar el perjuicio alegado en la demanda.

33. De conformidad con lo expuesto, frente a un perjuicio material derivado de la expedición ilegal del acto administrativo que impuso una multa al contratista, no se

⁵¹ No se evidencia explicación alguna en torno a ese resultado matemático más allá de la actualización de cada uno de esos valores.

demostró que el demandante hubiera realizado algún pago por ese concepto. De modo que, no obra prueba de que el acto administrativo demandado hubiera causado algún daño material al demandante.

Valga precisar que, aun cuando la entidad demandada tenía la facultad de realizar unilateralmente un ajuste de cuentas definitivo, sujeto a recursos legales y control judicial, se abstuvo de hacerlo, de modo que se desconoce el estado de cuentas entre las partes y si, efectivamente, se retuvo o descontó al contratista el valor de la multa. Finalmente, es importante aclarar que ninguno de los seis testigos se refirió al descuento o pago de la multa y, por ello, tampoco prueban el perjuicio alegado (fls. 405-422 y 438-445 c. 1).

En este orden de ideas, la Sala negará la pretensión relativa al reintegro del valor de la multa impuesta, con fundamento en que, a partir de las pruebas del proceso, no es posible concluir que la demandante haya demostrado el pago de este valor, como le correspondía conforme a los artículos 1757 del Código Civil y 177 del CPC, aplicable por remisión expresa de los artículos 168 y 267 del CCA.

34. La demandante también pidió **perjuicios extrapatrimoniales** ocasionados por la expedición del acto. En la demanda esgrimió que se debía reconocer el daño al buen nombre de la sociedad.

La legislación colombiana prevé la figura del *good will* en normas comerciales – artículo 516.6 del Código de Comercio y artículo 14 del Decreto 2650 de 1993–, tributarias –numeral 5 del artículo 74 y artículo 279 del Estatuto Tributario– y contables –artículos 66 y 95 del Decreto 2649 de 1993⁵²–.

La Sección Tercera ha definido el *good will* como «el “*buen nombre o fama comercial en un conglomerado económico - social determinado*”, *bien intangible que conlleva beneficios tales como el reconocimiento de los consumidores al producto o servicio y a la empresa que lo suministra, la confianza y credibilidad de la empresa, la calificación positiva del consumidor a las características del producto y el derecho a la clientela*»⁵³. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha anotado las siguientes características:

⁵² Ver concepto No. 175 del 6 de septiembre de 2005, emitido por el Consejo Técnico de la Contaduría Pública.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 1997, Rad. N10229 [fundamento jurídico 4.2.1].

«En términos generales el anglicismo “GOOD WILL” alude al buen nombre, al prestigio, que tiene un establecimiento mercantil, o un comerciante, frente a los demás y al público en general, es decir, al factor específico de un negocio que ha forjado fama, clientela y hasta una red de relaciones corresponsales de toda clase, aunado a la confianza que despierta entre los abastecedores, empleados, entidades financieras y, en general, frente al conjunto de personas con las que se relaciona.

Como es patente, la empresa que goza de tales características y que logra conquistar una clientela numerosa y cuyos productos son reputados, se coloca en un plano descollante en el mercado en cuanto puede vender más y a mejor precio, lo que necesariamente apareja que sus utilidades sean mayores en proporción al capital invertido. No se trata, por consiguiente, de un factor esencial del establecimiento de comercio, sino accidental y estimable en dinero.

Entre los diversos elementos que se conjugan para determinarlo, cabe destacar, además de la proyección de los beneficios futuros, la existencia de bienes incorporales, tales como la propiedad industrial, fórmulas químicas, procesos técnicos; la excelente ubicación en el mercado, la experiencia, la buena localización, la calidad de la mercancía o del servicio, el trato dispensado a los clientes, las buenas relaciones con los trabajadores, la estabilidad laboral de los mismos, la confianza que debido a un buen desempeño gerencial se logre crear en el sector financiero. En fin, el artículo 33 del decreto 554 de 1942, enumeró algunos otros factores a considerar como “constitutivos del good-will comercial o industrial”, al paso que, posteriormente, el decreto 2650 de 1993, aludió a su registro contable bajo el nombre de “Crédito Mercantil”, indicando que allí se registra “el valor adicional pagado en la compra de un ente económico activo, sobre el valor en libros o sobre el valor calculado o convenido de todos los activos netos comprados, por reconocimiento de atributos especiales tales como el buen nombre, personal idóneo, reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable... También registra el crédito mercantil formado por el ente económico mediante la estimación de las futuras ganancias en exceso de lo normal, así como la valorización anticipada de la potencialidad del negocio»⁵⁴.

En sentencia del 13 de noviembre de 2008, con gran claridad, la Sección Tercera precisó que el *good will* puede constituirse a través de un largo proceso de posicionamiento comercial (*good will* formado) o bien, una vez posicionado, ser objeto de compra (*good will* adquirido). También determinó que las reclamaciones indemnizatorias relacionadas con el *good will* –bien intangible o incorporal– son de carácter eminentemente patrimonial, porque corresponden al provecho económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos⁵⁵. Esta posición, posteriormente, sería retomada en los siguientes términos:

«...En efecto, tradicionalmente se ha considerado que atentados contra derechos de la persona jurídica como el buen nombre o el good will constituyen perjuicios morales, cuando lo cierto es que los mencionados derechos integran el concepto de establecimiento de comercio en los términos de los artículos 515 y 516 del Código de Comercio, a cuyo tenor:

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de agosto de 2012, rad. 24991 [fundamento jurídico 3.4. Ver también: sentencia del 4 de septiembre de 2023, rad. 61029.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, rad. 14584 [fundamento jurídico 2.8].

(...)

*En este orden de ideas, **de manera general los daños al buen nombre o good will deben incluirse en el concepto de perjuicios materiales, por cuanto dichos derechos aunque pertenezcan a la órbita de lo intangible constituyen parte del acervo patrimonial de la persona jurídica**, por lo tanto, si el daño producido por la entidad demandada generó un detrimento en aquellos bienes inmateriales que constituyen la noción de establecimiento de comercio, la condena deberá resarcir tanto el daño emergente, cuya tasación depende de los gastos en los que haya incurrido la persona jurídica para restablecer su buen nombre o good will, como el lucro cesante, enmarcado en lo que la persona jurídica afectada por la actuación de la entidad demandada haya dejado de percibir por el hecho dañino»⁵⁶ (se destaca).*

A partir de lo expuesto, es claro que quien pretenda la indemnización por este concepto deberá, cuando menos, *i)* acreditar la calidad de comerciante, bajo los postulados de la ley mercantil⁵⁷, *ii)* probar el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en los artículos 19⁵⁸ 48⁵⁹ y 50⁶⁰ del Código de Comercio, especialmente en lo atinente al registro de sus libros de contabilidad⁶¹, *iii)* aportar un medio de prueba con conocimientos expertos para desagregar los libros contables y explicar la evolución de la actividad comercial, ya sea mediante testigo técnico o dictamen pericial⁶², y *iv)* determinar el valor del *good will* con anterioridad y posterioridad a la configuración del hecho luctuoso, fijándose una metodología para calcular la respectiva afectación⁶³.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de agosto de 2012, rad. 24991 [fundamento jurídico 3.4.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de enero de 2012, rad. 22205 [fundamento jurídico f].

⁵⁸ «Artículo 19. Obligaciones de los comerciantes. Es obligación de todo comerciante; 1) Matricularse en el registro mercantil; 2) Inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad; 3) Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales; 4) Conservar, con arreglo a la ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades; 5) Denunciar ante el juez competente la cesación en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, y 6) Abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal».

⁵⁹ «Artículo 48. Conformidad de libros y papeles del comerciante a las normas comerciales - medios para el asiento de operaciones. Todo comerciante conformará su contabilidad, libros, registros contables, inventarios y estados financieros en general, a las disposiciones de este Código y demás normas sobre la materia. Dichas normas podrán autorizar el uso de sistemas que, como la microfilmación, faciliten la guarda de su archivo y correspondencia. Asimismo, será permitida la utilización de otros procedimientos de reconocido valor técnico-contable, con el fin de asentar sus operaciones, siempre que facilite el conocimiento y prueba de la historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y el estado general de los negocios».

⁶⁰ «Artículo 50. Contabilidad - requisitos. La contabilidad solamente podrá llevarse en idioma castellano, por el sistema de partida doble, en libros registrados, de manera que suministre una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante, con sujeción a las reglamentaciones que expida el gobierno».

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de abril de 2021, rad. 50527 [fundamento jurídico 664]. Ver también sentencia del 16 de julio de 2021, rad. 51390.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de mayo de 2016, rad. 40544, («tampoco se acreditó el perjuicio patrimonial que, según la parte actora, devino de la afectación al buen nombre de la empresa, pues no se aportó ningún soporte contable o técnico que diera cuenta de la disminución de las ventas que aseguró haber sufrido»).

En cuanto a la valoración de estos experticios, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de enero de 2012, rad. 16104; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 18 de febrero de 2016, rad. 2001-00362-01; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de octubre de 2021, rad. 53479 y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 18 de septiembre de 2023, rad. 63745.

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 12 de diciembre de 2013, rad. 27252. Cabe anotar que en esta sentencia se impuso condena en abstracto que, posteriormente, fue desestimada en

35. Jesús María Tobón Gutiérrez y Cía. Ltda. es una sociedad constituida legalmente, según da cuenta el certificado de existencia y representación n°. 675452 (fls. 4-6 c. 1). En esa medida, es una persona jurídica (art. 98 C. Co.).

El dictamen rendido por los ingenieros José Miguel Giraldo Castaño y Gustavo Alberto Duque Villegas conceptuó que la demandante sufrió un grave perjuicio a su buen nombre, de tal magnitud que llevó a su desaparición (f. 472 y 473 c. 1).

Es claro que el dictamen no se refirió a las causas del daño alegado en la demanda, porque dio por sentado que se afectó la capacidad del contratista de celebrar contratos con otras entidades, lo que llevó a su desaparición, sin que exista prueba alguna de esa afirmación. El dictamen no aportó documento alguno que acredite algún menoscabo al *good will* de la demandante con ocasión de la imposición de la multa. Los peritos no se refirieron a los libros de contabilidad de la demandante, ni tampoco analizaron la evolución de su actividad comercial. Mucho menos determinaron el valor del *good will* con anterioridad y posterioridad a la configuración de la multa. Tampoco constataron de forma técnica si hubo una disminución de ingresos de la empresa.

Por otra parte, el dictamen pericial rendido por Diego Vélez Arango y las declaraciones que se rindieron en el proceso no se refirieron al perjuicio alegado en la demanda. No obra, entonces, alguna otra prueba que acredite un menoscabo al *good will* y, por ello, se impone negar la reclamación de la demandante.

Costas

36. De conformidad con el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas, porque no se evidencia que la parte haya actuado con temeridad o mala fe.

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

incidente de liquidación de perjuicios. Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 1 de julio de 2020, rad. 58059.

Radicación: 05001-23-31-000-1996-01544-01 (42.049)
Demandante: Jesús María Tobón Gutiérrez y Cía. Ltda.
Demandado: Empresas Públicas de Medellín
Asunto: Acción contractual

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del 25 de mayo de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Sexta de Decisión y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución n°. 35135 del 6 de febrero de 1995 y de la de la Resolución n°. 38369 del 2 de mayo de 1995, proferidas por Empresas Públicas de Medellín.

SEGUNDO: NIÉGANSE las demás pretensiones.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE⁶⁴
NICOLÁS YEPES CORRALES

⁶⁴ 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/validador>.
VF