

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ESTATAL – Ley 80 de 1993 artículo 2 – Artículo 38 de la Ley 153 de 1887– Aplicación – Vigencia

El contrato número SOP-A-194-2006 fue inicialmente suscrito entre el Departamento de Cundinamarca y el Consorcio Anapoima [...] esto es, la parte contratante fue una entidad estatal de aquellas enlistadas en el literal a) del numeral 1) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 (departamento), por lo cual, según el artículo 1 ibidem le es aplicable el estatuto general de contratación pública.

El régimen jurídico sustancial de los contratos es el vigente al momento de su celebración según lo dispone el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”.

CESIÓN DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL – No varió el régimen jurídico contractual – Alcance – Aplicación de la Ley 80 de 1993

La cesión de la posición contractual del Departamento de Cundinamarca en favor de una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial no varió ni podía mutar el régimen jurídico sustancial del contrato ni las prerrogativas propias de este, tal como lo reconocieron las partes al momento de pactarla.

[...]

En ese contexto, el artículo 896 del Código de Comercio dispone que la cesión del contrato comprende la de todas las acciones, “privilegios y beneficios propios de la naturaleza y condiciones del contrato”, esto es, conlleva la transferencia de las prerrogativas derivadas del negocio

De acuerdo con lo expuesto, todas las prerrogativas pactadas en el contrato y aquellas propias de los contratos estatales se entienden cedidas en favor de Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP, entidad pública descentralizada por servicios del orden departamental y, por ende, el régimen sustancial que gobierna el contrato materia de la litis no mutó ni se transformó con ocasión de la cesión; es más, no podía suceder ello por el solo hecho de la figura de la cesión realizada.

En ese orden de ideas, se tiene, por una parte, que el régimen del contrato no es de derecho privado porque originalmente no fue celebrado por una empresa de servicios públicos domiciliarios y, en tal virtud, no es aplicable a este caso lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y, por otra, la cesión lleva ínsita la totalidad de privilegios y prerrogativas propios de la naturaleza del contrato y aquellas que expresamente se pactaron; aceptar lo contrario implicaría entender que el régimen del contrato varió como producto de la cesión, lo cual es contrario a la ley, debido a que el régimen del negocio jurídico no está librado a la voluntad o liberalidad de las partes.

FACULTADES UNILATERALES – Reconocimiento por la ley y no por la naturaleza de la entidad contratante – Facultades unilaterales – Cesión – Transfiere dichas facultades – Aplicación de la Ley 80 de 1993 incide en el término de caducidad del medio de control

Las prerrogativas unilaterales propias del estatuto de contratación son reconocidas por la ley en razón de la naturaleza del contrato y sus finalidades están inescindiblemente atadas al cumplimiento de los fines del Estado y no por razón de la naturaleza de la

entidad contratante; adicionalmente, las facultades unilaterales pactadas expresamente también se transfieren producto de la cesión por tratarse de las condiciones acordadas por los extremos contratantes en ejercicio de su autonomía, coadyuvado por el hecho especialmente relevante de que el acto de cesión se hizo en favor de una persona jurídica pública que, en los términos del artículo 2, numeral 1, literal a) de la Ley 80 de 1993 es igualmente entidad estatal.

De conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 son "entidades estatales" todas aquellas, sin importar su denominación, en las que exista participación pública mayoritaria, en todos los órdenes y niveles 4 , por lo cual no es posible afirmar que la naturaleza jurídica de Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP, empresa oficial descentralizada del orden departamental, resulte incompatible con el ejercicio de las prerrogativas que le fueron cedidas; cosa distinta es que a los contratos que esta celebre directamente se les aplica el derecho privado por expresa disposición legal.

Por consiguiente, se impone concluir que el contrato al que se refieren los hechos de la demanda y sobre el cual versa esta controversia se rige integralmente por el estatuto general de contratación pública, aspecto que resulta de especial relevancia para la contabilización del término de caducidad del medio de control judicial, en relación con la determinación de la naturaleza jurídica de las decisiones unilaterales adoptadas por la contratante en el curso del proceso y para acometer el análisis de fondo de la litis.

PERJUICIOS – Acreditación – Daño emergente consolidado – Daño emergente futuro

[...] la competencia de la Sala se contrae a determinar, únicamente, si hay lugar a incrementar la cuantía de la indemnización reconocida en favor del contratista por los perjuicios derivados del incumplimiento del contratista.

El tribunal a quo reconoció por este concepto la suma de \$2.082.515.306 (que actualizada ascendió a \$2.508.658.159), correspondiente al valor de los trabajos pagados y no ejecutados por el contratista -valor que tampoco está en discusión en esta instancia-; sin embargo, denegó la indemnización de otros conceptos relacionados con (i) la instalación de tuberías (\$3.028.609.956), (ii) las reparaciones requeridas para el funcionamiento del acueducto (\$6.993.162.455), (iii) el diagnóstico del estado de la obra (\$992.298.800), (iv) la interventoría del diagnóstico (\$70.486.390) y, (v) el pago de supervisión adicional de la ejecución del diagnóstico (\$1.131.480); en el recurso de alzada se insiste en el reconocimiento de los referidos valores y en el reclamo de intereses de mora sobre los \$2.082.515.306 no ejecutados porque dejaron de reportarle réditos a la contratante desde el momento en que fueron entregadas al contratista.

Para la decisión del cargo de impugnación la Sala tiene en cuenta que la certeza de los perjuicios cuya reparación se pretende no se restringe al hecho de haberse erogado efectivamente un determinado valor por parte del afectado con el fin de superar los efectos nocivos del incumplimiento de su contraparte (daño emergente consolidado), pues, también existe la posibilidad de indemnizar el daño emergente futuro, siempre que este aparezca plenamente demostrada su causación y relación causal con el incumplimiento.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, diecinueve (19) de agosto de dos mil veinticinco (2025).

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 25000-23-36-000-2014-00179-01 (68.815)
Actor: EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA SA ESP
Demandados: HYH ARQUITECTURA (HOY HIDRUS SA)
GAS KPITAL GR SA, MVN SA Y AGUAS DEL ALTO MAGDALENA SA ESP (INTEGRANTES DEL CONSORCIO ANAPOIMA)
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: REPARACIÓN DE PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO - CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL JUDICIAL

Síntesis del caso: entre las partes se suscribió un contrato de obra para la construcción de un acueducto regional en el departamento de Cundinamarca (La Mesa – Anapoima); la empresa contratante declaró el incumplimiento del contrato, cobró la cláusula penal y pretende el reconocimiento de los perjuicios en exceso de esta, a lo cual accedió parcialmente el tribunal; funge como apelante único la entidad contratante, quien pretende que se incremente el monto de la condena. Se modifica la sentencia apelada y se incrementa el valor de la indemnización de perjuicios reconocida por el tribunal de primera instancia por estar probados en cuantía superior. Se mantienen los demás aspectos de la decisión que no fueron objeto de impugnación.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP en contra de la sentencia de 12 de abril de 2018 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera - Subsección A resolvió lo siguiente:

“PRIMERO. Se **niega la solicitud de declaratoria de oficio de la nulidad absoluta del contrato de obra 194 de 20 de diciembre de 2006, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.**

SEGUNDO. Se **DECLARA** que H&H Arquitectura SA – hoy HIDRUS SA y las sociedades en liquidación judicial GAS KPITAL GR SA y MVN SA ocasionaron perjuicios a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA (...), como consecuencia del incumplimiento del contrato de obra 194

de 20 de diciembre de 2006, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. Se **CONDENA** solidariamente a H&H H&H Arquitectura SA – hoy HIDRUS SA y las sociedades en liquidación judicial GAS KPTIAL GR SA y MVN SA (miembros del consorcio Anapoima) al pago de **DOS MIL QUINIENTOS OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS MCTE (\$2.508.658.159)**, por concepto de perjuicios adicionales a los pactados en la cláusula penal pecuniaria, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO. Se **liquida judicialmente** el contrato de obra 194 de 20 de diciembre de 2006, en el sentido que H&H Arquitectura SA – hoy HIDRUS SA y las sociedades en liquidación judicial GAS KPTIAL GR SA y MVN SA (miembros del Consorcio Anapoima) deben solidariamente a **EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA** la suma de **DOS MIL QUINIENTOS OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS MCTE (\$2.508.658.159)**, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. Se fijan como agencias en derecho a favor de **EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA** la suma de **SETENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$75.259.744)**, los cuales deberá pagar solidariamente H&H Arquitectura SA – hoy HIDRUS SA y las sociedades en liquidación judicial GAS KPTIAL GR SA y MVN SA (miembros del Consorcio Anapoima) una vez quede ejecutoriada esta providencia.

SEXTA (sic). Se **NIEGAN** las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO. Ejecutoriada la presente providencia liquídense por secretaría de la sección los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad con lo establecido por los artículos 7 y 9 del Acuerdo No 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.” (fl. 934 cdno. ppal - mayúsculas fijas, subrayado y negrillas originales).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 17 de febrero de 2014 (fl. 3 cdno. 1), Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP promovió demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra de las sociedades H&H Arquitectura SA, Gas Kpital GR SA en Liquidación Judicial, MNV SA en Liquidación Judicial y Aguas del Alto Magdalena SA ESP en Liquidación Judicial, integrantes del

Consortio Anapoima (fl. 1 y ss cdno 1), con el fin de obtener las siguientes pretensiones:

"1. DECLARACIONES

PRIMERA. Que los integrantes del CONSORCIO ANAPOIMA: (i) H&H ARQUITECTURA SA, (ii) GAS KPITAL GR SA EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, (iii) MVN SA EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, y (iv) AGUAS DEL ALTO MAGDALENA SA ESP EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, en su condición de miembros del CONSORCIO contratista del contrato de obra pública SOP-A 194 de 2006, incumplieron el precitado contrato celebrado con el Departamento de Cundinamarca como contratante, posición contractual cedida por el Departamento de Cundinamarca a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA SA ESP.

SEGUNDA. Que el incumplimiento del contrato obra SOP-A No. 194 de 2006 por los integrantes del contratista (...) causó perjuicios a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA SA ESP, estimados a febrero 14 de 2013, en la suma de TRECE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$13.848.915.497) por concepto de:

(i) TRECE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES CUATOR MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$13.836.004.347), correspondiente al valor presente del incumplimiento de las obligaciones contractuales estipuladas en el contrato de obra pública No. SOP-A 194 de 2006.

(ii) CINCO MILLONES CUATROCIENTOS ONCE MIL CIENTO CINCUENTA Y UN PESOS (\$5.411.151), por concepto de los pagos realizados por EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA al contratista del contrato No. 207 de 2013.

(iii) SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$7.500.000), por concepto de los pagos realizados por EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA SA ESP, al contratista del contrato No. EPS-131 de 2013.

TERCERA. Que los integrantes del CONOSRCIO ANAPOIMA (...) deben pagar solidariamente a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA SA ESP los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato de obra No. SOP-A 194 de 2006.

CUARTA. Que se liquide el contrato de obra pública No. SOP-A 194 de 2006, de acuerdo con el dictamen pericial que para tal efecto se realice.

2. CONDENAS

(...).

(Se formularon pretensiones de condena por los valores antes indicados, las costas del proceso y la actualización de las sumas de dinero¹)" (fls. 7-9 cdno 1 – mayúsculas fijas originales).

2. Fundamento fáctico

La demanda se sustentó, en síntesis, en lo siguiente:

1) El 20 de diciembre de 2006, la entidad Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP contrató con el Consorcio Anapoima (integrado por H&H Arquitectura SA, GAS Kpital GR SA, MVN SA y Aguas del Alto Magdalena SA ESP (las tres últimas en liquidación judicial), la construcción de infraestructura regional para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado consistente en la primera fase del acueducto regional La Mesa – Anapoima, a precios unitarios, con un valor inicial estimado de \$13.999.999.447, adicionados en \$7.000.000.000 durante la ejecución, con un plazo inicial de seis (6) meses, el cual se extendió, producto de 8 prórrogas y 23 suspensiones, hasta el 15 de agosto de 2011, acuerdo de voluntades que se identificó como contrato número SOP-A 194 de 2006.

2) El contratista incurrió en graves incumplimientos porque omitió la realización de pruebas hidráulicas a las tuberías instaladas, se apartó de los diseños originales de la estación eléctrica y del componente mecánico de la estación de bombeo sin aprobación de la contratante, suministró equipos electromecánicos no aprobados, incumplió las normas técnicas por el uso de válvulas y accesorios que no cumplían las especificaciones exigidas ni las presiones requeridas para el proyecto, lo cual afectó la estación de bombeo, las líneas de conducción y las compuertas eléctricas; instaló tubería a una cota superficial en un sector del trazado, la estación de bombeo no fue aprobada por CODENSA, incumplió los cronogramas de obra y el deber de custodia de los trabajos realizados, subcontrató la instalación

¹ Las pretensiones fueron modificadas en la reforma de la demanda (fl. 184 y ss cdno. 1) y se pidió: (i) la declaración de incumplimiento del contrato SOP-A 194 de 2006 por parte del contratista, (ii) y se detalló el valor de los perjuicios reclamados (sin variar la cifra total) consistentes en: obras pagadas y no ejecutadas \$2.082.515.306, valor de la reinstalación de la tubería \$3.028.609.956, costos de adecuaciones a la tubería instalada \$6.993.162.455, costo del diagnóstico de las obras \$992.298.800, adición de la interventoría \$70.486.390, valor adicional de la supervisión del contrato por \$1.131.480, costos de vigilancia de estación de bombeo de Madrid \$6.763.939, servicios profesionales para la tasación de los perjuicios \$15.000.000, por y se presentaron pretensiones individualizadas por cada uno de estos conceptos, (iii) se tasó el valor de la actuación de las sumas de dinero reclamadas, (iv) se pretendió el pago de intereses de mora sobre las sumas debidas desde que las entidad las tuvo que erogar, o en subsidio, desde la prestación de la demanda o, en subsidio, desde la sentencia que ponga fin al proceso.

de tuberías en un sector del proyecto sin autorización de la contratante y ejecutó obras no previstas sin autorización.

3) Con ocasión de los referidos incumplimientos, mediante resolución número 012 de 1 de febrero de 2012 la empresa demandante declaró el incumplimiento del contrato e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, la cual fue pagada por Seguros Generales Suramericana SA por la suma de \$2.108.956.254.

4) Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP contrató a la sociedad Ingeniería e Hidrosistemas Grupo de Consultoría SAS para realizar un diagnóstico y evaluación integral de la puesta en funcionamiento del acueducto regional La Mesa – Anapoima y tasó el valor de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contratista en \$13.848.915.497.

5) El contrato no fue liquidado, las obras no fueron entregadas ni el acueducto llegó a estar en funcionamiento.

6) El contrato de interventoría de obra fue suscrito con el Consorcio Interventoría Redes de Cundinamarca y fue objeto de declaración de incumplimiento imputable al contratista y se hizo efectivo el siniestro de indebido manejo del anticipo.

7) El 20 de abril de 2012, dos (2) de los integrantes del consorcio contratista, las empresas H&H Arquitectura SA y Aguas del Alto Magdalena SA promovieron una solicitud de conciliación prejudicial con la contratante para efecto de acordar la realización de pruebas técnicas, el recibo de los trabajos ejecutados y la liquidación del contrato, la cual fue declarada fallida.

8) El 27 de agosto de 2007, Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP suscribió el contrato número SOP-A 247 de 2007 con el consorcio Acueducto Regional (integrado por las mismas sociedades del Consorcio Anapoima aquí demandadas) para realizar la fase II del acueducto con un valor estimado de \$8.394.999.980, el cual también fue objeto de declaración de incumplimiento por no realización de las pruebas hidráulicas e incumplimiento de normas técnicas (RAS), decisión que se adoptó mediante las Resoluciones números 240 de 15 de septiembre de 2011 y 261 de 7 de diciembre de 2011, esta última resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la primera. La Compañía

Aseguradora de Fianzas – Confianza SA pagó la cláusula penal por la suma de \$947.238.831; la contratante demandó al contratista con el fin de exigir el pago de los perjuicios que excedieron el valor de la cláusula penal, el proceso se identifica con el número de radicación 25000-23-36-000-2013-01618-00 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

9) En el presente caso, se pretende la reparación de los perjuicios derivados del incumplimiento sin perjuicio del valor de la cláusula penal pactada y pagada por el contratista de obra del contrato SOP-A 194 de 2006.

4. Contestaciones de la demanda y trámite procesal

1) Las demandadas MNV SA y Gas Kpital GR SA se opusieron a la prosperidad de las pretensiones a través de un mismo apoderado (fl. 117 cdno. 1), por estimar que están en proceso de liquidación judicial en el cual se rechazó la supuesta acreencia que quiso hacer valer la demandante porque no estaba soportado el valor; formularon la excepción de caducidad de la acción, pero, no sustentaron las razones por las cuales considera que esta se configuró; también expresaron que no están en condiciones de atender los gastos del proceso.

2) Por auto de 8 de octubre de 2014 (fl. 170 cdno. 1,) el tribunal de primera instancia ordenó desvincular del trámite a la sociedad Aguas del Alto Magdalena SA ESP porque fue liquidada el 19 de diciembre de 2013, sin que hasta ese momento hubiera sido posible notificarla del auto admisorio de la demanda y, el 14 de septiembre de 2014 le fue cancelada la matrícula mercantil, decisión que quedó en firme.

3) La sociedad H&H Arquitectura SA (hoy Hidrus SA) se opuso a las súplicas de la demanda (fl. 368 cdno. 1) por considerar que la tasación de los supuestos perjuicios cuya reparación pretende la demandante es irreal e infundada y se hacen consistir en un informe emanado de la propia parte el cual carece de sustento válido; además, es evidente la ausencia de una debida planeación del contrato cuya finalización estaba prevista para el 12 de agosto de 2007 y se extendió hasta el 15 de agosto de 2011, lo cual constituye causal de nulidad absoluta del contrato.

Por otra parte, adujo que en los actos por los cuales se declaró el incumplimiento del contrato se determinó el valor de los perjuicios causados a la entidad, decisiones que están en firme y no han sido demandados, por lo cual, el juez no tiene competencia para modificar lo allí resuelto sin violar la prohibición de “*non bis in idem*”; por la misma razón, la demanda es inepta debido a que se no controvertió la legalidad de las referidas decisiones, la entidad contratante pretende desconocer sus propios actos en virtud de los cuales recibió parcialmente lo ejecutado, se cobra lo no debido, el valor de la cláusula penal fue pagado por la aseguradora del contrato y existen obras que no fueron pagadas al contratista.

4) Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP reformó la demanda -en los términos indicados en el pie de página número 1 de esta sentencia- y esta fue admitida el 15 de diciembre de 2015 (fl. 518 cdno. 1).

4. La sentencia apelada

El 12 de abril de 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A (fls. 923 y ss cdno. ppal) accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en los términos antes transcritos, con sustento en la siguiente argumentación:

1) El contrato no se anula según lo alegado en la contestación de la demanda por H&H Arquitectura SA (hoy Hidrus SA) porque no se ejerció una pretensión de nulidad absoluta frente la cual la entidad contratante hubiera podido ejercer su derecho de contradicción y defensa; la controversia se centró, únicamente, en la determinación de los perjuicios sufridos por esta última, por cuanto, no resulta viable suplir las cargas de las partes ni decidir por fuera del objeto del litigio. La nulidad de oficio solo procede cuando está plenamente acreditada y ello no ocurrió ya que, no se demostró la violación del principio de planeación; las pruebas del proceso solo dan cuenta de decisiones de las partes tomadas con el fin de superar dificultades técnicas de la ejecución del contrato, circunstancia que no es suficiente para entender quebrantado dicho principio ni servir de soporte para desconocer las obligaciones contractuales.

2) El incumplimiento del contrato no está en debate porque las resoluciones que lo declararon están en firme y no fueron demandadas. En este caso es viable reclamar los perjuicios en exceso de la cláusula penal porque así se pactó en la estipulación contractual correspondiente (cláusula decimoquinta), siempre que estos aparezcan probados. En la Resolución 012 de 2011 que declaró el incumplimiento del contrato se determinó que el valor de la cláusula penal que allí se hizo efectiva no comprendía la totalidad de los perjuicios.

3) La entidad demandante acreditó pericialmente que pagó \$2.082.515.306 por obras que el contratista no ejecutó y el dictamen no fue desvirtuado, por lo cual este perjuicio debe ser resarcido.

4) Contrario a ello, no se acreditó el perjuicio reclamado consistente en los valores pagados para reinstalación de tubería (\$3.028.609.956) y adecuaciones y reparaciones (\$6.993.162.455), pues, si bien se diagnosticó la supuesta deficiencia de las tuberías y las posibles soluciones, según el informe rendido por la Sociedad IEH Grucon SA *“no está demostrado que efectivamente se contrataron estas obras de adecuación de tuberías, y que efectivamente ascendiera a”* las sumas reclamadas. Aunque está probado que Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP suscribió contratos y convenios interadministrativos destinados a poner en funcionamiento el acueducto, *“no está probado que el diagnóstico aportado se ejecutó; y que ascendiera a los valores anteriormente enunciados”* (fl. 930 cdno. ppal.).

5) Las irregularidades de la obra hacían parte de aquellos aspectos sujetos a la inspección del interventor del contrato, por lo cual no hay prueba de que la entidad contratante debiera contratar un diagnóstico adicional para analizar el estado de las obras entregadas. La interventoría tenía como finalidad *“controlar, verificar y exigir que las obras entregadas estuvieran de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en los pliegos de condiciones”* (fl. 932 cdno. ppal.).

6) No hay prueba de que el Consorcio Anapoima hubiera asumido la obligación contractual de vigilancia de la estación de bombeo del municipio de Madrid (Cundinamarca).

7) No hay lugar al reconocimiento de intereses de mora durante los períodos anteriores a la ejecutoria de la sentencia porque las sumas reclamadas están en discusión y el derecho que le asiste a la demandante solo queda determinado a partir de dicho momento; *“la obligación nace desde el momento en que se define el problema jurídico; lo que significa que el demandante no logró demostrar los elementos que caracterizan la razón de ser del interés moratorio sobre las sumas reclamadas”* (fl. 953 cdno. ppal).

8) La suma que se debe reconocer a la contratante por parte del contratista es de \$2.508.658.159 una vez actualizada hasta la época del fallo de primera instancia, valor este por el cual se declara liquidado el contrato.

9) El valor de \$15.000.000 correspondiente al costo del dictamen pericial aportado por la parte demandante hace parte de las expensas procesales y, por ende, se incluye en las costas.

10) Las agencias en derecho se fijan en el 3% de las pretensiones, suma por la cual deben responder solidariamente las demandadas.

5. El recurso de apelación

En la oportunidad legal concedida para el efecto, Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP apeló la sentencia de primera instancia con el fin de que se conceda la reparación de todos los perjuicios denegados por el *a quo*; a continuación, se sintetizan los reparos concretos formulados como fundamento del recurso de alzada:

1) Se demostraron los costos de reinstalación de tuberías (\$3.028.609.956) y adecuaciones y reparaciones (\$6.993.162.455) con el dictamen pericial aportado con la reforma de la demanda, prueba que acredita la ausencia de funcionalidad de las obras construidas y la discontinuidad de la tubería, ausencia de utilización de bases adecuadas, rellenos deficientes e incumplimiento de las normas técnicas, falta de tubería en cruces elevados, ausencia de anclajes, fallas en el componente eléctrico de la estación de bombeo y la necesidad de invertir importantes recursos para su eventual puesta en funcionamiento. La cuantía del perjuicio quedó determinada con el informe rendido por la propia entidad y el

concepto de la firma IEH Grucon; este último permite constatar las intervenciones requeridas para poner en funcionamiento el acueducto y las cantidades de obra necesarias, con un costo que se estimó según los precios del año 2006.

2) Está probado cuáles son los costos en los que deberá incurrir la entidad para realizar las reparaciones y/o adecuaciones requeridas, con el rubro de AUI corresponde al eventual contrato por suscribirse y el porcentaje de costos de la interventoría (8%).

3) En el anexo 13 del dictamen de parte se cuantificaron y discriminaron los costos, prueba que el tribunal desconoció.

4) Aunque Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP no ha contrato aún las obras de reinstalación y adecuación *“el perjuicio sí se causó y está cuantificado, perjuicio que pertenece a la categoría de ser futuro, en el entendido que la empresa demandante tiene que poner en funcionamiento la línea de acueducto La Mesa – Anapoima y (...) hacer las reinstalaciones y adecuaciones necesarias y tendrá que cancelar el valor de dichas obras”* (fl. 954 cdno. ppal.), por lo cual se trata de un perjuicio cierto.

5) El costo del diagnóstico de la obra (\$992.298.800), el valor de la interventoría correspondiente (\$70.486.390) y la supervisión adicional del contrato (\$1.131.480) también están demostrados; fue necesario establecer el estado real del acueducto mediante una revisión exhaustiva y para tal efecto se suscribió un contrato de consultoría con la empresa IEH Grucon SA, que imponía el diagnóstico hidráulico de las redes y demás componentes, inventario físico y documental del proyecto, análisis técnico de la ejecución y de los documentos contractuales, por un precio de \$1.404.760.300; sin embargo, como ese valor correspondía al diagnóstico de dos (2) contratos con similares incumplimientos, se dejó constancia de los valores imputables al identificado como contrato número SOP-A 194-2006 que es objeto de este proceso, porcentaje que se estableció teniendo en cuenta la longitud de las redes y las actividades de cada fase, al tiempo que se trató de valores que la empresa tuvo efectivamente que erogar.

La consultoría para obtener dicho diagnóstico también tuvo un valor real, al igual que la supervisión que se contrató mediante contratos de prestación de servicios,

hechos que se acreditaron a través de los respectivos contratos y certificaciones de la demandante que no fueron valoradas.

6) Los costos de vigilancia de las obras sí están probados con el dictamen pericial de parte y el contrato de prestación de servicios suscrito para ese propósito.

7) Se deben reconocer intereses de mora sobre los \$2.082.515.306 que fueron pagados y no ejecutados por el contratista, por los rendimientos que dichas sumas de dinero dejaron de reportarle por haber pasado a manos del contratista.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite procesal, sin que se advierta nulidad que lo invalide, la Sala encuentra que operó la caducidad de la acción y la declarará de oficio, para lo cual se seguirá el siguiente derrotero: (i) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, (ii) el régimen jurídico del contrato y efectos de la cesión, (iii) oportunidad del medio de control jurisdiccional ejercido con la demanda, (iv) decisión del recurso; cuantía de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual del contratista, (v) síntesis y actualización de la condena y, (vi) costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

La demanda se dirigió a obtener el resarcimiento de los perjuicios que, según el criterio de la parte demandante, excedieron el monto de la cláusula penal pecuniaria que se hizo efectiva y pagó la aseguradora del contrato identificado con el número SOP-A 194 de 2006 suscrito entre las partes. No se controvertió el cumplimiento o no de las obligaciones contractual sino, únicamente, la cuantía de los perjuicios derivados de este.

El tribunal de primera instancia accedió parcialmente a las súplicas de la demanda y condenó a las demandadas por el valor actualizado de las sumas pagadas y no ejecutadas por el contratista, al tiempo que denegó las demás pretensiones económicas, por el hecho de corresponder a (i) sumas que Empresas Públicas de Cundinamarca SA EPS no probó haber erogado efectivamente (en los ítems de reinstalaciones y reparaciones), (ii) valores que remuneraban las labores propias

de la interventoría del contrato (diagnóstico del estado de las obras, interventoría y supervisión), (iii) obligaciones que no se demostró que estuvieran a cargo del contratista (vigilancia), (iv) las costas del proceso (pago de honorarios de abogado) y, (v) por no haber prueba de la mora, por tratarse de sumas de dinero en discusión de las cuales solo habrá certeza a partir de la ejecutoria del fallo (intereses de mora).

La parte demandante controvertió los aspectos desfavorables de la decisión por estimar que el hecho de no haber erogado las sumas reclamadas no desvirtúa el perjuicio padecido que, es futuro y cierto, porque se desconocieron las evidencias que demuestran su causación efectiva.

La Sala modifica la sentencia apelada e incrementa el valor de la indemnización de perjuicios en favor de la empresa demandante por estar acreditados en cuantía superior a la que fue reconocida por el tribunal de primera instancia.

2. El régimen jurídico del contrato y efectos de la cesión

1) El contrato número SOP-A-194-2006 fue inicialmente suscrito² entre el Departamento de Cundinamarca y el Consorcio Anapoima (fl. 50 y ss cdno. 2), esto es, la parte contratante fue una entidad estatal de aquellas enlistadas en el literal a) del numeral 1) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 (departamento), por lo cual, según el artículo 1 *ibidem* le es aplicable el estatuto general de contratación pública.

2) El régimen jurídico sustancial de los contratos es el vigente al momento de su celebración según lo dispone el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual “*en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*”.

² El contrato objeto de la presente controversia se perfeccionó el 20 de diciembre de 2006, esto es, antes de la expedición del Decreto 3200 de 2008 que reglamentó la estrategia de coordinación y planeación financiera e institucional conocida como “planes departamentales de aguas”, razón por la cual no se analizan sus particularidades de cara a la determinación del régimen sustancial del contrato; por el mismo motivo no hay lugar a determinar el alcance Decreto 4548 de 2009, en relación con las reglas aplicables a los contratos suscritos por los gestores de dichos planes.

3) La cesión de la posición contractual del Departamento de Cundinamarca en favor de una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial no varió ni podía mutar el régimen jurídico sustancial del contrato ni las prerrogativas propias de este, tal como lo reconocieron las partes al momento de pactarla:

“QUINTA. El CEDENTE responde por la existencia y validez del contrato de obra pública que se cede mediante el presente documento, así como de las garantías que existen con ocasión del contrato que se cede y que han sido constituidas por el contratista cedido. A la presente cesión le son aplicables los artículos 894 y 895 del Código de Comercio y todas las estipulaciones contenidas en el convenio interadministrativo existente entre CEDENTE y CESIONARIO que constituye la causa del presente documento.” (mayúsculas fijas del original).

4) En ese contexto, el artículo 896 del Código de Comercio dispone que la cesión del contrato comprende la de todas las acciones, *“privilegios y beneficios propios de la naturaleza y condiciones del contrato”*, esto es, conlleva la transferencia de las prerrogativas derivadas del negocio, norma legal cuyo texto es como sigue:

“ARTÍCULO 895. La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes. (resalta la Sala).

5) De acuerdo con lo expuesto, todas las prerrogativas pactadas en el contrato y aquellas propias de los contratos estatales se entienden cedidas en favor de Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP³, entidad pública descentralizada por servicios del orden departamental y, por ende, el régimen sustancial que gobierna el contrato materia de la litis no mutó ni se transformó con ocasión de la

³ Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP se constituyó mediante la escritura pública número 2069 de 19 de mayo de 2018 como *“sociedad por acciones, constituida como una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, del orden Departamental, de carácter oficial”* y su objeto principal es la prestación de servicios públicos en el departamento de Cundinamarca; sus socios al momento de la constitución fueron: (i) el Departamento de Cundinamarca, (ii) la Empresa de Licores de Cundinamarca, (iii) la Empresa Inmobiliaria Cundinamarquesa, (iv) la Lotería de Cundinamarca y (v) la Beneficencia de Cundinamarca.

En la escritura pública de constitución se pactó que la participación accionaria mínima del departamento de Cundinamarca deberá ser al menos del 51%, sin perjuicio de la posibilidad de realizar incrementos de capital y oferta de acciones a terceros. Así se pactó:

“La Asamblea de Socios podrá disponer los aumentos del capital autorizado hasta por el valor que aquellos tengan, aumento de capital que será preferente a sus accionistas. Para el ingreso de nuevos socios, las acciones podrán ser ofrecida a particulares, entidades públicas, municipios o Empresa de Servicios Públicos, que no participaron en la constitución de la sociedad; de tal manera que la participación accionaria del Departamento de Cundinamarca se mantenga como mínimo en un cincuenta y uno por ciento el 51% (sic).” (se resalta).

cesión; es más, no podía suceder ello por el solo hecho de la figura de la cesión realizada.

6) En ese orden de ideas, se tiene, por una parte, que el régimen del contrato no es de derecho privado porque originalmente no fue celebrado por una empresa de servicios públicos domiciliarios y, en tal virtud, no es aplicable a este caso lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y, por otra, la cesión lleva ínsita la totalidad de privilegios y prerrogativas propios de la naturaleza del contrato y aquellas que expresamente se pactaron; aceptar lo contrario implicaría entender que el régimen del contrato varió como producto de la cesión, lo cual es contrario a la ley, debido a que el régimen del negocio jurídico no está librado a la voluntad o liberalidad de las partes.

7) Las prerrogativas unilaterales propias del estatuto de contratación son reconocidas por la ley en razón de la naturaleza del contrato y sus finalidades están inescindiblemente atadas al cumplimiento de los fines del Estado y no por razón de la naturaleza de la entidad contratante; adicionalmente, las facultades unilaterales pactadas expresamente también se transfieren producto de la cesión por tratarse de las condiciones acordadas por los extremos contratantes en ejercicio de su autonomía, coadyuvado por el hecho especialmente relevante de que el acto de cesión se hizo en favor de una persona jurídica pública que, en los términos del artículo 2, numeral 1, literal a) de la Ley 80 de 1993 es igualmente *entidad estatal*.

8) De conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 son “*entidades estatales*” todas aquellas, sin importar su denominación, en las que exista participación pública mayoritaria, en todos los órdenes y niveles⁴, por lo cual no es posible afirmar que la naturaleza jurídica de Empresas Públicas de

⁴ Ley 80 de 1993, “artículo 2. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

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

Cundinamarca SA ESP, empresa oficial descentralizada del orden departamental, resulte incompatible con el ejercicio de las prerrogativas que le fueron cedidas; cosa distinta es que a los contratos que esta celebre directamente se les aplica el derecho privado por expresa disposición legal.

9) Por consiguiente, se impone concluir que el contrato al que se refieren los hechos de la demanda y sobre el cual versa esta controversia se rige integralmente por el estatuto general de contratación pública, aspecto que resulta de especial relevancia para la contabilización del término de caducidad del medio de control judicial, en relación con la determinación de la naturaleza jurídica de las decisiones unilaterales adoptadas por la contratante en el curso del proceso y para acometer el análisis de fondo de la litis.

10) La Sala pone de presente que en anterior pronunciamiento del 25 de mayo de 2023⁵, el cual guardaba identidad con el que ahora se decide⁶, la Sala sostuvo que el régimen sustancial aplicable al contrato era el derecho privado; sin embargo, en esta oportunidad se corrige dicha postura jurídica de conformidad con los argumentos que anteceden para sostener que la cesión no varió el régimen sustancial del contrato estatal, que no podía modificarse por el simple hecho de la cesión, más aún cuando a través de este se ejecutaban recursos públicos del departamento de Cundinamarca⁷.

3. Oportunidad del medio de control jurisdiccional ejercido con la demanda

1) El artículo 136 numeral 10 del CCA es la norma aplicable para la contabilización de la caducidad de la acción en este preciso asunto, por ser la disposición normativa vigente al momento del inicio del cómputo correspondiente, la cual está redactada en los siguientes términos:

“Artículo 136. Modificad por la Ley 446 de 1998, artículo 44. Caducidad de las acciones.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 25 de mayo de 2023, exp. 60.777, MP Alberto Montaña Plata, con salvamento de voto del magistrado Fredy Ibarra Martínez.

⁶ Por tratarse de un contrato suscrito inicialmente por el Departamento de Cundinamarca y luego cedido a Empresas Públicas de Cundinamarca.

⁷ Celebrado con recursos del departamento según certificados de disponibilidad presupuestal 49486, 49487, 49488, 49489 y 49513 de 20 de octubre de 2006 (fl. 231 cdno. 2).

(...).

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;

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

2) En el proceso de la referencia, el contrato SOP-A 194 de 2006 fue de tracto sucesivo y el plazo de ejecución culminó el 15 de agosto de 2011 por vencimiento de la octava prórroga contractual (fl. 195 cdno. 2); a partir del día siguiente se contabilizaron los cuatro (4) meses previstos para la liquidación bilateral del contrato, hasta el 16 de diciembre de 2011 y, desde el día 17 siguiente hasta el 17 de febrero de 2012 corrió el plazo para liquidar unilateralmente el contrato, por consiguiente, la demanda promovida el 17 de febrero de 2014 (fl. 3 cdno. 1) fue oportuna⁸.

⁸ Se precisa que la solicitud de conciliación prejudicial que promovió la sociedad H&H Arquitectura SA con el fin de surtir dicho mecanismo en relación con la realización de las pruebas hidráulicas a las obras (fls. 352 y ss cdno. 8) no tuvo la potencialidad de suspender el término de caducidad en relación con las pretensiones de Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP, frente a las cuales no se agotó dicho trámite, el cual no era obligación por razón de la naturaleza de la parte demandante.

4. Decisión del recurso; cuantía de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual del contratista

1) Para la decisión del recurso se tiene en cuenta que la declaración de incumplimiento contractual del contratista por parte de la sentencia de primera instancia no fue objeto de apelación ni tampoco se cuestionó lo resuelto en relación con la posibilidad de reconocer indemnización de perjuicios en exceso del valor de la cláusula penal pecuniaria⁹, aspectos sobre los cuales resolvió en forma expresa el tribunal y no fueron controvertidas por las partes; adicionalmente, la Resolución número 12 de 1° de febrero de 2012 *“por medio de la cual se declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato de obra No. SOP-A-194-2006”* (fl. 1 cdno. 8) es un acto administrativo revestido de presunción de legalidad. En ese contexto, la competencia de la Sala se contrae a determinar, únicamente, si hay lugar a incrementar la cuantía de la indemnización reconocida en favor del contratista por los perjuicios derivados del incumplimiento del contratista.

2) El tribunal *a quo* reconoció por este concepto la suma de \$2.082.515.306 (que actualizada ascendió a \$2.508.658.159), correspondiente al valor de los trabajos pagados y no ejecutados por el contratista -valor que tampoco está en discusión en esta instancia-; sin embargo, denegó la indemnización de otros conceptos relacionados con (i) la instalación de tuberías (\$3.028.609.956), (ii) las reparaciones requeridas para el funcionamiento del acueducto (\$6.993.162.455), (iii) el diagnóstico del estado de la obra (\$992.298.800), (iv) la interventoría del diagnóstico (\$70.486.390) y, (v) el pago de supervisión adicional de la ejecución del diagnóstico (\$1.131.480); en el recurso de alzada se insiste en el reconocimiento de los referidos valores y en el reclamo de intereses de mora sobre los \$2.082.515.306 no ejecutados porque dejaron de reportarle réditos a la contratante desde el momento en que fueron entregadas al contratista.

⁹ Aspecto sobre el cual la cláusula decima quinta del contrato prevé: *“CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA; PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento definitivo por parte del contratista de cualquiera de las obligaciones contraídas con el contrato o de declaratoria de caducidad, el contratista conviene en pagar al Departamento, a título de pena, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, suma que el Departamento hará efectiva mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento o, a su elección, de los saldos que adeude al contratista, si los hubiere, para lo cual se entiende expresamente autorizado con la suscripción del contrato; si esto no fuere posible se cobrará por la vía judicial. La aplicación de la cláusula penal no excluye la indemnización de perjuicios.”* (fl. 247 cdno. 2).

3) Para la decisión del cargo de impugnación la Sala tiene en cuenta que la certeza de los perjuicios cuya reparación se pretende no se restringe al hecho de haberse erogado efectivamente un determinado valor por parte del afectado con el fin de superar los efectos nocivos del incumplimiento de su contraparte (daño emergente consolidado), pues, también existe la posibilidad de indemnizar el daño emergente futuro, siempre que este aparezca plenamente demostrada su causación y relación causal con el incumplimiento.

4) Con el fin de acreditar los perjuicios cuya indemnización pretende, la empresa demandante aportó un dictamen pericial de parte rendido por el ingeniero de sistemas Guillermo Orozco Pardo, experto en auditoría contable, financiera, tributaria y de sistemas (fls. 191 y ss cdno. 6); de igual manera, allegó el informe de consultoría rendido por la sociedad IEH Grucon SA (cdno. 7) consistente en el producto del contrato cuyo objeto fue la realización del *“diagnóstico y evaluación integral para la puesta en funcionamiento del acueducto regional La Mesa – Anapoima”* (fls. 460 y ss cdno. 6). Con sustento en dichas pruebas se analizan a continuación cada uno de los reclamos económicos de EPC en los cuales se insiste en el recurso de alzada:

4.1 Reinstalación de tubería

a) En la resolución por la cual se declaró el incumplimiento del contrato se citó el siguiente aparte del informe de incumplimiento elaborado por la interventoría del contrato de obra:

“(...) las tuberías instaladas en una longitud aproximada de 20.097,16 mts (...) no cumplen con el objetivo esencial que es transportar el agua de un punto a otro esto debido a que hasta la fecha entre el casco urbano de Bojacá y el tanque de almacenamiento de Bojacá existen daños, pues no hay continuidad en el transporte del fluido en este tramo. Adicionalmente, en el tramo del tanque Bojacá y el sector Florián existen cabalmente daños y hay sectores donde no hay continuidad en las pruebas (sector huellas en concreto), asimismo se evidenciaron daños entre el sector Guayabal – Doima donde la tubería está instalada superficialmente a menos de 40 centímetros en una longitud aproximada de 1.000 metros haciéndose necesaria su reubicación y/o protección recubrimiento, todos estos problemas” (fl. 211 cdno. 8).

b) De otro lado, en el dictamen pericial de parte se reiteró lo expuesto en el informe antes mencionado para concluir que *“en la instalación de la tubería no se obró con sujeción a todas las estipulaciones contractuales y normativas que el contratista*

se obligó acatar, y por esa causa las obras realizadas presentan serios inconvenientes que no permiten que la red de acueducto pueda funcionar óptimamente” (fl. 230 cdno. 6).

c) En cuanto a la tasación de los costos de reparación de esas obras, el perito se limitó a referirse a la liquidación efectuada por el consultor contratado por EPC (IEH Grucon SA), al tiempo que tasó el valor del perjuicio en la cuantía establecida por dicha sociedad en la suma de \$3.028.609.956 (fl. 232 cdno. 6), pero, no agregó ningún razonamiento propio ni sostuvo alguna metodología o regla de la experiencia en la cual hubiera sustentado su trabajo; en esas condiciones, como señaló el tribunal *a quo*, el dictamen pericial por sí mismo no se sustenta en una comprobación directa de las falencias de la ejecución del contrato ni de los perjuicios generados por estas y, por el contrario, se limita a repetir las conclusiones de la evaluación contratada por la empresa demandante.

d) Sin embargo, la referida falencia del dictamen pericial no descarta la comprobación de otros perjuicios distintos a los reconocidos en la sentencia de primera instancia; por el contrario, está probado que la empresa demandante contrató una consultoría con el objeto de realizar *“el diagnóstico y evaluación integral para la puesta en operación del acueducto regional La Mesa – Anapoima del Departamento de Cundinamarca”*, evidencia que valorada en su integridad da cuenta de otros perjuicios sufridos por EPC.

e) En efecto, en el mencionado estudio el consultor identificó y cuantificó el valor de las obras necesarias para la puesta en funcionamiento del acueducto regional La Mesa – Anapoima relacionadas con la mala calidad de la tubería instalada, la necesidad de reinstalar tubería y las cantidades y particularidades de los trabajos que sería necesario acometer para tal finalidad, en los siguientes términos:

“16.2 Mala calidad de la instalación que disminuye la vida útil y aumenta los costos de mantenimiento

La disminución de vida útil y aumento de los costos de mantenimiento, se calcula como la tasación del valor estipulado para realizar una reinstalación completa en los tramos donde la tubería cumple con las profundidades mínimas recomendadas por el fabricante, pero no cuenta con los rellenos definidos contractualmente.

16.2.1 Reinstalación de tubería bajo pavimento:

Tramo sobre vía a Cachipay 10" = 1.196 ml.

Total a rehabilitar en pavimento 10" = 1.196 ml.

Se estima como el costo de lo que se tendría que hacer para que la obra quede en las condiciones en que se contrató. Los trabajos consisten en la demolición del pavimento existente, realizar excavación y destapar la tubería actualmente instalada y sacarla, llegar a las profundidades definidas en el contrato y en las normas, rellenar con base en arena, colocar de nuevo la tubería que se encuentra en buen estado, poner atraque en recebo, subbase granular y pavimento de acuerdo con lo definido en las especificaciones contratadas.

16.2.2 Reinstalación de tubería bajo vía - afirmado:

Está definido con la longitud de tubería que se encuentra bajo vía en afirmado.

Total a rehabilitar bajo vía afirmado 14" = 4.977 ml.

Total a rehabilitar bajo vía afirmado 10" = 6.057 ml.

Se estima como el costo de lo que se tendría que hacer para que la obra quede en las condiciones en que se contrató. Los trabajos consisten en realizar excavación y destapar la tubería actualmente instalada y sacarla, llegar a las profundidades definidas en el contrato y en las normas, rellenar con base en arena, colocar de nuevo la tubería que se encuentra en buen estado, poner atraque en recebo y la subbase granular de acuerdo con lo definido en las especificaciones contratadas.

16.2.3 Reinstalación de tubería bajo Zona verde:

Está definido con la longitud de tubería que se encuentra bajo zona verde.

Total a rehabilitar bajo vía en zona verde 16" = 323 ml.

Total a rehabilitar bajo vía en zona verde 14" = 100 ml.

Se estima como el costo de lo que se tendría que hacer para que la obra quede en las condiciones en que se contrató. Los trabajos consisten en realizar excavación y destapar la tubería actualmente instalada y sacarla, llegar a las profundidades definidas en el contrato y en las normas, rellenar con base en arena, colocar de nuevo la tubería que se encuentra en buen estado, poner atraque en recebo, y terminar con relleno seleccionado de la misma excavación de acuerdo con lo definido en las especificaciones contratadas.

16.2.4 Reinstalación de tubería bajo Placa Huella:

Está definido con la longitud de tubería que se encuentra instalada bajo la placa huella. Total a rehabilitar bajo vía en placa huella 14" = 420 ml. Total a rehabilitar bajo vía en placa huella 10" = 430 ml. Se estima como el costo de lo que se tendría que hacer para que la obra quede en las condiciones en que se contrató. Los trabajos consisten en realizar la demolición de la placa huella, realizar excavación y destapar la tubería actualmente instalada y sacarla, llegar a las profundidades definidas en el contrato y en las normas, rellenar con base en arena, colocar de nuevo la tubería que se encuentra en buen estado, poner atraque en

recebo, subbase granular y construir de nuevo la placa huella demolida en un ancho de 1ml.

(...).

16.4.2 Valoración por mala calidad de la instalación que disminuye la vida útil y aumenta los costos de mantenimiento

A precios contractuales y precios de mercado llevados a la fecha del contrato.

A precios contractuales y precios de mercado llevados a la fecha del contrato.

		Und	Cant.	Diámetro	Vr. Promedio	Valor
2	Reinstalación de tubería bajo afirmado	ml	4.977	14"	\$ 153.001	\$ 761.486.968
3	Reinstalación de tubería bajo afirmado	ml	6.057	10"	\$ 144.773	\$ 876.889.535
4	Reinstalación de tubería bajo pavimento	ml	1.196	10"	\$ 211.095	\$ 252.460.899
5	Reinstalación de tubería bajo placa huella	ml	420	14"	\$ 270.519	\$ 113.617.980
6	Reinstalación de tubería bajo placa huella	ml	430	10"	\$ 254.745	\$ 109.540.450
7	Reinstalación de tubería bajo zona verde	ml	323	16"	\$ 147.628	\$ 47.688.370
8	Reinstalación de tubería bajo zona verde	ml	100	14"	\$ 132.511	\$ 13.251.111
						\$ 2.174.944.313
						AIU 31,25% \$ 679.670.098
						Interventoría 8% \$ 173.995.545
Valor total por mala calidad en la instalación						\$ 3.028.609.956

Tabla 90. Valoración perjuicios mala calidad de la instalación” (fls. 723 y ss cdno. 7 – mayúsculas fijas del original).

- f) En contraste con las falencias del dictamen pericial -que se limitó a entregar unas cifras genéricas sin una metodología propia y sin comprobación de la realidad de las obras ejecutadas-, la evaluación integral adelantada por la consultoría de la empresa IEH Grucon SA se sustentó en un cotejo entre la información documental del contrato y la verificación de lo encontrado en terreno respecto de la ejecución, previa localización de la línea de conducción y el levantamiento en campo con apiques y excavaciones, localización de tubería y verificación física de las obras, lo cual está soportado mediante las imágenes de cada trabajo (fls. 139 y ss informe, cdno. 7).
- g) En ese contexto, para la Sala es claro que el informe del consultor IEH Grucon SA corresponde a una prueba de carácter técnico que se sustentó en la verificación en campo de las obras y en la medición física de los defectos constructivos atribuidos al contratista, razón por la cual sí corresponde a una prueba del carácter cierto del perjuicio sufrido por EPC, lo cual no fue controvertido y menos aún desvirtuado en el proceso.
- h) Se reitera que aunque la entidad demandante no probó haber erogado efectivamente el valor de las reparaciones de la tubería instalada por el contratista,

la consultoría reveló los defectos constructivos y tasó el valor de los perjuicios consistentes en el valor necesario para corregir las fallas de construcción atribuibles al contratista de obra mediante un análisis técnico cuya idoneidad y veracidad no fue desvirtuada en el curso del presente proceso; adicionalmente, aunque el acueducto se realizó en 4 fases, el consultor hizo claridad en relación con que sus conclusiones se enfocan *“en la Fase I, contrato SOP-A194-2006”* (fl. 379 cdno. 7).

i) En ese contexto, en contraposición a lo que determinó el tribunal *a quo*, la Sala encuentra prueba idónea y suficiente acerca del carácter cierto de los perjuicios en el informe rendido por IEH Grucon SA, el cual estuvo antecedido de la verificación física de las obras y de las especificaciones contratadas, puso de presente los defectos encontrados y no fue controvertido mediante otras evidencias; en consecuencia, se modifica la sentencia apelada en el sentido de reconocer el perjuicio consistente en el valor de las reparaciones a la tubería instalada por el contratista.

j) No obstante, se advierte que el consultor incluyó en el cálculo un porcentaje que estimó como el valor del AUI correspondiente a la ejecución de las obras necesarias para la reparación del acueducto, sin embargo, dicha estimación no está soportada en la metodología que se empleó para obtenerla; el consultor no explica la razón por la cual tasó dicho rubro en el 31,25% del valor de las obras ni se presentaron pruebas adicionales que permitan determinar que el perjuicio sufrido por EPC tiene dicho alcance; similar situación ocurre con el 8% que se estimó para efecto de la interventoría del contrato, guarismo que no aparece sustentado en el informe ni en otras pruebas del proceso. En tal virtud, el valor del AUI y de la interventoría se restarán del monto a reconocer y la indemnización por este concepto será de \$2.174.944.313.

4.2 Mayores costos por reparaciones y adecuaciones requeridas

a) Sobre este aspecto de la controversia, en la resolución por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato se sostuvo lo siguiente:

“2. Los dos tanques construidos por el consorcio, tanque de succión en hacienda Casablanca y tanque de almacenamiento en Bojacá a la fecha

no cuentan con pruebas de estanqueidad que garanticen su correcta hermeticidad pese a reiteradas solicitudes.

3. En cuanto a la estación de bombeo, los equipos suministrados e instalados por el Consorcio Anapoima no se reciben en su totalidad, dado que no han sido probados mecánica, eléctrica e hidráulicamente. Adicionalmente, gran parte de los accesorios de descarga (válvulas, compuertas, válvulas de retención y accesorios) no cumplen con la especificaciones del proyecto y las presiones del funcionamiento requeridas por el bombeo. Adicionalmente no se encontraron varios accesorios, tuberías y varias válvulas recibidas por la interventoría las cuales se descuentan en este proceso.

4. Por lo anteriormente expuesto y teniendo como base el informe de la interventoría, el seguimiento realizado por la Gobernación de Cundinamarca y ECP a las obras, así como los ajustes efectuados por esta subgerencia al informe presentado por el interventor, dado que existe diferencia de criterio en el reconocimiento de las obras, especialmente en los tanques, equipos y la instalación de tubería, se tasa el valor del incumplimiento en \$13.836.004.347,10 (...). (fl. 212 cdno. 2).

b) Con similar metodología a la descrita en el numeral anterior, el consultor IEH Grucon SA determinó “a precios contractuales y precios del mercado llevados a la época del contrato” (fl. 727 cdno. 7) el valor de las reparaciones necesarias las cuales sintetizó en la tabla número 91, denominada “valoración perjuicios mayores costos por reparaciones”, en los siguientes términos:

“16.3 Mayores costos en que se tiene que incurrir por reparaciones o adecuaciones requeridas

16.3.1 Reinstalación de tubería bajo vía – afirmado que no cumple profundidad:

Está definido con la longitud de tubería que se encuentra bajo vía en afirmado.

Total a rehabilitar bajo vía afirmado 16” = 1.630 ml.

Total a rehabilitar bajo vía afirmado 14” = 1.645 ml.

Total a rehabilitar bajo vía afirmado 10” = 3.170 ml.

Se estima como el costo de lo que se tendría que hacer para que la obra quede en las condiciones en que se contrató. Los trabajos consisten en realizar excavación y destapar la tubería actualmente instalada y sacarla, llegar a las profundidades definidas en el contrato y en las normas, rellenar con base en arena, colocar de nuevo la tubería que se encuentra en buen estado, poner atraque en recebo y la subbase granular de acuerdo con lo definido en las especificaciones contratadas.

16.3.2 Cambio de Accesorios:

De acuerdo con lo revisado en el alineamiento de la tubería y las inspecciones de CCTV ya realizadas, los accesorios se encuentran en

muy mal estado, sin recubrimiento en algunos de ellos y se haría necesario el cambio completo de estos elementos para toda la línea.

*Cambio accesorios 16" = 72 und.
 Cambio accesorios 14" = 330 und.
 Cambio accesorios 10" = 387 und.*

16.3.3 Concreto para Anclajes:

Teniendo en cuenta que son 684 codos, y no se pueden realizar 684 apiques por el alcance del contrato de consultoría, su ubicación y la problemática con la comunidad, se ha realizado una verificación en los principales puntos en los tramos de la tubería que cumplen con las profundidades recomendadas por el fabricante, abarcando hasta la fecha un 93% de la longitud, encontrando que de 16 tramos revisados, 12 no cuentan con anclajes y 4 sí en los cambios de dirección donde se encuentran codos, entre el Tanque de Bojacá y la desviación para el sifón de Florián.

Volumen concreto anclajes = 4.014 m3.

16.3.4 Tubería a remplazar por daño:

Dentro de las inspecciones con CCTV se descubrieron puntos que presentan algún tipo de daño estructural y que deben ser remplazados. Se definen cortes de 1,5 ml para cada uno.

*Tubería a remplazar por daño 16" = 4,5 ml
 Tubería a remplazar por daño 14" = 60 ml
 Tubería a remplazar por daño 10" = 60 ml*

16.3.5 Empates dobles para reparaciones:

Cada tramo que se cambie incluyendo los puntos de accesorios donde la tubería cumple con la profundidad mínima recomendada por el fabricante y ésta no se va a reinstalar, debe ser remplazado con uniones universales o multiusos en ambos lados con el fin de garantizar la continuidad de la red y su resistencia a las presiones a las que va a estar sometida la misma.

*Total empates dobles a realizar 16" = 10 und
 Total empates dobles a realizar 14" = 279 und
 Total empates dobles a realizar 10" = 253 und*

16.3.6 Estaciones Reductoras de presión:

Teniendo en cuenta que los únicos elementos que cumplen con el objeto contractual, corresponden a la válvula reductora de presión de la cámara 5 y a los accesorios de la línea principal en 8" de la Estación, se calcula el perjuicio de acuerdo con las reparaciones o adecuaciones requeridas correspondientes a los valores pagados y no descontados en el grupo de mayor valor pagado.

16.3.7 Tanque Bojacá y tanque de succión:

Se calcula como el costo de impermeabilización del tanque.

16.4 Valoración de perjuicios

A continuación se presenta el resumen calculado para cada uno de los ítemes descritos arriba con el mismo valor de AIU relacionado en el contrato en mención. Adicionalmente, para la valoración de los capítulos 2.2. y 2.3., se adiciona un valor por interventoría del 8% para poder tener el valor total del perjuicio.

16.4.1 Valoración mayor valor pagado

El valor está determinado con precios contractuales de acuerdo con las actas de obra pagadas en el año 2008.

Tabla 89. Valoración perjuicios mayor valor pagado

1	Mayor valor pagado precios contrato	\$2.082.515.306
---	-------------------------------------	-----------------

	Und	Cant.	Diámetro	Vr. Promedio	Valor
1	Reinstalación de tubería bajo afirmado	ml	1.630	16"	\$ 271.546.409
2	Reinstalación de tubería bajo afirmado	ml	1.645	14"	\$ 251.686.973
3	Reinstalación de tubería bajo afirmado	ml	3.170	10"	\$ 458.930.135
6	Cambio de accesorios	und	72	16"	\$ 144.831.910
7	Cambio de accesorios	und	330	14"	\$ 457.533.360
8	Cambio de accesorios	und	387	10"	\$ 415.162.560
9	Concreto para anclajes	m3	4.014	NA	\$ 1.628.246.988
10	Tubería a reemplazar por daño bajo vía afirmado	ml	4.5	16"	\$ 2.210.490
11	Tubería a reemplazar por daño bajo vía afirmado	ml	60	14"	\$ 25.117.812
12	Tubería a reemplazar por daño bajo vía afirmado	ml	60	10"	\$ 19.210.675
13	Empates dobles para reparaciones y cambio accesorios	und	10	16"	\$ 27.634.566
14	Empates dobles para reparaciones y cambio accesorios	und	279	14"	\$ 539.498.006
15	Empates dobles para reparaciones y cambio accesorios	und	253	10"	\$ 249.125.561
16	Cámaras VRPs	Gb	1	NA	\$ 451.884.273
17	Tanque Bojacá y succión	Gb	1	NA	\$ 79.400.000
					\$ 5.022.019.716
				AIU	\$ 1.569.381.161
				Interventoría	\$ 401.761.577
				Valor total por mayores costos por reparaciones	\$ 6.993.162.455

(fls. 724 y ss cdno. 7 – negrillas originales).

c) De igual manera, aunque el dictamen pericial se limitó a repetir dichas conclusiones, el informe del consultor constituye plena prueba de los perjuicios y no fue desvirtuado mediante otras evidencias, razón por la cual se reconocerá la reparación del perjuicio correspondiente a las reparaciones identificadas por IEH Grucon SA. Se reitera que ningún esfuerzo demostrativo adelantó la demanda con el fin de desvirtuar el resultado de la referida consultoría. Sin embargo, nuevamente el consultor liquidó en forma arbitraria un porcentaje por valor del AUI y de la interventoría, de lo cual no se realizó algún análisis objetivo que permita otorgarle mérito a esa estimación, motivo por el cual estos valores se deducen del monto a reconocer; por consiguiente, la indemnización por este concepto equivale a \$5.022.019.716.

4.3 Valor del contrato de consultoría a cargo de IEH Grucon SA

El valor del diagnóstico de la obra, correspondiente al precio del contrato de consultoría (992.298.800) realizado por IEH Grucon SA no se reconoce porque

hace referencia a un trabajo técnico que la contratante decidió por su propia cuenta adelantar, pese a que la interventoría del contrato ya había establecido plenamente las falencias de obra según consta en el acto administrativo de declaración de cumplimiento, en el cual también existían bases para tasar el valor de los daños y perjuicios ocasionados por la indebida ejecución contractual. En ese contexto, si la administración decidió contratar dicho diagnóstico, sus costos no pueden ser cargados al contratista.

4.4 Valor de la interventoría y de la supervisión del contrato de consultoría

El costo de la interventoría de la consultoría y de la supervisión tampoco se reconocen, pues, estos valores están ligados a la ejecución del contrato de consultoría y, por tanto, corren su misma suerte.

4.5 Costos de vigilancia de la estación de bombeo Casablanca

Se confirma la decisión de denegar la indemnización por este valor toda vez que, como lo resolvió el tribunal, no hay evidencia relacionada con el hecho consistente en que el valor de la vigilancia de la estación de bombeo de Casablanca tuviera que ser asumido por el contratista. En efecto, aunque EPC acreditó la suscripción de un contrato de prestación de servicios de vigilancia para dicha estación, no se verifica relación causal de la necesidad de vigilar dicha infraestructura con el incumplimiento del demandado.

4.6 Intereses de mora

No hay lugar a reconocer intereses de mora en relación con el valor de la indemnización de perjuicios que se dispone, por cuanto la sentencia es constitutiva de la obligación de pagarlos, esto es, antes de la ejecutoria del presente fallo no existía la obligación de indemnizar los perjuicios, habida consideración de que la entidad demandante no los tasó en el acto de declaración de incumplimiento del contrato. Pese a que indicó el monto al que según la interventoría ascendían estos, se abstuvo de determinar el valor de los perjuicios y, por tanto, la obligación de repararlos no podía estar en mora antes de la definición judicial del caso; en consecuencia, tan solo se causarán intereses de

mora a partir de la ejecutoria de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

5. Síntesis y actualización de la condena

1) En los términos expuestos en precedencia, se modifica el valor de la condena patrimonial impuesta en favor de EPC y en contra de los integrantes del Consorcio Anapoima, en los siguientes términos:

Reinstalación de tubería	\$2.174.944.313
Mayores costos por reparaciones y adecuaciones requeridas	\$5.022.019.716
Total:	\$7.196.964.029

2) La referida suma se debe actualizar con base en el incremento del IPC, con el fin de mantener su poder adquisitivo, con la siguiente fórmula:

$$VA = VH * \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

donde:

- VA = valor actualizado
- VH = valor histórico
- I. final = julio de 2025
- Í. inicial = febrero de 2012

3) El índice final es el último conocido en la época del presente fallo (julio de 2025 y el inicial el de la época de vencimiento del plazo para liquidar el contrato (febrero de 2012), entonces:

$$VA = \$7.196.964.029 * \frac{150,71}{77,22}$$

$$VA = \$14.046.289.158$$

4) Adicionalmente, tiénese en cuenta que el tribunal de primer grado reconoció el primero de los referidos conceptos y lo actualizó con base en el IPC hasta marzo de 2018 (la fórmula utilizada para ello no fue objeto del recurso). En ese contexto, se actualiza dicha suma de \$2.508.685.159, desde abril de 2018 a la fecha, con la misma fórmula:

$$VA = \$2.508.658.159 \quad * \quad \frac{150,71}{98,91}$$

$$VA = \$3.822.463.564$$

Total indemnización de perjuicios actualizada: \$17.868.752.722

6. Costas

En los términos del artículo 365 numeral 5 del CGP, la Sala se abstiene de imponer costas en segunda instancia, toda vez que prosperó parcialmente el recurso de apelación. Por su parte, se confirma la condena en costas de primera instancia la cual no fue cuestionada en el recurso que se decide, las cuales se tasarán en el tribunal de primera instancia, incluidas las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Modifícase la sentencia de 12 de abril de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera - Subsección A en cuanto al valor de la condena impuesta solidariamente a los demandados en favor de Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP, el cual asciende en su totalidad a la suma de DIECISIETE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SETECIENTOS VEINTIDÓS PESOS (\$17.868.752.722). En lo demás, **confirmase** la referida sentencia de primera instancia.

Expediente: 25000-23-36-000-2014-00179-01 (68.815)
Demandante: Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP
Controversias contractuales

2°) Absténese de imponer condena en costas.

3°) En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Presidente de la Subsección
(aclara el voto)

(firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente

Constancia: la presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.