



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01

Riohacha Distrito Especial, Turístico y Cultural, veintiuno (21) de abril de dos mil veinte (2020)

<b>Medio de control</b>	Contractual ( <b>Escritural</b> )
<b>Radicado</b>	44-001-33-40-001-2009-00581-01
<b>Demandante</b>	Modepca LTDA.
<b>Demandado</b>	Instituto Nacional de Vías
<b>Tema</b>	Reconocimiento de perjuicios derivados de la ilegalidad del acto que declaró la caducidad del contrato – condena en costas en el CCA
<b>Sentencia No.</b>	
<b>Instancia</b>	Segunda
<b>Magistrada Ponente</b>	Hirina del Rosario Meza Rhénals

## I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de La Guajira a proferir sentencia de segunda instancia, dentro del proceso de la referencia

## II. ANTECEDENTES

### 2.1 Pretensiones de la demanda (Fl. 220-221)

En el escrito de aclaración/corrección de la demanda, admitido por el juzgado de primer grado mediante auto de fecha 21 de noviembre de 2011 (Fl. 339), se formularon las siguientes pretensiones:

*“1. Que se declare la nulidad de la Resolución Número 00030 de fecha 07 de enero de 2009, "por la cual se declara la caducidad del Contrato No. 1255 de 2009, suscrito con UNIÓN TEMPORAL BOM", expedida por el subdirector de la red nacional de carreteras del instituto nacional de vías, en cuanto incluyó o cobijó a la empresa MODEPCA LIMITADA con la declaratoria de caducidad del precitado contrato y/o le hizo extensivos los efectos de esta decisión sancionatoria.*

*2. Que se declare la nulidad de la Resolución Número 3486 de fecha 09 de junio de 2009, "por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 0030 del 07 de enero de 2009 que declaró la caducidad del contrato No. 1255 de 2006, suscrito con la UNIÓN TEMPORAL BOM", expedida por el subdirector de la red nacional de carreteras del instituto nacional de vías, en cuanto resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto por la compañía MODEPCA LIMITADA en contra de la Resolución Número 00030 de fecha 07 de enero de 2007.*

*3. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene al instituto nacional de vías, a pagar a la sociedad MODEPCA LIMITADA todos los daños y perjuicios materiales y morales causados con la expedición y ejecución de las dos resoluciones demandadas, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, de conformidad con el dictamen pericial que con tal fin se solicita para el caso de los perjuicios materiales y la tasación prudencial del Juzgado para el caso de los perjuicios morales.*

*4. Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVÍAS - al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos del presente proceso.”*

### 2.2 Hechos relevantes (Fl. 3-7 y 221)

Los hechos relevantes de la demanda se resumen así:



**Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01**

1. Entre el instituto nacional de vías - INVIAS y la unión temporal BOM, integrada por B & B ingenieros cía. Ltda., Oscar Armando Otero Vásquez y Modepca Ltda., se suscribió el contrato 1255 de fecha 17 de agosto de 2006, cuyo objeto era el “*Mejoramiento y Mantenimiento de la Carretera Río Pereira - San Juan del Cesar - Buenavista Ruta 4902 y paso por San Juan del Cesar*”, con valor de \$693'578.068 y su plazo de tres (3) meses, contados a partir de la orden de iniciación, la cual fue impartida el 2 de octubre de 2006, por el subdirector de la red nacional de carreteras, y posteriormente adicionado en treinta (30) días a través del contrato adicional 1255-1-06 del 30 de diciembre de 2006. El plazo del contrato se prorrogó mediante adicionales, quedando fijado su vencimiento para el día 2 de febrero de 2007.
2. En el desarrollo del contrato se presentaron inconvenientes que hicieron que finalmente se agotara su plazo sin que se hubiera cumplido con su objeto, por razones que no son imputables a la sociedad Modepca Ltda.
3. La Interventoría del contrato, consorcio D.M.A., presentó a la subdirección de la red nacional de carreteras, con oficio CMDA-78-2006 del 23 de enero de 2007, radicado en el INVIAS bajo el número 2928 del 24 de enero de 2007, un informe relacionado con la situación del contrato en el que se reflejaba el incumplimiento del mismo, por lo que el INVIAS estimó que existía un incumplimiento grave del contratista a las obligaciones consignadas en los pliegos de condiciones y en el contrato, especialmente las relacionadas con el programa de trabajo e inversiones, cronograma de actividades, en la medida en que no se cumplieron los plazos pactados contractualmente.
4. El instituto nacional de vías resolvió declarar la caducidad del contrato, lo cual procedió a hacer mediante resolución 0030 del 7 de enero de 2009, que fue objeto de recurso de reposición por la aseguradora Liberty seguros S.A., la unión temporal BOM, y la sociedad Modepca Ltda.
5. Con la expedición y ejecución de los dos actos administrativos demandados, los cuales conforman un acto complejo, se le generaron daños y perjuicios materiales y morales instantáneos y se le vienen causando daños de carácter continuado a la empresa Modepca Ltda.

### **2.3 Sentencia de primera instancia (Fl. 533-546)**

El A quo resolvió la primera instancia disponiendo:

*“PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad de la Resolución No. 0030 de fecha 7 de enero de 2009, expedida por la Subdirección de la Red Nacional de Carreteras del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS "INVIAS", por medio de la cual se declaró la caducidad del Contrato de Obra No. 1255 de 2006, suscrito entre ese Instituto y la UNION TEMPORAL BOM; así como la Resolución No. 3486 del 9 de junio de 2009, por medio de la cual se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto por MODEPCCA LTDA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: CONDÉNESE al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS "INVIAS" a pagar a favor de la sociedad demandante, MODEPCCA LTDA, la suma de Cincuenta y Ocho Millones Quinientos Cincuenta y un Mil Quinientos Noventa y Ocho Pesos con Ochenta y Tres Centavos (\$58.551.598,83), por concepto de lucro cesante, de acuerdo con lo dispuesto en la parte considerativa de la providencia.*

*TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.*

*CUARTO: Sin costas en esta instancia.*



**Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01**

*QUINTO: La entidad pública condenada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).*

*SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, expídanse las copias pertinentes para su cumplimiento a la parte demandante, y archívese el expediente, previa las anotaciones del caso en los libros correspondientes."*

Para sustentar su decisión, sostuvo que la parte contratante tenía la potestad para declarar la caducidad del contrato, pues así se estipuló en la cláusula décima séptima del contrato.

Indicó que el plazo de ejecución del contrato fue de tres (3) meses, sometido a condición, por lo que debía remitirse a la orden de iniciación impartida por el subdirector de carreteras o acta de inicio del contrato (Fl. 185), donde se dio la orden a partir del 2 de octubre de 2006 y que posteriormente en virtud de la solicitud de prórroga se adicionó el plazo hasta el 2 de febrero de 2007.

Señaló que el acto que declaró la caducidad del contrato, como el que resolvió los recursos de reposición, se encuentran viciados de ilegalidad, habida cuenta que el instituto nacional de vías como entidad estatal contratante ejerció la facultad exorbitante en forma extemporánea, al haber expedido la resolución casi dos (2) años después de haber fenecido el término de ejecución contractual, el cual se reitera acaeció el 2 de febrero del 2007 según lo dispuesto en la cláusula primera del contrato adicional No. 1255-1-06 del 30 de diciembre de 2006. En ese sentido, indicó que se abstenía de analizar los demás cargos de nulidad invocados por la parte actora, al considerar que la configuración de la falta de competencia funcional despoja de validez todos los argumentos que sirvieron de base a la resolución.

Arguyó que habiéndose determinado que la aplicación de la potestad excepcional de la caducidad se constituía en una de las medidas más severas para con el contratista al acarrear consigo las sanciones e inhabilidades dispuestas por la ley, resulta lógico que en el presente asunto se haya generado un detrimento patrimonial a la entidad Modepca Ltda. con la medida adoptada por el instituto nacional de vías por fuera del término estipulado para ello, es decir, sin la competencia para tal efecto.

En ese sentido consideró que, respecto a los perjuicios deprecados en modalidad de daño moral, no había lugar a reconocer los mismos en el presente asunto, teniendo en cuenta la orfandad probatoria que predomina en el proceso que acredite la afectación inmaterial surgida como consecuencia de la declaratoria de la caducidad del contrato de obra No. 1255 de 2006.

Así, argumentó que lo único que se puede colegir de los testimonios que obran en el expediente, son los supuestos fácticos expuestos en el libelo de demanda relacionados con las causas del retardo en el cumplimiento de las obligaciones por parte de Modepca Ltda; y por otro lado, el dictamen pericial únicamente se limitó a cumplir con el objeto solicitado por el demandante en la adición de la demanda, valga enunciar, la determinación y cuantificación de las obras que le correspondía ejecutar a la empresa en el contrato que dio lugar a la declaratoria de la caducidad, motivo por el cual resulta imposible reconocer indemnización alguna al respecto.

Respecto a los perjuicios materiales, agregó que la parte demandante en el escrito de demanda solo solicitó de manera general se condene a "INVIAS" a pagar todos los daños y perjuicios materiales y morales causados con la expedición y ejecución de las dos



**Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01**

resoluciones demandadas, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante conforme al dictamen pericial solicitado dentro del proceso y únicamente en los alegatos de conclusión es cuando se clarificaron las pretensiones dedicando un acápite específico para tal efecto. Coligió el a quo, que el actor pretendió introducir en la etapa de alegaciones, pretensiones nuevas que no fueron pedidas en la demanda inicial, ni debatidas durante el trámite del proceso, motivo por el cual en el caso de aceptarse las mismas, se quebrantarían los derechos de defensa y contradicción de la contraparte y, por ende, se transgredirían los principios de buena fe y lealtad procesal, lo que no permite realizar pronunciamiento al respecto.

Adujo que no obstante ello, debía darse aplicación al criterio sentado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, con arreglo al cual una caducidad ilegalmente declarada, que supone la inhabilidad para contratar con el Estado durante cinco (5) años, entraña una pérdida de la oportunidad que configura un daño indemnizable y, ante la falta de certeza sobre el monto o cuantía del perjuicio, en aplicación del principio de equidad se deberá tomar el contrato terminado, como demostración de que el mismo monto sería acordado en los cinco (5) años siguientes. En ese sentido, expresó que haciendo uso de la equidad como principio general del derecho y criterio auxiliar de la actividad judicial aplicado por el Consejo de Estado en asuntos similares, consistente en inferir que a falta de certeza sobre el monto o cuantía del perjuicio ocasionado a la parte actora por la inhabilidad para contratar, se debe recurrir a criterios objetivos que permitan proferir una condena en concreto, al existir convicción sobre el daño sufrido; el cual se encuentra acreditado en el presente asunto al vislumbrarse que la parte demandante se dedicaba profesionalmente a la ingeniería y contrataba con el Estado para la construcción de obras públicas, ya que Modepca Ltda. es una sociedad organizada con ánimo de lucro.

En ese entendido, estimó que a la parte actora se le despojó de la facultad de participar en licitaciones públicas y suscribir nuevos contratos, como el presente, durante el período en que se prolongó la inhabilidad, motivo por el cual se presume que dejó de percibir por concepto de utilidad el 10% del valor del contrato, sin embargo, considerando que Modepca Ltda. hacía parte de la Unión Temporal BOM como contratista en dicho contrato de obra, para efectos del cálculo respectivo, se infiere que por concepto de utilidad percibiría los mismos puntos porcentuales equivalentes a las obligaciones que le correspondía ejecutar, esto es, el 12.5 % de la utilidad, motivo por el cual se debía aplicar el siguiente procedimiento: el valor del contrato equivalía a la suma de \$693.578.068, por consiguiente el 10% corresponde a (\$69.357.806), y el 12.5 % que devengaría Modepca Ltda., sería (\$8.669.725), valor que se reconoce por concepto de utilidad anual, tomando el mes de junio de cada año como referencia por haberse dictado la Resolución No. 03486 el 9 de junio de 2009, por medio de la cual se confirmó en su integridad la Resolución No. 0030 del 7 de enero de 2009 que declaró la caducidad del contrato, con lo que el valor que correspondería a la actualización del capital asciende a Cincuenta y Ocho Millones Quinientos Cincuenta y un Mil Quinientos Noventa y Ocho Pesos con Ochenta y Tres Centavos (\$58.551.598,83).

#### **2.4 Recurso de apelación (Fl. 548-557)**

La parte demandante, apeló los numerales segundo, tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia, solicitando se condene al Invías a pagar todos los perjuicios materiales y morales causados, así como las costas.

Como sustento del recurso, manifiesta que hubo inexactitud o imprecisión en la transcripción de las pretensiones de la demanda pues pasó por alto que la aclaración,



**Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01**

corrección o adición de la demanda fue admitida por medio del auto de fecha noviembre veintiuno de dos mil once (2011).

Argumenta que los daños y perjuicios que se señalaron en el escrito de la demanda inicial están contenidos en el capítulo intitulado CUANTÍA, los cuales se estimaron de manera razonada en la suma de \$143.287.216.76, según el cuadro inserto en dicho acápite, correspondientes a los perjuicios apreciados como sufridos por la sociedad Modepca Ltda. con la expedición de las Resoluciones Nos. 0030 de fecha 07 de enero y 3486 del 9 de junio de 2009 del INVÍAS. Agrega que esa cantidad se causó sucesivamente año tras año durante el término de los cinco (5) años en que la empresa estuvo inhabilitada para contratar, a los que se suman los daños y perjuicios causados a la empresa MODEPCA LIMITADA a título de daño emergente, por la suma de \$55.665.000; así como las demás sumas señaladas en el numeral 14 del escrito de aclaración, corrección o adición de la demanda.

Aduce que en la sentencia se incurrió en defecto fáctico por falta de valoración o por inadecuada valoración del acervo probatorio recaudado en el proceso, en la medida en que en el acápite de pruebas se pidió que se decretara, practicara y valoraran pruebas documentales.

Así, arguye que respecto a los oficios MOD-OFOT- 065, MOD-OFOT-066, MOD-OFOT-067 y MOD- OFOT-O68 de fecha 28 de octubre de 2011, remitidos por la contadora pública de Modepca Ltda. al suscrito apoderado judicial, y la copia autenticada de la tarjeta profesional de contador público de la señora Sandra Jeanet Velasco Calderón, no se apreciaron como relevantes.

Así mismo, sostiene que fueron desestimadas de plano el acuerdo de pago siniestro BO-2008-106-5, contrato 1255 de 2006 del Invías y de sus anexos y la copia autenticada de los documentos contentivos de la situación financiera de Modepca Ltda., tales como balances, estados de cambios de la situación financiera, estado, de flujos de efectivo, estados de resultados, notas a los estados financieros, declaraciones de renta, etc., debidamente certificados por la contadora pública de la empresa demandante.

Agrega que tal falta de valoración conlleva una flagrante violación de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, pues en el auto de fecha 8 de marzo de 2012 no se decretó el dictamen pericial que reclamaba el juzgado en la sentencia porque era en esa oportunidad que el juez podía tasar los perjuicios en la sentencia.

Argumenta que, de acuerdo al artículo 10 de la Ley 58 de 1982, la declaración de renta es la prueba idónea para probar el lucro cesante y, dado el caso que los ingresos sean variables, la liquidación se realiza conforme al promedio de ingresos.

En ese punto, manifiesta que se produce defecto por desconocimiento del precedente judicial, toda vez que el Consejo de Estado ha reiterado que la declaración de renta se constituye en la principal base probatoria para probar el lucro cesante.

Expresa que la sanción impuesta a la empresa, afectó moralmente a sus socios y lesionó el buen nombre de la empresa.

Finalmente, indica que debe condenarse en costas, dado que INVÍAS en el trámite del proceso se opuso a las pretensiones de la demanda y rehusó conciliar sobre las pretensiones de la misma en la etapa de conciliación, a sabiendas del hecho notorio de



**Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01**

que en innumerables procesos de controversias contractuales viene siendo condenado por la declaración de caducidad de contratos de manera extemporánea, y en cuanto a partir de la fecha de vigencia del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, quedaron eliminadas las excepciones de condena en costas para las entidades públicas, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, lo cual no ocurre en el presente caso (artículo 188, condena en costas).

## **2.5 Alegatos de conclusión en segunda instancia**

### **2.5.1 Parte demandante (Fl. 574-576)**

En síntesis, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, anexando para mayor ilustración un cuadro actualizado al 2017 del cálculo del lucro cesante y la tabla de intereses de moratorios de la DIAN.

### **2.5.2 Parte demandada**

Según se desprende de la revisión del expediente, la parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

## **2.6. Concepto del Ministerio Público.**

Según lo que obra en el expediente, el representante del Ministerio Público ante el Tribunal no rindió concepto.

## **2.7. Trámite procesal impartido**

La demanda fue presentada el 7 de diciembre de 2009 (Fl. 42), correspondiéndole por reparto al juzgado primero administrativo del circuito de Riohacha (Fl. 181), quien la admitió mediante auto de fecha 25 de octubre de 2010 (Fl. 212). En fecha 4 de noviembre de 2011, la parte actora presentó aclaración/corrección de la demanda (Fls. 220 y sgtes), la cual fue admitida mediante auto de fecha 21 de noviembre de 2011 (Fl. 339). A través de auto de fecha 8 de marzo de 2012 (Fl. 344-345) se abrió a pruebas el proceso, decisión contra la que el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación (Fl. 346), resolviéndose en auto de fecha 25 de mayo de 2012 (Fl. 364) en el que se adicionó el auto recurrido en el sentido de que se valorarían como pruebas los documentos aportados con la adición de la demanda. Posteriormente, el juzgado tercero administrativo de descongestión de Riohacha, mediante auto de fecha 24 de agosto de 2012 (Fl. 372), avocó el conocimiento del asunto, y por auto de fecha 16 de noviembre de 2012 (Fl. 374) ordenó dar cumplimiento al proveído de fecha 8 de marzo de 2012, decisión que fue recurrida por la parte actora (Fl. 375), siendo desatado en auto de fecha 12 de agosto de 2013 (Fl. 445-446) en el que se repuso el proveído y se reiteraron las pruebas que a la fecha no se habían aportado al proceso. A través de auto de fecha 5 de febrero de 2014 (Fl. 448) se ordenó traslado a las partes del dictamen pericial (Fl. 367-369), el cual fue objetado el 14 de febrero de 2014 por la parte actora (Fl. 449-451), siendo fijado en lista dicho traslado el 24 de febrero de 2014 (Fl. 452). Seguidamente, por auto de fecha 8 de abril de 2014 (Fl. 454) se corrió traslado de la objeción al dictamen pericial (fijación en lista fl. 455). Mediante auto de fecha 17 de septiembre de 2014 (Fl. 456) avocó el conocimiento del asunto el juzgado primero administrativo de descongestión de Riohacha. Posteriormente, el asunto fue remitido al juzgado primero administrativo de Riohacha, quien avocó el conocimiento mediante auto de fecha 30 de abril de 2015 (Fl. 458). Seguidamente, mediante auto de fecha 26 de noviembre de 2015 (Fl.469-470) se



**Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01**

designó perito evaluador, designando posteriormente un nuevo perito (Fl. 472). Por auto de fecha 5 de abril de 2017 (Fl. 499) se ordenó correr traslado para alegar de conclusión, derecho del que solo hizo uso dentro del término el demandante (Fl. 500-518). En fecha 27 de noviembre de 2017 el juzgado primero administrativo de Riohacha profirió sentencia (Fl. 533-546) en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, decisión que fue apelada por la parte actora (Fl. 548-557). Se citó a audiencia de conciliación a través del auto de fecha 1° de marzo de 2018 (Fl. 558), llevándose a cabo el 23 de marzo de 2018 (Fl. 558), declarándose fallida y concediéndose el recurso de apelación.

En segunda instancia el asunto correspondió por reparto al despacho 01 de este Tribunal (Fl. 563), quien admitió el recurso mediante auto de fecha 4 de mayo de 2018 (Fl. 565). A través de memorial presentado en fecha 15 de mayo de 2018 (Fl. 567-570), la parte actora solicitó la práctica de pruebas en segunda instancia. Por auto de fecha 25 de mayo de 2018 (Fl. 572) se corrió traslado para alegatos de conclusión, decisión que no fue recurrida, advirtiéndose que el actor presentó alegatos de conclusión en fecha 14 de junio de 2018 (Fl. 574-576). Posteriormente, la Magistrada titular del Despacho 01 se declaró impedida (Fl. 581), impedimento que fue aceptado por la Sala a través de auto de fecha 25 de febrero de 2019 (Fl. 583-585), siendo ingresado el asunto nuevamente al Despacho 02, por seguir en turno, quien declaró la falta de competencia a través de auto de fecha 15 de marzo de 2019 (Fl. 587-588). El Despacho que hoy elabora la ponencia, avocó el conocimiento a través de auto de fecha 22 de agosto de 2019 (Fl. 590). El asunto ingresó para dictar sentencia el 12 de septiembre de 2019 (Fl. 591).

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **3.1 Competencia.**

El Tribunal es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 133 del C.C.A., toda vez que se trata del recurso de apelación interpuesto contra sentencia de primera instancia dictada por el juzgado primero administrativo del circuito de Riohacha en asunto que le venía atribuido.

#### **3.1.2. Limitación de la competencia funcional para resolver el recurso**

En el recurso de apelación le corresponde al recurrente confrontar los argumentos sobre los cuales versa su inconformidad, con la providencia objeto de alzada, de acuerdo con ello, se le asigna la carga argumentativa de señalar los puntos o asuntos que serán objeto de decisión para el juez de segunda instancia, por lo que para éste, el marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen en contra de la decisión que se hubiere adoptado por el A quo.

Es por ello, que en principio, los demás aspectos de la lis, diversos a los que ha planteado el recurrente en la apelación, deben excluirse del debate en la segunda instancia, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o la ley, tales como aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa deberá decretarlos de manera oficiosa<sup>1</sup>; todo esto de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C.P.C. –actualmente parte inicial del artículo 328 del C.G.P.- aplicable por la remisión que hace el artículo 267 del C.C.A.

<sup>1</sup> Como por ejemplo, la caducidad, la falta de legitimación en la causa, la ineptitud sustantiva de la demanda, entre otros. Al respecto véase Sentencia de trece (13) de febrero de dos mil trece (2013), Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número: 50001-2331-000-1999-00165-01(25310).



**Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01**

Bajo el anterior parámetro, observa la Sala que la parte demandada no interpuso recurso de apelación y que la parte actora, única apelante, centra sus ataques en lo atinente al (i) reconocimiento y monto de los perjuicios derivados de la declaratoria de caducidad y (ii) la falta de condena en costas. En ese sentido, no es objeto de la instancia lo relacionado con la declaratoria de nulidad de los actos administrativos acusados.

De igual modo, debe enfatizarse en que la parte actora apelante ostenta la calidad de apelante único, por lo que en virtud del principio de *non reformatio in pejus* no podrá el Tribunal hacer más desfavorable su situación, en consonancia con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política y atendiendo que la competencia del superior frente a una apelación solitaria está limitada a revisar lo desfavorable al apelante<sup>2</sup> en aplicación del principio *tantum devolutum quantum appellatum*.

### **3.2. Control de legalidad**

No se advierten por el Tribunal irregularidades que puedan conducir en este momento procesal a anular lo actuado, debiendo precisarse que si bien el despacho ponente indicó al avocar el conocimiento del asunto, que estaba sin resolver solicitud de pruebas en segunda instancia, visible a folios 567-570, tal omisión analizada al dictar la presente sentencia, y en la que efectivamente se incurrió, debe entenderse saneada, dado que el actor la convalidó, al no recurrir la decisión del despacho 01 de correr traslado para alegar en segunda instancia y presentar sin hacer reparo los alegatos finales, todo lo cual impone tener por saneada dicha omisión, no solo a voces del parágrafo del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, que señala que “*las demás irregularidades procesales se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este código establece*”, sino en guarda de principios como los de proporcionalidad, efecto útil y prevalencia del acceso a la justicia, atendiendo la duración que ha tenido el presente trámite escritural y el imperativo de emitir prontamente sentencia que ponga fin a causa iniciada el 7 de diciembre de 2009.

### **3.2. Problemas jurídicos**

Corresponde a la Sala decidir si ¿debe revocarse la sentencia de primera instancia en sus numerales segundo, tercero y cuarto, para en su lugar acceder a las condenas derivadas de la nulidad de los actos acusados, con el alcance deprecado en la alzada?

Para despejar el anterior interrogante, que es eminentemente de tipo probatorio, debe determinarse i) si se acreditó que el reconocimiento de los perjuicios que la apelante imputa a la declaratoria de caducidad del contrato de obra No. 1255 de 2006 – dispuesta en los actos administrativos anulados en primera instancia -, debe hacerse, no como lo decidió el a quo, sino en las tipologías y montos que se indican en la alzada y ii) si había lugar a la imposición de costas de primera instancia por parte del a quo, tal como lo pide la actora apelante.

### **3.3. Tesis.**

Se sustentará como tesis que, con arreglo a las probanzas recaudadas, no están dados los supuestos para revocar los referidos numerales de la sentencia impugnada, pues no logró demostrarse la causación de los perjuicios generados por la declaratoria de caducidad del contrato de obra No. 1255 de 2006 en la forma deprecada en la demanda y su corrección/aclaración y reclamada en la alzada, resultando plausible inferir -como lo

<sup>2</sup> Sentencias T-291 de 2006, T-204 de 2015 y T-455 de 2016, entre otras.



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01

hizo el A quo-, que sí se causó detrimento a la sociedad contratista actora apelante, pero que su tasación y reconocimiento, procedente bajo criterios de justicia y equidad, debe disponerse con sujeción a lo señalado por el Consejo de Estado para asuntos similares. En línea con lo anterior, ha de acudir al monto de la utilidad que la sociedad Modepca Ltda. habría obtenido del contrato, sino hubiese sido indebidamente sancionada.

Finalmente, en lo atinente a las costas, se sustentará que no se evidenció actuación temeraria o de mala fe de la entidad demandada, razón suficiente para que no le fueran impuestas en la sentencia de primera instancia.

### 3.4 Marco jurídico aplicable a la causa

#### 3.4.1. Del reconocimiento de perjuicios derivados de la ilegalidad del acto que declaró la caducidad del contrato

Ha sido una posición reiterada por la sección tercera del Consejo de Estado que en materia de responsabilidad contractual, para el reconocimiento de perjuicios, estos deben estar plenamente probados, con lo que no basta la simple manifestación de su existencia. Así, en pronunciamiento de antaño, esa Sección ha expresado claramente:

*“Tratándose de la responsabilidad contractual proveniente de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo contractual es necesario: De una parte, demandar la ilegalidad del acto (pretensión impugnatoria) y contraprobar la presunción de legalidad que lo ampara. Es necesario además en la responsabilidad contractual, demandar la indemnización de los perjuicios causados (pretensión resarcitoria) y demostrar: el perjuicio como la consecuencia de la alteración real material exterior que padeció el demandante en las áreas patrimonial y/o extrapatrimonial, y el nexo de causalidad, comprendido, en este caso, como la relación de medio a fin entre el acto demandado declarado nulo con los efectos producidos por éste. Asimismo, la responsabilidad contractual como objeto de declaración judicial requiere pues, tratándose de la impugnación de acto contractual, de la declaración previa de nulidad de éste; así se constata de la lectura del primer inciso del artículo 87 del C.C.A, entre otros. (...)*

*Desde antes de la entrada en vigor de la Constitución 1991, la ley civil y la jurisprudencia de la Sala – con base en la doctrina extranjera – señalaba y estudiaba, respectivamente, que el perjuicio debía tener las siguientes características: -Que sea cierto, es decir, que haya lesionado un derecho del perjudicado (presente o futuro cierto). -Que sea particular, es decir, a la persona que solicita reparación. -Que sea anormal, porque excede los inconvenientes inherentes al funcionamiento del Estado. -Que verse sobre una situación jurídicamente protegida. Por regla general el perjuicio con sus cualidades, como cualquier otro hecho procesal, es materia de prueba. La ley establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que ellas persiguen (art. 177 del C de P.C). **En consecuencia, quien pretende judicialmente la reparación de un daño, debe probarlo toda vez que este elemento, como quedó explicado, es presupuesto indispensable.**”<sup>3</sup>*

En esa línea, de vieja data se ha sostenido que en los casos que se presenta la anulación del acto administrativo que dio lugar a la declaratoria de caducidad del contrato estatal, el actor tiene legítimo derecho a reclamar perjuicios, y que ellos son procedentes, siempre y cuando, exista prueba suficiente de los mismos. Así, se ha decantado lo siguiente:

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, ocho (08) de febrero de dos mil uno (2001), radicación número: 20001-23-31-000-1995-2313-01(12848).



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01

*“Ha dicho la sala, que la inhabilidad para contratar con el Estado por el término de 5 años, que acarrea al contratista la declaratoria de caducidad del contrato estatal, concebida como una potestad de la administración ante el incumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales, es una sanción legal, como quiera que dicha inhabilidad surge de la ley (art. 6º Código Civil), razón por la cual, mal podría el sancionado querer derivar perjuicios de la misma. Sin embargo, en los casos en que se presenta la anulación del acto administrativo que dio lugar a la declaratoria de caducidad, por encontrarse que fue ilegal la actuación de la administración (por falsa motivación, desviación de poder, etc.), la sala estimó que el actor tiene legítimo derecho a reclamar perjuicios y ellos son procedentes como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de caducidad, por los efectos que ésta produjo (la inhabilidad para contratar con entidades públicas), mientras tuvo el atributo de la presunción de legalidad. **Este resarcimiento de los daños causados es procedente “siempre y cuando, desde luego, exista prueba suficiente de los perjuicios alegados... por el uso indebido de la potestad unilateral de la administración”, los cuales le corresponde determinar en su clase y monto y de acuerdo a la magnitud de los mismos al contratista que se le causó el daño.** Considera la sala que si bien es cierto de esas constancias no queda duda de que el demandante tenía un ritmo normal de trabajo como ingeniero al servicio de las entidades oficiales de la ciudad de Ibagué, también lo es, **que tenía que ser más exigente con la prueba que demostrara su realidad económica durante los meses en que estuvo inhabilitado para contratar. Y esa situación la pudo acreditar con la demostración de sus estados financieros, sus estados de pérdidas y ganancias, sus libros de contabilidad, sus estados de cuenta, etc., en los que constara el movimiento económico de su oficina o del ejercicio de su profesión de ingeniero al servicio fundamentalmente de esas entidades, durante los meses de agosto de 1994, cuando se declaró la caducidad del contrato y el mes de septiembre de 1996 cuando se revocó esa medida, los cuales permitieran a la sala comparar el material probatorio que se echa de menos, con la situación particular que tenía el demandante antes de estar inhabilitado para contratar.** Ello pudo ser tarea de los peritos o de una inspección judicial, como quiera que para el año en que se practicó la primera de las pruebas, marzo de 1998, ya el demandante podía contar con dichos medios de prueba que permitían hacer una comparación rigurosa y cierta de la magnitud del perjuicio que le significó la declaratoria de caducidad del contrato. Como corolario de lo anterior, debe negarse la indemnización de perjuicios solicitada por el demandante, por insuficiencia del material probatorio con el que pretendió demostrar el daño.”<sup>4</sup> (Se resalta)*

En ese contexto, a juicio de la sección tercera del Consejo de Estado, cuando se alega perjuicio económico ocasionado por la pérdida de nuevas oportunidades para contratar, generadas por la inhabilidad producida por la declaratoria de caducidad del contrato estatal, debe existir certeza razonable y objetiva del daño, pues no puede indemnizarse un perjuicio hipotético o eventual:

*“Por consiguiente, en eventos como el que se viene analizando, el perjuicio económico se ocasiona por la pérdida de las nuevas oportunidades u ocasiones favorables para contratar con entidades públicas en un período de cinco (5) años, debido a la inhabilidad que por ese tiempo genera el acto que decreta en forma ilegal la caducidad del contrato, mientras éste surte efectos, lo que priva al contratista de unas utilidades razonablemente esperadas de los contratos que previsiblemente hubiera celebrado con aquellas durante ese lapso.*

*En otras palabras, se trata de un daño futuro y cierto, bajo la modalidad de lucro cesante (artículos 1613 y 1614 C.C.), que consiste en que el contratista perjudicado, al no poder celebrar contratos con la Administración en un*

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, dieciocho (18) de marzo de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05495-01(15936).



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01

*determinado tiempo en virtud del ejercicio ilegal e indebido de la cláusula exorbitante, dejará de percibir un incremento patrimonial, situación por la cual debe ser indemnizado sobre la base de la probabilidad o posibilidad razonable de que habría suscrito otros negocios jurídicos con el sector público, si no hubiese mediado el acto ilegal que contiene la drástica medida excepcional. En rigor, dicha teoría no exime en modo alguno de una certeza razonable y objetiva del daño, ni mucho menos del nexo causal entre el hecho dañino y el propio daño, pues debe evitarse, a toda costa, que bajo su invocación se indemnice un perjuicio totalmente eventual e hipotético. (...).*

***En el marco de estas directrices, es claro que cuando el juez tiene la certeza de la existencia del daño futuro debe condenar al responsable a resarcir en orden a aplicar justicia al caso concreto, para lo cual habrá de liquidar la indemnización de dicho daño con base en la prueba que obra en el proceso, tanto directa como indirecta -indicios-, o, en caso de dificultades probatorias, como es el caso que se estudia, según el arbitrio iudices y con aplicación del criterio de equidad”<sup>5</sup>.***

Y en oportunidad reciente, en la que reiteró el criterio antes expuesto, se afirmó:

***“En ese orden, la parte interesada tiene la carga de infundir certeza sobre los efectos de la inhabilidad, es decir, de aportar elementos que permitan inferir, más allá de simples “suposiciones o conjeturas”<sup>6</sup>, que el contratista afectado mantenía una actividad contractual con el Estado y que perdió la oportunidad de continuarla.***

*Es por ello que no es posible confundir la certeza del perjuicio con la causación del daño futuro derivado de la imposibilidad de participar en procesos de contratación y, por tanto, suscribir contratos con el Estado por espacio de cinco años siguientes a la ejecutoria de la declaratoria de caducidad. **Esto es, la inhabilidad en sí misma, en cuanto la imposibilidad de contratar con el Estado, no significa per se que el contratista fue privado de un intercambio contractual que permanecería en los cinco (5) años siguientes.***

***En efecto, la inhabilidad imposibilita celebrar contratos con el Estado, pero no es posible inferir de allí que serían suscritos otros contratos en iguales condiciones que el que dio lugar a la caducidad, sin elementos probatorios que así lo indiquen. Ello comporta caer en la indemnización de un daño eventual, con todas las graves consecuencias que ello implica. Es de anotar que en la última sentencia traída a colación<sup>7</sup>, la convicción de la causación del perjuicio, más allá***

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>6</sup> HENAO, Juan Carlos. El daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p.p. 130 y 131. Dicho autor precisa: “Para que el perjuicio se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente ya se produjo, bien sea probando que, como lo anuncia una fórmula bastante utilizada en derecho colombiano, el perjuicio “aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual”. Pero debemos subrayar que no debe confundirse perjuicio futuro con perjuicio eventual e hipotético, puesto que aquél “es indemnizable, siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará”.

<sup>7</sup> Particularmente: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En efecto, en esa oportunidad, después de desestimar el peritaje obrante, por carencia de respaldo, se dijo: “Por lo demás, es claro que averiguar la contratación del perjudicado con entidades públicas en años anteriores a la declaratoria ilegal de la caducidad para proyectar la utilidad frustrada y, por ende, el porcentaje de probabilidades de pérdidas de contratar, implica acudir a bases ciertas y objetivas, tales como los textos de los contratos celebrados por el afectado, balances y estados financieros, sus estados de pérdidas y ganancias, los libros de contabilidad, estados de cuenta, dictamen de peritos, etc., elementos todos éstos de los que pudiera realizarse una proyección económica de la situación del contratista en cuanto a las utilidades esperadas por contratos suscritos con la Administración antes y después de ser inhabilitado. (...) // Aunque la Sala estima razonable que en el dictamen pericial, ante la inexistencia de otros elementos de juicio, se acogiera como soporte el mismo contrato del sub examen para establecer la entidad del daño por concepto de pérdida de oportunidad, no comparte que al valor de ese contrato se le hubiese



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01

*del daño, se estableció porque el contratista demostró **antecedentes de contratación estatal**, lo que permitió inferir, porque las reglas de la experiencia así lo indican, que la actividad habría continuado, de no haber sido indebidamente inhabilitado, lo que no ocurre en el presente caso.”<sup>8</sup> (Se resalta)*

Ahora, en asunto específico de reconocimiento de perjuicios morales, en un principio el Consejo de Estado negó la procedencia de la indemnización de perjuicios morales reclamados con fundamento en la actividad contractual de la administración, sustentando dicha tesis en que los daños morales sólo se configuraban cuando se presentaba la violación de alguno de los derechos de la personalidad del sujeto; situación que no se daba en las relaciones contractuales, dado que los daños morales sólo son los dolorosos padecimientos, etc., que se siguen de una lesión a los bienes de la personalidad, que no son susceptibles de configuración como objeto de obligaciones en sentido propio<sup>9</sup>.

Posteriormente, el Consejo de Estado rectificó tal posición y dispuso la condena al pago de perjuicios morales, causados con ocasión de la celebración o ejecución de contratos celebrados con la administración<sup>10</sup>.

Tal posición ha sido justificada en que “*el legislador garantiza la indemnidad de todo perjuicio sin diferenciar sus clases, con las características anotadas, y siempre y cuando se demuestren los hechos en que se sustenta. Así las cosas, los perjuicios morales contractuales, que pudieron ocasionarse con la expedición del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, y que podrían consistir, según el caso, en el pesar, angustia, congoja, tristeza, desolación etc. que sufrió el contratista, requieren ser demostrados en el proceso, como todo aquel perjuicio respecto del cual se pretenda su resarcimiento. La sola creencia de que la ilegalidad del acto produce perjuicios morales no*

---

*agregado un porcentaje del 20% para proyectar la utilidad anual y luego multiplicar ese guarismo resultante por el número de años que duró la inhabilitación, porque no se soportó tal actuación por los peritos en una base sólida y objetiva dentro del proceso. Por esa razón, no tendrá en cuenta y se apartará de la liquidación realizada por los peritos. // En cambio, para determinar el valor de los contratos que la demandante hubiera podido celebrar en el evento de que no se hubiesen expedido los actos que se acusan, observa la Sala que a los \$4.325.689, correspondiente al valor del contrato de 5 de febrero de 1991, deben sumársele los valores de los otros negocios jurídicos celebrados con el mismo municipio demandado y que se acreditaron en el proceso, esto es, \$80.000 de la orden de trabajo de 10 de enero de 1991; \$305.465 de la orden de trabajo No. 17 de 29 de abril de 1991; \$182.618,65 del contrato adicional de 2 de junio de 1991, y \$76.458 de la orden de trabajo de obra extra y adicional sin fecha, lo que arroja un total de \$4.893.782,65. De esta suerte, como la declaratoria de caducidad implica que la contratista, de conformidad con el numeral 2º y el párrafo del artículo 8º del Decreto ley 222 de 1983, quedó inhabilitada para contratar con entidades públicas durante un período de cinco (5) años a partir de la ejecutoria de la resolución de caducidad, injustamente se le privó de una utilidad por la pérdida de oportunidad de contratar, que la Sala en ejercicio de su arbitrio judicial, ante la inexistencia de otros elementos de juicio, liquida así: // i.) El valor de \$4.893.782,65, que representa la cuantía de los contratos que se acreditaron como celebrados con el sector público, se multiplicará por el 0.08, que equivale a la cifra de utilidad establecida por la sociedad contratista y ahora actora por la ejecución del contrato de 5 de febrero de 1991-97, lo que arroja un guarismo de \$391.502,61 de utilidad, el cual se reconocerá totalmente, o sea, en el cien por ciento (100%), sobre la base de que no existe prueba en contrario que permita su reducción o inferir que ésta no habría sido percibida en dicho porcentaje por la actora en el evento de que no se le hubiera suprimido la oportunidad de contratar mediante el acto administrativo que lo sancionó ilegalmente con la caducidad del contrato y cuya nulidad se declarará. // ii.) El monto de \$391.502,61, que constituye el valor histórico de la pérdida de oportunidad o lucro cesante, es decir, estimado a 19 de diciembre de 1991-98, será actualizado a la fecha de esta sentencia, aplicando los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para preservar su valor adquisitivo en el tiempo y dejarlo a salvo de cualquier pérdida o depreciación de la moneda originada del fenómeno inflacionario, con la siguiente fórmula (...).”*

<sup>8</sup> Sentencia de veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, radicación número: 27001-23-31-000-1999-00611-01 (33366).

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Julio Cesar Uribe Acosta, veinticinco (25) de julio (07) de mil novecientos ochenta y cinco (1985), radicación número: 2963.

<sup>10</sup> Por ejemplo, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández, octubre trece (13) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), radicación número: 9206.



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01

*es de recibo para la Sala; no es dable presumir, porque no existe sustento normativo, que la expedición de un acto de caducidad del contrato declarado nulo, causa perjuicios morales.”<sup>11</sup>*

En todo caso, según la tesis actual del Consejo de Estado, eventualmente es que procede la condena por perjuicios morales, siempre y cuando se pruebe su existencia, pues no es dable presumir los mismos, así fue sostenido en reciente pronunciamiento:

*“La Sala advierte que, en efecto, la jurisprudencia de esta Corporación en diversos pronunciamientos ha considerado que, en materia contractual, eventualmente cabría emitirse condena por concepto de perjuicios morales, cuya prosperidad en todo caso está condicionada, al igual que la indemnización por cualquier otro tipo de perjuicio, **a la prueba de su existencia** (...) En este sentido, cabe puntualizar, además, que, con el propósito de obtener la condena por el daño moral que supuestamente padeció el proponente por la imposibilidad de contratar con el Estado, por una decisión que, tras ser revisada por el juez adolece de nulidad, **se debe probar la materialización de esa afección, es decir, el dolor, la aflicción y en general, los sentimientos de desesperación, desasosiego, congoja, temor o zozobra que sufrió real y efectivamente por un hecho imputable a la actividad del Estado, con base en situaciones debidamente demostradas por cualquier medio de prueba idóneo.** El grado de dicho impacto en la esfera interna del individuo depende, además de su capacidad de resiliencia, de otros factores, tales como las condiciones del entorno familiar, social, económico cultural, **todo lo cual debe ser probado y valorado para fundar la condena por el daño moral** (...) Atendiendo a lo expuesto, la Sala encuentra que en el caso concreto no se probó una afectación moral que excediera el grado de frustración normal que puede experimentarse por la circunstancia de no resultar favorecido con la celebración del contrato, pues lo narrado por los testigos no desborda el ámbito del sentimiento natural de frustración por no ser seleccionado.”<sup>12</sup>*

Ahora bien, tratándose de daño moral ocasionado a personas jurídicas con fundamento en la actividad contractual de la administración, el estudio del mismo se ha circunscrito a lo que se ha definido como el good will *“buen nombre o fama comercial en un conglomerado económico-social determinado”, asociado al prestigio o reconocimiento de una empresa, producto o servicio, el cual se puede manifestar en un perjuicio material o un perjuicio moral*”. Así mismo, ha precisado que el juez puede reconocer *“(.) la existencia de perjuicios morales a favor de personas jurídicas, siempre y cuando, como es lógico, dichos perjuicios encuentren su fundamento en el acervo probatorio obrante en el expediente”<sup>13</sup>.*

Así pues, tanto el reconocimiento de perjuicios materiales como morales, depende necesariamente de lo alegado y probado, aceptándose en subsidio respecto a la determinación de su monto, analizadas las circunstancias de cada caso concreto, recurrir al *arbitrio iudices*, dentro de lo que el juez en cada caso considere razonable y equitativo y sin que en ningún caso sea viable reparar perjuicios hipotéticos.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, dieciocho (18) de marzo de dos mil cuatro (2004), radicación número: 73001-23-31-000-1997-05495-01(15936)

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 25000-23-36-000-2015-02569-01(58894).

<sup>13</sup> Sentencia de veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, radicación número: 27001-23-31-000-1999-00611-01 (33366).



### 3.5 Argumentación fáctica – probatoria.

Registra la Sala que en el plenario obran las siguientes pruebas, de las que procederá a valorar las relevantes para la solución de los problemas jurídicos expuestos:

- Certificado de existencia y representación legal de Modepca Limitada (Fl. 46-47, también a folios 214-215).
- Copia auténtica de la Resolución No. 00030 de 7 de enero de 2009, expedida por el instituto nacional de vías, *“por la cual se declara la caducidad del contrato No. 1255 de 2006, suscrito con Unión Temporal Bom”* (Fl. 49-68)
- Copia auténtica de la Resolución No. 3486 de 9 de junio de 2009 *“Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 0030 del 07 de enero de 2009 que declaró la caducidad del contrato No. 1255 de 2006, suscrito con la UNION TEMPORAL BOM”* (Fl. 69-109)
- Copia del contrato No. 1255 de 2009, de fecha 17 de agosto de 2006, suscrito entre el instituto nacional de vías y la unión temporal BOM, cuyo objeto era el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Río Pereira – San Juan del Cesar – Buenavista – Ruta 4902 y Paso por San Juan del Cesar (Fl. 110-119, también a folios 186-193 y 200-207)
- Carta de información de unión temporal, por la cual se conformó la unión temporal BOM, de fecha 24 de abril de 2006. (Fl. 121-122)
- Comunicación de fecha 17 de enero de 2007, dirigida por el gerente de la firma Astrinco Ltda. a Modepca Ltda. informando la imposibilidad de suministrar mezcla asfáltica en cantidades mayores a 6 o 7 m3. (Fl. 124)
- Comprobantes de consignación, efectuada por Modepca en fecha 24 de enero de 2007 (Fl. 125-126)
- Oficio MOD-OFCL-003 de fecha 25 de enero de 2007, dirigido por el representante legal de Modepca Ltda. al instituto nacional de vías, solicitando estudiar la posibilidad de hacer una cesión del contrato a favor de la empresa (Fl. 127-130)
- Oficio UTBOFCL-044 de fecha 30 de enero de 2007, dirigido por el representante legal de la unión temporal BOM a la interventoría, solicitando la ampliación del contrato por 30 días calendario (Fl. 131)
- Copia del contrato adicional 1255 – 1 – 06 de fecha 30 de diciembre de 2006, suscrito entre el instituto nacional de vías y la unión temporal BOM (Fl. 132, también a folios 194 y 208)
- Copia de acta de solicitud de prórroga del contrato de fecha 30 de enero de 2007 (Fl. 133-134).
- Copia del acta de reprogramación de obras No. 02 (Fl. 135).
- Copia de factura de venta No. 03 de fecha 24 de julio de 2007 expedida por la unión temporal BOM. (Fl. 136 y 137)



**Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01**

- Memorando DT-GUA- 3530 de fecha 31 de enero de 2007, dirigido por la interventoría del contrato al INVÍAS. (FI. 138)
- Oficio CMDA-81-2006 de fecha 31 de enero de 2007, dirigido por la interventoría del contrato al INVÍAS. (FI. 139)
- Oficio MOD-OFCL-004 de fecha 1 de febrero de 2007, remitido por Modepca Ltda. al INVÍAS. (FI. 140)
- Oficio MOD-OFCL-005 de fecha 2 de febrero de 2007, remitido por Modepca Ltda. al INVÍAS. (FI. 141)
- Copia del acta de recibo parcial de obra de fecha 5 de febrero de 2007 (FI. 142)
- Copia del acta de reprogramación de obras No. 01 (FI. 143).
- Oficio MOD-OFCL-006 de fecha 08 de febrero de 2007, remitido por Modepca Ltda. al INVÍAS (FI. 144)
- Oficio MOD-OFCL-007 de fecha 08 de febrero de 2007, remitido por Modepca Ltda. al INVÍAS (FI. 145)
- Copia de escrito de contestación de derecho de petición con número MOD-OFCL-004 de INVÍAS a Modepca Ltda. del 26 de febrero del 2007 (FI. 146-147)
- Oficio MOD-OFCL-011 de fecha 28 de febrero de 2007, remitido por Modepca Ltda. al INVÍAS (FI. 148)
- Oficio MOD-OFCL-012 de fecha 09 de marzo de 2007, remitido por Modepca Ltda. al INVÍAS (FI. 149-154)
- Oficio MOD-OFCL-013 de fecha 11 de marzo de 2007, remitido por Modepca Ltda. al INVÍAS (FI. 155)
- Copia de informe de transacción del 09 de marzo del 2007 (FI. 156)
- Copia de preacta No. 3 del contrato No. 1255 del 2006 con fecha del 04 de febrero del 2007 (FI. 157-163)
- Copia del acta de recibo parcial de obra de fecha 04 de enero de 2007 (FI. 164)
- Copia de soporte de acta de recibo parcial de obra sin fecha (FI. 165-176)
- Dos copias de facturas de venta de unión temporal BOM con fecha del 24 de julio del 2007 (FI. 177-178)
- Copia de acta de reprogramación de obras No. 1 del contrato 1255 del 2006 (FI. 179)
- Oficio MOD-OFCL-047 de fecha 26 de agosto de 2009, remitido por Modepca Ltda. al INVÍAS (FI. 180)



**Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01**

- Copia de orden de iniciación de contrato, emitida por el subdirector de la red nacional de carreteras del INVIAS del 25 de septiembre del 2006 (Fl. 185)
- Contrato de mejoramiento y mantenimiento de carretera rio Pereira – San Juan del Cesar – Buenavista No. 1255 del 2006 firmado entre INVIAS y unión temporal BOM (Fl. 186-193)
- Oficios MOD-OFOT-065, MOD-OFOT-066, MOD-OFOT-067 y MOD- OFOT-068 de fecha 28 de octubre de 2011, remitidos por la contadora pública de Modepca Ltda. (Fl. 229-231)
- Copia autenticada de la tarjeta profesional de contador público de la señora Sandra Jeanet Velasco Calderón.
- Copia autenticada del acuerdo de pago siniestro BO-2008-106-5, del contrato 1255 de 2006 del INVÍAS (Fl. 234-239)
- Copia auténtica del balance general de Modepca Ltda. a diciembre 31 de 2005, suscrito por el representante legal y la contadora de la empresa (Fl. 240-251)
- Copia de conciliación de renta del año 2005 de Modepca en la que se reporta una utilidad fiscal de \$28.132.000. (Fl. 252).
- Certificación de estados financieros de Modepca, expedida en fecha 4 de abril de 2006 por el representante legal y la contadora de la empresa (Fl. 253)
- Copia auténtica del balance general de Modepca Ltda. a diciembre 31 de 2004, suscrito por el representante legal y la contadora de la empresa (Fl. 254-259)
- Copia auténtica de cambios en el patrimonio de Modepca para el año 2004. (Fl. 260)
- Copia auténtica del estado de flujos de efectivo de Modepca en el año 2004. (Fl. 261)
- Copia auténtica de informe de contador público independiente dirigido a la junta de socios de Modepca. (Fl. 262-263)
- Copia auténtica de conciliación de renta del año 2004 de Modepca, suscrita por la contadora de la empresa. (Fl. 264)
- Oficio de fecha 5 de mayo de 2011 dirigido por Manager Systems & Services Certification a Modepca Ltda. (Fl. 265)
- Copia auténtica de notas a los estados financieros de Modepca de 31 de diciembre de 2004 (Fl. 266)
- Copia auténtica de certificación de estados financieros suscrita el 15 de marzo de 2005 por el representante legal de Modepca y la contadora de la empresa (Fl. 267)



**Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01**

- Copia auténtica del balance general de Modepca a 31 de diciembre de los años 2005 y 2007 (Fl. 268-269)
- Copia auténtica de estado de cambios en la situación financiera de Modepca, del año 2006. (Fl. 270)
- Copia auténtica de estado de flujos de efectivo de Modepca del año 2006 (Fl. 271)
- Copia auténtica de estado de cambios en el patrimonio de Modepca del año 2006. (Fl. 272)
- Copia auténtica de notas a los estados financieros de Modepca a 31 de diciembre de 2006 (Fl. 273-276)
- Copia auténtica de conciliación contable de Modepca para el año 2006 (Fl. 277-279)
- Copia auténtica de balance general de Modepca a 31 de diciembre de 2007 (Fl. 280)
- Copia auténtica de estado de resultados por el periodo comprendido entre 1 de enero a 31 de diciembre de 2007 (Fl. 281-285)
- Copia auténtica de flujos de efectivo de Modepca para el año 2007 (Fl. 286)
- Copia auténtica de estado de cambios en el patrimonio de Modepca para el año 2007. (Fl. 287)
- Copia auténtica de estado de cambios en la situación de Modepca del año 2007 (Fl. 288)
- Copia auténtica de certificación de estados financieros de Modepca suscrito por el representante legal y la contadora de la empresa (Fl. 289)
- Copia auténtica de dictamen de revisor fiscal dirigido a la junta de socios de Modepca Ltda. (Fl. 290-291)
- Copia auténtica de balance general a diciembre 31 de 2008 de Modepca (Fl. 292-293)
- Copia auténtica de estado de resultados de Modepca de 1 de enero a 31 de diciembre de 2008. (Fl. 294-300)
- Copia auténtica de estado de cambios en la situación financiera de Modepca para los años 2007 y 2008 (Fl. 301-302).
- Copia auténtica de estado de cambios en el patrimonio de Modepca para el año 2008. (Fl. 303).
- Copia auténtica de conciliación de renta fiscal y utilidad contable de Modepca del año 2008. (Fl. 304)



**Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01**

- Copia auténtica de certificación de estados financieros de Modepca, suscrito en fecha 20 de abril de 2009 por el representante legal y la contadora. (Fl. 305)
- Copia auténtica de dictamen de revisor fiscal dirigido a la junta de socios de Modepca (Fl. 306-307)
- Copia auténtica de conciliación de renta fiscal y utilidad contable de Modepca, del año 2007. (Fl. 308)
- Copia auténtica de declaración de renta y complementarios de Modepca del año 2008 (Fl. 309)
- Copia auténtica de certificación de los estados financieros de Modepca para el año 2006-2005, suscrito por el representante legal y la contadora de la empresa (Fl. 310)
- Copia auténtica de informe de contador público independiente dirigido a la junta de socios de Modepca. (Fl. 312-313)
- Copia auténtica de declaración de renta y complementarios de Modepca del año 2007 (Fl. 313)
- Copia auténtica de declaración de renta y complementarios de Modepca del año 2006 (Fl. 314)
- Copia auténtica de declaración de renta y complementarios de Modepca del año 2005 (Fl. 315-316)
- Copia auténtica de declaración de renta y complementarios de Modepca del año 2004 (Fl. 317-318)
- Informe rendido por Catalina Doncel, en condición de gerente del área de System & Services Certification de la sociedad SGS Colombia S.A., sobre las razones por las que Modepca Ltda. perdió la certificación y homologación Iso 9000 (Fl. 380-381 y anexos a folios 382-401)
- Copia de la resolución No. 003895 de 3 de octubre de 2003 expedida por el INVIAS “*por la cual se delegan unas funciones y se dictan otras disposiciones*”. (Fl. 403-419, también a folios 429-436)
- Copia de la Resolución No. 03662 de 13 de agosto de 2007 expedida por el INVIAS “*Por la cual se establece el procedimiento para imposición de sanciones y se señalan las causales y cuantías para hacer efectiva la cláusula de multas en los contratos celebrados por el Instituto Nacional de Vías*”. (Fl. 420-428)
- Copia de la Resolución No. 004938 de 5 de diciembre de 2003 expedida por el INVIAS “*Por la cual se modifica la Resolución 003895 de 3 de octubre de 2003*” (Fl. 437-438)

Adicionalmente, fueron practicados los siguientes testimonios:



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01

- **Rafael Gallardo Yepes**, quien trabajó con Modepca como inspector de obra del 5 de octubre de 2006 hasta finales de 2007 (Fl. 61 de cuaderno de despacho comisorio)
- **Howard Shett Arteta** quien trabajó con Modepca del 5 de octubre de 2006 al 15 de febrero de 2007 (Fl.60 de cuaderno de despacho comisorio)
- **Yarleydy Santiago Manosalva**, quien fue empleado de Modepca del año 2004 al 2007 en la parte administrativa, de manejo de personal (Fl. 51-52 de cuaderno de despacho comisorio – juzgado 39 administrativo de Bogotá)

### 3.6. Solución a la causa

En la presente causa se deprecia la nulidad de las Resoluciones No. 00030 de fecha 07 de enero de 2009 "*por la cual se declara la caducidad del Contrato No. 1255 de 2009, suscrito con UNIÓN TEMPORAL BOM*", expedida por el subdirector de la red nacional de carreteras del instituto nacional de vías, en cuanto incluyó o cobijó a la empresa Modepca Limitada y No. 3486 de fecha 09 de junio de 2009 "*por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 0030 del 07 de enero de 2009 que declaró la caducidad del contrato No. 1255 de 2006, suscrito con la UNIÓN TEMPORAL BOM*", pedidos anulatorios a los que se accedió en la sentencia de primera instancia, al considerarse que la declaratoria de caducidad del contrato se había producido por la entidad demandada por fuera del plazo contractual.

Adicionalmente, en el fallo de primera de instancia se condenó a la demandada al pago de perjuicios equivalentes a \$58.551.598, negándose las demás pretensiones de la demanda y la condena en costas, decisiones consecuenciales a las anulatorias que fueron recurridas por la parte actora en la alzada que ahora se desata.

En ese marco, el actor propone una serie de cargos a fin de que sean revocadas las decisiones contenidas en los numerales segundo, tercero y cuarto del fallo, las cuales se analizan así:

Lo primero que señala la parte actora en el recurso es que hubo inexactitud o imprecisión en la transcripción de las pretensiones de la demanda y en la valoración de los hechos, pues a su juicio se pasó por alto que la aclaración, corrección o adición de la demanda fue admitida por medio del auto de fecha 21 de noviembre de 2011.

Para la Sala tal aspecto solo podría ser tenido como relevante para efectos de determinar si se falló *extra o ultra petita*, pues la inexactitud señalada – en la que efectivamente se incurrió al transcribir apartes de la demanda inicial sin considerar las aclaraciones formuladas en la reforma a la misma -, no tiene la virtualidad suficiente para derruir las consideraciones expuestas por el A quo respecto a la decisión adoptada en los numerales que se busca revocar por la vía de la apelación.

Con todo, lo cierto es que tal asunto merece ser analizado en consonancia con los cargos que se encauzan en la alzada referidos a los presuntos defectos fácticos en que incurrió la sentencia impugnada, pues es indudable que el punto medular de inconformismo del recurrente, es el atinente a la falta de reconocimiento de perjuicios en la forma pedida en la aludida aclaración, corrección o adición de la demanda, en la que se solicitó exactamente que "*Se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, a pagar a la sociedad MODEPCA LIMITADA todos los daños y perjuicios materiales y morales causados con la*



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01

*expedición y ejecución de las dos resoluciones demandadas, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, de conformidad con el dictamen pericial que con tal fin se solicita para el caso de los perjuicios materiales y la tasación prudencial del Juzgado para el caso de los perjuicios morales”, sumas que según los hechos (Fl. 221) corresponden a \$17.339.452 en virtud del pago que debió efectuar la actora a la aseguradora Liberty Seguros, \$15.000.000 por la pérdida de la certificación ISO 9000 y el pago por concepto de mantenimiento de la misma, por los años 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010, por valor de \$75.000.000. Adicionalmente, en la demanda inicial se solicitaron perjuicios por las pérdidas de las utilidades operacionales como consecuencia de la inhabilidad de 5 años (Fl. 37).*

Pues bien, en aras de dilucidar el problema jurídico que viene planteado, lo primero que ha de advertirse es que para que sea procedente el reconocimiento pretendido es indispensable que los perjuicios alegados sean ciertos y en ese sentido ha expresado el Consejo de Estado que *“... el perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública”*<sup>14</sup>

Y en otra oportunidad, agregó dicha corporación *“En nuestro ordenamiento jurídico, y específicamente, la jurisprudencia contencioso administrativa ha reconocido como daños indemnizables, los de tipo material esto es, el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1614 del Código Civil), el primero se ha definido como el detrimento en el patrimonio del afectado como consecuencia directa del daño, y el segundo, como lo que se dejó de percibir patrimonialmente, en el orden normal de los acontecimientos; en cuanto a su indemnización es necesario que se demuestre la certeza del daño. En relación al lucro cesante no es suficiente con solo alegar la expectativa de un ingreso, sino que debe tratarse de una probabilidad, V.gr., si hablamos de la lesión sufrida a un bien propiedad del afectado, éste estaría determinado por las ganancias frustradas que se esperaba produjera el bien objeto del daño”*<sup>15</sup> (Se resalta)

En ese sentido, la certeza del perjuicio atañe a que efectivamente se haya producido un menoscabo o deterioro patrimonial o moral a quien solicita la indemnización, de tal manera que no es resarcible el perjuicio hipotético, eventual, o la simple expectativa, siendo en todo caso, carga de quien aduce el perjuicio cierto, probarlo, para lo cual cuenta con libertad de medios, debiendo asimismo precisarse que hay escenarios en los que estándose frente a un perjuicio cierto e indemnizable, no se cuenta con los elementos de juicio para cuantificarlo y establecer el monto de la reparación a que haya lugar con motivo del mismo, situación última que en modo alguno impide que se repare el detrimento, y que da paso, a que a través de mecanismos como el previsto en el artículo 172 del CCA - hoy artículo 193 CPACA -, se logre la concreción del respectivo monto; con todo, resalta la Sala, para acudir a la liquidación del perjuicio es indispensable que el perjuicio esté debidamente probado, no siendo viable por tanto que se condene en abstracto a reparar un daño cuyo padecimiento no ha sido demostrado en el curso del proceso.

<sup>14</sup> Sentencia del 15 de junio de 2000 del Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Radicación No. 11.614. Ver también. Sentencia del 7 de septiembre de 2000. Radicación No. 11.649. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>15</sup> Sentencia de seis (06) de marzo de dos mil trece (2013), Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Radicación número: 23001-23-31-000-1999-00313-01(25069).



**Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01**

Descendiendo las anteriores premisas al caso sub examine, y de cara a establecer cuál es el daño cierto que resultó probado y que se imputa a la demandada, se advierte que en la demanda inicial se solicitó perjuicio en modalidad de lucro cesante, consistente en los ingresos operacionales de la empresa por los 5 años de inhabilidad generados, estimado para el primer año en \$143.287.216.76, que corresponde al promedio de los ingresos operacionales de la empresa Modepca Ltda. entre los años 2004 y 2009.

Pues bien, respecto a tales pretensiones, la Sala advierte que se allegaron las siguientes documentales -antes enlistadas-: (i) balance general de Modepca Ltda. a diciembre 31 de 2005 (Fl. 240-251), así como de la misma empresa (ii) la conciliación de renta del año 2005 en la que se reporta una utilidad fiscal de \$28.132.000 (Fl. 252); (iii) certificación de estados financieros (Fl. 253); (iv) balance general a diciembre 31 de 2004 (Fl. 254-259); (v) cambios en el patrimonio para el año 2004 (Fl. 260); (vi) estado de flujos de efectivo en el año 2004 (Fl. 261); (vii) informe de contador público independiente dirigido a la junta de socios (Fl. 262-263); (viii) conciliación de renta del año 2004 (Fl. 264); (ix) informe de contador público independiente dirigido a la junta de socios (Fl. 312-313); (x) notas a los estados financieros de 31 de diciembre de 2004 (Fl. 266); (xi) certificación de estados financieros suscrita el 15 de marzo de 2005 (Fl. 267); (xii) balance general a 31 de diciembre de los años 2005 y 2007 (Fl. 268-269); (xiii) estado de cambios en la situación financiera del año 2006 (Fl. 270); (xiv) estado de flujos de efectivo del año 2006 (Fl. 271); (xv) estado de cambios en el patrimonio del año 2006 (Fl. 272); (xvi) notas a los estados financieros a 31 de diciembre de 2006 (Fl. 273-276); (xvii) conciliación contable de para el año 2006 (Fl. 277-279); (xviii) balance general a 31 de diciembre de 2007 (Fl. 280); (xix) estado de resultados por el periodo comprendido entre 1 de enero a 31 de diciembre de 2007 (Fl. 281-285); (xx) flujos de efectivo para el año 2007. (Fl. 286); (xxi) estado de cambios en el patrimonio para el año 2007 (Fl. 287); (xxii) estado de cambios del año 2007 (Fl. 288); (xxiii) certificación de estados financieros (Fl. 289); (xxiv) dictamen de revisor fiscal (Fl. 290-291); (xxv) balance general a diciembre 31 de 2008 (Fl. 292-293); (xxvi) estado de resultados de 1 de enero a 31 de diciembre de 2008 (Fl. 294-300); (xxvii) estado de cambios en la situación financiera para los años 2007 y 2008 (Fl. 301-302); (xxviii) estado de cambios en el patrimonio para el año 2008 (Fl. 303); (xxix) conciliación de renta fiscal y utilidad contable del año 2008 (Fl. 304); (xxx) certificación de estados financieros suscrita en fecha 20 de abril de 2009 (Fl. 305); (xxxi) dictamen de revisor fiscal (Fl. 306-307); (xxxii) conciliación de renta fiscal y utilidad contable año 2007 (Fl. 308); (xxxiii) declaración de renta y complementarios año 2008 (Fl. 309); (xxxiv) certificación de los estados financieros para el año 2006-2005 (Fl. 310); (xxxv) declaración de renta y complementarios del año 2007 (Fl. 313); (xxxvi) declaración de renta y complementarios año 2006 (Fl. 314); (xxxvii) declaración de renta y complementarios año 2005 (Fl. 315-316); (xxxviii) declaración de renta y complementarios año 2004 (Fl. 317-318).

Ahora bien, a juicio del Tribunal, estas documentales valoradas en su individualidad y en su conjunto, no arrojan certeza sobre los perjuicios causados a Modepca, sobre todo si la merma es la que se deriva de la imposibilidad de contratar por cinco (5) años con el Estado, como se entiende de la demanda y su reforma, pues no es posible determinar con dichas probanzas, a la luz de la sana crítica, que los ingresos operacionales de la actora correspondían exclusivamente a contratación con entidades estatales, o cuáles de esos ingresos sí correspondían a esa fuente y cuáles no.

En ese sentido, no cuenta la Sala con elementos de juicio que le permitan extraer de los documentos financieros allegados, el detrimento o merma en el patrimonio de la



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01

demandante, único que tendría que ser resarcido bajo el mandato de indemnizar todo el daño, pero solo el daño causado y demostrado.

Refuerzo fundamental de la anterior conclusión, que hace notoria la orfandad probatoria reinante en el sub lite en torno al referido perjuicio – con todo y la apariencia de múltiples evidencias allegadas -, lo constituye el hecho acreditado consistente en que el objeto social de la empresa apelante no se circunscribe a la contratación con el Estado, pues incluye la realización de otras actividades, como se lee a continuación en su certificado de existencia:

“1. CONSTRUCCION DE OBRAS DE URBANISMO. 2. CONSTRUCCION DE VIVIENDA. 3. CONSTRUCCION DE LOCALES, OFICINAS, CENTRO COMERCIALES. 4. CONSTRUCCION DE EDIFICACIONES PARA INSTITUCIONES EN MATERIA DE ADMINISTRACION PUBLICA Y SERVICIOS PUBLICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 5. CONSTRUCCION DE BODEGAS EMPLAZAMIENTOS PARA INSTALACIONES INDUSTRIALES Y PARQUES INDUSTRIALES. 6. CONSTRUCCION DE OBRAS CIVILES DE USO PÚBLICO TALES COMO CALLES CARRETERAS Y PUENTES. 7. MEJORAMIENTO HABILITACION Y SUBDIVISION DE VIVIENDA. 8. PRESTAR TODA CLASE DE SERVICIOS RELACIONADOS CON EL EJERCICIO DE LA ARQUITECTURA Y LA INGENIERIA TALES COMO LOS REFERENTES A PROYECTOS, ESTUDIOS TECNICOS, DISEÑO, PRESUPUESTO, PROGRAMACIONES, CALCULOS, PLANOS, CONSULTORIAS, INTERVENTORIAS DE LAS OBRAS EN LA RAMA DE LA CONSTRUCCION. 9. PRESENTAR PROPUESTAS, COTIZACIONES, CONCURSOS DE MERITOS, LICITACIONES DE ORDEN PUBLICO O PRIVADO POR CUENTA PROPIA O EN ASOCIO CON TERCEROS DE TODA CLASE DE PROYECTOS Y ESTUDIOS Y PROYECTOS CONTEMPLADOS EN LA INDUSTRIA DE LA—CONSTRUCCION. 10.— IMPORTACION, PRODUCCION Y COMPRA, VENTA, ALQUILER Y ADMINISTRACION DE MAQUINARIA, EQUIPO, MATERIALES O ELEMENTOS DE LA CONSTRUCCION. 11. COMPRAR, VENDER Y ENAJENAR A CUALQUIER PRECIO O TITULO TODA CLASE DE BIENES MUEBLES O INMUEBLES, RELACIONADOS CON SU OBJETO SOCIAL. 12. DISEÑO Y EXTRACCION, TRANSFORMACION Y FABRICACION DE INSUMOS Y MATERIALES DE LA CONSTRUCCION. 13. EXPLOTACION DE CANTERAS Y MINERIA, COMERCIALIZACION DE MATERIALES, INSUMOS DE LA CONSTRUCCION Y MINERIA. 14. ESTABLECER SUCURSALES Y CONSTITUIR SOCIEDADES EN EL EXTERIOR. (...)” (Fl. 46).

De manera, que tratándose de una empresa con un objeto social amplio y no circunscrita la fuente de sus ingresos a los derivados de la contratación estatal, era carga de la actora demostrar que los cambios desfavorables en sus estados financieros tuvieron como única causa la sanción inhabilitante, o en su defecto, acreditar qué porción de dichos cambios fue producto de la no celebración de contratos durante cinco años, pues tal como lo señala la jurisprudencia que viene citada, quien alega un daño debe probarlo.

Y es que resulta relevante, se reitera, establecer probatoriamente la certeza del detrimento, pues es claro que la declaratoria de caducidad frustra la expectativa de contratar con el Estado, al generarse la inhabilidad por cinco (5) años y que es este perjuicio, en modalidad de lucro cesante futuro, el que debe reconocerse frente a tales eventos, según ha sido decantado por el Consejo de Estado<sup>16</sup>, y cuyo fundamento es resarcir el daño ocasionado por haberse privado de la *chance* de suscribir otros contratos con entidades estatales durante el tiempo que se prolonga la inhabilidad.

<sup>16</sup> Ver Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, Exp. 15,024, C.P. Danilo Rojas Betancourth. También Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, veintiséis (26) de junio de dos mil catorce (2014), radicación número: 25000-23-26-000-2000-02151-01(26705).



**Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01**

De la mano de la anterior situación probatoria, y aunque se pasara por alto, se encuentra el Tribunal con otra realidad determinante para no admitir las razones de la alzada en la materia que se analiza y es que los documentos financieros traídos a autos, corresponden a periodos o vigencias comprendidos entre los años 2004 a 2008, y en todo caso anteriores a la declaratoria de caducidad, producida en firme a mediados del año 2009, sin que se hubiere allegado probanzas que permitan comparar el desempeño patrimonial acaecido en esos periodos, con el de las vigencias durante las cuales se produjo la sanción. En esa línea, se carece de elementos suficientes que permitan establecer la disminución en los ingresos operacionales y específicamente en los que habrían correspondido a contratación con entidades estatales. Por tanto, ¿cómo establecer las expectativas de ingresos frustradas que se habrían de generar por la contratación con el Estado?

En ese contexto, para la Sala el apelante pretende dar a las evidencias mencionadas un alcance probatorio que no tienen, pues de las mismas claramente no es posible determinar sobre la base de la probabilidad o posibilidad razonable, cuáles son los otros negocios jurídicos con el sector público que habría suscrito Modepca Ltda., si no hubiese mediado el acto ilegal que contiene la medida exorbitante, o lo que es lo mismo, cuáles fueron los dineros que habría dejado de percibir en el periodo de la inhabilidad.

Especialmente debe indicarse que la parte actora pretende darle un alcance a la declaración de renta que no tiene para el caso concreto, pues sin sustentarlo, pretende que de la misma se extraigan los ingresos generados por la contratación con el Estado. De igual modo, no se observa en ese aspecto desconocimiento del precedente, pues lo que ha expresado la jurisprudencia es que, sobre la acreditación de perjuicios, existe libertad de medios, pero que en todo caso, los mismos deben infundir certeza para determinar el cuantun de la frustración generada por la imposibilidad de contratar con el Estado, tal como se reseñó en el acápite 3.4.1. de esta providencia. Así mismo, el precedente citado en la impugnación –sentencia de 23 de junio de 2017 dentro del radicado 6300123100010080017301 (51804)- no guarda analogía fáctica con el presente asunto, dado que en el mismo se estudiaba un evento de responsabilidad del Estado por la muerte de servidores públicos, provocada por terceros o por grupos al margen de la ley.

Desde otra perspectiva, también obstaculiza dar paso a la tesis del apelante, el hecho que no se probara el nexo causal entre el acto declaratorio de caducidad y el perjuicio pretendido consistente en las supuestas pérdidas de las utilidades operacionales que se generarían como consecuencia de la inhabilidad de 5 años, sobre todo si se tiene en cuenta que cuando se produjo dicho acto administrativo sancionatorio, el plazo del contrato se encontraba más que fenecido, razón está que fue la que llevó al A quo a declarar la nulidad de dicho acto acusado. En ese sentido, la entidad demandante no infundió certeza sobre los efectos de la inhabilidad generada por la declaratoria efectuada en los actos administrativos acusados.

Por todo lo anterior, debe respaldarse la conclusión del a quo en cuanto a que sí se causó un perjuicio a la demandante - pero no con el alcance pretendido por esta – sino con el que emana de criterios de elemental justicia y equidad, tal como lo ha hecho el Consejo de Estado en asuntos similares. Así, plausible resulta que el fallo de primera instancia hubiere acudido para establecer un daño cierto, al monto de la utilidad que la sociedad Modepca Ltda. habría obtenido, sino hubiese sido indebidamente sancionada.



**Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01**

Ahora bien, la parte actora señala que la carencia probatoria que se le endilga se debe a que el a quo no decretó, en el auto de fecha 8 de marzo de 2012, el dictamen pericial solicitado con ese propósito y que luego fue echado de menos en la sentencia.

Sobre tal argumento, advierte la Sala que la parte demandante presentó recurso de reposición y apelación contra la citada providencia (Fl. 346) – la cual fue repuesta en virtud de ese pedido –, sin embargo, nada dijo en su memorial que atacara la decisión de no decretar el dictamen pericial solicitado en el escrito incoatorio, cobrando firmeza la negativa y sin que sea admisible que en sede de esta alzada, se pretenda abrir debate al respecto, cuando no se propuso en la debida oportunidad y siendo que en lo sustancial, se reitera, la sociedad demandante disponía de libertad de medios probatorios para probar el supuesto de hecho que habilitara el reconocimiento de los perjuicios pretendidos.

Adicionalmente, tal como lo señaló el juzgado de primera instancia, el objeto del peritazgo se limitaba a auxiliar la determinación de qué obra le correspondía ejecutar a la demandante como parte de la unión temporal y qué obra fue la que ejecutó y su monto, sin que por tanto fuera esta la probanza dirigida a demostrar el menoscabo patrimonial producido por la sanción contractual que le fuera impuesta.

Por otro lado, frente a los otros conceptos pretendidos en la alzada, se considera lo siguiente:

Frente a la suma de \$17.339.452 correspondiente al presunto pago que debió efectuar Modepca a la aseguradora Liberty Seguros, en virtud del “*acuerdo de pago siniestro bo-2008-106-5, contrato 1255 de 2006 del Invias*” (Fl. 234-236), no se allegaron comprobantes de consignación (ver numeral 2° del acuerdo) que brinden certeza sobre la pérdida o menoscabo en el patrimonio de Modepca como consecuencia del mismo, circunstancia que impide su reconocimiento.

En torno a la suma de \$15.000.000 por la pérdida de la certificación ISO 9000 y el pago por concepto de mantenimiento de la misma por los años 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010 por valor de \$75.000.000, estima el Tribunal que por una parte, no se precisa el nexo causal entre la declaratoria de caducidad y esos supuestos detrimentos y por otra, que tal relación no se infiere del informe rendido por la señora Catalina Doncel, en condición de gerente del área System & Services Certification de la sociedad SGS Colombia S.A., sobre las razones de por qué Modepca Ltda. perdió la certificación y homologación ISO 9000 (Fl. 380-381 y anexos a folios 382-401). Así, conforme a las probanzas traídas, tal pérdida de acreditación se debió en esencia a que Modepca no programó oportunamente la visita de auditoria de seguimiento, sin que se cuente con otros elementos de juicio que hagan imputable tales gastos pretendidos, a la conducta sancionatoria ilegal adoptada por la entidad demandada.

En cuanto a los perjuicios morales, tal como se reseñó en aparte anterior, eventualmente procede su reconocimiento, siempre y cuando se pruebe su existencia, pues no es dable presumir los mimos.

En ese contexto, siendo que el daño moral ocasionado a personas jurídicas con fundamento en la actividad contractual de la administración, se ciñe a lo que se ha definido como el good will, al examinar las probanzas enlistadas en el acápite 3.5. no encuentra la Sala, alguna que permita evidenciar que se afectó el buen nombre o fama comercial de Modepca Ltda., sobre todo porque ni siquiera se probó cual era el good will,



**Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01**

fama comercial o prestigio de la empresa antes de la declaratoria de caducidad. De manera que no se encuentran en el acervo probatorio elementos que indiquen la existencia de perjuicios morales, circunstancia que impide su reconocimiento.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas a la entidad demandada, a juicio del Tribunal no es un criterio suficiente para imponerlas el hecho de que INVIAS se haya opuesto a las pretensiones de la demanda y rehusado a conciliar, pues lo lógico es que desarrollara su defensa bajo su teoría del caso.

De esa manera, no se observa que tal actuación constituya temeridad o mala fe, sino el ejercicio del derecho de defensa y contradicción por parte de la demandada, razón suficiente para que no se impusiera condena en costas.

Ahora, la parte actora pretende la aplicación del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo en lo atinente a la imposición de costas, evento que no es posible dado que el presente asunto se ventiló bajo el código contencioso administrativo anterior y así debe tramitarse hasta su terminación, a voces del tránsito legislativo traído en el mismo CPACA.

En suma, no siendo prósperos los argumentos de la alzada y ante la limitación funcional y material de la competencia del Tribunal por tratarse de apelante único, al que no es procedente empeorar su situación, lo que se impone es mantener la sentencia en lo que fue objeto de apelación.

#### **4. Condena en costas de segunda instancia**

Toda vez que no se observa actuación temeraria de la parte vencida, en aplicación del artículo 171 del código contencioso administrativo contenido en el decreto Ley 01 de 1984, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente, no habrá lugar a imponerlas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el **Tribunal Administrativo de La Guajira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** con estricta sujeción a lo que fue materia de alzada y conforme a las razones expuestas en precedencia, la sentencia proferida por el juzgado primero administrativo del circuito judicial de Riohacha en fecha veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

**SEGUNDO:** Sin condena en costas de segunda instancia.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVA** el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones respectivas, descargándolo del inventario de procesos del despacho ponente y dejando el registro del número de folios y cuadernos objeto de remisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00581-01**

La presente sentencia fue aprobada en sesión virtual celebrada en la fecha conforme a lo indicado en convocatoria a sala de decisión y en señal de ello lleva la firma escaneada de la Ponente y la respectiva nota en la antefirma de la otra integrante de la sala.

**Las Magistradas<sup>17</sup>**

**HIRINA DEL ROSARIO MEZA RHENALS**

(aprobado en sala virtual por:)

**MARÍA DEL PILAR VELOZA PARRA**

“Hoja firmas sentencia de segunda instancia en la que se decide: **PRIMERO: CONFIRMAR** con estricta sujeción a lo que fue materia de alzada y conforme a las razones expuestas en precedencia, la sentencia proferida por el juzgado primero administrativo del circuito judicial de Riohacha en fecha veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). **SEGUNDO:** Sin condena en costas de segunda instancia. **TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVA** el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones respectivas, descargándolo del inventario de procesos del despacho ponente y dejando el registro del número de folios y cuadernos objeto de remisión. “

---

<sup>17</sup> Como ha quedado indicado a la Magistrada Carmen Cecilia Plata Jiménez, tercera integrante de la sala de decisión, se le aceptó impedimento.