

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA – Sociedades extranjeras Artículo 471 del Código de Comercio – Creación de sucursal con domicilio en territorio nacional

El artículo 471 del Código de Comercio dispone que las sociedades extranjeras que deseen desarrollar negocios permanentes en Colombia, dentro de los cuales se encuentra intervenir como contratistas en la ejecución de obras, conforme al artículo 474 del mismo estatuto, deben establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional.

SUCURSAL – Código de Comercio artículo 263 – Establecimiento de comercio para el desarrollo de negocios sociales – Alcance – Legitimación en la causa de sociedades extranjeras – Establecimientos de comercio no tienen personalidad jurídica

Por su parte, el artículo 263 del Código de Comercio define a las sucursales como establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo total o parcial de los negocios sociales, y administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

Como tal, las sucursales constituyen un conjunto de bienes organizados por el empresario para la realización de los fines de la empresa, conforme a lo dispuesto en el artículo 515 *ibidem*, por lo que no tienen personería jurídica propia ni se configuran como sujetos de derecho distintos de la sociedad que las constituye.

En ese sentido, quien se encuentra habilitada para comparecer al proceso, y respecto de quien se predica la legitimación en la causa, es la sociedad matriz Boskalis Westminster BV, y no la sucursal que se constituyó para efectos de desarrollar actividades mercantiles en Colombia, *"pues como viene de indicarse, las sucursales, como establecimientos de comercio que son, no tienen personalidad jurídica, dada su naturaleza de bienes mercantiles"*. En consecuencia, la sociedad [...] ostenta legitimación en la causa por activa, al haber sido parte en el contrato [...] sin que la sucursal pueda asumir tal calidad, dado que no constituye una persona jurídica distinta de la matriz.

OPORTUNIDAD DEL MEDIO DE CONTROL – Artículo 136 numeral 10 del CCA – Artículo 44 de la Ley 446 de 1998 – Término de caducidad de dos años – Liquidación bilateral y cómputo del término – Liquidación unilateral y ejecutoria del acto

El numeral 10 del artículo 136 del CCA, subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, establece que la acción de controversias contractuales caducará en el término de dos años, contado a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

A su vez, los literales c) y d) del precitado numeral estipulan unas reglas específicas para los contratos que requieren de liquidación. Así, cuando esta se efectúe de común acuerdo por las partes, los dos años se contarán a partir de la firma del acta. Por su parte, cuando la liquidación se realice unilateralmente por la Administración, este término correrá a partir de la ejecutoria del acto que la apruebe. Finalmente, "[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”.

LIQUIDACIÓN BILATERAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Artículo 60 de la Ley 80 de 1993 – Liquidación de común acuerdo – Contratos de tracto sucesivo – Plazo máximo de cuatro (4) meses para la liquidación

[...] el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, antes de la modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, disponía que “los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga”.

DEBIDO PROCESO EN LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD CONTRACTUAL -- Caducidad contractual como sanción – Inexistencia de procedimiento sancionatorio– Aplicación del artículo 29 de la Constitución Política – Deber de garantizar contradicción – Nulidad de los actos administrativos por desconocimiento del derecho al debido proceso

El actor sostuvo como uno de los cargos de nulidad que la entidad lo sorprendió con la declaratoria de caducidad, impidiéndole ejercer su derecho de defensa. Al respecto, se advierte que el contrato objeto del presente litigio fue suscrito el 9 de junio de 2000, por lo que no estaba vigente el procedimiento sancionatorio previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Previo a la creación de un procedimiento sancionatorio de orden legal, la jurisprudencia del Consejo de Estado había sostenido que las garantías del debido proceso resultaban aplicables a la actividad contractual, en especial, respecto de la declaratoria de caducidad, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política. Ello, en atención a que la severidad de las sanciones contractuales “*impiden que se puedan aplicar de plano e imponen la necesidad que la Administración previamente a su adopción, observe un procedimiento que preserve la plenitud de las reglas del debido proceso*”.

Sin embargo, por tratarse la caducidad de una potestad encaminada a la realización de los fines públicos de la contratación, es preciso armonizar la garantía del debido proceso con la prevalencia del interés general.

En esa línea, la jurisprudencia ha señalado que, en materia de sanciones contractuales, lo esencial es que la medida no resulte sorpresiva ni intempestiva y que, antes de adoptarse, se brinde al contratista la oportunidad de expresar su opinión y controvertir los fundamentos que se le atribuyen.

[...] la Sala advierte que, aunque el departamento remitió una comunicación [...] en la que informó su intención de declarar la caducidad del contrato, dicha actuación no ofreció ni garantizó al contratista un espacio real y efectivo para controvertir los fundamentos del presunto incumplimiento ni para solicitar o aportar pruebas en su defensa [...] Además, en el acto administrativo que materializó dicha decisión no se dejó constancia de que el contratista hubiese ejercido su derecho de contradicción frente a los cargos formulados.

[...] el departamento [...] vulneró el derecho al debido proceso del actor, porque, aun en ausencia de un procedimiento legal previamente establecido para imponer la sanción, la Constitución le imponía la obligación de asegurar, como mínimo, que el contratista pudiera pronunciarse sobre los cargos que se le atribuían, oportunidad que la entidad no le brindó. Por tal motivo, la Sala declarará la nulidad de las resoluciones demandadas.

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Deber de planeación previa de la entidad estatal – Elaboración de estudios y análisis previos – Deberes del contratista en la etapa precontractual – Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado – Límites a las modificaciones contractuales

El principio de planeación impone a las entidades estatales el deber de elaborar, con anterioridad a la apertura del proceso de selección, los estudios, análisis y documentos necesarios para soportar adecuadamente la futura contratación. Busca que las decisiones que sean adoptadas por la Administración no sean el resultado del azar o de la improvisación, sino que, por el contrario, estén debidamente soportadas en análisis técnicos, financieros y de conveniencia.

DEBERES DEL CONTRATISTA EN LA ETAPA PREVIA A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO – Deber de poner de presente deficiencias en la planificación – Incumplimiento con las cargas que impone el principio de planeación del contratista

Aun cuando este deber es exigible, en primer término, a la entidad contratante, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que al contratista también le asisten deberes en la etapa previa a la celebración del contrato (es un principio bifronte), de cuyo incumplimiento se derivan responsabilidades que no puede eludir, en tanto su participación en el proceso parte de la base de los conocimientos especializados y la experiencia que ostenta el proponente, y que contribuyen a la consideración, valoración y calificación de su oferta.

En tal sentido, se ha señalado que *"el contratista tiene el deber de colaborar con la administración, en observancia del principio de planeación, de manera que, entre otros, les corresponde ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas, además deben abstenerse de participar en la celebración de un contrato en el que evidencien que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse"*.

[...] Ahora bien, el criterio para establecer si el contratista incumplió con las cargas propias del deber de planeación consiste en verificar si conocía, o debía conocer, las deficiencias en dicho aspecto. En este caso, la Sala observa que la propia sociedad [...] advirtió desde la presentación de su oferta la imposibilidad de ejecutar el dragado con una draga de succión en marcha, lo cual consta en la carta de presentación de su propuesta.

[...] En ese contexto, no resulta admisible que el demandante pretenda trasladar a la entidad estatal la imposibilidad de adelantar las obras, ya que, como experto, tenía la carga de advertirlo e, incluso, de abstenerse de participar en el proceso de selección al saber que la ejecución del contrato no era viable en las condiciones técnicas ofrecidas. Cabe resaltar que no obra en el expediente elemento probatorio que acredite que [...]

hubiera formulado observaciones al pliego de condiciones en la etapa previa, pese a conocer que la ejecución con la draga ofertada era inviable.

[...] no resulta procedente atribuir la imposibilidad de ejecución del contrato a la entidad, puesto que se demostró que el contratista incumplió las cargas que le imponía el principio de planeación en razón de su experiencia y especialidad.

LÍMITES A LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES – Principio de selección objetiva, libre concurrencia e igualdad – Tipos de limitaciones para modificar los contratos estatales– Temporal , formal y material - Límite temporal – Variaciones del contenido sustancial del contrato y del pliego de condiciones

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido a los límites en las modificaciones contractuales con respecto a la prohibición de variar el objeto mismo del negocio. Uno de los fundamentos de esta limitante es evitar conductas dirigidas a ignorar el deber de selección objetiva y los principios de libre concurrencia e igualdad.

A su vez, esta Corporación ha señalado que existen distintos tipos de limitaciones para modificar los contratos estatales, las cuales están orientadas a *"preservar los principios de origen legal, de libertad de concurrencia, de transparencia y de igualdad"*. Así, ha identificado límites de orden temporal, formal y material. En este último grupo, se encuentran las restricciones relacionadas con la variación del contenido sustancial del contrato y del pliego de condiciones.

Al respecto, se sostiene que resulta improcedente modificar aspectos del contrato que sirvieron de fundamento para la selección objetiva, pues de lo contrario se desconocerían *"los derechos de los interesados en el proceso precontractual, y se vulnerarían los principios de libertad de concurrencia, de transparencia y de igualdad de oportunidades"*.

MODIFICACIONES CONTRACTUALES – Incidencia de la modificación en condiciones técnicas de la oferta – Elementos esenciales del proceso de selección – Transparencia del procedimiento – Improcedencia de la modificación contractual

la Sala precisa que no se trata de equiparar la sustitución de la draga con una alteración del objeto contractual, sino de destacar que dicha modificación incidía directamente en elementos esenciales del proceso de selección, en particular, en las condiciones técnicas que definieron la oferta adjudicada y que resultaban determinantes para garantizar la igualdad y la libre concurrencia entre los proponentes. Por ello, aun cuando el objeto permaneciera formalmente inalterado, el cambio propuesto excedía los límites materiales de las modificaciones contractuales admisibles, al afectar aspectos que sirvieron de fundamento para la adjudicación y que no podían ser modificados sin comprometer la transparencia del procedimiento licitatorio.

Así las cosas, la negativa de la entidad a modificar el contrato fue jurídicamente fundada y no configuró incumplimiento alguno, por cuanto atendió la necesidad de preservar las condiciones de igualdad y de libre competencia del proceso de selección.

SOLEMNIDAD DEL CONTRATO ESTATAL Y SUS MODIFICACIONES – Artículo 41 de la Ley 80 de 1993 – Necesidad de acuerdo de voluntades

expreso y escrito – Invalidez de actuaciones administrativas previas como consentimiento – Condiciones contractuales

En todo caso, conviene recordar que, conforme al artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el contrato estatal, así como sus modificaciones, tiene carácter solemne, de manera que el acuerdo de voluntades debe constar por escrito. En consecuencia, las actuaciones administrativas previas no pueden entenderse como manifestaciones de consentimiento válidas para alterar las condiciones contractuales.

ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO – Daño antijurídico – Imputación – Ausencia de daño – Conocimiento del contratista de las condiciones que hacían inviable la ejecución del contrato -

[...] para que haya lugar a declarar la responsabilidad del Estado, independientemente del régimen de que se trate, resulta necesario acreditar (i) la existencia de un daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado.

[...] para que haya lugar a declarar la responsabilidad del Estado, independientemente del régimen de que se trate, resulta necesario acreditar (i) la existencia de un daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado.

[...] para que haya lugar a declarar la responsabilidad del Estado, independientemente del régimen de que se trate, resulta necesario acreditar (i) la existencia de un daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado.

[...] la Sala advierte que no se configura un daño antijurídico indemnizable. En efecto, según lo expuesto en líneas precedentes [...] desde el inicio del proceso licitatorio el contratista conocía las condiciones del suelo que hacían inviable la ejecución del contrato en los términos que él mismo ofertó y, pese a ello, decidió participar en la licitación. Si bien la entidad actuó de forma irregular al proferir la declaratoria de caducidad, pues vulneró el debido proceso del demandante, lo cierto es que dicha actuación no constituye la causa eficiente de la no ejecución del contrato.

[...] no puede afirmarse que los gastos reclamados deriven de una lesión injustificada a un interés jurídicamente protegido. Por el contrario, se trata de consecuencias que provienen de la propia conducta del actor y de la falta de diligencia que le era exigible en la etapa precontractual. A ello se suma que dichos costos no se corresponden con el equipo y las prestaciones efectivamente pactadas. Por lo tanto, al no verificarse un daño antijurídico imputable al Estado, no hay lugar al reconocimiento de los costos de ejecución solicitados.

LUCRO CESANTE – Concepto – Ganancia dejada de reportar – Ausencia de carácter cierto del lucro cesante

Como se desprende del artículo 1615 del Código Civil, el lucro cesante es “la ganancia o provecho que deja de reportarse” a causa del daño -que en este caso consistiría en la nulidad de los actos que declararon la caducidad del contrato. Así, en principio, dado que todo contrato se celebra con el propósito de que sea ejecutado en su totalidad, el acto de una de las partes que llegue a impedirlo puede dar lugar a que se indemnice a la otra por lo que no pudo percibir por culpa de la primera.

Sin embargo, en este caso no se demostró el carácter cierto que debe tener el perjuicio del lucro cesante, pues al margen del acto administrativo que dispuso la caducidad del contrato y, en consecuencia, su terminación, la Sala evidencia que, para ese momento, la ejecución ya se encontraba comprometida por circunstancias imputables al propio contratista. Como se indicó, éste conocía desde la licitación las condiciones materiales que impedían ejecutar el objeto en los términos ofertados y, aun así, optó por presentarse al proceso y asumir los riesgos derivados de una planeación insuficiente.

De esta manera, el supuesto beneficio económico que afirma haber dejado de percibir no puede considerarse un ingreso cierto, sino una expectativa eventual cuya realización dependía de que el contrato pudiera ejecutarse de manera regular. Las pruebas dan cuenta, por el contrario, de que las partes incluso adelantaron conversaciones orientadas a su terminación anticipada, lo cual revela que la culminación exitosa del negocio era altamente improbable con independencia del acto que declaró la caducidad. En esa medida, estaba en entredicho la vocación de continuidad y de normal finalización del contrato, independientemente de la decisión de caducidad que se adoptó en las Resoluciones [...]

PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD – Requisitos – Alcance – Acreditación

Esta Corporación ha sostenido que la declaratoria de caducidad viciada de nulidad puede conllevar a una pérdida de oportunidad como daño jurídicamente relevante autónomo, independiente y de contornos propios que parte de dos elementos nucleares: (i) la existencia cierta y real de una posibilidad de obtener una ganancia o de impedir una pérdida, y (ii) la incertidumbre causal que se deriva del desconocimiento sobre qué habría ocurrido con esa posibilidad en caso de que la conducta u omisión antijurídica de un tercero no hubiera frustrado definitivamente la trayectoria normal de los eventos.

Para que proceda el reconocimiento de perjuicios por pérdida de oportunidad, se ha establecido la necesidad de que el demandante demuestre que estaba en una posición jurídicamente relevante que, en el curso normal de los hechos, le habría permitido celebrar contratos con el Estado.

Lo anterior, dado que, en materia contractual, la imposición de la inhabilidad no es una fuente automática de reconocimiento de daños a título de pérdida de oportunidad, “pues el contratista debe acreditar que antes de la expedición de ese acto tenía un chance real de celebrar contratos con entidades estatales, lo que necesariamente debe partir por evaluar cuál era el comportamiento usual de sus negocios, esto es, si antes de la caducidad celebraba usualmente contratos con entidades estatales o se presentaba a procedimientos de selección de contratistas con cierta regularidad o, en ausencia de ambos, que se compruebe que existía una real expectativa de celebrar ese tipo de contratos en el futuro”.

GOOD WILL – Concepto jurisprudencial – Susceptible de sufrir menoscabo de un hecho dañoso – Ausencia de prueba que acredite afectación al concepto de buen nombre

[...] esta Subsección ha reconocido el concepto de good will como “un bien, un activo intangible, susceptible de apropiación patrimonial que puede asimismo sufrir menoscabo como consecuencia de un hecho dañoso imputable a un tercero”. En la medida en que no existen parámetros específicos para reconocer su afectación y cuantificación, se hace necesario acudir a las reglas generales sobre los requisitos del daño para que proceda

su indemnización, esto es, “que el daño sea cierto, que sea personal y que haya sido consecuencia directa de la conducta antijurídica imputable al tercero”.

[...] no obra en el expediente prueba alguna que acredite la existencia de un daño cierto. Los recortes de prensa aportados no constituyen un medio idóneo para demostrar una afectación al good will, ni las declaraciones del representante legal permiten tener por acreditada su cuantía, toda vez que el denominado informe contable se limita a una estimación sin respaldo financiero ni documental. Además, se echa de menos la valoración de este activo específico en los reportes anuales contables allegados, lo que refuerza la improcedencia de su reconocimiento.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A
CONSEJERA PONENTE: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veinticinco (2025)

Radicación número: 13001-23-31-000-2003-00301-01 (64130)
Actor: BOSKALIS WESTMINSTER DREDGING BV
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Referencia: DECRETO 01 DE 1984 – ACCIÓN CONTRACTUAL

Temas: LÍMITES A LA MODIFICACIÓN AL CONTRATO: No se puede modificar un contrato estatal de manera que altere sustancialmente las condiciones de la licitación original, pues ello equivaldría a un nuevo acuerdo que requeriría someterse a un procedimiento de selección diferente / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN: el criterio para establecer si el contratista incumplió con las cargas propias del deber de planeación consiste en verificar si conocía, o debía conocer, las deficiencias en dicho aspecto / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD POR LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD: Para que proceda, el demandante debe acreditar que se encontraba en una posición jurídicamente relevante para celebrar contratos con el Estado.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia del 26 de febrero de 2019¹, proferida por el Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina², por medio de la cual declaró la falta de legitimación en la causa por activa .

I. SÍNTESIS DEL CASO

Boskalis Westminster Dredging BV presentó demanda³, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en contra del departamento de Bolívar, en la que

¹ Fls. 715 – 723, c. ppl.

² Este proceso fue remitido desde el Tribunal Administrativo de Bolívar hacia el Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 1° del Acuerdo No. PCSJA18-10913 de 2018, en materia de descongestión (fl. 707, c1).

³ Fls. 1 – 148, c1.



pretendió la nulidad del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato SI-C-017-2000. Asimismo, solicitó que se declarara que el departamento incumplió dicho contrato y la correspondiente indemnización de los perjuicios.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda:

Mediante demanda radicada ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 5 de marzo de 2003, Boskalis Westminster Dredging BV (en adelante, Boskalis, la sociedad o el contratista), en ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del CCA, se dirigió en contra del departamento de Bolívar (en lo sucesivo, el departamento, el contratante o la entidad), con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas (se transcriben de forma literal):

1. *Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:*
 - 1.1. *De la resolución No. 696, de fecha 11 de abril de 2001, expedida por el Gobernador de Bolívar, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato SI-C-017-2000.*
 - 1.2. *De la resolución No. 1680, de fecha 9 de julio de 2001, expedida por el Gobernador de Bolívar, mediante la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anteriormente mencionada.*
2. *Que se declare que el departamento de Bolívar incumplió el contrato SI-C-017-2000 cuyo objeto era la realización del dragado a 14 metros de profundidad del canal de acceso de la bahía de Cartagena.*
3. *Que se ordene el restablecimiento de los derechos vulnerados condenando al departamento de Bolívar al pago a favor de Boskalis Westminster Dredging BV de los perjuicios en la suma mínima de SIETE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$7.632'782.576) de acuerdo con las pruebas que se aportan y la estimación razonada de la cuantía.*
 - 3.1. *Por daño emergente:*
 - 3.1.1. *Gastos ocasionados en el cumplimiento del contrato:*
Costos de movilización y desmovilización de la Draga MAYI L2 tal como se solicita en el acápite de pruebas.
Todos los demás gastos en que incurrieron para el cumplimiento del contrato, según se acredita en el acápite de pruebas.
Los anteriores gastos se deben pagar actualizados al momento del fallo, de acuerdo con el índice de precios al consumidor.
 - 3.1.2. *Intereses de mora.*
A partir del momento en que el contratista ejecutó las obligaciones, deben liquidársele intereses moratorios debidamente actualizados, de acuerdo con la Ley 80 de 1993.
Condene al pago de las sumas de dinero que por los conceptos anotados adeuda la demandada a la demandante, debidamente actualizada al momento del pago, liquidada a una tasa del 12% anual durante el tiempo de la mora.
 - 3.1.3. *Derivado de la afección al Good Will.*
 - 3.2. *Por lucro cesante:*



3.2.1. El valor de las utilidades que el contratista esperaba obtener según lo especificado en la propuesta presentada por BOSKALIS a la Gobernación de Bolívar.

Estas sumas se deben pagar actualizadas y sobre ellas se deben liquidar intereses desde la fecha en la cual debieron ejecutarse las obligaciones.

3.2.2. La pérdida de utilidad derivada de la no ejecución de otros contratos de BOSKALIS hubiese estado ejecutando con el Estado y sobre los cuales recaiga una inhabilidad sobreviniente.

3.2.3. El valor de las utilidades dejadas de percibir en razón de no poder participar en licitaciones públicas ni contrataciones directas debido a la inhabilidad generada por la declaratoria de caducidad del contrato.

Estas sumas se deben pagar actualizadas y con los respectivos intereses.

Estimación razonada de la cuantía: SIETE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$7.632'782.576).

1.1. Los fundamentos de hecho:

La parte actora sustentó sus pretensiones en los fundamentos fácticos que, en síntesis, se expresan a continuación:

1. El Ministerio de Transporte y el departamento de Bolívar suscribieron el convenio interadministrativo No. 14 del 16 de enero de 1998, cuyo objeto fue la construcción y adecuación de obras hidráulicas y estructuras para la profundización del canal de acceso al Puerto de Cartagena. En virtud del mismo, el departamento asumió la obligación de adelantar las obras conforme a la programación y a las especificaciones técnicas suministradas por dicha cartera ministerial.

2. Mediante Resolución 279 del 10 de marzo de 2000, el departamento de Bolívar ordenó la apertura de la licitación pública No. SI-C-001-2000. El pliego de condiciones exigía la propuesta de un equipo mínimo, que podía presentarse bajo dos alternativas: (i) una draga cortadora o (ii) una draga de succión. Estas especificaciones técnicas, así como el estudio de suelos, fueron proporcionadas por el Ministerio.

3. La Capitanía de Puerto de Cartagena remitió una comunicación al departamento, con fecha del 5 de abril de 2000, en la que indicó que, para la ejecución de las obras, debía utilizarse un tipo de corte especial, debido al tipo de material que se podía encontrar en la zona (roca coralina pétreo) y a los volúmenes inicialmente previstos para dragar.

4. El 6 de abril de ese mismo año, Boskalis presentó su oferta a la licitación pública, la cual incluyó un método de trabajo con sondeos de pre-dragado, una propuesta



básica que contemplaba el uso de una draga de succión en marcha y una alternativa que incorporaba una draga de succión con cortadora. Asimismo, advirtió que, si el terreno a dragar correspondía al tipo de material blando señalado en el estudio de suelos, la obra se podía ejecutar con draga de succión en marcha; pero, en caso de tratarse de material pétreo, la única posibilidad de ejecución era el empleo de una draga de corte.

5. Boskalis resultó adjudicataria en el proceso de selección y, en consecuencia, suscribió con el departamento el contrato SI-C-017-2000, el 9 de junio de 2000, cuyo objeto fue la construcción de *“las obras de dragado a 14 metros de profundidad del canal de acceso al Puerto de Cartagena, de acuerdo con los planos, especificaciones técnicas, cantidades de obra y demás condiciones que son parte integrante del presente contrato, de acuerdo con la propuesta presentada por el contratista y el pliego de condiciones de la licitación pública No. SI-C-001-2000”*.

6. Luego de firmar el contrato, las partes celebraron una reunión, con la participación de la interventoría, en la que se discutió la posibilidad de cambiar de draga, con fundamento en los estudios realizados en 1994 y 1997, según los cuales el suelo a intervenir presentaba formaciones rocosas y coralina dura.

7. En virtud de dicha reunión, mediante oficio BOC/jarb/c/00-06-0001 del 22 de junio de 2000, la sociedad le solicitó a la entidad el cambio de la draga de succión por una de corte, modificación que implicaría una disminución en el valor del contrato. El departamento le trasladó dicha solicitud al Ministerio de Transporte, pero el 14 de septiembre de 2000 esta cartera negó el cambio de draga, por considerarlo inviable desde el punto de vista jurídico.

8. El 9 de octubre siguiente, el contratante le solicitó a Boskalis que adelantara los trámites necesarios ante la DIMAR, con el fin obtener el permiso del equipo requerido. En respuesta, la sociedad remitió a la Capitanía de Puerto y a la interventoría los datos sobre la draga de corte *Mayi L#2* que efectuaría la operación de dragado.

9. La interventoría conceptuó que la draga presentada cumplía con las características exigidas en el pliego de condiciones. Con fundamento en ello, el contratista le propuso formalmente al departamento utilizar la draga cortadora *Mayi*



L#2 a cambio de la de succión en marcha. A su vez, la entidad remitió esta información al Ministerio de Transporte.

10. El 20 de octubre de 2000, Boskalis le comunicó al departamento que los trabajos de dragado hidráulico se iniciarían el 7 de noviembre siguiente. Por su parte, la entidad giró el anticipo pactado, equivalente al 50% del valor del contrato.

11. El 4 de noviembre siguiente, la sociedad adelantó un estudio del suelo a dragar, por intermedio de un perito ambiental, quien concluyó que el terreno se comportaba como una capa compacta de material calcáreo, con formaciones aisladas de roca coralina dura, lo que se apartaba de las conclusiones de los estudios que hacían parte del pliego de condiciones.

12. Luego, el 14 de noviembre de 2000, el contratista informó al departamento que los equipos asignados a la obra estaban listos y disponibles desde el 7 de noviembre de ese año, y que se encontraba a la espera de la resolución de la DIMAR autorizando la draga, la cual no se había expedido por falta de la información que debía aportar el contratante.

13. El Ministerio de Transporte, en comunicación del 20 de noviembre de 2000, ratificó al departamento el rechazo del cambio de draga propuesto por Boskalis y advirtió que no avalaría ningún desembolso realizado en contravía de ese concepto. En consecuencia, solicitó a la entidad exigir a la sociedad el cumplimiento del contrato con la draga de succión ofrecida en su propuesta.

14. Mediante Resolución 499 del 30 de noviembre de 2000, la DIMAR autorizó la realización de las obras de dragado con el equipo *Mayi L#2*, dentro de los dos meses siguientes.

15. El 7 de diciembre de ese mismo año, un perito de la DIMAR rindió un informe solicitado por el departamento, en el que concluyó que el dragado efectivo del terreno solo podía lograrse con dragas de corte y succión de gran capacidad, pues las de succión en marcha presentaban serias limitaciones que las hacían poco recomendables para la ejecución de la obra. En el mismo sentido conceptuó el director del Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas de la Dirección General Marítima el 20 de diciembre siguiente.



16. En comunicación del 13 de febrero de 2001, el Ministerio le manifestó al departamento de Bolívar su interés en dar por terminado el convenio interadministrativo, con fundamento en la no aceptación del cambio de draga propuesto por Boskalis y en la imposibilidad técnica de ejecutar el contrato con el equipo de succión.

17. En atención a la postura del Ministerio, el contratante reiteró a la sociedad la imposibilidad de cambiar la draga, la instó a cumplir lo pactado y le planteó la opción de terminar el contrato de común acuerdo si no podía ejecutar la obra. De este modo, en reunión del 27 de febrero de 2001, con participación de Boskalis y funcionarios del departamento, se acordó liquidar el contrato y agendar una nueva reunión para ese propósito.

18. En oficio del 14 de marzo de 2001, el departamento le comunicó a la sociedad la necesidad de adelantar los trámites para declarar la caducidad del contrato. En respuesta, Boskalis manifestó que aún estaba pendiente una reunión con el Ministerio y la interventoría para concluir satisfactoriamente el proceso y, con ese fin, amplió la cobertura de la póliza de cumplimiento.

19. Mediante Resolución 696 del 11 de abril de 2001, el departamento de Bolívar declaró la caducidad del contrato SI-C-017-2000 y ordenó su liquidación, al considerar que la sociedad no había iniciado las obras de dragado, lo que constituía un incumplimiento que impedía su ejecución. Esta decisión fue confirmada mediante la Resolución 1680 del 9 de julio del mismo año, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por Boskalis.

20. Como consecuencia de esa decisión, Boskalis procedió a devolver el anticipo recibido, así como los intereses moratorios causados hasta la fecha del pago.

1.2. Los fundamentos de derecho:

El actor invocó como fundamentos de derecho los artículos 29, 83 y 209 de la Constitución Política y los artículos 4, 18, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993.



Como concepto de violación, adujo que el acto que declaró la caducidad del contrato se encontraba falsamente motivado, desconoció normas de superior jerarquía y se expidió con desviación de poder, por las siguientes razones:

En cuanto a la falsa motivación, sostuvo que no era cierto que el contratista hubiera aceptado de forma irrestricta las especificaciones del pliego, pues desde su propuesta formuló observaciones sobre la composición del suelo y advirtió que, de confirmarse naturaleza rocosa, sería necesario emplear una draga de corte. Señaló que tal condición solo se verificó posteriormente mediante estudios de pre-dragado, lo que, a su juicio, evidenciaba que se trataba de un hecho nuevo e imprevisible. Añadió que el contratista no estaba en capacidad de verificar por sí mismo dicha información, al depender de estudios técnicos que correspondía aportar a la entidad.

En esa línea, indicó que la elección de la draga no dependía solo de la experiencia del proponente, sino de los estudios técnicos aportados por la entidad, los cuales, según afirmó, eran erróneos. Por tanto, la responsabilidad en la selección del equipo no podía atribuirse únicamente al contratista.

También afirmó que la sociedad había realizado los estudios de pre-dragado y disponía del equipo en el sitio de ejecución, listo para iniciar las obras, por lo que no era cierto que no hubiese comenzado labores para la fecha de la declaratoria de caducidad. Añadió que la draga Mayi L#2, ofrecida para la ejecución, tenía una capacidad superior a la exigida y fue aceptada tácitamente por la entidad al tramitar los permisos correspondientes.

El demandante expresó, además, que la imposibilidad de ejecutar el contrato no era imputable al contratista, sino al departamento, por su omisión en la entrega de estudios técnicos idóneos, la obtención oportuna de permisos y la negativa a modificar el contrato, motivo por el cual solicitó que se declarara el incumplimiento de la entidad.

De igual forma, sostuvo que las condiciones del pliego no eran inmodificables, dado que el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 permite ajustar los contratos por razones de servicio público, para garantizar los fines estatales y los principios de la función administrativa.



Respecto del cargo de violación de normas superiores, el demandante alegó que el departamento no podía trasladar al Ministerio de Transporte la responsabilidad derivada de los pliegos de condiciones, aun cuando estos hubiesen sido elaborados por dicha entidad, puesto que, conforme al artículo 26, numeral 5, de la Ley 80 de 1993, dicha responsabilidad recae exclusivamente sobre la entidad contratante.

Manifestó que se vulneraron tanto el principio de buena fe como el derecho al debido proceso, al desconocerse los esfuerzos del contratista por ejecutar el contrato y al declarar su caducidad de forma intempestiva, pese a los avances en un acuerdo para su terminación bilateral. Indicó que la entidad había manifestado su voluntad de liquidar el contrato de común acuerdo, pero actuó de manera sorpresiva y sin garantizar el derecho de defensa.

Afirmó que se desconocieron varios principios de la contratación estatal consagrados en la Ley 80 de 1993, al omitirse trámites oportunos, agravar los problemas contractuales con la declaratoria de caducidad, inducir a error mediante pliegos imprecisos y exigir condiciones de imposible cumplimiento. Agregó que la entidad incumplió con sus deberes de planeación y actuó de forma ambigua frente al cambio de draga, lo que afectó los principios de responsabilidad, moralidad, economía, celeridad, eficacia y transparencia.

En cuanto al artículo 18 de la Ley 80 de 1993, el demandante alegó que los presupuestos para la declaratoria de caducidad no se encontraban satisfechos, ya que no hubo un incumplimiento real ni una afectación grave del objeto contractual. Adujo que el contratista dispuso de los medios necesarios para cumplir y propuso soluciones viables para la ejecución del dragado.

Finalmente, sobre la desviación de poder, señaló que la declaratoria de caducidad no estuvo orientada a garantizar la continua y eficiente prestación del servicio público, como lo exige el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, sino a encubrir errores de planeación imputables al departamento, lo que desnaturalizó los fines de la contratación estatal. Añadió que el acto no perseguía la satisfacción del interés general ni la finalidad legítima de la caducidad, sino que obedecía a instrucciones del Ministerio de Transporte.



2. Actuaciones procesales de primera instancia:

Mediante auto del 4 de abril de 2003⁴, el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda, ordenó su notificación al departamento de Bolívar y al Ministerio Público, así como la fijación en lista por el término de 10 días, de conformidad con el numeral 5° del artículo 207 del CCA.

A través de auto del 1 de agosto de 2007, se resolvió abrir el proceso a pruebas, se ordenó tener como tales los documentos aportados en la demanda y en la contestación, y se decretaron otras⁵. En providencia del 17 de enero de 2018, se decretaron algunas pruebas que habían sido solicitadas por el actor en la demanda y que fueron omitidas en la decisión anterior⁶.

⁴ Fl. 153, c1.

⁵ Fls. 194 – 195, c1. “DOCUMENTALES: a) Oficiase a las entidades señaladas a folios 110-112 de la demanda para que remitan con destino a este proceso copia auténtica de las certificaciones que allí se solicitan. Designase al perito contador ELIECER ANTONIO QUIROZ RUIZ (...) para que rinda el dictamen solicitado en el numeral 3.1.4. del acápite de pruebas de la demanda (folio 114) (...) b) Oficiase a la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Bolívar para que remita con destino a este proceso la certificación solicitada en el numeral primero del acápite de pruebas de la contestación de la demanda. (fl. 180). c) Oficiase a la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Bolívar para que remita con destino a este proceso y a costa de la parte demandada copia auténtica de todo el expediente referenciado así: 003-2001-1941-01, así como que se traslade todo su material probatorio (fls. 180 y 181). d) Oficiase al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena para que remita copia auténtica de los documentos señalados en el numeral 4 de la contestación de la demanda (folio 181). e) Oficiase a la Gobernación de Bolívar para que remita con destino a este proceso todos los documentos que tengan que ver con las pretensiones y hechos de la demanda. Para los efectos designase al perito contador DIMAS EDUARDO RODRIGUEZ CASTILLO (...). f) Oficiase a los Archivos de Boskalis Westminster Dredging bv en Colombia, para que envíe con destino a este proceso los documentos señalados en el numeral 3.1.3 del acápite de pruebas de la demanda (folio 114). INFORMES: por economía procesal, en lugar de la prueba testimonial solicitada a folio 181 de la contestación de la demanda, se ordenará oficiar al Secretario de Obras Públicas del Departamento de Bolívar para que rinda informe respecto a los hechos expuestos en la precitada contestación. INSPECCIÓN JUDICIAL: 1. Para la práctica de la inspección judicial solicitada en el numeral 3.1.2. del acápite de pruebas de la demanda (fol. 113) líbrese exhorto por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores a la Embajada de Colombia en Holanda, para que el funcionario respectivo la lleve a cabo en compañía de perito traductor de inglés a español y experto en cuestiones contables nombrado por la embajada, de conformidad con el inciso segundo del artículo 193 del C.P.C. 2. Decretase la práctica de la prueba solicitada en el numeral 3.2 de la demanda (folio 115). Para ello se designará un perito en geología; sin embargo, revisada la lista de auxiliares de la justicia se observa que no aparece registrado ningún profesional con la antedicha especialidad, razón por la cual con fundamento en el inciso 3° del artículo 243 del C.P.C., se ordenará oficiar al Director de Ingeominas para que designe el o los funcionarios, que cuente(n) con la tantas veces mencionada especialidad, para que rinda el dictamen deprecado”.

⁶ Fls. 201 – 202, c2. “PRIMERO: Oficiase al Instituto Nacional de Vías - INVÍAS, en Bogotá D. C., para que le informe a este tribunal tal como lo solicita el demandante la relación de las licitaciones que se abrieron para dragados, indicando cuál fue la propuesta ganadora en cada una de dichas licitaciones, indicando el nombre del contratista, el objeto del contrato y el valor del mismo. SEGUNDO: Ampliase la designación del perito contador Sr. Eliécer Antonio Quiroz Ruiz para que rinda dictamen pericial sobre los puntos 3-3.1-3.1.1 - 3.1.2-3.1.3 folios (113, 114). Así mismo debe referirse a las pruebas solicitadas en los numerales 2.1, 2.2 y el 2.3 del acápite de pruebas de la demanda folios (110 a 112)”.



El 13 de abril de 2018⁷, el Tribunal Administrativo de Bolívar dio cumplimiento al Acuerdo No. PCSJA18-10913 del 20 de marzo del mismo año, por medio del cual se adoptaron unas medidas de descongestión, y remitió el proceso al Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, para que proferiera sentencia.

2.1. Contestación de la demanda:

El departamento de Bolívar contestó la demanda⁸ y se opuso a las pretensiones de la parte actora.

Manifestó que el departamento de Bolívar adelantó una licitación pública en 1999 para el dragado del canal de acceso al Puerto de Cartagena, la cual fue inicialmente declarada desierta al no cumplir ninguna propuesta con los criterios de selección.

En una segunda licitación, Boskalis Westminster Dredging B.V. resultó adjudicataria al obtener el mayor puntaje, presentando como único equipo evaluable una draga de succión en marcha. Sin embargo, una vez celebrado el contrato, la firma solicitó sustituir dicho equipo por otro, petición que fue rechazada por la administración por considerar que el cambio vulneraba el principio de igualdad, al alterar las condiciones de la propuesta con incidencia en la evaluación económica y en los resultados del proceso de selección.

La entidad sostuvo que los pliegos de condiciones obligan tanto a proponentes como a la propia administración, sin que puedan modificarse, salvo en los casos expresamente previstos en la ley. En consecuencia, el contratista debía ejecutar el contrato conforme a lo ofertado.

Señaló, además, que permitir el cambio habría implicado una nueva propuesta y que Boskalis no podía alegar la inadecuación del equipo con el que obtuvo el mayor puntaje en la adjudicación, una vez celebrado el contrato. Añadió que el contratista actuó en contra de la buena fe al recibir el anticipo y luego pretender modificar las reglas del contrato.

⁷ Fl. 707, c4.

⁸ Fls. 163 – 181, c1.



Indicó que se propuso terminar y liquidar el contrato de mutuo acuerdo, pero la sociedad no mostró disposición para negociar. Su postura fue exigir el pago del 30% del valor del contrato por supuestos costos en los que incurrió, sin haber iniciado la obra.

3. La sentencia impugnada:

El Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia del 26 de febrero de 2019⁹, declaró la falta de legitimación en la causa por activa.

Señaló que el artículo 139 del CCA establece que la demanda deberá acompañarse de la prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas distintas a las de derecho público que intervengan en el proceso. Preciso que las sociedades extranjeras constituidas conforme a la ley de otro país que pretendan iniciar negocios permanentes en Colombia deben establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional, de acuerdo con el artículo 471 del Código de Comercio. En cumplimiento de esta exigencia, el contrato SI-C017-2000 fue suscrito por la sucursal de Boskalis en Colombia.

Advirtió que la parte demandante aportó un poder debidamente apostillado otorgado por Petrus Adrianus Maria Berdowski, en calidad de representante legal de Boskalis Westminster Dredging BV, sociedad extranjera con domicilio en Holanda. No obstante, con los anexos de la demanda la parte actora omitió anexar el certificado de existencia y representación legal de la sucursal en Colombia.

Agregó que el contrato fue suscrito por el señor Jesús Antonio Rojas Blanco como gerente de la sucursal, mientras que el poder para presentar la demanda fue otorgado por el representante legal de la sociedad extranjera, motivo por el cual no existía certeza sobre quién tenía la facultad para acudir ante la jurisdicción en nombre de la empresa demandante.

Finalmente, consideró que no había lugar a condenar en costas debido a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal.

⁹ Fls. 715 – 723, c. ppl.



4. Recurso de apelación:

El 23 de abril de 2019¹⁰, el actor interpuso el recurso de apelación¹¹ en contra de la decisión anterior. Solicitó que esta fuera revocada y que, en su lugar, se resolvieran de fondo y de manera favorable las pretensiones de la demanda.

Manifestó que, para acreditar la existencia y representación legal de la sociedad extranjera, se aportó con la demanda un poder otorgado por el señor Petrus Adrianus Maria Berdowski, en el cual consta su calidad de representante legal de Boskalis Westminster Dredging BV, conforme a los registros comerciales de la compañía en Holanda.

Negó que existieran dudas sobre la representación de la sociedad, pues Jesús Antonio Rojas Blanco representa a la sucursal, mientras que Petrus Adrianus Maria Berdowski hacía lo propio por la sociedad matriz. Señaló que la sucursal no es un ente autónomo distinto de la casa matriz y, por tanto, no posee personería jurídica propia, por lo que, una vez acreditada la existencia y representación de la sociedad matriz, no era necesario probar lo mismo respecto de la sucursal.

En cuanto al fondo del asunto, reiteró que la controversia central se refiere a la solicitud de la sociedad Boskalis para cambiar la draga asignada en el contrato SI-C-07-2000, pasando de una draga de succión en marcha a una de corte, ya que esta última permitía la ejecución del contrato, mientras que la primera no. Sin embargo, sostuvo que, debido a decisiones arbitrarias del Ministerio de Transporte y del departamento de Bolívar, no se aceptó el cambio, lo que hizo que el contrato fuera inejecutable.

Realizó un recuento de los argumentos presentados en la demanda respecto al vicio de falsa motivación, la violación de normas superiores y el desconocimiento del debido proceso.

¹⁰ El proceso fue devuelto al Tribunal Administrativo de Bolívar el 27 de marzo de 2019 para notificar la sentencia (fl. 731, c.ppl). Su notificación se surtió mediante correo electrónico del 12 de abril de 2019 (fl. 732, c.ppl). Comoquiera que el recurso se presentó el 23 de abril de 2019, se evidencia que fue oportuno.

¹¹ Fls. 735 – 788, c. ppl.



Resaltó que la entidad incumplió las obligaciones emanadas del principio de planeación, pues no contaba con estudios serios que soportaran el proceso de selección, lo que dio lugar a la declaratoria de caducidad. Además, se negó a ajustar el contrato a la nueva realidad y precaver la solución de conflictos.

Indicó que la declaratoria de caducidad no cumplió con las exigencias legales, debido a que (i) no se acreditó que el uso de la draga de corte ocasionara la paralización o afectación grave del servicio; (ii) se basó en el vencimiento de la garantía única de cumplimiento, lo cual no constituye fundamento legal para dicha medida y (iii) se desconoció el debido proceso.

Finalmente, expresó que la entidad no acreditó durante el proceso que los estudios empleados en la licitación tuvieran correspondencia con las características del suelo a dragar, ni que existiera falsedad en los que determinaban su carácter pétreo. Tampoco demostró que el contrato pudiera ejecutarse con una draga de succión o que la draga de corte fuera inadecuada para tal fin.

Por medio del auto del 13 de mayo de 2019¹², el Tribunal Administrativo de Bolívar concedió el recurso de apelación, y ordenó remitir el expediente a esta Corporación para que decidiera sobre su admisibilidad.

5. Trámite en segunda instancia:

Mediante proveído del 11 de julio de 2019¹³, se admitió el recurso y en providencia del 9 de agosto siguiente¹⁴, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y rindiera concepto, respectivamente¹⁵.

Boskalis presentó sus alegaciones finales¹⁶ y reiteró los argumentos expuestos en la apelación y en los alegatos de la primera instancia. De igual forma, el departamento de Bolívar alegó de conclusión¹⁷ y solicitó que se confirmara la decisión del Tribunal. El Ministerio Público guardó silencio.

¹² Fls. 809 – 810, c. ppl.

¹³ Fl. 816, c. ppl.

¹⁴ Fl. 821, c. ppl.

¹⁵ El término para que las partes presentaran alegatos de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera su concepto transcurrió entre el 26 de agosto y el 6 de septiembre de 2019.

¹⁶ Fls. 823 – 853 y 854 – 913, c. ppl.

¹⁷ Fls. 914 – 916, c. ppl.



III. CONSIDERACIONES

1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado:

Como la demanda se instauró ante esta jurisdicción en el año 2003, se rige por lo prescrito en el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, por cuanto la Ley 1437 de 2011, según su artículo 308, entró a regir el 2 de julio de 2012. Debe recordarse que, en virtud del inciso tercero de la precitada disposición, *“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”*.

De este modo, el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, en los términos del artículo 129 del CCA, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

Por otra parte, el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, estableció que la jurisdicción de lo contencioso administrativo juzgaría las controversias y los litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas, naturaleza que ostenta la parte demandada en el *sub-lite*.

También le asiste competencia a la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto por Boskalis, por tratarse de un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de doble instancia en razón de la cuantía, dado que la pretensión mayor¹⁸ excede los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de presentación de la demanda¹⁹.

¹⁸ Numeral 2 del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, antes de la modificación introducida por la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

¹⁹ Numeral 5 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998. El salario mínimo vigente en Colombia para el 5 de marzo de 2003, fecha de presentación de la demanda, era de \$ 332.000 (que, multiplicado por 500, arroja como resultado: \$166'000.000). El valor de la pretensión mayor es de \$4.733'931.064, correspondiente al reconocimiento del daño emergente, por lo que se supera la cuantía de 500 salarios mínimos. Este valor se plasmó en la estimación de la cuantía (fl. 116, c.1).



2. Legitimación en la causa:

El *a quo* consideró que la sociedad extranjera Boskalis debía demostrar la representación de su sucursal en Colombia, toda vez que esta suscribió el contrato SI-C-017-2000. Sin embargo, observó que el poder fue otorgado por el representante legal de la sociedad matriz en Holanda, sin que se allegara el certificado de existencia y representación de la sucursal, lo que impedía establecer la legitimación en la causa por activa.

El actor adujo que la sucursal no tiene personería jurídica propia y que, por ende, bastaba con acreditar la existencia y representación de la sociedad matriz. Señaló que el poder apostillado y con traducción oficial provenía de su representante legal en Holanda, lo que era suficiente para demostrar la legitimación de la demandante.

Planteado lo anterior, vale precisar que, de acuerdo con el artículo 87 del CCA, las partes de un contrato estatal cuentan con legitimación en la causa para acudir ante esta jurisdicción a través de la acción de controversias contractuales.

En este caso, se encuentra demostrado que la sociedad Boskalis Westminster BV, con domicilio en Holanda, suscribió el contrato SI-C-017-2000 con el departamento de Bolívar, a través de su sucursal en Colombia²⁰. De igual manera, se acreditó que su representante legal en Holanda confirió poder para promover la presente acción, documento que se encuentra debidamente apostillado y con su traducción oficial²¹.

El artículo 471 del Código de Comercio dispone que las sociedades extranjeras que deseen desarrollar negocios permanentes en Colombia, dentro de los cuales se encuentra intervenir como contratistas en la ejecución de obras, conforme al artículo 474 del mismo estatuto, deben establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional²².

²⁰ Fls. 109 – 115, c.1 de pruebas.

²¹ Fls. 149 – 151, c1. Poder otorgado por el señor Petrus Adrianus Maria Berdowski ante el notario Kasper Maria Franciscus Josephus Houben de Rotterdam, Países Bajos. La apostilla fue expedida de conformidad con lo dispuesto en la Convención de La Haya sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, adoptada por Colombia mediante la Ley 173 de 1994.

²² Código de Comercio. Artículo 471. *“Requisitos para emprender negocios permanentes en Colombia. Para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual cumplirá los siguientes requisitos (...)”*.



Por su parte, el artículo 263 del Código de Comercio define a las sucursales como establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo total o parcial de los negocios sociales, y administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

Como tal, las sucursales constituyen un conjunto de bienes organizados por el empresario para la realización de los fines de la empresa, conforme a lo dispuesto en el artículo 515 *ibidem*, por lo que no tienen personería jurídica propia ni se configuran como sujetos de derecho distintos de la sociedad que las constituye.

En ese sentido, quien se encuentra habilitada para comparecer al proceso, y respecto de quien se predica la legitimación en la causa, es la sociedad matriz Boskalis Westminster BV, y no la sucursal que se constituyó para efectos de desarrollar actividades mercantiles en Colombia, *“pues como viene de indicarse, las sucursales, como establecimientos de comercio que son, no tienen personalidad jurídica, dada su naturaleza de bienes mercantiles”*²³.

En consecuencia, la sociedad Boskalis Westminster BV ostenta legitimación en la causa por activa, al haber sido parte en el contrato SI-C-017-2000, sin que la sucursal pueda asumir tal calidad, dado que no constituye una persona jurídica distinta de la matriz.

Con fundamento en lo anterior, la Sala revocará la decisión del Tribunal de declarar la falta de legitimación en la causa y, en su lugar, procederá a estudiar las pretensiones elevadas por la parte actora.

3. Oportunidad del medio de control:

El numeral 10 del artículo 136 del CCA, subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, establece que la acción de controversias contractuales caducará en el término de dos años, contado a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 19 de junio de 2019. Radicación No. 13001-23-31-000-2004-00876-01 (43.080), C.P.: Alberto Montaña Plata.



A su vez, los literales c) y d) del precitado numeral estipulan unas reglas específicas para los contratos que requieren de liquidación. Así, cuando esta se efectúe de común acuerdo por las partes, los dos años se contarán a partir de la firma del acta. Por su parte, cuando la liquidación se realice unilateralmente por la Administración, este término correrá a partir de la ejecutoria del acto que la apruebe. Finalmente, “[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”.

En esta línea, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, antes de la modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, disponía que *“los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga”*.

De este modo, la Sala observa que el contrato se terminó a través de la resolución que declaró su caducidad, el 11 de abril de 2001²⁴. Esta decisión se confirmó mediante la Resolución 1680 del 9 de julio de 2001, notificada el 12 de julio siguiente²⁵. En este caso, se evidencia que las partes pactaron un término de 4 meses para proceder con su liquidación de mutuo acuerdo²⁶. En consecuencia, el plazo para surtirla corrió desde el 13 de julio hasta el 13 de noviembre de 2001. Si este trámite no se lograba, la administración podría hacerlo unilateralmente hasta el 14 de enero de 2002. En vista de que no se observa la liquidación del negocio, a partir del día siguiente a esa fecha -15 de enero de 2002- comenzó a computarse el plazo de dos años para presentar la demanda, el cual feneció el 15 de enero de 2004. Como la demanda se presentó el 5 de marzo de 2003, fue oportuna.

²⁴ Fls. 70 – 79, c. 2 de pruebas.

²⁵ Fl. 108, c. 2 de pruebas.

²⁶ Fl. 114, c. 1 de pruebas.



4. Problemas jurídicos:

La Sala analizará si las Resoluciones 696 y 1680 de 2001, mediante las cuales se declaró la caducidad del contrato SI-C-017-2000, adolecen de nulidad por violación de normas superiores, falsa motivación o desviación de poder. En caso de acreditarse alguno de tales vicios, se examinará si hay lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios reclamados por el demandante.

De igual manera, se examinará si existió incumplimiento contractual imputable a la entidad, con ocasión de (i) deficiencias en el deber de planeación, (ii) la negativa a modificar el contrato o (iii) las omisiones en la obtención de los permisos requeridos para iniciar las labores.

5. Material probatorio relevante:

5.1. El Ministerio de Transporte y el departamento de Bolívar suscribieron el convenio interadministrativo 14 de 1998²⁷, en virtud del cual la entidad territorial asumió la obligación de ejecutar, directamente o mediante contrato, la construcción y adecuación de obras hidráulicas para la profundización del canal de acceso al Puerto de Cartagena.

5.2. En desarrollo de lo anterior, el 10 de marzo de 2000, la entidad ordenó la apertura de la licitación pública SI-C-001-2000, con el objeto de *“seleccionar la propuesta más favorable para contratar el dragado a 14 metros de profundidad del canal de acceso al Puerto de Cartagena”*²⁸.

5.3. Mediante Resolución 746 del 2000²⁹, la entidad territorial adjudicó el contrato a la sociedad Boskalis Westminster BV, por cuanto su oferta resultó ser la más favorable dentro del proceso de selección, frente a las propuestas del Consorcio Checmex-Inatlantic y del Consorcio Canal de Acceso.

²⁷ Fls. 10 – 12, c. 1 de pruebas.

²⁸ Fls. 15 – 73, c. 1 de pruebas.

²⁹ Fls. 106 – 108, c. 1 de pruebas.



5.4. La oferta de la sociedad adjudicataria contempló el uso de una draga de succión en marcha con tolva “*W.H. Resolution*” y, como alternativa, una draga de succión con cortadora “*El Yaqui*”³⁰.

5.5. El 9 de junio de 2000, la entidad y la demandante suscribieron el contrato SI-C-017-2000³¹, cuyo objeto consistió en *“ejecutar para el departamento de Bolívar, las obras de dragado a 14 metros de profundidad del canal de acceso al Puerto de Cartagena, de acuerdo con los planos, especificaciones técnicas, cantidades de obras y demás condiciones que son parte integrante del presente contrato, de acuerdo con la propuesta presentada por el contratista y el pliego de condiciones de la licitación pública No. SI-C-001-2000”*.

5.6. Mediante oficio del 22 de junio de 2000³², Boskalis solicitó la autorización del departamento para el cambio de la draga de succión en marcha por una de corte, con base en los informes técnicos del 23 de mayo de 1994 y “*7 de noviembre de 2000*”³³, en los cuales se advertía la existencia de formaciones rocosas en el suelo a dragar, en contraste con lo señalado en los estudios allegados con el pliego de condiciones.

5.7. A través de comunicación del 30 de junio de 2000³⁴, la entidad territorial le solicitó al Ministerio de Transporte que se pronunciara sobre la petición de cambio de draga presentada por Boskalis, en atención a que dicha cartera facilitó la información técnica para adelantar la licitación SI-C-0001-2000.

5.8. El 29 de agosto de 2000³⁵, la administración departamental informó al contratista que había dado traslado de su inquietud al Ministerio de Transporte. Sin embargo, le advirtió que los estudios que fundamentaban la solicitud de cambio de draga eran anteriores a la presentación de la propuesta y precisó que era responsabilidad de la sociedad seleccionar el equipo adecuado para la realización de las obras.

³⁰ Fls. 84 – 90, c.1 de pruebas.

³¹ Fls. 109 – 115, c. 1 de pruebas.

³² Fls. 117 – 118, c.1 de pruebas.

³³ Fecha plasmada en el documento que obra en el expediente (fl. 127, c.1 de pruebas).

³⁴ Fls. 149 – 150, c. 1 de pruebas.

³⁵ Fls. 157 – 159. c.1 de pruebas.



5.9. El 14 de septiembre de 2000³⁶, el Ministerio de Transporte le comunicó a la demandada que, desde el punto de vista jurídico, no era posible acceder a lo solicitado por el contratista. En consecuencia, el 18 de septiembre siguiente³⁷, la entidad contratante instó a Boskalis el cumplimiento inmediato de los requisitos para la legalización del contrato.

5.10. En atención a la comunicación anterior, Boskalis remitió el 28 de septiembre de 2000 los documentos requeridos³⁸ y, el 2 de octubre siguiente³⁹, expuso que adelantaba acercamientos con una empresa que disponía del equipo que cumplía con las condiciones técnicas previstas en el pliego de condiciones.

5.11. El 10 de octubre de 2000⁴⁰, el contratista presentó a la entidad territorial las características técnicas de la draga cortadora “Mayi L#2”, propuesta para la operación.

5.12. El 20 de octubre siguiente⁴¹, el departamento desembolsó el anticipo equivalente al 50% del valor del contrato, esto es, \$825'090.985.

5.13. El 14 de noviembre de 2000⁴², Boskalis le manifestó a la entidad que la draga de corte “Mayi L#2” se encontraba lista y disponible desde el 7 de noviembre para iniciar labores, a la espera de los permisos que debía expedir la DIMAR.

5.14. Mediante comunicación del 20 de noviembre de 2000⁴³, el Ministerio de Transporte ratificó su posición de no aceptar el cambio de la draga inicialmente propuesta por Boskalis.

5.15. La Dirección General Marítima (DIMAR) expidió la autorización para la ejecución de las labores de dragado con el equipo denominado “Mayi L#2”⁴⁴.

³⁶ Fl. 160, c.1 de pruebas.

³⁷ Fl. 161, c.1 de pruebas.

³⁸ Fls. 162 – 163, c.1 de pruebas.

³⁹ Fl. 164, c.1 de pruebas.

⁴⁰ Fl. 169, c.1 de pruebas.

⁴¹ Fl. 183, c. 1 de pruebas.

⁴² Fl. 208, c.1 de pruebas.

⁴³ Fls. 214 – 215, c.1 de pruebas.

⁴⁴ Fls. 17 – 19, c. 2 de pruebas.



5.16. En documento suscrito el 28 de diciembre de 2000⁴⁵, el Secretario de Infraestructura, el supervisor del convenio interadministrativo y el del contrato de interventoría suscribieron un documento en el que consideraron necesario aceptar el cambio de equipo propuesto por el contratista. Sin embargo, el Ministerio de Transporte reiteró que la modificación no era jurídicamente viable, dado que la adjudicación se había realizado con base en la oferta técnica presentada por Boskalis, y sugirió dar por terminado el negocio⁴⁶.

5.17. El 27 de febrero de 2001, Boskalis y el departamento de Bolívar acordaron iniciar los trámites para terminar y liquidar el contrato, para lo cual fijaron una reunión el 15 de marzo siguiente⁴⁷.

5.18. El 14 de marzo de 2001⁴⁸, la entidad contratante citó a Boskalis con el fin de declarar la caducidad del contrato producto del incumplimiento y teniendo en cuenta que la garantía única de cumplimiento estaba por vencerse. En respuesta, el representante de la sociedad pidió la aclaración de los motivos de la citación⁴⁹ y en oficio del 23 de marzo siguiente remitió el anexo de ampliación del plazo de cobertura de la respectiva póliza⁵⁰.

5.19. Por medio de oficio del 2 de abril de 2001⁵¹, el departamento presentó un informe en el que expuso las circunstancias que rodearon la ejecución del contrato SI-C-017-2000, advirtiendo que las mismas daban lugar a la declaratoria de caducidad por incumplimiento del contratista.

5.19. Por medio de la Resolución 696 del 11 de abril de 2001⁵², confirmada mediante Resolución 1680 del 9 de julio siguiente⁵³, el departamento de Bolívar declaró la caducidad del contrato SI-C-017-2000 suscrito con Boskalis.

⁴⁵ Fls. 43 – 44. c. 2 de pruebas.

⁴⁶ Fls. 45 – 47, c. 2 de pruebas.

⁴⁷ Fls. 55 – 57, c. 2 de pruebas.

⁴⁸ Fl. 59, c. 2 de pruebas.

⁴⁹ Fl. 61, c. 2 de pruebas.

⁵⁰ Fl. 62, c. 2 de pruebas.

⁵¹ Fls. 63 – 69, c. 2 de pruebas.

⁵² Fls. 71 – 76, c.2 de pruebas.

⁵³ Fls. 80 – 107, c.2 de pruebas.



6. Análisis de legalidad del acto que declaró la caducidad:

La Sala determinará si las Resoluciones 696 y 1680 de 2001, mediante las cuales se declaró la caducidad del contrato SI-C-017-2000, adolecen de nulidad por violación de normas superiores, falsa motivación o desviación de poder.

6.1. Cargo de violación de normas superiores – debido proceso:

El actor sostuvo como uno de los cargos de nulidad que la entidad lo sorprendió con la declaratoria de caducidad, impidiéndole ejercer su derecho de defensa. Al respecto, se advierte que el contrato objeto del presente litigio fue suscrito el 9 de junio de 2000, por lo que no estaba vigente el procedimiento sancionatorio previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Previo a la creación de un procedimiento sancionatorio de orden legal, la jurisprudencia del Consejo de Estado había sostenido que las garantías del debido proceso resultaban aplicables a la actividad contractual, en especial, respecto de la declaratoria de caducidad, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política. Ello, en atención a que la severidad de las sanciones contractuales *“impiden que se puedan aplicar de plano e imponen la necesidad que la Administración previamente a su adopción, observe un procedimiento que preserve la plenitud de las reglas del debido proceso”*⁵⁴.

Sin embargo, por tratarse la caducidad de una potestad encaminada a la realización de los fines públicos de la contratación, es preciso armonizar la garantía del debido proceso con la prevalencia del interés general.

En esa línea, la jurisprudencia ha señalado que, en materia de sanciones contractuales, lo esencial es que la medida no resulte sorpresiva ni intempestiva y que, antes de adoptarse, se brinde al contratista la oportunidad de expresar su opinión y controvertir los fundamentos que se le atribuyen⁵⁵.

⁵⁴ ESCOBAR Gil, Rodrigo, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, Edt. Legis, 1999, Págs. 362 a 364, citado en: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010. Radicación No. 05001-23-26-000-1992-00117-01 (18.394), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010. Radicación No. 05001-23-26-000-1992-00117-01 (18.394), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.



Si bien no se exige un procedimiento previo formalmente estructurado, la Administración debe garantizar un espacio mínimo de contradicción que permita al interesado ejercer su defensa. Este procedimiento, propio de la formación de la voluntad administrativa, no se suple con los recursos en sede gubernativa, dado que en dicha etapa, aunque también rige el debido proceso, se discute una decisión ya adoptada.

Así, el debido proceso como requisito para la declaratoria caducidad del contrato celebrado por la Administración (y va de suyo para la imposición de las multas y la cláusula penal) no puede ser concebido como un procedimiento administrativo general o gubernativo puro, sino que debe entenderse cumplido, respetado y satisfecho mediante el adelantamiento de un procedimiento ágil, que consiste, como se explicó, en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad pública contratante, defenderse del mismo, así como pedir la práctica de pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra⁵⁶.

Descendiendo al caso concreto, la Sala observa que, mediante comunicación del 13 de febrero de 2001⁵⁷, el departamento instó a Boskalis para que diera cumplimiento al objeto del contrato y, en caso de no estar en condiciones, le pidió informarlo para concretar su terminación de común acuerdo.

Luego, en reunión del 27 de febrero siguiente⁵⁸, en la que participaron representantes de la entidad y de la contratista, se estableció que la mejor solución ante la imposibilidad técnica de ejecutar el acuerdo era proceder con su liquidación, para lo cual se acordó citar una nueva reunión.

Mediante oficios del 13 y 14 de marzo de 2001⁵⁹, el departamento citó al contratista y a la interventoría a una reunión que se adelantaría el 25 de marzo del mismo año para dar inicio al proceso de liquidación del negocio.

El mismo 14 de marzo de 2001, le envió al contratista una comunicación en la que se le indicaba lo siguiente:

(...) en atención al incumplimiento presentado en la ejecución del contrato No. SI-C-017-2000 que ha imposibilitado el desarrollo del Contrato Interadministrativo suscrito entre el Departamento de Bolívar y el Ministerio de Transporte, se hace necesario realizar los trámites pertinentes que conlleven a

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010. Radicación No. 05001-23-26-000-1992-00117-01 (18.394), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁷ Fls. 52 – 53, c. 2 de pruebas.

⁵⁸ Fls. 55 – 56, c. 2 de pruebas.

⁵⁹ Fls. 57 – 58, c. 2 de pruebas.



la declaratoria de caducidad del citado contrato, en vista del inminente vencimiento de la Garantía Única del mismo, que comprende el amparo de los riesgos que actualmente se comparten con la Compañía de Seguros del Estado (...) y que el Departamento como ejecutar del contrato interadministrativo no puede asumir en forma individual, especialmente los amparos de cumplimiento y buen manejo de anticipo, que vencen el día 25 de marzo de 2001⁶⁰.

El 21 de marzo de 2001, Boskalis dio respuesta al oficio y manifestó lo siguiente:

Dado que el día 15 de marzo fuimos invitados por el Secretario de Infraestructura a una reunión para dar inicio al proceso de liquidación del contrato en referencia, según reunión y acta del 27 de febrero del año en curso, no entendemos su carta de marzo 14 de 2001⁶¹

A su vez, mediante comunicación del 23 de marzo de 2001⁶², Boskalis remitió al departamento el “Anexo de modificación de la Póliza de Seguro de Cumplimiento ante Entidades Estatales No. 00752316 expedida por Seguros del Estado, en la cual se amplía el plazo de cobertura” hasta el 20 de abril de 2001. Si bien no se aportó el contenido del anexo, la entidad reconoció en el acto administrativo que declaró la caducidad que el amparo de cumplimiento se encontraba vigente hasta esa fecha, conforme al anexo de modificación expedido el 23 de marzo de 2001⁶³.

El departamento, en el oficio del 2 de abril de 2001⁶⁴, dirigido al Ministerio de Transporte, relató las circunstancias que rodearon la ejecución del contrato de obra SI-C-017-2000 y señaló que, de no lograrse la liquidación del mismo, procedería declarar su caducidad.

Finalmente, mediante Resolución 969 del 11 de abril de 2001, la entidad declaró la caducidad del contrato *sub lite* debido a que el contratista no ejecutó las obras de conformidad con las obligaciones contraídas en virtud del clausulado, el pliego de condiciones de la licitación y su propuesta.

En ese contexto, la Sala advierte que, aunque el departamento remitió una comunicación el 14 de marzo de 2001 en la que informó su intención de declarar la caducidad del contrato, dicha actuación no ofreció ni garantizó al contratista un espacio real y efectivo para controvertir los fundamentos del presunto incumplimiento ni para solicitar o aportar pruebas en su defensa, pues se limitó a

⁶⁰ Fl. 59, c.2 de pruebas.

⁶¹ Fl. 61, c.2 de pruebas.

⁶² Fl. 62, c.2 de pruebas.

⁶³ Fl. 75, c.2 de pruebas.

⁶⁴ Fls. 63 – 69, c.2 de pruebas.



indicarle de forma general que era “*necesario realizar los trámites pertinentes que conlleven a la declaratoria de caducidad*”. Además, en el acto administrativo que materializó dicha decisión no se dejó constancia de que el contratista hubiese ejercido su derecho de contradicción frente a los cargos formulados.

De igual forma, el oficio del 2 de abril de 2001, remitido al Ministerio de Transporte, si bien relató las circunstancias que rodearon la ejecución del contrato, no puede considerarse como una oportunidad para que Boskalis ejerciera su defensa, por cuanto no estaba dirigido a él ni tenía por objeto garantizar el principio de contradicción, sino rendir un informe a dicha cartera sobre lo ocurrido y las determinaciones adoptadas por la entidad territorial.

En ese sentido, se concluye que el departamento de Bolívar vulneró el derecho al debido proceso del actor, porque, aun en ausencia de un procedimiento legal previamente establecido para imponer la sanción, la Constitución le imponía la obligación de asegurar, como mínimo, que el contratista pudiera pronunciarse sobre los cargos que se le atribuían, oportunidad que la entidad no le brindó. Por tal motivo, la Sala declarará la nulidad de las resoluciones demandadas.

7. Incumplimiento de la entidad:

Ahora bien, la Sala examinará si existió incumplimiento contractual imputable a la entidad con ocasión de (i) deficiencias en el deber de planeación, (ii) la negativa a modificar el contrato o (iii) las omisiones en la obtención de los permisos requeridos para iniciar las labores.

7.1. Cargas derivadas del principio de planeación:

Según el demandante, la imposibilidad de ejecutar las obras obedeció a la deficiente planeación de la entidad, la cual suministró estudios de suelo que indicaban una consistencia arenosa en la zona de la obra, razón por la cual se ofertó una draga de succión.

El principio de planeación impone a las entidades estatales el deber de elaborar, con anterioridad a la apertura del proceso de selección, los estudios, análisis y documentos necesarios para soportar adecuadamente la futura contratación. Busca



que las decisiones que sean adoptadas por la Administración no sean el resultado del azar o de la improvisación, sino que, por el contrario, estén debidamente soportadas en análisis técnicos, financieros y de conveniencia.

Aun cuando este deber es exigible, en primer término, a la entidad contratante, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que al contratista también le asisten deberes en la etapa previa a la celebración del contrato (es un principio bifronte), de cuyo incumplimiento se derivan responsabilidades que no puede eludir, en tanto su participación en el proceso parte de la base de los conocimientos especializados y la experiencia que ostenta el proponente, y que contribuyen a la consideración, valoración y calificación de su oferta⁶⁵.

En tal sentido, se ha señalado que *“el contratista tiene el deber de colaborar con la administración, en observancia del principio de planeación, de manera que, entre otros, les corresponde ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas, además deben abstenerse de participar en la celebración de un contrato en el que evidencien que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse”*⁶⁶.

Ahora bien, el criterio para establecer si el contratista incumplió con las cargas propias del deber de planeación consiste en verificar si conocía, o debía conocer, las deficiencias en dicho aspecto. En este caso, la Sala observa que la propia sociedad Boskalis advirtió desde la presentación de su oferta la imposibilidad de ejecutar el dragado con una draga de succión en marcha, lo cual consta en la carta de presentación de su propuesta:

*Con conocimiento y experiencia en el Terminal Marítima de Manga, no creemos factible realizar el trabajo con una draga de succión en marcha, así esté equipado con “jet-pump”. En contrario estamos seguros de poder realizar el trabajo con el equipo ofrecido en nuestra oferta alternativa*⁶⁷.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de agosto de 2020. Radicación No. 05001-23-31-000-2006-03354-01 (46.057), C.P.: María Adriana Marín.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 3 de abril de 2020. Radicación No. 25000-23-26-000-2007-00097 (48.676), C.P.: Alberto Montaña Plata.

⁶⁷ Fls. 80 – 81, c.1 de pruebas.



A su vez, en el documento denominado “*método de trabajo*”⁶⁸ que hacía parte de la propuesta de Boskalis, se señaló como equipo principal para ejecutar las obras una “*draga de succión en marcha con tolva W.H. Resolution*”, y se afirmó lo siguiente:

*[T]omando en cuenta el material descrito en los informes del suelo, entregado por ustedes, el material a dragar podría ser ejecutado en un plazo de 2 semanas. Pero investigaciones in situ muestran otro material diferente a dragar. Prueba de ello es que la draga Bocas de Ceniza, equipo más grande que el solicitado en los pliegos, no pudo hacer el dragado de Bocachica*⁶⁹.

Por su parte, el numeral 6.4 del pliego de condiciones⁷⁰ autorizaba la presentación de una oferta técnica alternativa con el fin de asegurar la adecuada ejecución del contrato. En ejercicio de esa posibilidad, el oferente incluyó en el anexo “*oferta alternativa*”⁷¹ la utilización de la “*draga de succión con cortadora ‘El Yaqui’, potencia de cortador: 250 h.p.*”. En ese mismo documento advirtió que “*tomando en cuenta las indicaciones de presencia de formaciones de coral en el Canal de Acceso, es nuestra opinión que una draga de succión en marcha con tolva, incluso equipado con ‘water-jets’, no sería capaz de remover tales formaciones*”⁷².

Y nuevamente, en el anexo denominado “*Declaración 2*”⁷³, realizó la siguiente manifestación:

Boskalis Westminster Dredging BV declara que existen suposiciones indicando la existencia de formaciones de coral en el área de dragado las cuales no aparecen en los estudios de suelo. Estas posibles formaciones afectarán en su eventualidad la eficiencia del proceso de dragado y por ende los costos de dragado.

De lo expuesto se concluye con claridad que el contratista incumplió las cargas propias del deber de planeación, pues sabía de la existencia de formaciones rocosas, advertía la diferencia entre el estudio elaborado por la entidad y la realidad del suelo, y tenía claro, desde el inicio, que el contrato no podría ejecutarse con la draga ofrecida.

⁶⁸ Fl. 85, c.1 de pruebas.

⁶⁹ Fl. 86, c.1 de pruebas.

⁷⁰ Fl. 47, c.1 de pruebas.

⁷¹ Fls. 88 – 89, c.1 de pruebas.

⁷² Fl. 88, c.1 de pruebas.

⁷³ Fl. 83, c.1 de pruebas.



Cabe precisar que la cláusula primera del contrato SI-C-017-2000 disponía que el objeto debía ejecutarse *“de acuerdo con los planos, especificaciones técnicas, cantidades de obras y demás condiciones que son parte integrante del presente contrato, de acuerdo con la propuesta presentada por el contratista y el pliego de condiciones”*⁷⁴.

En ese contexto, no resulta admisible que el demandante pretenda trasladar a la entidad estatal la imposibilidad de adelantar las obras, ya que, como experto, tenía la carga de advertirlo e, incluso, de abstenerse de participar en el proceso de selección al saber que la ejecución del contrato no era viable en las condiciones técnicas ofrecidas. Cabe resaltar que no obra en el expediente elemento probatorio que acredite que Boskalis hubiera formulado observaciones al pliego de condiciones en la etapa previa, pese a conocer que la ejecución con la draga ofertada era inviable.

A pesar de que el actor sostuvo que se trataba de un hecho nuevo e imprevisible que solo podía corroborarse al momento de iniciar las obras, lo cierto es que los propios documentos de su oferta demuestran que no era así. Es más, uno de los estudios aportados para justificar el cambio de draga databa de 1994, esto es, de antes del proceso de selección. En su calidad de experto, Boskalis debía conocer los estudios disponibles sobre la zona, en efecto, él mismo admitió la existencia de antecedentes en ese sentido.

Así las cosas, no resulta procedente atribuir la imposibilidad de ejecución del contrato a la entidad, puesto que se demostró que el contratista incumplió las cargas que le imponía el principio de planeación en razón de su experiencia y especialidad.

7.2. Limitaciones a la modificación del contrato:

El demandante cuestionó que la entidad se negara a aceptar las modificaciones propuestas al contrato, dado que la limitación a las modificaciones contractuales se restringe únicamente a no alterar el objeto, sin que se extienda al cambio de las especificaciones técnicas del equipo ofrecido.

⁷⁴ Fl. 110, c.1 de pruebas.



La Sala advierte que la decisión de la entidad se fundamentó en los oficios del 14 de septiembre⁷⁵ y del 20 de noviembre de 2000⁷⁶, en los cuales el Ministerio de Transporte aseveró que, desde el punto de vista jurídico, no era viable aceptar el cambio de draga por las siguientes razones:

El Ministerio ratifica lo manifestado en su oficio No. 25251 del 14 de septiembre de 2000, en el sentido de no aceptar el cambio de la draga inicialmente propuesta por Boskalis y que sirvió de base para la adjudicación del contrato, comoquiera que con ello se estaría violando el principio de igualdad de los oferentes que participaron en la licitación y variando los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones que hacen parte esencial del contrato, como fuente principal generadora de derechos y obligaciones de las partes⁷⁷.

La jurisprudencia del Consejo de Estado⁷⁸ se ha referido a los límites en las modificaciones contractuales con respecto a la prohibición de variar el objeto mismo del negocio. Uno de los fundamentos de esta limitante es evitar conductas dirigidas a ignorar el deber de selección objetiva y los principios de libre concurrencia e igualdad⁷⁹.

A su vez, esta Corporación ha señalado que existen distintos tipos de limitaciones para modificar los contratos estatales, las cuales están orientadas a “*preservar los principios de origen legal, de libertad de concurrencia, de transparencia y de igualdad*”⁸⁰. Así, ha identificado límites de orden temporal, formal y material. En este último grupo, se encuentran las restricciones relacionadas con la variación del contenido sustancial del contrato y del pliego de condiciones.

⁷⁵ Fl. 160, c.1 de pruebas.

⁷⁶ Fls. 214 – 215, c.1 de pruebas.

⁷⁷ Fls. 214 – 215, c.1 de pruebas.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 31 de agosto del 2011. Radicación No. 25000-23-26-000-1997-04390-01 (18.080), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁷⁹ Ibidem. “Sin embargo, como se señaló en apartes previos y se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de la alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal –como la libre concurrencia y la selección objetiva– y, por esta vía, de la función administrativa constitucionalmente consagrados. Por ejemplo, los contratistas, basados en la expectativa de futuras modificaciones dirigidas al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, pueden estructurar ofertas con precios artificialmente bajos solamente con el propósito de lograr la suscripción del acuerdo y una vez obtenida la posición de contraparte del Estado, presionar la renegociación del negocio para obtener nuevas ventajas”.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de junio de 2018. Radicación No. 11001-03-06-000-2018-00034-00(2369), C.P.: Óscar Darío Amaya Navas.



Al respecto, se sostiene que resulta improcedente modificar aspectos del contrato que sirvieron de fundamento para la selección objetiva, pues de lo contrario se desconocerían “los derechos de los interesados en el proceso precontractual, y se vulnerarían los principios de libertad de concurrencia, de transparencia y de igualdad de oportunidades”⁸¹.

Para fines ilustrativos, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado la denominada doctrina del *cambio cardinal* (*cardinal change doctrine*), conforme a la cual una modificación introducida a un contrato estatal puede resultar tan profunda que excede el alcance de la licitación que le dio origen. En tales eventos, la modificación no puede considerarse un simple ajuste contractual, sino que equivale, en la práctica, a un nuevo contrato que debió someterse nuevamente a un procedimiento competitivo. De acuerdo con precedentes como *Aircraft Charter Solutions, Inc. v. United States*⁸², el criterio determinante consiste en verificar si la alteración contractual modifica de tal manera las condiciones esenciales de la selección que otros oferentes razonablemente habrían podido participar de haber conocido esas condiciones desde el inicio⁸³.

Por último, cabe resaltar que la draga presentada para la ejecución del contrato no correspondía a la prevista en la oferta alternativa, sino a un equipo distinto⁸⁴. Adicionalmente, se resalta que en la licitación pública que dio origen al contrato *sub lite* resultaron tres proponentes habilitados: Boskalis Westminster; el Consorcio Checmex–Inatlántic S.A., y el Consorcio Canal de Acceso⁸⁵. Estos últimos formularon como propuesta principal una draga de corte ⁸⁶, de modo que, en este

⁸¹ Ibidem.

⁸² AIRCRAFT CHARTER SOLUTIONS, INC., Plaintiff, v. The UNITED STATES. 109 Fed. Cl. 398, 2013 U.S. Claims LEXIS 143, 2013 WL 858335. Disponible en: https://www.courtlistener.com/opinion/854675/aircraft-charter-solutions-inc-v-united-states/?q=&court_meb=on&order_by=score+desc

⁸³ AT & T Communications, Inc. v. Wiltel, Inc., 1 F.3d 1201 (Fed. Cir. 1993) (AT & T), citado Ibidem. “This [bid protest] does not ask whether Government modifications breached a contract, but asks instead whether Government modifications changed the contract enough to circumvent the statutory requirement of competition. The cardinal change doctrine asks whether a modification exceeds the scope of the contract’s changes clause; this case asks whether the modification is within the scope of the competition conducted to achieve the original contract”. Traducción de la Sala: “Esta [protesta por licitación] no cuestiona si las modificaciones del Gobierno infringieron un contrato, sino si dichas modificaciones alteraron el contrato lo suficiente como para eludir el requisito legal de competencia. La doctrina del cambio cardinal cuestiona si una modificación excede el alcance de la cláusula de cambios del contrato; este caso cuestiona si la modificación se encuentra dentro del alcance de la competencia llevada a cabo para alcanzar el contrato original”.

⁸⁴ En la oferta alternativa, el demandante propuso la utilización de la draga de succión con cortadora *El Yaquí*, equipo que difiere de la draga de corte *Mayí L#2*.

⁸⁵ Fl. 99, c.1 de pruebas.

⁸⁶ Fl. 99, c.1 de pruebas.



caso, resultaba evidente que la modificación del equipo propuesto alteraría las condiciones del proceso de selección y desconocería los principios de libre concurrencia, transparencia e igualdad de oportunidades.

En ese orden, la Sala precisa que no se trata de equiparar la sustitución de la draga con una alteración del objeto contractual, sino de destacar que dicha modificación incidía directamente en elementos esenciales del proceso de selección, en particular, en las condiciones técnicas que definieron la oferta adjudicada y que resultaban determinantes para garantizar la igualdad y la libre concurrencia entre los proponentes. Por ello, aun cuando el objeto permaneciera formalmente inalterado, el cambio propuesto excedía los límites materiales de las modificaciones contractuales admisibles, al afectar aspectos que sirvieron de fundamento para la adjudicación y que no podían ser modificados sin comprometer la transparencia del procedimiento licitatorio.

Así las cosas, la negativa de la entidad a modificar el contrato fue jurídicamente fundada y no configuró incumplimiento alguno, por cuanto atendió la necesidad de preservar las condiciones de igualdad y de libre competencia del proceso de selección.

Finalmente, no es de recibo la tesis del demandante según la cual la entidad habría aceptado tácitamente la modificación de las especificaciones técnicas del contrato al gestionar los permisos para la operación de la draga *Mayi L#2*. Si bien el departamento adelantó tales gestiones mientras evaluaba la posibilidad de modificar el contrato, dichas actuaciones no implican aceptación alguna de un cambio en sus condiciones.

En todo caso, conviene recordar que, conforme al artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el contrato estatal, así como sus modificaciones, tiene carácter solemne, de manera que el acuerdo de voluntades debe constar por escrito. En consecuencia, las actuaciones administrativas previas no pueden entenderse como manifestaciones de consentimiento válidas para alterar las condiciones contractuales.



7.3. Obtención de permisos:

Según el demandante, la entidad incumplió el deber de gestionar los permisos ante la DIMAR, que solo se obtuvieron hasta el 30 de noviembre de 2000.

Al respecto, cabe resaltar que el artículo 1603 del Código Civil, aplicable al contrato *sub lite* por la remisión contenida en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993⁸⁷, dispone lo que se ha denominado como “*excepción de contrato no cumplido*”, según la cual, en los contratos bilaterales, “*ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*”.

Ahora bien, en el material probatorio que obra en el plenario se observa que la Dirección General Marítima autorizó la ejecución del proyecto de dragado del canal de acceso al puerto de Cartagena en el sector de Bocachica mediante la Resolución 499 del 30 de noviembre de 2000⁸⁸. Para esa fecha, el contratista no había cumplido con su obligación de poner a disposición la draga con las especificaciones técnicas exigidas en el contrato, de acuerdo con la oferta presentada por la sociedad. Si bien para ese momento se encontraba a disposición la draga de corte Mayi L#2⁸⁹, lo cierto es que, como se reseñó, la entidad no había autorizado el cambio de draga, por lo que persistía el incumplimiento de Boskalis a las especificaciones técnicas pactadas.

Cabe destacar que en la cláusula primera del contrato se pactó que el objeto se desarrollaría “*de acuerdo con los planos, especificaciones técnicas, cantidades de obra y demás condiciones que son parte integrante del presente contrato, de acuerdo con la propuesta presentada por el contratista y el pliego de condiciones de la licitación*”⁹⁰. A su vez, en el numeral 6.1. del pliego de condiciones definió:

El equipo mínimo exigido para la realización de las obras de dragado será el que presente el proponente, de acuerdo a la alternativa propuesta. En toda forma el equipo presentado será exclusiva responsabilidad del oferente, asumiéndose que cuenta con la experiencia requerida para acometer este tipo de obra y con el conocimiento de toda información existente relativa a

⁸⁷ “Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 20. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

⁸⁸ FIs. 17 – 19, c.2 de pruebas.

⁸⁹ Fl. 208, c.2 de pruebas.

⁹⁰ Fl. 110, c.1 de pruebas.



ejecuciones similares en el canal de acceso a la Bahía de Cartagena, lo cual garantice el estricto cumplimiento de las exigencias contractuales⁹¹.

Por su parte, Boskalis propuso utilizar para la ejecución del contrato una “*draga de succión en marcha con tolva*”⁹² y bajo esta oferta se le adjudicó el contrato, según el informe de evaluación técnica expedido por el departamento⁹³.

En ese orden de ideas, no le asiste razón al demandante, pues la autorización de la DIMAR se obtuvo cuando las condiciones técnicas del contratista aún no se ajustaban a lo pactado, toda vez que no contaba con la draga ofrecida en su propuesta ni con la autorización para sustituirla. En consecuencia, no es posible endilgar incumplimiento alguno a la entidad, dado que el contratista no cumplió cabalmente con sus obligaciones conforme a las especificaciones técnicas y condiciones contractuales asumidas en la licitación y en el contrato. Adicionalmente, no se evidencia en las cláusulas del contrato un plazo concreto para la obtención de los permisos, por lo que no es posible verificar si aquella no se realizó en los tiempos acordados.

Así las cosas, la Sala concluye que no se acreditó el incumplimiento imputado al departamento de Bolívar, por cuanto el acervo probatorio da cuenta de que las obligaciones contractuales no pudieron ejecutarse en los términos previstos debido a que el contratista no cumplió con las condiciones técnicas ofrecidas en su propuesta ni con los requisitos necesarios para la autorización de la draga.

8. Reconocimiento de los perjuicios:

De acuerdo con lo expuesto en el acápite 6 de esta providencia, la Sala procede a examinar las pretensiones del demandante encaminadas al reconocimiento de los perjuicios derivados de la declaratoria de caducidad del contrato.

⁹¹ Fl. 44, c.1 de pruebas.

⁹² Fl. 85, c.1 de pruebas.

⁹³ Fl. 99, c.1 de pruebas.



8.1. Gastos ocasionados en el cumplimiento del contrato y valor de las utilidades que el contratista esperaba obtener.

El actor solicita el reconocimiento de los costos asociados al cumplimiento del contrato (estudios de pre-dragado, salarios, impuestos, oficinas, asesoría legal, movilización de la maquinaria, transporte de empleados, entre otros) por un valor de \$1.301'754.454⁹⁴.

La Sala estima pertinente referirse a que, para que haya lugar a declarar la responsabilidad del Estado, independientemente del régimen de que se trate, resulta necesario acreditar (i) la existencia de un daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado. Sobre estos dos requisitos, la Corporación ha señalado:

El daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho, que contraría el orden legal o que está desprovista de una causa que la justifique. La imputación, por su parte, no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado. Verificada la ocurrencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado, surge el deber de indemnizarlo plenamente, cualquiera que sea el régimen de responsabilidad de que se trate⁹⁵.

En el presente caso, la Sala advierte que no se configura un daño antijurídico indemnizable. En efecto, según lo expuesto en líneas precedentes (acápite 7.1), desde el inicio del proceso licitatorio el contratista conocía las condiciones del suelo que hacían inviable la ejecución del contrato en los términos que él mismo ofertó y, pese a ello, decidió participar en la licitación.

Si bien la entidad actuó de forma irregular al proferir la declaratoria de caducidad, pues vulneró el debido proceso del demandante, lo cierto es que dicha actuación no constituye la causa eficiente de la no ejecución del contrato. El acervo probatorio muestra que, para el momento en que se expidió ese acto, el contratista ya se encontraba en incumplimiento de obligaciones esenciales, por lo que la imposibilidad de continuar con el contrato no obedeció a una conducta caprichosa o arbitraria de la administración, sino a circunstancias imputables al propio contratista.

⁹⁴ Fl. 116, c1.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 11 de agosto de 2025. Radicación No. 25000-23-36-000-2015-02601-01 (61.491); C.P.: Nicolás Yepes Corrales.



Adicionalmente, los costos asociados a la ejecución del contrato con la draga de corte *Mayi L#2* no guardaban relación con lo convenido en el contrato, pues según su cláusula primera, el objeto se desarrollaría *“de acuerdo con los planos, especificaciones técnicas, cantidades de obra y demás condiciones que son parte integrante del presente contrato, de acuerdo con la propuesta presentada por el contratista y el pliego de condiciones de la licitación”*⁹⁶. A su vez, en el numeral 6.1. del pliego de condiciones definió:

*El equipo mínimo exigido para la realización de las obras de dragado será el que presente el proponente, de acuerdo a la alternativa propuesta. En toda forma el equipo presentado será exclusiva responsabilidad del oferente, asumiéndose que cuenta con la experiencia requerida para acometer este tipo de obra y con el conocimiento de toda información existente relativa a ejecuciones similares en el canal de acceso a la Bahía de Cartagena, lo cual garantice el estricto cumplimiento de las exigencias contractuales*⁹⁷.

Por su parte, Boskalis propuso utilizar para la ejecución del contrato una *“draga de succión en marcha con tolva”*⁹⁸ y bajo esta oferta se le adjudicó el contrato, según el informe de evaluación técnica expedido por el departamento⁹⁹. En consecuencia, los costos asociados a la eventual operación de una draga de corte no guardan correspondencia con las prestaciones pactadas ni con las condiciones que sirvieron de fundamento para la adjudicación.

En estas condiciones, no puede afirmarse que los gastos reclamados deriven de una lesión injustificada a un interés jurídicamente protegido. Por el contrario, se trata de consecuencias que provienen de la propia conducta del actor y de la falta de diligencia que le era exigible en la etapa precontractual. A ello se suma que dichos costos no se corresponden con el equipo y las prestaciones efectivamente pactadas. Por lo tanto, al no verificarse un daño antijurídico imputable al Estado, no hay lugar al reconocimiento de los costos de ejecución solicitados.

Por otra parte, el demandante pretende que se condene a la entidad a pagar \$581'799.242¹⁰⁰ a título de lucro cesante correspondiente a la utilidad que esperaba percibir por el cumplimiento del negocio.

⁹⁶ Fl. 110, c.1 de pruebas.

⁹⁷ Fl. 44, c.1 de pruebas.

⁹⁸ Fl. 85, c.1 de pruebas.

⁹⁹ Fl. 99, c.1 de pruebas.

¹⁰⁰ Fl. 137, c1.



Como se desprende del artículo 1615 del Código Civil, el lucro cesante es *“la ganancia o provecho que deja de reportarse”* a causa del daño -que en este caso consistiría en la nulidad de los actos que declararon la caducidad del contrato. Así, en principio, dado que todo contrato se celebra con el propósito de que sea ejecutado en su totalidad, el acto de una de las partes que llegue a impedirlo puede dar lugar a que se indemnice a la otra por lo que no pudo percibir por culpa de la primera¹⁰¹.

Sin embargo, en este caso no se demostró el carácter cierto que debe tener el perjuicio del lucro cesante, pues al margen del acto administrativo que dispuso la caducidad del contrato y, en consecuencia, su terminación, la Sala evidencia que, para ese momento, la ejecución ya se encontraba comprometida por circunstancias imputables al propio contratista. Como se indicó, éste conocía desde la licitación las condiciones materiales que impedían ejecutar el objeto en los términos ofertados y, aun así, optó por presentarse al proceso y asumir los riesgos derivados de una planeación insuficiente.

De esta manera, el supuesto beneficio económico que afirma haber dejado de percibir no puede considerarse un ingreso cierto, sino una expectativa eventual cuya realización dependía de que el contrato pudiera ejecutarse de manera regular. Las pruebas dan cuenta, por el contrario, de que las partes incluso adelantaron conversaciones orientadas a su terminación anticipada¹⁰², lo cual revela que la culminación exitosa del negocio era altamente improbable con independencia del acto que declaró la caducidad.

En esa medida, estaba en entredicho la vocación de continuidad y de normal finalización del contrato, independientemente de la decisión de caducidad que se adoptó en las Resoluciones 696 y 1680 de 2001.

En esta línea, no hay lugar a reconocer los perjuicios solicitados por concepto de daño emergente derivado de los costos de cumplimiento del contrato ni de lucro cesante por las utilidades esperadas en la ejecución del negocio.

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 27 de octubre de 2023. Radicación No. 25000-23-36-000-2013-00497-01 (55.657); C.P.: María Adriana Marín.

¹⁰² Fls. 55 – 57, c. 2 de pruebas.



8.2. Pérdida de oportunidad.

Esta Corporación ha sostenido que la declaratoria de caducidad viciada de nulidad puede conllevar a una pérdida de oportunidad como daño jurídicamente relevante autónomo, independiente y de contornos propios que parte de dos elementos nucleares: (i) la existencia cierta y real de una posibilidad de obtener una ganancia o de impedir una pérdida, y (ii) la incertidumbre causal que se deriva del desconocimiento sobre qué habría ocurrido con esa posibilidad en caso de que la conducta u omisión antijurídica de un tercero no hubiera frustrado definitivamente la trayectoria normal de los eventos¹⁰³.

Para que proceda el reconocimiento de perjuicios por pérdida de oportunidad, se ha establecido la necesidad de que el demandante demuestre que estaba en una posición jurídicamente relevante que, en el curso normal de los hechos, le habría permitido celebrar contratos con el Estado¹⁰⁴.

Lo anterior, dado que, en materia contractual¹⁰⁵, la imposición de la inhabilidad no es una fuente automática de reconocimiento de daños a título de pérdida de oportunidad, *“pues el contratista debe acreditar que antes de la expedición de ese acto tenía un chance real de celebrar contratos con entidades estatales, lo que necesariamente debe partir por evaluar cuál era el comportamiento usual de sus negocios, esto es, si antes de la caducidad celebraba usualmente contratos con entidades estatales o se presentaba a procedimientos de selección de contratistas con cierta regularidad o, en ausencia de ambos, que se compruebe que existía una real expectativa de celebrar ese tipo de contratos en el futuro”*¹⁰⁶.

En el presente caso, la sociedad Boskalis no aportó prueba alguna de que hubiera celebrado de manera habitual y regular contratos con entidades públicas en

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 30 de agosto de 2024. Radicación No. 13001-23-31-000-2007-00438-01 (67.858); C.P: José Roberto Sáchica Méndez.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ Se precisa que, en materia de responsabilidad precontractual, la pérdida de oportunidad no constituye un daño autónomo, sino un criterio de indemnización. Al respecto, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 7 de noviembre de 2025. Radicación No. 25000-23-36-000-2019-00539-01 (70.890). Este criterio no es trasladable a la responsabilidad contractual, en la que la pérdida de oportunidad sí requiere acreditación de la posibilidad real de celebrar contratos con entidades estatales, según lo indicado por esta Subsección. Ello porque, mientras en la esfera precontractual el daño se configura con la vulneración de las reglas del proceso de selección, en los casos de caducidad el daño no se presume y debe demostrarse que la inhabilidad frustró de manera definitiva una expectativa real y probable.

¹⁰⁶ Ibidem.



Colombia, ni de su participación en procedimientos de selección con tal fin, o de que, para la época en que se expidieron las resoluciones demandadas, se encontrara participando en alguno de ellos. En particular, no allegó certificaciones de contratos celebrados con el Estado distintos al negocio objeto de este litigio.

Asimismo, el informe anual contable de Boskalis, correspondiente a los años 1999, 2000 y 2001¹⁰⁷, señala que la sociedad desarrollaba sus actividades en países como Bélgica, Alemania, Finlandia, Irlanda, Suecia, Francia, Portugal, España, Venezuela, México, Panamá, entre otros, sin que se haga referencia a Colombia como una de sus unidades de explotación o actividad económica. Por otra parte, si bien el informe de evaluación de la licitación pública SI-C-001-2000¹⁰⁸ indica como experiencia específica la ejecución de dos contratos suscritos con la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena, no obra en el expediente documentación alguna relativa a dichos contratos, ni certificaciones que acrediten su existencia, ni elementos probatorios que permitan determinar si la sociedad contratante es una entidad estatal.

Los esfuerzos probatorios del demandante se orientaron a determinar la cuantía de los perjuicios, en especial del lucro cesante derivado de las utilidades supuestamente dejadas de percibir en contratos futuros. En tal sentido, se decretó y practicó un dictamen pericial encaminado a establecer dicha cuantía, sin que el mismo ni las demás pruebas obrantes en el proceso estuvieran dirigidas a demostrar la ocurrencia del daño cuya reparación se pretende¹⁰⁹. Cabe precisar, además, que en dicho dictamen no se identificaron los procesos en los que regularmente participaba el demandante ni se acreditó que hubiera resultado adjudicatario en alguno de ellos, de modo que sus conclusiones se sustentaron en apreciaciones meramente especulativas. En consecuencia, no existen elementos

¹⁰⁷ Fls. 1 – 199, c.4 de pruebas.

¹⁰⁸ Fl. 104, c.1 de pruebas.

¹⁰⁹ En todo caso, el dictamen pericial solamente señaló que “Boskalis es una multinacional líder en el sector de los dragados a nivel mundial, con una gran experiencia e infraestructura de personal, financiera y de maquinaria y equipo, Boskalis es un Holding o grupo de empresas, por lo que **considero** que estaba calificada y clasificada para participar en las licitaciones públicas que se abrieron en el período de tiempo de Abril 11 de 2001 a Abril 11 de 2006 en un porcentaje de por lo menos el 80%, tomé este porcentaje para calcular las posibles utilidades que dejó de percibir Boskalis en dicho período con una efectividad de adjudicación promedio del 50%, es decir, de cada 10 licitaciones participaba en 8 y le adjudicaban en 4” (fls. 281 – 282, c2.). Estas afirmaciones no acreditan la ocurrencia del daño, pues constituyen meras apreciaciones subjetivas del perito sobre la trayectoria de la sociedad y estimaciones porcentuales carentes de fundamento.



suficientes que permitan acreditar la existencia de un perjuicio real y cierto susceptible de indemnización.

8.3. Afectación al *good will*.

En cuanto al daño al buen nombre, esta Subsección ha reconocido el concepto de *good will* como “un bien, un activo intangible, susceptible de apropiación patrimonial que puede asimismo sufrir menoscabo como consecuencia de un hecho dañoso imputable a un tercero”¹¹⁰. En la medida en que no existen parámetros específicos para reconocer su afectación y cuantificación, se hace necesario acudir a las reglas generales sobre los requisitos del daño para que proceda su indemnización, esto es, “que el daño sea cierto, que sea personal y que haya sido consecuencia directa de la conducta antijurídica imputable al tercero”¹¹¹.

La Sala observa que el demandante fundamentó la ocurrencia de este daño en dos recortes de prensa: el primero, correspondiente a la nota “*Aguas turbias*” publicado en la revista *Cambio* el 13 de agosto de 2001¹¹² y, el segundo, al artículo “*Dragado: un nuevo capítulo*”¹¹³, divulgado por el periódico *El Universal* de Cartagena el 14 de agosto siguiente.

A su vez, pretendió probar la suma de la afectación con la prueba 98¹¹⁴, que denominó “*informe contable expedido por Boskalis Westminster Dredging*”, en el que se cuantifican los perjuicios sufridos. En este documento se estima la cuantía con fundamento en el “*valor del ingreso anual de la compañía*” de acuerdo con el “*resumen de los contratos públicos ejecutados los últimos años*” y se relacionan las utilidades del “*contrato No.233/97 MOT-Bocana en la Ciénaga de la Virgen-Cartagena (1999-2001)*”¹¹⁵.

En primer lugar, es preciso aclarar que la prueba No. 98 no corresponde a un informe contable, sino a una estimación razonada de cuantías. Por tal motivo, las afirmaciones allí contenidas y los valores declarados por el representante legal de

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 11 de octubre de 2021. Radicación No. 76001-23-31-000-2007-00092-05 (53.479); C.P.: José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 27 de septiembre de 2024. Radicación No. 05001-23-31-000-2012-00206-01 (67.304); C.P.: José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² Fls. 131 – 132, c.1 de pruebas.

¹¹³ Fl. 133, c.1 de pruebas.

¹¹⁴ Fls. 141 – 154, c.2 de pruebas.

¹¹⁵ Vale precisar que la referencia a este contrato no contó con ningún soporte que demostrara su existencia, por lo que no varía las conclusiones expuestas sobre el daño por pérdida de oportunidad.



la empresa requerían respaldo probatorio, dado que sus manifestaciones, por sí solas, no acreditan la ocurrencia del daño ni la magnitud de los perjuicios alegados.

De acuerdo con lo anterior, no obra en el expediente prueba alguna que acredite la existencia de un daño cierto. Los recortes de prensa aportados no constituyen un medio idóneo para demostrar una afectación al *good will*, ni las declaraciones del representante legal permiten tener por acreditada su cuantía, toda vez que el denominado informe contable se limita a una estimación sin respaldo financiero ni documental. Además, se echa de menos la valoración de este activo específico en los reportes anuales contables allegados¹¹⁶, lo que refuerza la improcedencia de su reconocimiento.

De igual manera, el informe de auditoría correspondiente al año 2001 refleja resultados financieros positivos para la sociedad, al registrar un crecimiento del 14% en el valor de sus acciones, un incremento del 13% en el volumen de negocios y un aumento del 15% en las ganancias por acción. En dicho informe se concluye, además, que la compañía mantenía su “*objetivo financiero del crecimiento medio del beneficio neto con un 10%, acompañado por un rendimiento de capital de un 15% como mínimo*”¹¹⁷. Por lo tanto, no se advierte que la decisión de caducar el contrato haya tenido un impacto negativo en los resultados financieros reportados por la empresa.

Finalmente, conviene referirse al dictamen pericial decretado y practicado en primera instancia¹¹⁸. Las conclusiones que se plasmaron sobre la pretensión de reconocimiento del *good will* fueron las siguientes:

*La cuantificación de la afectación del Good Will en este caso, se calcula a partir del monto del lucro cesante estimado en el presente peritazgo. El total del lucro cesante estimado a Agosto 31 de 2009 son \$3.772'060.194, correspondiente a \$340'280.730 de las **utilidades que esperaba obtener Boskalis en la ejecución del contrato** y \$3.431'779.464, de las **posibles utilidades dejadas de percibir por Boskalis al no poder participar en licitaciones públicas generadas por la declaratoria de caducidad del contrato.***

(...)

*Conforme a los planteamientos anteriores la estimación económica de la afectación del Good Will a Agosto 31 de 2009, son \$3.772'060.194, o sea, las **posibles utilidades que dejó de percibir Boskalis entre Abril 11 de 2001 y Abril 11 de 2006***¹¹⁹ (énfasis de la Sala).

¹¹⁶ Fls. 1 – 319, c. 4 de pruebas.

¹¹⁷ Fl. 261, c.1 de pruebas.

¹¹⁸ Fls. 266 – 367, c. 2.

¹¹⁹ Fl. 280, c2.



Luego, el experto allegó una aclaración al dictamen en la que señaló que *“no es de mi alcance como perito determinar, ni he determinado, que la sociedad demandante sufrió una afectación en su Good Will, como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato SIC-C-017 de 2000”*¹²⁰.

De acuerdo con lo anterior, la Sala advierte que el dictamen pericial no buscaba pronunciarse sobre el *good will* y, en todo caso, la cuantificación realizada por el perito no se sustentó en una valoración contable del activo intangible en los libros de la sociedad, sino en la proyección de las utilidades que el experto estimó dejadas de percibir.

En este contexto, se observa que el experto efectuó una equiparación improcedente entre la pérdida de oportunidad y el *good will*, entendiendo este último 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”*¹²¹. Tal confusión conceptual desvirtúa la solidez técnica del dictamen y afecta su idoneidad para reconocer el daño alegado.

En consecuencia, al no haberse acreditado la existencia ni la cuantía de los perjuicios invocados, la Sala negará el reconocimiento solicitado por afectación al *good will*.

8. Costas

En vista de que en este caso no se percibe temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

¹²⁰ Fl. 387, c2.

¹²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 10 de marzo de 2025. Radicación No. 66001-23-33-000-2013-00428-021 (66.290); C.P.: William Barrera Muñoz.



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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 26 de febrero de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo del Archipiélago San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones 696 y 1680 de 2001, proferidas por el departamento de Bolívar, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** al tribunal de origen para lo de su competencia.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado, y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ
Aclaración de voto

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Aclaración de voto