

## **ADECUACIÓN DE LA DEMANDA – Reparación directa – Jurisprudencia**

En el presente proceso una eventual adecuación, por vía interpretativa a cargo del juez, del cauce procesal con miras a posibilitar una decisión de fondo no comportaría una alteración ora del petitum ora de la causa petendi de la demanda, comoquiera que la pretensión de pago de los dineros a los cuales el accionante considera tener derecho por haber desarrollado actividades de asesoría en formulación de proyectos, fue efectivamente formulada en la demanda y los fundamentos fácticos en los cuales la misma se sustenta resultan idénticos a los que hasta ahora se han traído a cuento en este proveído —y que no resultan idóneos para hacer prósperas las dos primeras pretensiones del libelo demandatorio—, relativos, precisamente, a las actuaciones que el señor Raúl Quijano Melo manifiesta haber llevado a cabo en el sentido de que habría brindado su asistencia profesional a varios municipios del Departamento de Nariño para que éstos presentaran proyectos de inversión a las autoridades encargadas de asignar recursos de cofinanciación.

Asimismo, dicha eventual adecuación del cauce procesal no comporta una vulneración del derecho al debido proceso radicado en cabeza de la entidad accionada, toda vez que ésta ha tenido la posibilidad cierta y efectiva de defenderse, a lo largo del trámite de la causa, de idénticos planteamientos formulados por la parte actora, los cuales estarían soportados, desde el punto de vista probatorio, en los mismos presupuestos fácticos que tienen que ser materia de análisis a efectos de establecer si se ha configurado, o no, un supuesto de enriquecimiento sin causa que debiere dar lugar al reconocimiento de las compensaciones económicas que resultaren procedentes.

## **RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL – Configuración – Doctrina – Jurisprudencia – Requisitos**

Para que se configure la responsabilidad precontractual por culpa in contrahendo y nazca la obligación de reparar el daño inferido, según la doctrina y la jurisprudencia, se requiere:

- (i) Que el daño se haya producido.
- (ii) Que exista una situación real de negociación, es decir, que se hayan hecho actos, tratos, conversaciones, intercambios de opinión, etc. cuya finalidad sea la posible celebración de un contrato.
- (iii) Que de los tratos se haya generado una situación de confianza legítima de la que se pueda esperar, razonablemente, la adopción de determinada conducta en la otra parte tendiente a la celebración del contrato.
- (iv) Que la ruptura haya sido injustificada, esto es, contraria a la situación esperada conforme a la confianza que se generó y a los usos y prácticas usuales de los negocios, o sea a los deberes precontractuales de corrección y probidad (información, veracidad, lealtad) y buena fe exigida en el campo negocial. La falta de justificación, con todo, es objetiva, de suerte que no se requiere (aunque no se descarta) la prueba de la existencia de intención de producir daño.
- (v) Que exista una relación de causalidad entre la frustración o fracaso del negocio por defraudación de la confianza en la seriedad y rectitud de los tratos y el daño producido.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION B**

**Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil catorce (2014).

**Radicación número: 25000-23-26-000-1997-13395-01(26366)**

**Actor: CONSORCIO VILLA HERNANDEZ Y COMPAÑIA LIMITADA - VILLA HERNANDEZ INVERSIONES L. E. LIMITADA**

**Demandado: INSTITUTO DE AGUAS Y SANEAMIENTO AMBIENTAL DE CUNDINAMARCA Y OTRO**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)**

Sin que se observe nulidad de lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 11 de noviembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión (fls. 161 a 171, c. ppal 2), en la cual se dispuso negar las pretensiones de la demanda (fl. 338, c. ppal).

## **SÍNTESIS**

Las sociedades integrantes del consorcio Villa Hernández y Cía. Ltda. Villa Hernández Inversiones L.E. Ltda. pretenden que se declare la responsabilidad contractual del Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca, en Liquidación, y el departamento de Cundinamarca, por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la no suscripción del contrato adjudicado mediante resolución 002 del 11 de enero de 1995, cuyo objeto consistía en la optimización del sistema de alcantarillado del municipio de Soacha.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. DEMANDA**

El 19 de diciembre de 1996 (fl. 36, c. ppal), el señor Leonardo Villa Hernández, como representante legal de las sociedades Villa Hernández y Cía. Ltda., y Villa Hernández Inversiones L.E. Ltda., integrantes del consorcio Villa Hernández y Cía. Ltda.-Villa Hernández Inversiones L.E. Ltda., en ejercicio de la acción de controversias contractuales regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra del Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca, En Liquidación, y el departamento de Cundinamarca (fls. 3 a 36, c. ppal).

#### **1.1. Los hechos**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume a continuación (fls. 5 a 20, c. ppal):

1.1.1. El 9 de diciembre de 1994, mediante resolución 424, el Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca ordenó la apertura de la licitación pública 024 para la optimización del sistema de alcantarillado del municipio de Soacha.

1.1.2. El 11 de enero de 1995, después de agotadas las etapas del respectivo proceso de selección y a través de la resolución n.º 2, el mencionado Instituto lo adjudicó al consorcio Villa Hernández y Cía. Ltda.-Villa Hernández Inversiones L.E. Ltda.

1.1.3. El 12 de enero siguiente, el representante legal del consorcio Villa Hernández y Cía. Ltda.-Villa Hernández Inversiones L.E. Ltda. se notificó personalmente de la adjudicación.

1.1.4. En la misma fecha, a través del oficio 005, la Subgerente Administrativa y Financiera del Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca remitió al consorcio ganador el contrato 001 de 1995, que resultó de la consabida adjudicación, para su revisión y suscripción.

1.1.5. El mismo 12 de enero de 1995, el Gerente del Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca envió a la Financiera de Desarrollo Territorial, FINDETER, todos los documentos del proceso de selección, con el fin de obtener la financiación del contrato.

1.1.6. El 13 de enero siguiente, el consorcio ganador remitió a la demandada el contrato debidamente firmado.

1.1.7. Durante el mes de febrero y en varias ocasiones, el actor solicitó a la demandada la remisión del contrato debidamente legalizado para iniciar la ejecución del contrato; sin embargo, la demandada guardó silencio.

1.1.8. El 13 de febrero de 1995, FINDETER aprobó el orden de elegibilidad de la licitación pública 024 de 1994 y, en consecuencia, aprobó el crédito para la financiación del contrato entre la demandada y el consorcio demandante.

1.1.9. El 13 de marzo de 1995, la Subgerente Administrativa y Financiera de la demandada remitió al consorcio demandante nuevamente el contrato para su firma, toda vez que la fecha que tenía el primer contrato suscrito debía actualizarse.

1.1.10. El 6 de abril siguiente, el consorcio demandante remitió a la demandada el contrato suscrito e, igualmente, le solicitó que se iniciará lo más pronto posible su ejecución.

1.1.11. La demandada fue renuente en la firma del contrato y en la entrega de los documentos necesarios para su ejecución, para lo cual adujo que no contaba con la reserva presupuestal correspondiente. Además, señaló que la oportunidad para celebrar el contrato estaba fenecida, razón por la cual resulta inviable proceder en esa dirección.

1.1.12. El 22 de febrero de 1996, FINDETER manifestó a la demandada su preocupación por la falta de ejecución del alcantarillado del municipio de Soacha. Igualmente, le advirtió que el 24 de marzo de 1995 le devolvió el contrato 001 de 1995, suscrito para tal efecto.

1.1.13. El 13 de agosto de 1996, las partes llevaron a cabo audiencia de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 11 Delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de suscribir el contrato respectivo y reconocer al contratista los desequilibrios económicos correspondientes; no obstante, las partes no pudieron ponerse de acuerdo y se declaró fracasada la etapa conciliatoria.

## **1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en la situación fáctica antes relacionada, el consorcio demandante deprecó las siguientes pretensiones (fls. 4 y 5, c. ppal):

*PRIMERA. Que se declare que existió el contrato no perfeccionado 001 de 1995, producto de la adjudicación a la parte demandante, mediante resolución 022 (sic) de 1995 de la licitación pública 024 de 1994, abierta por el demandado Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca, hoy en liquidación.*

*SEGUNDA. Que se declare que dicho contrato 001 de 1995 no se perfeccionó por culpa del Instituto demandado, consistente en no haberlo suscrito.*

*TERCERA. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene al Instituto de Aguas y Saneamiento del Departamento de Cundinamarca –en liquidación- y al departamento de Cundinamarca a pagar en forma solidaria, al consorcio VILLA HERNÁNDEZ Y CÍA. LTDA.-VILLA HERNÁNDEZ INVERSIONES L.E. LTDA. de la utilidad que dejaron de percibir por el no perfeccionamiento e inejecución del contrato 001 de 1995, en los términos que indican los arts. 177 y 178 del C.C.A.*

*SUBSIDIARIA DEL NUMERAL TERCERO. Que se valore el daño emergente en este numeral reclamado por el monto de la garantía de seriedad de la propuesta establecido en el numeral 20 de la Sección II (Instrucciones a los licitantes) de los términos de referencia de la licitación pública No. 024 de 1994.*

*CUARTA. Que se condene al Instituto de Aguas y Saneamiento del departamento de Cundinamarca y al departamento de Cundinamarca al pago de las costas del proceso en la cantidad que determine esa honorable Corporación de conformidad con lo establecido en el parágrafo 3 del artículo 75 de la Ley 80 de 1993.*

*QUINTA. Que en el evento en que el Instituto de Aguas y Saneamiento del departamento de Cundinamarca o el departamento de Cundinamarca no dieran cumplimiento inmediato a la sentencia que ponga fin al proceso que se inicia, sean condenados al pago de los intereses sobre el monto de la condena líquida, señalados por el artículo 177 el C.C.A.*

## **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El departamento de Cundinamarca y el Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca, a pesar de ser notificadas personalmente (fls. 46 y 48, c. ppal), no contestaron la demanda (fl. 49, c. ppal, informe secretarial).

## **3. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, el departamento de Cundinamarca propuso como excepción la ineptitud sustantiva de la demanda, teniendo en cuenta que no se suscribió el contrato que se pretende que se declare como existente. Por consiguiente, como se trata de un contrato que no se perfeccionó mal haría en acceder a esa pretensión a través de una acción que está reservada para las controversias originadas en ese tipo de actos jurídicos. En consecuencia, la acción precedente

era la reparación directa y no la contractual como se intentó (fls. 127 a 131, c. ppal).

La parte actora reiteró los argumentos de su demanda (fls. 132 a 147, c. ppal).

## II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 11 de noviembre de 2003 (fls. 161 a 171, c. ppal 2), el a quo negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto sostuvo:

*Con fundamento en lo anterior podemos concluir que el acto de adjudicación que se produjo a favor de la sociedad demandante, constituyó el último acto de la etapa contractual, no así puede considerarse como el primer acto contractual; con dicho acto se puso fin al proceso de licitación, pero sin alcanzar el darle vida jurídica al contrato, ante lo cual resulta improcedente declarar su existencia. Otro aspecto como lo advirtió la Sala es el relativo a los efectos de la negación del demandado a suscribir el contrato objeto de adjudicación, pues bien el contrato no alcanzó a nacer a la vida jurídica, corresponde analizar las repercusiones de esa omisión, con miras a establecer si a la actora le asiste el derecho a las indemnizaciones solicitadas.*

*Sobre este punto encontramos la siguiente jurisprudencia (...):*

*“Ahora si la administración incumple su obligación de hacer, es decir se abstiene de celebrar el contrato, al particular perjudicado únicamente queda la posibilidad de obtener la indemnización de perjuicios, mediante el ejecución de la acción pertinente, pues en virtud del principio de separación de poderes, el juez del contrato (la jurisdicción de los contencioso administrativa) no le puede imponer a la entidad la obligación de celebrar un contrato (anales del Consejo de Estado, Tomo CXX, II pte pág. 492 y ss)”.*

*No obstante lo anterior, deberá definir la Sala si por esta vía contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A., puede hacerse efectivo el resarcimiento de los perjuicios que haya podido sufrir la firma demandante con la negativa de suscripción del contrato adjudicado. Al respecto, el honorable Consejo de Estado tiene establecido el siguiente lineamiento:*

*“En relación con la vía procesal para hacer efectivos los derechos del particular, la Sala no comparte con el Tribunal y el Ministerio Público en la primera instancia, la afirmación de que la acción contractual para declarar la existencia de un contrato no es la adecuada para determinar responsabilidad precontractual de la administración por el no perfeccionamiento del mismo por tanto debería demandarse por la vía de la acción de reparación directa”<sup>1</sup>.*

---

<sup>1</sup> Cita original: Consejo de Estado, sentencia del 4 de marzo de 1991, Consejero Ponente Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

*Así las cosas, es la acción de reparación directa la vía idónea para reclamar el resarcimiento de los perjuicios derivados del incumplimiento de la administración, ante su omisión o negativa de suscripción del contrato materia de adjudicación; y no siendo la acción de controversia contractual instaurada en este caso, la procedente para reclamar la indemnización pretendida por las sociedades demandantes, se impone denegar las súplicas de la parte actora (fls. 169 a 171, c. ppal 2).*

### **III. SEGUNDA INSTANCIA**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora interpone recurso de apelación (fls. 180 a 186, c. ppal 2)<sup>2</sup>. Para el efecto, sostiene que (i) el consorcio Villa Hernández y Cía. Ltda.-Villa Hernández Inversiones L.E. Ltda. celebró un contrato con el Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca, En Liquidación, que no se pudo ejecutar debido a la culpa de esta última; (ii) que la acción contractual es la procedente, siempre que se pretenda la declaratoria de existencia de un contrato estatal que ha agotado todo el recorrido precontractual, como sucede en el *sub lite*, toda vez que nada impediría afirmar su perfeccionamiento; (iii) que se encuentran dados todos los requisitos para efectos de adecuar las pretensiones de la demanda a la acción de reparación directa, y (iv) que deberán reconocerse como perjuicios a la utilidad esperada y el valor de la póliza de seriedad de la oferta.

### **IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

##### **1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente**

Como dentro de la controversia están dos entidades públicas, el Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca, En Liquidación<sup>3</sup>, y el departamento de Cundinamarca (artículo 82 del Código Contencioso Administrativo), el conocimiento de la misma corresponde a esta jurisdicción; ahora, en cuanto a la competencia, precisa, previamente, dilucidar la acción procedente.

---

<sup>2</sup> El recurso se interpuso el 25 de noviembre de 2003 (fl. 173, c. ppal 2).

<sup>3</sup> El artículo 1 del Decreto departamental 1957 de 1996, por medio del cual se suprimió el Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca, señala que ese Instituto fue creado a través del Decreto departamental 0610 de 1992 como un establecimiento público del orden seccional (fls. 1 y 1a, c. 2 pruebas, copia simple del Diario Oficial departamental 12552 del 1 de agosto de 1996).

En las pretensiones de la demanda se pide que se declare la existencia de un contrato que no fue perfeccionado, solicitud improcedente si se tiene en cuenta que el documento contentivo del acuerdo sobre el objeto y su precio, suscrito por las partes, es un requisito sin el cual no puede hablarse de vínculo contractual ni suplirse en sede judicial, en tanto la Ley 80 de 1993<sup>4</sup> lo impone al momento de contraer las obligaciones y no en otro momento<sup>5</sup>; asimismo, en los hechos se da a entender de que el contrato no se firmó, pero también se insinúa que fue extraviado intencionalmente por la demandada, situación que encuadraría en la acción contractual, si se pretendiera la declaratoria de un contrato estatal perfeccionado, pero en las pretensiones se solicita la declaratoria de existencia de un contrato no perfeccionado.

En ese orden, teniendo en cuenta que la Sala no puede variar las pretensiones de la demanda, pero sí interpretarlas, es claro que tanto estas como los hechos de la demanda dejan entrever que la intención del accionante no es otra que obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por la imposibilidad de ejecutar el contrato debido a su no suscripción, causa *petendi* frente a la cual la demandada ejerció su derecho de defensa en todo momento.

---

<sup>4</sup> Norma aplicable al proceso de selección por cuanto se inició el 9 de diciembre de 1994 (fl. 1 rev., c. 2 pruebas), es decir, en vigencia de esa norma y, además, la demandada es una entidad estatal dada su calidad de establecimiento público del orden departamental, razón que confirma la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

<sup>5</sup> En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 15596, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En esa ocasión, se dijo: “Sobre ese particular, la Sala considera, en primer lugar, que no existe desde el punto de vista probatorio otro elemento que corrobore lo dicho por el demandante sobre el supuesto acuerdo verbal que se habría alcanzado para tratar - sin eficacia jurídica - de modificar el aludido contrato de obra, razón por la cual no existen elementos que permitan declarar con suficiencia que tal acuerdo modificatorio ciertamente hubiere tenido lugar como supuesto fáctico. En segundo lugar, dada la solemnidad que caracteriza a los contratos estatales de conformidad con la legislación especial que regula esta materia, la Sala concluye que, incluso frente a la hipótesis de que en el caso concreto se hubiere acreditado el acuerdo verbal de las partes para tratar de modificar el Contrato 247 - 95, no sería posible reconocerle efecto alguno a tal acuerdo puesto que la modificación consensual, de un acuerdo que legalmente se debe extender por escrito, es decir, que es solemne, está llamada a ser desestimada por el ordenamiento jurídico”. En el mismo sentido, la Sección Tercera, Subsección A, en sentencia del 30 de octubre de 2013, exp. 32556, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, en la cual también se solicitaba la declaratoria de existencia de un contrato, precisó: “Sobre este punto debe a notarse que en los referidos formatos no se plasmó el acuerdo de voluntades de las partes frente al objeto y a la contraprestación, ni se identificaron su extremos intervinientes, por lo que es de concluirse que tales documentos en modo alguno tienen la virtualidad para satisfacer la exigencia de la solemnidad que debe revestir el contrato estatal (...). // De lo anterior ha de precisarse que aunque está acreditado que durante los años 1996 a 2000 la sociedad Comercializadora del Caribe Ltda., almacenó en su depósito habilitado de carácter público mercancía aprehendida, decomisada y abandonada a favor de la autoridad aduanera, no por ese hecho surge de manera indiscutible la aludida existencia del contrato de depósito mercantil, pues se reitera que los documentos en referencia no suplen la exigencia de elevar a escrito el correspondiente negocio jurídico. // Por lo anotado en precedencia, la Sala acoge el criterio del Tribunal a quo en el sentido de indicar que la pretensión de declaratoria de existencia del contrato de depósito y/o almacenamiento de mercancías aprehendidas, decomisadas y/o abandonadas a favor de la Nación, entre la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la Sociedad Comercializadora del Caribe Ltda., de ninguna manera puede prosperar”. Recientemente, la misma Sección, Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2014, exp. 27.390, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Ahora, esta Corporación frente a la acción procedente para esta clase de asuntos, ha señalado que lo es la acción de reparación directa, así<sup>6</sup>:

*1) La acción intentada por la demandante.*

*La demandante busca a través de la acción de reparación directa prevista en el art. 86 del C.C.A. que el Hospital San Diego de Cereté le indemnice los perjuicios causados, como consecuencia de la omisión administrativa al no suscribir el contrato que le fue adjudicado para la instalación de una farmacia en dicha institución.*

*El artículo 86 del C.C.A establece que: "... La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa". De la misma forma el artículo 90 de la Constitución Política consagra la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

*En el presente asunto el hecho imputable a la administración cuya reparación se pretende, es la no suscripción por parte de la entidad demandada del contrato de arrendamiento de un local dentro de las instalaciones del hospital para el funcionamiento de una farmacia, lo cual a juicio de la demandante le generó graves perjuicios económicos que deben ser indemnizados por la entidad porque se preparó para instalarla y la entidad frustró ese proyecto.*

*Consecuente con lo anterior, no existe reparo alguno en que sea la acción de reparación directa prevista en el art. 86 C.C.A. la adecuada para definir el litigio planteado por la demandante, porque en ese caso la obligación de indemnizar no tiene origen en los vicios del proceso licitatorio del cual salió favorecida, ni tampoco en un contrato como fuente de obligaciones, ya que éste no llegó a celebrarse, sino en el daño asumido por ella como consecuencia de la omisión del Hospital San Diego de Cereté de suscribir el contrato que le había adjudicado.*

En consecuencia, se adecuará la demanda a la acción de reparación directa, y no a la contractual como se intentó originalmente. Frente a esta posibilidad la jurisprudencia reciente de esta Sección ha señalado<sup>7</sup>:

*En el presente proceso una eventual adecuación, por vía interpretativa a cargo del juez, del cauce procesal con miras a posibilitar una decisión de fondo no comportaría una alteración ora del petitum ora de la causa petendi de la demanda, comoquiera que la pretensión de pago de los dineros a los cuales el accionante considera tener derecho por haber desarrollado actividades de asesoría en formulación de proyectos, fue*

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2001, exp. 13.405. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Reiterada por la Subsección A, sentencia del 28 de julio de 2011, exp. 19.349, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Y más recientemente por la Subsección B, sentencia del 3 de diciembre de 2012, exp. 19.425, M.P. Danilo Rojas Betancourth (E).

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp. 17008.

*efectivamente formulada en la demanda y los fundamentos fácticos en los cuales la misma se sustenta resultan idénticos a los que hasta ahora se han traído a cuento en este proveído —y que no resultan idóneos para hacer prósperas las dos primeras pretensiones del libelo demandatorio—, relativos, precisamente, a las actuaciones que el señor Raúl Quijano Melo manifiesta haber llevado a cabo en el sentido de que habría brindado su asistencia profesional a varios municipios del Departamento de Nariño para que éstos presentaran proyectos de inversión a las autoridades encargadas de asignar recursos de cofinanciación.*

*Asimismo, dicha eventual adecuación del cauce procesal no comporta una vulneración del derecho al debido proceso radicado en cabeza de la entidad accionada, toda vez que ésta ha tenido la posibilidad cierta y efectiva de defenderse, a lo largo del trámite de la causa, de idénticos planteamientos formulados por la parte actora, los cuales estarían soportados, desde el punto de vista probatorio, en los mismos presupuestos fácticos que tienen que ser materia de análisis a efectos de establecer si se ha configurado, o no, un supuesto de enriquecimiento sin causa que debiere dar lugar al reconocimiento de las compensaciones económicas que resultaren procedentes.*

En suma, atendidas las garantías constitucionales de las partes, se tiene que la acción procedente en el *sub lite* lo es la de reparación directa y, por consiguiente, a sus exigencias se adecuará la demanda.

De otro lado, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, le asignó el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos<sup>8</sup>.

## **1.2. La legitimación en la causa**

Las partes se encuentran legitimadas, en tanto son los extremos del proceso de selección cuyo contrato no fue suscrito (fls. 2 y 3, c. ppal, copia simple resolución de adjudicación 002 del 11 de enero de 1995).

---

<sup>8</sup> El numeral 10 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, asignó el conocimiento en primera instancia a los tribunales administrativos de los asuntos de reparación directa y cumplimiento que se promuevan contra la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de los diferentes órdenes. En consecuencia, como los perjuicios materiales se calcularon en \$168.000.000 (fl. 34, c. ppal, acápite de cuantía), es claro que para 1996, cuando se presentó la demanda (fl. 36, c. ppal), la controversia superaba el valor exigido para tener vocación de doble instancia, esto es superior a \$13.460.000.

Valga aclarar que el departamento de Cundinamarca está legitimado en la causa por pasiva, en tanto el artículo 15 del Decreto departamental 1957 del 29 de julio de 1996<sup>9</sup>, por medio del cual se suprimió el Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca, dispuso que ese ente territorial asumiría las condenas en contra del desaparecido establecimiento público.

### **1.3. La caducidad**

El pliego de condiciones en su numeral 37, suscripción del contrato, estableció que el contratista tenía cinco días para suscribirlo después del recibo de la minuta (fl. 215, c. 2 pruebas, copia simple); sin embargo, no se estableció el término que tenía la administración para cumplir con esa obligación. En consecuencia, atendiendo a que las normas del Código Contencioso Administrativo son aplicables a las actuaciones contractuales por disposición expresa del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, se puede considerar que la demandada tenía el mismo término que dispone el artículo 60 del primer código en mención para que se configure el silencio administrativo negativo, esto es tres meses contados a partir de la devolución del contrato firmado por el contratista.

En ese orden, el 13 de enero de 1995 el actor devolvió a la demandada el contrato debidamente firmado (fl. 5, c. 2 pruebas). En consecuencia, la demandada tenía hasta el 13 de marzo de la referida anualidad para devolver el contrato suscrito. Ahora, como entre esa fecha y la presentación de la demanda, el 19 de diciembre de 1996, no transcurrió el bienio que el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época, establecía para el ejercicio de la acción de reparación directa, se impone concluir que lo fue en tiempo.

## **2. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico del presente asunto se concreta en determinar si el Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca es responsable extracontractualmente por la omisión de suscribir el contrato adjudicado al Consorcio Hernández y Cía. Ltda.-Villa Hernández Inversiones L.E. Ltda., mediante resolución 002 del 11 de enero de 1995, cuyo objeto consistía en la optimización de alcantarillado del municipio de Soacha.

---

<sup>9</sup> Dicho artículo prescribía: “De las condenas: De las condenas a que hubiere lugar en los procesos que se sigan o se estén siguiendo contra el Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca responderá el departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda departamental” (fl. 1A, c. 2 pruebas).

### 3. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS DEMANDADAS

3.1. Con el fin de abordar integralmente la problemática que supone el recurso de apelación interpuesto, la Sala analizará la demostración del daño, toda vez que se trata del primer elemento que debe dilucidarse para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>10</sup>, de manera que, resuelto el tema relativo a la afectación patrimonial del accionante, se entrará a estudiar la imputación.

3.2. Igualmente, precisa referir que los documentos allegados por las partes lo fueron dentro de la oportunidad pertinente, en original, en copia auténtica y copias simples (c. 2 pruebas)<sup>11</sup>.

#### 3.3. El daño

El daño en el *sub lite* se concretó en los efectos nocivos derivados de la imposibilidad de ejecutar el contrato que debía suscribirse como consecuencia de la adjudicación que le hiciera el Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca, a través de la resolución 002 del 11 de enero de 1995 (fls. 2 y 3, c. 2 pruebas), al consorcio Villa Hernández y Cía. Ltda.-Villa Hernández Inversiones L.E. Ltda.

En tal sentido, las pruebas obrantes dan cuenta de (i) que el 9 de diciembre de 1994, a través de la resolución 424, el Instituto demandado abrió la licitación pública 024 para la construcción del alcantarillado del sector sur del municipio de

---

<sup>10</sup> HENAO, Juan Carlos. El daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 37.

<sup>11</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. En esa oportunidad se dijo que las copias simples obrantes en el proceso y que surtieron el principio de contradicción tienen plenos efectos probatorios. Claro está salvo: "(...) si se desea acreditar el parentesco, la prueba idónea será el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio según lo determina el Decreto 1260 de 1970 (prueba ad solemnitatem), o la escritura pública de venta, cuando se busque la acreditación del título jurídico de transferencia del dominio de un bien inmueble (prueba ad substantiam actus). (...) De modo que, si la ley establece un requisito –bien sea formal o sustancial– para la prueba de un determinado hecho, acto o negocio jurídico, el juez no puede eximir a las partes del cumplimiento del mismo; cosa distinta es si el respectivo documento (v.gr. el registro civil, la escritura de venta, el certificado de matrícula inmobiliaria, el contrato, etc.) ha obrado en el expediente en copia simple, puesto que no sería lógico desconocer el valor probatorio del mismo si las partes a lo largo de la actuación no lo han tachado de falso. Así las cosas, si se desea acreditar el parentesco, la prueba idónea será el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio según lo determina el Decreto 1260 de 1970 (prueba ad solemnitatem), o la escritura pública de venta, cuando se busque la acreditación del título jurídico de transferencia del dominio de un bien inmueble (prueba ad substantiam actus). (...) De modo que, si la ley establece un requisito –bien sea formal o sustancial– para la prueba de un determinado hecho, acto o negocio jurídico, el juez no puede eximir a las partes del cumplimiento del mismo; cosa distinta es si el respectivo documento (v.gr. el registro civil, la escritura de venta, el certificado de matrícula inmobiliaria, el contrato, etc.) ha obrado en el expediente en copia simple, puesto que no sería lógico desconocer el valor probatorio del mismo si las partes a lo largo de la actuación no lo han tachado de falso".

Soacha, dentro del programa de optimización de esa clase de sistemas (fl. 2 rev., c. 2 pruebas); (ii) que ese proceso se adjudicó al consorcio demandante mediante resolución 002 del 11 de enero de 1995, por la suma de \$988.031.957,20 (fls. 2 y 3, c. 2 pruebas); (iii) que en el expediente se echan de menos el contrato perfeccionado y las pruebas tampoco dan cuenta de su existencia, como se verá con más detalle al analizar la imputación, (iv) y que la propuesta del actor tenía un A.I.U. del 22% (fls. 141 a 169, c. 2 pruebas, copia simple).

De lo expuesto se tiene por demostrado el daño causado al actor por la no suscripción del contrato, consistente en la pérdida de utilidad esperada.

### **3.2. La imputabilidad**

Para que se configure la responsabilidad precontractual por culpa *in contrahendo* y nazca la obligación de reparar el daño inferido, según la doctrina<sup>12</sup> y la jurisprudencia<sup>13</sup>, se requiere:

(i) Que el daño se haya producido.

(ii) Que exista una situación real de negociación, es decir, que se hayan hecho actos, tratos, conversaciones, intercambios de opinión, etc. cuya finalidad sea la posible celebración de un contrato.

---

<sup>12</sup> Al respecto, se ha afirmado: “La ruptura de los tratos preliminares puede generar una responsabilidad precontractual. La doctrina alemana del siglo XIX elaboró, en torno a este problema, la tesis de la denominada culpa *in contrahendo*, conforme a la cual, entre otros supuestos, además de ahora examinado, se entendía que cabría exigir responsabilidad a la parte que frustró la conclusión del contrato. (...) Nuestro Código no regula este supuesto en forma expresa, separada e independiente de la responsabilidad contractual o extracontractual, ya que no conoce categoría intermedia entre ambas, lo que genera problemas de delimitación. La inexistencia de una relación jurídica comporta, de entrada y en apariencia, la ausencia de responsabilidad. Con todo, esta afirmación no es completamente cierta en cuanto que, como quedó dicho, existen determinados deberes entre los negociantes que les obligan a llevar un comportamiento leal y correcto (...) cuyo incumplimiento puede generar una auténtica obligación de indemnizar los daños causados a la parte que vio frustrada la expectativa de perfeccionar el contrato proyectado. En general, a pesar de la escasa regulación y del silencio legal, es común la opinión que entiende que existe una obligación de indemnizar a aquel contratante que vio frustrada, injustificadamente, la celebración del contrato en cuanto exista un daño que deba repararse y que no tiene por qué soportar aquel que confió en la celebración del contrato (...). A la vez se habla de culpa *in contrahendo* para designar aquella que concurre cuando, de manera injustificada, se produce unilateralmente la ruptura de unos tratos preliminares. La responsabilidad precontractual, sin embargo, se debe reconducir, en nuestro sistema, a la responsabilidad extracontractual. Existe ruptura de tratos que genera responsabilidad, cuando uno de los tratantes se retira, sin una justificación válida, de las negociaciones conducidas hasta el punto de inducir a la otra a confiar razonablemente en la conclusión del contrato.” ALONSO-GETE, María del Carmen, Manual de Derecho Civil, obra colectiva, la formación del contrato, 3ª edición, Marcial Pons, 2004, p. 568-570. Respecto de los requisitos de la responsabilidad *in contrahendo* ver también: DIEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen primero, Civitas, quinta edición, Madrid, 1996, p. 278-279.

<sup>13</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de diciembre de 2012, exp. 19.425, M.P. Danilo Rojas Betancourth (E).

(iii) Que de los tratos se haya generado una situación de confianza legítima de la que se pueda esperar, razonablemente, la adopción de determinada conducta en la otra parte tendiente a la celebración del contrato.

(iv) Que la ruptura haya sido injustificada, esto es, contraria a la situación esperada conforme a la confianza que se generó y a los usos y prácticas usuales de los negocios, o sea a los deberes precontractuales de corrección y probidad (información, veracidad, lealtad) y buena fe exigida en el campo negocial. La falta de justificación, con todo, es objetiva, de suerte que no se requiere (aunque no se descarta) la prueba de la existencia de intención de producir daño<sup>14</sup>.

(v) Que exista una relación de causalidad entre la frustración o fracaso del negocio por defraudación de la confianza en la seriedad y rectitud de los tratos y el daño producido<sup>15</sup>.

El primero de los elementos arriba enunciados se encuentra probado. Respecto de los demás, el material probatorio da cuenta de lo siguiente:

3.2.1. Que el 9 de diciembre de 1994, a través de la resolución 424, el Instituto de Agua y Saneamiento de Cundinamarca abrió la licitación pública 024 para la construcción del alcantarillado del sector sur del municipio de Soacha, dentro del programa de optimización de esa clase de sistemas, la cual fue adjudicada el 11 de enero de 1995, mediante resolución 002, al consorcio demandante (fl. 2 y 3, c. 2 pruebas, copia simple acto administrativo).

3.2.2. Que el 12 de enero de 1995, la Subgerente Administrativa y Financiera del pluricitado Instituto remitió al consorcio demandante el contrato 001 de 1995, correspondiente a la adjudicación referida anteriormente, con el fin de que lo

---

<sup>14</sup> MONATERI, Pier Giuseppe, La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano, en obra colectiva: Estudios del Contrato en General, Ara Editores, Lima, 2004, p. 534. Este autor reitera que en el ámbito de la culpa in contrahendo no es necesario determinar en forma específica el comportamiento subjetivo o de mala fe o la intención de perjudicar a la otra parte; es suficiente que la conducta de una de las partes resulte disconforme con el deber de lealtad que debe imperar en las tratativas precontractuales, así el comportamiento no fuere intencional o sea meramente culposo.

<sup>15</sup> MONATERI, Pier Giuseppe. Ob. cit. p. 525-577, señala que para que se produzca la responsabilidad por culpa in contrahendo debe mediar: (i) una confianza fundada en elementos objetivos y unívocos, de una de las partes, respecto de la celebración del contrato; (ii) un receso injustificado de la otra parte, que ha participado en la tratativa; (iii) un daño resarcible consistente en el interés negativo. La confianza en la seriedad de la tratativa, merecedora de protección, esto es, derivada de una serie de circunstancias que concurren para hacer considerar que, prácticamente, el acuerdo se ha conseguido. Confianza que debe estar demostrada en elementos objetivos. Y agrega este autor que en los pronunciamientos jurisprudenciales se ha identificado la confianza legítima, entre otros, en los siguientes casos: a) una parte manifiesta su consentimiento y luego se retira de la tratativa; b) una parte rompe una tratativa aunque los documentos ya *están dispuestos*.

revisara y firmara (fl. 4, c. 2 pruebas, original comunicación 005 de la fecha en mención).

3.2.3. Que el 13 de enero siguiente, la parte actora devolvió a la demandada el contrato firmado (fl. 5, c. 2 pruebas, original comunicación).

3.2.4. En los meses siguientes, el consorcio accionante requirió a la demandada para que continuara con el trámite de legalización del contrato y le entregara los planos de construcción de la obra contratada (fls. 6 a 8, c. 2 pruebas, originales de las comunicaciones).

3.2.5. El 23 de marzo de 1995, el Gerente del Instituto demandado en comunicación dirigida al Gerente de la Financiera de Desarrollo Territorial, FINDETER, manifestó:

*De acuerdo a su solicitud me permito enviar copia del contrato 001/95 OPTIMIZACIÓN DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO DEL MUNICIPIO DE SOACHA (sector sur) y presupuesto de inversiones del Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca (fl. 62, c. 2 pruebas, copia simple).*

3.2.6. Al día siguiente, la Directora de la Unidad Regional n.º 1 de FINDETER comunicó al Gerente del Instituto demandado lo siguiente:

*De acuerdo a nuestra conversación, me permito enviarle copia del contrato 001 de 1995, optimización del sistema de alcantarillado del municipio de Soacha (fl. 63, c. 2 pruebas, copia simple).*

3.2.7. El 17 de abril de 1995, la demandada le solicitó a la parte actora que se acercara a sus oficinas para continuar con el trámite de legalización del contrato y entregarle los planos de construcción de la obra contratada (fl. 9, c. ppal, c. 2 pruebas, original).

3.2.8. El 5 de mayo siguiente, el accionante informó a la demandada que estuvo en sus oficinas el 18 de abril sin que pudiera legalizar el contrato ni recibir los planos requeridos, debido a la inexistencia de reserva presupuestal (fl. 10, c. 2 pruebas, original).

3.2.9. El 21 de junio de 1995, el accionante, en ejercicio del derecho de petición, pone de presente a la demandada, entre otros hechos, que el 23 de marzo de esa

anualidad firmó el contrato con el Gerente del Instituto, razón por la cual, además de solicitar explicaciones por la prolongación del trámite de legalización del contrato, pidió llevar a cabo la ejecución contractual (fls. 11 y 12, c. 2 pruebas, original).

3.2.10. El 27 de junio de 1995, el Gerente del Instituto demandado respondió el derecho de petición arriba relacionado y advirtió al actor que nunca suscribió el contrato (fls. 18 y 19, c. 2 pruebas, original).

3.2.11. El 6 de julio de 1994, el actor insistió a la demandada sobre la suscripción del respectivo contrato (fls. 15 a 18, c. 2 pruebas, original).

3.2.12. El 6 de septiembre siguiente, la Gerencia de la demandada, además de negar la suscripción de la minuta del contrato, fijó como fecha para tal efecto el 13 de septiembre de 1995 (fls. 22 y 23, c. 2 pruebas, original). Ese día se reunieron las partes aquí en litigio y decidieron prorrogar la diligencia de firma del contrato para el 20 de septiembre (fls. 24 y 25, c. 2 pruebas, original). En esta última fecha, la demandada informó al actor que al parecer el proceso de selección que se le adjudicó tenía irregularidades, sin explicar más detalles, pero agregó que ya estaban en conocimiento de los órganos de control. En consecuencia, se abstuvo de firmar el contrato, para lo cual precisó que este nunca se suscribió, y que por lo tanto el contratista quedaba habilitado para proceder judicialmente (fls. 26 y 27, c. 2 pruebas, original).

3.2.13. El 12 y 13 de agosto de 1996, las partes de esta controversia trataron de conciliar ante la Procuraduría 11 Judicial Delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero fracasaron en su intención (fls. 51 a 54, c. pruebas 2, original).

3.2.14. De las declaraciones rendidas ante el *a quo* se tiene que la señora Luz Amanda Betancourt Rivera, quien laboraba para la época de los hechos en estudio en el Instituto demandado, sin precisar su cargo, se limitó a señalar que una vez firmado el contrato por ambas partes se remitió al FINDETER. Sin embargo, los demás interrogantes los respondió con monosílabos. Efectivamente, respecto del interrogante de si trabajaba para la época de los hechos en la entidad demandada, respondió que sí, sin más explicaciones (fls. 445 y 446, c. 2 pruebas); la señora Blanca Isabel Puentes, quien laboraba para FINDETER cuando

sucedieron los hechos, manifestó que conoció directamente sobre el trámite del contrato en cuestión pero que no recuerda si estaba firmado por ambas partes (fls. 447 y 448, c. 2 pruebas); el señor José Ángel Lombana, quien laboraba para la demandada, afirmó que aunque no estaba muy enterado del trámite del contrato, pero que este se encontraba firmado y que entiende que se extravió (fl. 449, c. 2 pruebas); la señora Martha Rodríguez Peña, que laborara para la demandada, manifestó que no recuerda qué pasó con el trámite del contrato (fls. 451 y 452, c. 2 pruebas), y el señor Hernán González Peña, que laboraba para el consorcio demandante, se limitó a describir las gestiones adelantadas por el representante legal del último en mención (fls. 453 y 454, c. 2 pruebas).

Ahora, la Sala considera necesario detenerse en algunas pruebas, toda vez que no se desconoce que resulta bastante extraño, por decir lo menos, que la demandada enviara copia del contrato a FINDETER para la obtención de la financiación de la obra y que al día siguiente solicitara que se le devolviera esa copia, sin que se conozca la razón de ese comportamiento; sin embargo, ese hecho indicativo no encuentra respaldo en otras pruebas, verbigracia el testimonio de Blanca Isabel Puentes, quien laboraba para FINDETER cuando sucedieron los hechos, pero a pesar de que conoció del trámite del contrato no recuerda si se encontraba firmado por ambas partes. Además, en el expediente se echa de menos la copia de la minuta que dice firmó el accionante.

En la misma dirección, el testimonio de la señora Luz Amanda Betancourt Rivera da cuenta de la firma del contrato por ambas partes, pero no explica cómo tuvo conocimiento de este hecho, por cuanto se desconoce el cargo que ocupaba en el Instituto y, por consiguiente, si en razón del cargo tenía acceso directo al trámite precontractual. Además, su formación de técnica en sistemas, contrasta con la terminología que emplea en su declaración y la precisión para describir los trámites contractuales:

*PREGUNTADO: Informe al despacho todo cuanto le conste en relación con la adjudicación y desarrollo del contrato n.º 001 de 1995 celebrado por el INSTITUTO DE AGUAS Y SANEAMIENTO DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y la sociedad actora cuyo objeto era la optimización del sistema de alcantarillado del municipio de Soacha sector sur. CONTESTÓ: Sé que se hizo una licitación y se adjudicó al consorcio Villa Hernández, hubo un acto administrativo por medio de una resolución adjudicando dicha licitación, con su respectivo estudio técnico y jurídico, luego se elaboró el contrato el cual fue firmado por ambas partes este (sic) se remitió a FINDETER ya que esa*

*es la entidad que daba los recursos para la ejecución de ese contrato, FINDETER lo remitió otra vez a la entidad para su respectiva legalización (fl. 445, c. 2 pruebas).*

Como se observa, al parecer se trataba de una persona que se encontraba al tanto de lo ocurrido con el contrato, lo cual no deja de generar dudas, toda vez que ese tipo de trámites y el objeto del contrato no son propios de su formación. Además, tampoco los documentos obrantes ni la declaración de quien laboraba en FINDETER dan cuenta de si el contrato se encontraba firmado. Esas inconsistencias llevan a la Sala a desestimar la credibilidad del testimonio analizado.

Asimismo, las afirmaciones del señor José Ángel Lombana, quien laboraba para la demandada, resultan contradictorias, puesto que al tiempo que señaló que no estaba muy enterado del trámite del contrato, también dijo que este se encontraba firmado, sin que explique la forma cómo conoció de ese hecho, para determinar si escuchó o le consta directamente esos hechos.

En esos términos, las actuaciones irregulares de la demandada no permiten concluir de forma definitiva si el contrato se perfeccionó.

Lo que si está claro es lo siguiente: (i) el consorcio demandante fue el adjudicatario de la licitación pública 024 de 1994 para la construcción del alcantarillado del municipio de Soacha, sector sur; (ii) nada indica que el contrato se hubiera suscrito por la demandada; (iii) el consorcio demandante demostró su interés en suscribir el contrato y estuvo atento para el efecto, y (iv) la demandada, por el contrario, mostró su renuencia, bajo el único argumento de que la adjudicación fue ilegal, pero sin que se aportaran elementos probatorios en esa dirección. En ese orden, la conducta de la entidad resultó injustificada y su comportamiento compromete su responsabilidad precontractual, en cuanto se encuentran demostrados los elementos que la estructuran.

En esos términos se impone condenar a las demandadas por los perjuicios causados como consecuencia de la omisión de suscribir el contrato del que fue adjudicatoria la parte actora, sin que estén probadas causales exonerativas que permitan concluir que hubo justificación para esa abstención. Valga aclarar que el departamento de Cundinamarca asumirá la totalidad de la condena, en tanto el

artículo 15 del Decreto departamental 1957 del 29 de julio de 1996<sup>16</sup>, por medio del cual se suprimió el Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca, dispuso que ese ente territorial se haría cargo de las condenas en contra del desaparecido Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca.

### 3.4. Perjuicios

En estos eventos, de acuerdo al criterio reiterado de la Corporación surge para la entidad el deber de reparar el daño antijurídico al proponente, mediante una indemnización equivalente a la utilidad dejada de percibir por la falta de celebración del contrato, bajo la modalidad de lucro cesante, pero no tiene derecho a que se le reconozcan los gastos en que incurrió en la confección y presentación de la propuesta porque son erogaciones que necesariamente las debía realizar para poder tener acceso al contrato y hacen parte del riesgo que asume por participar en la licitación, independientemente de que les sea o no adjudicado el contrato<sup>17</sup>.

En ese orden, se tiene que, según el dictamen pericial practicada ante el a quo (fls. 1 a 3, c. 3 pruebas), la utilidad esperada era de \$168.084.620. Esa prueba no fue objetada. Sin embargo, la Sala la desestimaré, por cuanto una vez revisada la propuesta económica de la parte actora, se tiene que en ella se fijó el A.I.U. en el 22% (fl. 98, c. 2 pruebas). En consecuencia, los peritos se limitaron a calcular ese porcentaje sobre el valor de la propuesta básica \$932.105.620 (fl. 166, c. 2 pruebas)<sup>18</sup>, operación que arroja el valor arriba referido y que los peritos estimaron como la utilidad esperada (\$168.084.620), cuando debieron calcular únicamente la utilidad, pero no la administración e imprevistos que están incorporados dentro de ese 22% mencionado.

En consecuencia, atendiendo a las reglas de la experiencia y la utilidad que en otros asuntos se ha fijado en otros contratos de obra<sup>19</sup>, la Sala considera

---

<sup>16</sup> Dicho artículo prescribía: “De las condenas: De las condenas a que hubiere lugar en los procesos que se sigan o se estén siguiendo contra el Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca responderá el departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda departamental” (fl. 1A, c. 2 pruebas).

<sup>17</sup> En ese sentido ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 20 de junio de 1983, exp. 3355, 6 de julio de 1990, exp. 5860, 27 de noviembre de 2002, exp. 13.792, 29 de mayo de 2003, exp. 14.462; y 4 de junio de 2008, exp. 17783.

<sup>18</sup> Precisa aclarar que la adjudicación se hizo sobre el valor básico más los reajustes estimados. Por esa razón, el valor adjudicado fue de \$988.031.957,20.

<sup>19</sup> Así por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 1993, exp. 7959, M.P. Carlos Betancur Jaramillo. En esa oportunidad, el A.I.U. del contrato de obra se calculó en el 21.5%, distribuido así el 8% de utilidad; el 9.5% de administración, y el 4% imprevistos; sentencia del 11 de marzo

razonable que ese 22% se divida en proporciones iguales para administración, imprevistos y utilidad (A.I.U.). En consecuencia, la utilidad se establecerá en el 7.3% que aplicado sobre el valor básico de la propuesta básico (\$932.105.620) arroja un valor a reconocer a los actores de \$68.043.710. Esta suma se actualizará desde la fecha de la propuesta (diciembre de 1994 fl. 166, c. 2 pruebas) hasta la presente providencia así:

$$\$68.043.710 \times \frac{117.09 \text{ (IPC final, julio 2014)}}{26.15 \text{ (IPC inicial, diciembre 1994)}} = \$304.674.493.00.$$

En consecuencia, los perjuicios a reconocer ascienden a la suma de \$304.674.493.00.

Por lo tanto, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar la responsabilidad de la demandada y condenarla al pago de los perjuicios arriba advertidos.

3.5. Por último, como la conducta de las partes no puede catalogarse como abiertamente temeraria, sino el ejercicio del derecho de acceso a la justicia y de defensa, se impone negar la condena en costas.

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

## F A L L A

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 11 de noviembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión.

**SEGUNDO: DECLARAR** la responsabilidad extracontractual del departamento de Cundinamarca por los daños ocasionados a las sociedades Villa Hernández y Cía. Ltda. y Villa Hernández L.E. Ltda., en los términos de esta providencia.

---

de 2004, exp. 13.355, M.P. Alier Hernández Enríquez. En ese asunto, la utilidad se fijó en la propuesta en 7.45% para un contrato de obra de construcción de unas oficinas; en unos contratos de obra de canalización las utilidades se fijaron en 5%, en promedio, toda vez que se trataban de varias licitaciones, Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 13.683, M.P. Alier Hernández Enríquez.

**TERCERO:** En consecuencia, **CONDENAR** al departamento de Cundinamarca a pagar a las sociedades Villa Hernández y Cía. Ltda. y Villa Hernández L.E. Ltda. la suma de trescientos cuatro millones seiscientos setenta y cuatro mil cuatrocientos noventa y tres pesos (\$304.674.493.00.), por concepto de utilidad dejada de percibir.

**CUARTO:** Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

**QUINTO:** Sin condena en costas.

**SEXTO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO**  
Presidente

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**  
Magistrada

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Magistrado