

**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / DEMANDA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PARTES DEL PROCESO / SOCIEDAD / REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD / REPRESENTANTE LEGAL DE LA SOCIEDAD / REDACCIÓN AMBIGUA DE LA DEMANDA / INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA POR EL JUEZ / FUNCIÓN INTERPRETATIVA DEL JUEZ / INTERPRETACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / DEMANDANTE / CALIDAD DE DEMANDANTE / PERSONA JURÍDICA**

La causa de la demanda se sustentó en el presunto incumplimiento del contrato (...) celebrado por la sociedad Ingeproyec Ltda. con la SAAAB, y en la nulidad de unas resoluciones que afectaron a la primera en calidad de parte de ese contrato y no a su representante legal. Por lo anterior, a pesar de que por una falta de técnica jurídica las pretensiones de la demanda equívocamente indicaron que los daños por los cuales se demanda se habrían causado “al Ingeniero (...) en calidad de representante legal de la empresa INGEPROYECS LTDA”, de cara al poder otorgado por él y a la causa petendi invocada, para todos los efectos se entenderá, como lo hizo el a quo -sin protesta de la parte contraria-, que la demanda se interpuso en nombre de Ingeproyec Ltda, representada legalmente por el señor.

**NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN OFICIOSA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / ALCANCE DE LA DECLARACIÓN OFICIOSA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / FACULTADES DEL JUEZ DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / DEBERES DEL JUEZ / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / CELEBRACIÓN DE CONTRATO CONTRA EXPRESA PROHIBICIÓN LEGAL**

Esta Sala ha sido enfática en señalar que si bien, en aras de proteger el orden jurídico, la ley confiere al juez el poder inquisitivo de declarar de oficio la nulidad absoluta de los contratos, en la medida que se activa aun sin petición de parte e, incluso, en contra de los intereses de los contratantes, esa facultad, que a la vez es un deber, debe ejercerse bajo los estrictos lineamientos que la misma ley impone - y la jurisprudencia desarrolla- en garantía de la seguridad jurídica. La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que son tres los requisitos que deben reunirse para declarar oficiosamente la nulidad absoluta de un negocio jurídico: (i) que el vicio que estructura la causal de nulidad sea palmario o surja de bulto, (ii) que el contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones y (iii) que al proceso hayan concurrido las partes del contrato o sus causahabientes.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la declaración de nulidad absoluta del contrato, ver sentencia del 21 de mayo de 2021, Exp. 57822, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, sentencia del 30 de julio de 2021, Exp. 48957, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, sentencia del 21 de mayo de 2021, Exp. 57822, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, sentencia del 6 de febrero de 2019, Exp. 61720, C.P. Marta Nubia Velásquez.

**NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA**

**DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN OFICIOSA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / ALCANCE DE LA DECLARACIÓN OFICIOSA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / FACULTADES DEL JUEZ DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CARGA DE LA PRUEBA / CARGA PROCESAL DE LAS PARTES DEL PROCESO / CONTRATO ESTATAL / CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ESTATAL / ELEMENTOS DEL CONTRATO ESTATAL / REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO ESTATAL**

En relación con el primero de los requisitos, esta Corporación expresó, en recientes providencias, que cuando la ley refiere que el vicio debe aparecer de manifiesto, alude a que debe ser apreciable a simple vista. (...) [E]n materia contencioso administrativa, la ley precisa que el juez está facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato “cuando esté plenamente demostrada en el proceso”, asunto que resalta los componentes del contrato estatal, y por ende, las particularidades del mismo a la luz de la valoración de los elementos de su existencia y validez, porque aunque algunos rasgos son similares a los del contrato civil o comercial, aquél tiene una dimensión igualmente diversa debido a la funcionalidad de la herramienta convencional de cara al logro de los fines y cometidos que con él se persiguen.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la declaración de oficio de la nulidad absoluta del contrato, sentencia del 6 de febrero de 2019, Exp. 61270, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia del 6 de febrero de 2019, Exp. 61270, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

**DECLARACIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA / DECLARACIÓN DE OFICIO DE NULIDAD ABSOLUTA / PODER DEL JUEZ / PODER OFICIOSO DEL JUEZ / DEBERES DEL JUEZ / INTERÉS PARA DEMANDAR LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL ACTO JURÍDICO / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO**

Al abordar este análisis, se debe observar el principio de conservación de los contratos, que le impide al juez descartar su validez en atención al principio de la autonomía de la voluntad de quienes a él concurren, lo cual sólo podrá ocurrir cuando se acrediten los requisitos que activan el ejercicio de dicha atribución excepcional. De manera concordante con lo anterior, tal y como lo han señalado la jurisprudencia de esta Corporación y la de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, así como la doctrina, las normas que regulan las causales de nulidad absoluta son de interpretación restrictiva y deben estar consagradas expresamente en la ley -se les atribuye un principio de tipicidad rígida-, dado que representan límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el principio de conservación de contratos ver sentencia del 20 de octubre de 2014, Exp. 24809, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y sentencia del 6 de marzo de 2012, Exp. 2001-0026, C.P. William Namen Vargas.

**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS / RÉGIMEN CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN DE**

**CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / NORMATIVIDAD DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / NORMATIVIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / NORMATIVIDAD DEL CONTRATO / NORMATIVIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / NORMATIVIDAD DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

La Sala encuentra que, tal y como lo anotó el Tribunal -conclusión que no discuten las partes-, el contrato de obra (...) se rige por las disposiciones del derecho común en virtud de lo establecido en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, que resultan aplicables porque la SAAAB es una empresa de servicios públicos (artículos 1, 15, 17 y 18 de la Ley 142 de 1994). Por ende, el punto de partida para analizar la declaración oficiosa de la nulidad absoluta es el derecho común y no la Ley 80 de 1993.

**FUENTE FORMAL:** LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 31 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 32 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 1 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 15 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 18

**CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / CONTRATO ESTATAL SIN FORMALIDADES PLENAS / FORMALIDADES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / FORMALIDADES PLENAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / FORMALIDADES PLENAS DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE FORMALIDADES PLENAS DEL CONTRATO ESTATAL / CELEBRACIÓN SIN FORMALIDADES DE CONTRATO ADMINISTRATIVO / REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO**

En el sub lite, el Tribunal consideró estructurada la causal de nulidad absoluta establecida en el artículo 1741 del Código Civil, que prevé esta consecuencia cuando se omite “algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan [...]”. En este orden de ideas, la causal invocada por el a quo se configura cuando las partes omiten dar cumplimiento, de manera parcial -pues si fuera total ello conduciría a la inexistencia-, a una formalidad ad substantiam actus establecida por el legislador. Esto es así porque los elementos esenciales de un contrato, como lo son las formalidades ad substantiam actus, los consagra el legislador como requisitos de existencia, sin los cuales el negocio jurídico, o no generan efecto alguno o degeneran en uno diferente y, por lo tanto, no pueden ser definidos por las partes, tal y como lo establece el artículo 1501 del Código Civil.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1741 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1501

**IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - No configuradas / ROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / LICITACIÓN PÚBLICA / PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA / IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE NULIDAD / RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS / RÉGIMEN CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / NORMATIVIDAD DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / NORMATIVIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**

Con fundamento en lo anterior, es necesario precisar que “la presunta inobservancia de un procedimiento de selección” no se puede enmarcar en la referida causal del

artículo 1741 del Código Civil, en la medida en que dicho procedimiento, aunque debe observarse, no constituye una solemnidad ad substantiam actus, pues la ley no lo ha definido así. Por lo anterior, la presunta omisión de llevar a cabo el procedimiento de invitación pública como paso previo para la celebración del contrato de obra (...) obligatorio según el a quo, en atención a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 142 de 1994 y en el artículo 1.3.5.6 de la Resolución CRA 151 de 2011, no podía dar lugar a declarar de oficio la nulidad absoluta con fundamento en el artículo 1741 del Código Civil por haber omitido “algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos”. Refuerza esta conclusión la sola verificación del sistema normativo que sustenta el contrato de obra, en este caso, soportado en las bases de los artículos 2053 a 2062 del Código Civil, en los que no hay rastro de una regla que eleve tal tipología contractual a un negocio jurídico sometido a solemnidad alguna como requisito para su existencia.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1741 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 35

**IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / CONTRATO DE OBRA CIVIL / APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL / NORMATIVIDAD DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / NORMATIVIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / NORMATIVIDAD DEL CONTRATO / NORMATIVIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / NORMATIVIDAD DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / NORMATIVIDAD DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / CONTRATO DE COMPRAVENTA / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO CONSENSUAL / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

En efecto, de conformidad con el artículo 2053 del Código Civil, el contrato de obra civil se rige, en ausencia de norma especial, por las normas sobre el arrendamiento cuando el contratante suministra los materiales para la confección de la obra, o sobre la compraventa cuando es el artífice el que lo hace. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que en casos como el presente en los que el artífice suministra los materiales, pero el objeto de la obra consiste en reparar o renovar un objeto ya existente, como en el caso del contrato de obra de mallas, aún si el artífice suministra los materiales, el negocio jurídico se regirá por las normas del arrendamiento, el cual, como lo ha apuntado también la Sección Tercera de esta Corporación, se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades de las partes contratantes, sin que se requiera el cumplimiento de un requisito ad substantiam actus para su existencia. Además, tratándose de un contrato regido por las normas del derecho común, se debe atender el principio de consensualidad que gobierna la convención, que señala que “[l]os comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco [...]” (artículo 824 del Código de Comercio).

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 2053 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 13352

**ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / CANCELACIÓN DEL ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / PAGO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / PAGO TARDÍO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / FALTA DE PAGO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

**DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA / RESPONSABILIDAD DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / RESPONSABILIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / VALIDEZ DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / DAÑO ANTIJURÍDICO**

Analizadas las pruebas que obran en el expediente, concluye la Sala que, si bien la demandada incumplió el contrato por no haber entregado el anticipo que se convino en la cláusula sexta, lo cierto es que de dicho incumplimiento no se sigue que la SAAAB esté obligada a pagar a la demandante el valor total del contrato, los gastos relacionados con honorarios de abogado, ni la suma correspondiente a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda en relación con el precio de los materiales que se iban a utilizar para la ejecución de la obra. Empieza la Sala por señalar que el objeto de la indemnización de perjuicios que se sigue de la responsabilidad contractual consiste en dejar a la parte que sufrió un incumplimiento contractual en la posición que estaría en caso de no haber ocurrido dicho incumplimiento. La jurisprudencia de esta Corporación ha sido pacífica en señalar que la estructuración de la responsabilidad contractual que da lugar a la obligación de indemnizar los perjuicios a cargo del contratante incumplido requiere de la acreditación de: (i) la existencia de un contrato válido; (ii) la existencia y exigibilidad de obligaciones concretas derivadas del contrato; (iii) el comportamiento antijurídico de un contratante consistente en el incumplimiento de dichas obligaciones, y (iv) un daño generado en el otro contratante que sea resultado consecencial de dichos incumplimientos.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la responsabilidad contractual del Estado, ver sentencia del 14 de marzo de 2016, Exp. 30542, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

**RESPONSABILIDAD DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / RESPONSABILIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / EXISTENCIA DEL CONTRATO / VALIDEZ DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / FALTA DE PAGO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO**

En este caso está probada la existencia de un contrato válido, la existencia y exigibilidad de la obligación de entregar el anticipo y el incumplimiento de dicha obligación; sin embargo, lo que no está probado es que, como consecuencia de tal inobservancia contractual, al contratista se le hubiere causado algún daño cuya reparación pudiera equivaler a los valores que reclamó en la pretensión segunda de su demanda. (...) En lo que concierne a la existencia de la obligación de desembolsar el anticipo y a su incumplimiento, la Sala encuentra que con la celebración del contrato (...) surgieron obligaciones recíprocas entre las partes: para Ingeproyecs, esencialmente, la ejecución de las obras (...) correlativamente, para la demandada surgió la obligación de pago del valor del contrato, (...) el cual debía ser cancelado (...) el 40% del valor a título de anticipo que sería amortizado con la suscripción mensual de actas parciales de obra; al agotarse ese valor, el 60% restante se pagaría también mediante la suscripción de actas parciales de obra.

**RESPONSABILIDAD DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / RESPONSABILIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE / ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / PAGO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / GARANTÍA PERSONAL EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / GARANTÍAS CONTRACTUALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / GARANTÍAS DEL CONTRATISTA / GARANTÍAS EN EL CONTRATO ESTATAL / COBRO DE FACTURA / PLAZO PARA LA PRESENTACIÓN DE LA CUENTA DE COBRO POR CONTRATO ESTATAL / PRESENTACIÓN DE LA CUENTA DE COBRO / FACURA / PRESENTACIÓN DE LA CUENTA DE COBRO POR CONTRATO ESTATAL / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO**

De conformidad con el numeral primero de la cláusula sexta del contrato, la demandada debía proceder a entregar el anticipo, previa “solicitud y presentación de factura o cuenta de cobro” por parte del contratista “una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento del contrato, aprobación de las pólizas exigidas y suscrita el acta de inicio de las obras”. (...) Las partes no suscribieron el acta de inicio de las obras; sin embargo, ello no es imputable a la demandante, pues ésta no solo cumplió con su obligación de constituir las garantías como requisito necesario para proceder a la ejecución del contrato, sino que reiteradamente le presentó requerimientos a la SAAAB para que se adelantaran las gestiones necesarias para dar inicio a la ejecución de las obras.

**IMPROCEDENCIA DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / EXISTENCIA DEL CONTRATO / VALIDEZ DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / FALTA DE PAGO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA - Improcedente**

[D]ado que, como se trataba de un contrato válido (...) no podía ser terminado unilateralmente por la SAAAB, debe concluirse que, cumplidos los requisitos pactados para su ejecución, la obligación de suscribir el acta de inicio y, como consecuencia de ello, desembolsar el anticipo, eran plenamente exigibles; sin embargo, la SAAAB no las cumplió, lo que conduce a que se debe declarar próspera la pretensión primera de la demanda. (...) No obstante, la Sala no encuentra acreditado que, como consecuencia de tal incumplimiento, Ingeproyecs hubiere sufrido algún daño que deba ser reparado en los términos señalados en la pretensión segunda de la demanda, esto es, representado en el valor total del contrato, en la suma correspondiente a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda en relación con el precio de los materiales que se iban a utilizar en la ejecución de la obra y los gastos relacionados por los honorarios del abogado, básicamente porque no está probado que el hecho de que la SAAAB no desembolsara el anticipo le haya representado una pérdida patrimonial a la demandante por esos conceptos.

**PRECIO DEL CONTRATO / PRECIO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PRECIO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / NO EJECUCIÓN DEL CONTRATO / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN /**

**FALTA DE PAGO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO - No generó un daño patrimonial al contratista / INVERSIÓN DEL ANTICIPO / CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO / ENTREGA DEL ANTICIPO DEL CONTRATO / CONCEPTO DE ANTICIPO DEL CONTRATO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA**

[E]l precio del contrato corresponde a la contraprestación que se espera recibir a cambio de un bien o servicio, en este caso, por la construcción de las obras contratadas. La razón por la que dicha contraprestación no se pagó obedeció a que las obras no se ejecutaron, y no al hecho de que no se pagara el anticipo, causa en la que hizo consistir la actora ese supuesto perjuicio, alegación a la que, por tanto, debe ceñirse la Sala. Se suma que no es posible entender que la falta de pago del anticipo hubiere privado al contratista de incrementar su patrimonio en una suma igual, por cuanto, al margen de que se discuta que el anticipo sea un mecanismo de pago o de financiación, lo cierto es que el dinero que se entrega a ese título al contratista solo hará parte del precio una vez amortizado; además de que, según lo estipulado en la cláusula sexta del contrato, tal dinero no ingresaba a su patrimonio, puesto que, en su totalidad, “Los dineros del anticipo no podrán invertirse sino en lo establecido en el Plan de Manejo del Anticipo aprobado por la interventoría para la ejecución del objeto del contrato”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el precio del contrato ver sentencia del 22 de junio de 2001, Exp. 13436, C.P. Ricardo Hoyos Duque, sentencia del 29 de enero de 2004, Exp. 10779, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia del 5 de julio de 2006, Exp. 24.812, CP. Ruth Stella Correa y sentencia del 12 de febrero de 2014, Exp. 31.682, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

**DAÑO EMERGENTE / HONORARIOS DEL ABOGADO / COBRO DE LOS HONORARIOS DEL ABOGADO / PAGO DE LOS HONORARIOS DEL ABOGADO / PRUEBA DEL DAÑO EMERGENTE / CARGA DE LA PRUEBA / FACTURA DE SERVICIOS / FALTA DE EXPEDICIÓN DE FACTURA / PRUEBA DEL PAGO / IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO EMERGENTE / NEGACIÓN DEL DAÑO EMERGENTE / NIEGA EL RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE DAÑO EMERGENTE / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / INCUMPLIMIENTO DE CARGA DE LA PRUEBA**

[N]o resulta procedente el reconocimiento de los honorarios de abogado que la actora reclamó a título de daño emergente porque en el plenario no reposa ninguna prueba de su causación. En efecto, más allá de la afirmación de la demandante de haber sufrido ese perjuicio, en el expediente no obra ni una sola prueba que dé cuenta de que la sociedad actora asumió una obligación pecuniaria por ese concepto, ni tampoco documento alguno que dé cuenta de que hubiere hecho efectivamente alguna erogación en razón de ello o que esté obligada a hacerla en un futuro, menos aún, factura o documento equivalente que lo soporte, los cuales, de conformidad con lo previsto en el artículo 615 del Estatuto Tributario y la posición unificada por la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia del 18 de julio de 2019 (Exp. 44.572), constituyen la prueba idónea de una erogación por ese concepto.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la acreditación del pago de honorarios profesionales, ver sentencia del 18 de julio de 2019, Exp. 44572, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

**RECURSO DE APELACIÓN / LÍMITES DEL RECURSO DE APELACIÓN / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / DEMANDA /**

**PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CONTENIDO DE LA DEMANDA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / MODIFICACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / IMPROCEDENCIA DE LA AMPLIACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / LÍMITES DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / LÍMITES DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA**

Frente a este punto, la Sala advierte que los perjuicios que la parte actora solicitó le fueran reconocidos en segunda instancia como consecuencia de la nulidad de las resoluciones, no son los mismos a los que hizo alusión en su demanda (...). Lo que la demandante pidió en la primera instancia fue que se procediera con la ejecución del contrato, que se pagara el anticipo y se restableciera el equilibrio económico, pretensiones en las que, valga mencionar, no insistió en la segunda instancia; de manera que en el recurso de apelación se introdujeron nuevos conceptos de perjuicios que no fueron reclamados en la demanda, lo que representa una insuperable variación del petitum. Vale recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 281 del Código General del Proceso, aplicable en virtud de la remisión contemplada en el artículo 306 del CPACA, la sentencia deberá estar en consonancia con “los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades” a las que se refiere ese código, por lo que el demandado no puede ser condenado por “cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente invocada en esta”.

**FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 281 / C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 306**

**DEMANDA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CONTENIDO DE LA DEMANDA / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / RECURSO DE APELACIÓN / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / INCONGRUENCIA DE LA DEMANDA / CONTENIDO DEL RECURSO DE APELACIÓN / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / LÍMITES DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DERECHO DE CONTRADICCIÓN / PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA / UTILIDAD PROYECTADA PARA EL CONTRATISTA / INEXISTENCIA DE ELEMENTOS PARA ESTABLECER LA UTILIDAD PROYECTADA PARA EL CONTRATISTA**

El anterior postulado procesal corresponde al principio de congruencia, que impide que se sorprenda a las partes con decisiones que recaigan sobre aspectos que no fueron objeto de debate en el proceso, salvo los que, de conformidad con la ley, deban ser resueltos de oficio. Al lado de tal principio, se presenta como presupuesto el principio de la preclusión y la regla de señalamiento que impone a las partes exhibir de manera clara y precisa lo que se pide, manifestación que impone, como garantía del debido proceso y del derecho de contradicción y defensa, que quien demanda no puede modificar la causa petendi ni el petitum mediante señalamientos alegados por fuera de las etapas procesales previstas legalmente para ello, esto es, la demanda, su corrección o adición, oportunidades que la ley dispuso para que se precise la controversia. Así las cosas, forzoso resulta concluir que los perjuicios reclamados por Ingeproyec por concepto de utilidades dejadas de percibir, por gastos de contratación de las pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual y por publicación del contrato en la Gaceta del Distrito, corresponden a novedades introducidas en la apelación que no se incluyeron en la demanda, variando de esta suerte el petitum lo que impide su estudio y reconocimiento.



**FINALIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / FINALIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / FINES DEL ESTADO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATISTA CUMPLIDO / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS / RÉGIMEN CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / ESTADO SOCIAL DE DERECHO / PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL INTERÉS GENERAL**

[S]i bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, en principio, en caso de incumplimiento la pretensión de cumplimiento hace parte de los remedios que la ley le concede al contratista que ha observado debidamente sus obligaciones, lo cierto es que esto resulta incompatible con el objeto y fin de la contratación estatal, que está directamente asociado con la consecución de los fines del Estado, lo que también se predica respecto de los contratos de los prestadores de servicios públicos, al margen de que para su consecución el legislador haya dispuesto que se gobiernen por un régimen especial, en tanto su gestión persigue en sí misma un fin inherente a la función social del Estado, pues apunta, por mandato constitucional, a asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional (artículo 365 de la Constitución Política).

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1546 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 365

**ESTADO SOCIAL DE DERECHO / PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL INTERÉS GENERAL / FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA / FINALIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / FINALIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / FINES DEL ESTADO / DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL / OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL / PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

Este objetivo justifica la intervención del Estado en el marco de los supuestos contenidos en los artículos 334, 336, 365 y 370 de la Constitución Política, debiéndose garantizar que con el desarrollo de su actividad y objeto social, se asegure el cumplimiento de la función social de la propiedad, tanto pública como privada, afecta a la prestación de los servicios públicos tal como determina la Ley 142 de 1994, aspectos que, a no dudarlo, excluyen la posibilidad de imponer el cumplimiento de un contrato desprovisto de tales premisas, pues ello implicaría, como en el caso de estudio, sustituir a la administración en la definición de lo que se requiere para satisfacer el interés general y, por esa vía, las necesidades de la comunidad.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 334 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 336 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 365 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 370 / LEY 142 DE 1994

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 76001-23-33-000-2012-00667-01(52894)**

**Actor: INGEPROYECS LTDA**

**Demandado: SOCIEDAD DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BUENAVENTURA S.A. E.S.P. - SAAAB S.A. E.S.P**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, en contra de la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual: (i) se declaró la nulidad de las resoluciones que ordenaron la terminación y liquidación unilateral del contrato de obra 61 del 30 de diciembre de 2011; (ii) se declaró la nulidad absoluta del anotado contrato; y (iii) se negaron las demás pretensiones de la demanda.

La controversia versó originalmente sobre la legalidad de las resoluciones por medio de las cuales la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Buenaventura S.A. E.S.P. (en adelante, SAAAB<sup>1</sup>) ordenó terminar y liquidar unilateralmente el contrato de obra 61 de 2011 que celebró con Ingeproyecs Ltda. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la nulidad de tales actos y, además, de oficio, declaró la nulidad absoluta del contrato, pero no reconoció ningún valor a título de restituciones mutuas ni de indemnización de perjuicios.

**I. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 17 de julio de 2014, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca resolvió:

***“1. DECLÁRASE la nulidad de las resoluciones No. 006 del 18 de abril de 2012 y No. 0067 del 20 de septiembre de 2012, proferidas por LA SOCIEDAD DE***

---

<sup>1</sup> Según su certificado de existencia y representación legal, la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Buenaventura S.A. E.S.P también podrá utilizar la sigla SAAAB S.A. E.S.P. (folio 280, cuaderno 1).

ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO S.A. E.S.P., de conformidad con los motivos expuestos en la parte considerativa.

**2. DECLÁRASE** la nulidad absoluta del contrato de obra No. SAAB - 61 - 2011, celebrado entre LA SOCIEDAD DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO S.A. E.S.P. e INGEPROYECS LTDA, por las razones en la parte motiva de este pronunciamiento.

**4. [sic] NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**5. CONDENAR** en costas a la parte demandante, mismas que serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A, en armonía con el artículo 392 del C.P.C. Se fijan como agencias en derecho la suma de NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS OCHO PESOS MCTE (\$965.508.00), equivalentes al 0,1% del valor de las pretensiones negadas.<sup>2</sup>

2. El anterior proveído decidió la demanda presentada el 12 de diciembre de 2012 por la sociedad Ingeproyecs Ltda. (en adelante, Ingeproyecs)<sup>3</sup>, cuyas pretensiones, hechos y fundamentos de derecho, son los siguientes:

### **Pretensiones**

3. La demandante formuló las siguientes pretensiones:

"1) La **SOCIEDAD DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BUENAVENTURA S.A. E.S.P.** y el Distrito de Buenaventura, son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales causado [sic] al Ingeniero **Seider James Riascos Velásquez**, en calidad de representante legal de la empresa **INGEPROYECS LTDA**, por el incumplimiento al pago del anticipo del contrato **061 DEL 30 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2011**,

2) En consecuencia, solicitamos condenar, a la **SOCIEDAD DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BUENAVENTURA S.A. E.S.P.** y al Distrito de Buenaventura, con ocasión a el [sic] daño causado, por el no pago del anticipo del contrato **061 DEL 30 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2011**, al Ingeniero **Seider James Riascos Velásquez**, en calidad de representante legal de la empresa **INGEPROYECS LTDA**, o a quién represente legalmente sus derechos, los

---

<sup>2</sup> Folios 353 y 354, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>3</sup> Ver demanda subsanada folios 166 a 183, cuaderno 1. La fecha de presentación de la demanda consta en el folio 160, cuaderno 1.

*perjuicios de orden material y moral, objetivado y subjetivados, actuales y futuros, los cuales los estimo superior [sic] a Nueve Cientos [sic] Sesenta y Cinco Millones Quinientos Siete pesos \$965.507.862.00, distribuidos así:*

*A - Valor del Contrato de obra No 061 del 30 de diciembre del año 2011, por valor de Ochocientos Veinticinco Millones Quinientos Siete Mil Ochocientos Sesenta y Dos Pesos. \$825.507.862.00.*

*B - El daño emergente y Lucro cesante los considero en \$140.000.000.00, por concepto de honorarios de abogado, y la pérdida del poder adquisitivo, (porque los precios de los materiales con los cuales se va a realizar la obran han subido).*

*3) Solicitamos revocar las Resoluciones No 005 [sic] del 18 de abril y la No 0067 de septiembre del año 2012, mediante la cual [sic] se procede a LIQUIDAR EL CONTRATO No. 61 del 30 DICIEMBRE [sic], suscritos con la empresa a la cual apodero, por considerar que el acto administrativo es contrario a la ley y presenta vicios e irregularidades.*

*4) Proceder con la ejecución del contrato No 61 del 30 de diciembre del año 2011.*

*5) Ordenar el pago y entrega del anticipo previsto en el contrato No 61 de 2011 y restaurar el equilibrio contractual ocasionado con el retraso en la ejecución de los contratos a que hemos hecho alusión.*

*6) La Sentencia será actualizada de conformidad con lo previsto en el Art. 178 del C.C.A. y se reconocerán los intereses legales liquidados con la variación promedio mensual del índice del precio al consumidor, desde la fecha de la conciliación, hasta cuando se le de cabal cumplimiento a lo ordenado en ella.*

*7) El Distrito de Buenaventura, cumplirá con la Demanda, de acuerdo a lo indicado en los artículos 176, 177 y 178, del Código Contencioso Administrativo.”<sup>4</sup>*

## **Hechos**

4. En apoyo de sus peticiones, Ingeproyec relató, en síntesis, los siguientes hechos:

---

<sup>4</sup> Folios 166 y 167, cuaderno 1.

4.1. Señaló que a través de Escritura Pública 1684 del 24 de septiembre de 2010, la asamblea de socios de la SAAAB facultó a su gerente para celebrar, mediante contratación directa, aquellos negocios jurídicos que no superaran los 2.000 smlmv.

4.2. Manifestó que, con fundamento en dichas facultades, el gerente de la SAAAB y el representante legal de Ingeproyecs celebraron el contrato de obra 61 del 30 de diciembre de 2011, previo cumplimiento de los requisitos legales y previa expedición del certificado de disponibilidad presupuestal 59-11 y de la póliza de cumplimiento expedida por Seguros Cóndor S.A.

4.3. Indicó que el objeto del contrato de obra 61 del 30 de diciembre de 2011 consistió en la “*microsectorización, renovación y sectorización - sector 8 continente, sector 9 continente, sector 10 continente y sector 13 continente*” cuyo valor fue de \$825'507.862.

4.4. Agregó que, de conformidad con el clausulado del contrato, la SAAAB debía desembolsarle a Ingeproyecs el 40% de dicho valor a título de anticipo, para lo cual presentó la respectiva cuenta de cobro el 2 de enero de 2012, sin que se recibiera respuesta alguna por parte de la entidad contratante.

4.5. Relató que el 9 de enero de 2012, Ingeproyecs le solicitó a la SAAAB que le asignara un interventor al contrato 61 de 2011, pero que tampoco recibió respuesta.

4.6. Afirmó que, pese a su insistencia en procura de que la demandada desembolsara el anticipo, la SAAAB profirió la Resolución 6 del 18 de abril de 2012, mediante la cual dispuso la terminación y liquidación unilateral del contrato 61 de 2011 y la apertura de una licitación pública para adjudicar a un tercero la obra que ya había sido contratada con Ingeproyecs, decisión que, argumentó, no se ajusta a derecho porque el contrato es ley para las partes y no ha sido invalidado.

4.7. Señaló que contra dicha decisión presentó recurso de reposición en el que solicitó la revocatoria de la anotada resolución porque sus fundamentos eran equivocados. El recurso fue resuelto negativamente a través de la Resolución 67 del 20 de septiembre de 2012.

#### **Los fundamentos de derecho de la demanda**

5. En el acápite de fundamentos de derecho, la demandante señaló que las Resoluciones 6 del 18 de abril y 67 del 20 de septiembre de 2012 expedidas por la SAAAB, a través de las cuales ordenó la terminación y liquidación unilateral del contrato de obra 61 de 2011, vulneran las siguientes normas: los artículos 2, 23, 29, 78, 79, 80, 90 y 209 de la Constitución Política; los artículos 26, 30, 60, 68 y 69 de la Ley 80 de 1993; los artículos 189, 191 y 897 del Código de Comercio; el artículo 1602 del Código Civil y las cláusulas sexta y décima quinta del contrato de obra 61 de 2011. El concepto de violación de estas disposiciones lo concretó en los siguientes cargos:

5.1. *Vulneración de normas superiores.* La actora esgrimió bajo esta causal los siguientes argumentos:

i. Señaló que antes de suscribir el contrato de obra 61 de 2011 se cumplieron todos los requisitos establecidos en la Ley 80 de 1993, por lo que no había lugar a que la SAAAB lo liquidara unilateralmente. Señaló que, al hacerlo, vulneró los principios de celeridad, economía y selección objetiva consagrados en dicha ley, a los cuales debía sujetarse ese negocio jurídico, pese a que la Ley 142 de 1994 dispone que el régimen de los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos es el derecho común.

ii. Afirmó que, de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes, por lo cual las resoluciones impugnadas no podían deshacer el contrato sin que se acreditara, cuando menos, alguno de los supuestos de hecho previstos en la cláusula décima quinta relativa a la facultad de terminación unilateral. Agregó que como ninguno de tales supuestos se verificó, lo que correspondía era ejecutar el contrato y, por tanto, conforme su cláusula sexta, proceder al pago del anticipo.

iii. Estimó que los actos impugnados contravienen los artículos 2º -fines del Estado-, 90 -cláusula de responsabilidad del Estado- y 209 -principios de la función administrativa- todos ellos de la Constitución, porque la SAAAB incumplió el contrato y con ello privó a la comunidad de una obra que contribuía a la efectiva prestación del servicio público domiciliario y, a la vez, incurrió en una falla del servicio que le infligió un daño a Ingeproyecs, que debe ser cabalmente resarcido.

5.2. *Ausencia de motivación de las resoluciones impugnadas.* Según la actora, la SAAAB no desarrolló las razones que la llevaron a deducir la vulneración del principio de selección objetiva a partir del corto periodo de tiempo transcurrido entre la invitación privada y la adjudicación del contrato; por ende, las resoluciones carecieron de motivación.

5.3. *Falsa motivación de hecho y de derecho de las resoluciones demandadas.* Manifestó que las resoluciones demandadas se expidieron mediante falsa motivación porque concluyeron indebidamente que la SAAAB carecía de capacidad para celebrar el contrato de obra 61 de 2011. Señaló que, mediante Escritura Pública 1684 del 24 de septiembre de 2010, la SAAAB llevó a cabo una reforma estatutaria a través de la cual, entre otras decisiones, la asamblea general de accionistas facultó al gerente de la sociedad para celebrar contratos directamente cuando su cuantía no superara los 2.000 smlmv, autorización que fue adoptada por todos los accionistas y fue inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Buenaventura, por lo que es válida y produce plenos efectos. Señaló que, si la SAAAB estimaba que el acta en la que se adoptó dicha decisión era ineficaz con fundamento en el artículo 897 del estatuto mercantil porque esta no hubiera sido suscrita por el alcalde del Distrito de Buenaventura -que representa el 99% de las acciones de la sociedad-, debió impugnarla dentro de los dos (2) meses siguientes conforme lo establece el artículo 191 *ibídem*, lo que no hizo. Agregó que, en todo caso, según el artículo 189 del Código de Comercio, las actas solo deben suscribirse por el Presidente y el Secretario de la reunión y no por todos los asistentes a la reunión.

5.4. *Los actos demandados vulneraron el debido proceso de la demandante.* La actora indicó que las resoluciones demandadas no fueron antecedidas de un procedimiento en el que se plantearan los supuestos vicios de que adolecía el contrato y en el que se pudiera ejercer el derecho de defensa.

5.5. La demandante incluyó un cargo por desviación de poder en el que señaló que los actos demandados invocaron en su parte considerativa el bienestar general de la comunidad pero que, en realidad, escondían otros propósitos. La actora se limitó a señalar que “*sería irresponsable en este documento*”<sup>5</sup> desarrollar las razones por las que considera existía una desviación de poder.

---

<sup>5</sup> Folio 175, cuaderno 1.

5.6. En lo relacionado con la vulneración de los artículos 78, 79, 80, 90 y 209 de la Constitución Política y de los artículos 26, 30, 60, 68 y 69 de la Ley 80 de 1993, no desarrolló las por las cuales considera que los actos demandados los transgredieron.

### **Los argumentos de defensa de la parte demandada**

6. El 8 de octubre de 2013, la SAAAB contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones<sup>6</sup>. Como fundamentos fácticos y jurídicos desarrolló los siguientes<sup>7</sup>:

6.1. Señaló que, de conformidad con el artículo 190 del Código de Comercio, el acta elevada a Escritura Pública 1684 del 24 de septiembre de 2010 es ineficaz de pleno derecho porque no fue suscrita por el Alcalde del Distrito de Buenaventura, hecho del que se sigue que la decisión de la asamblea de accionistas fue adoptada sin el quorum reglamentario, porque dicho Distrito cuenta con el 99% de las acciones de la SAAAB.

6.2. Indicó que el contrato de obra 61 de 2011 fue celebrado en contravención de lo dispuesto en el artículo 18 del manual de contratación de la SAAAB, el cual señala que cuando un contrato supere los 1.000 smlmv -\$535'600.000 de la época- deberá *“formularse invitación pública a presentar ofertas mediante aviso publicado en la página web de la empresa”*<sup>8</sup>.

6.3. Además expresó que, de conformidad con el oficio 691 de septiembre de 2012, la sociedad Hidropacífico S.A. E.S.P -que, en el marco de otra relación contractual ejecutó las obras que eran objeto del contrato 61 de 2011- le manifestó a la demandada que el presupuesto para realizar las obras era de \$433'071.274, por lo que, de ejecutarse el contrato con Ingeproyecs, se iban a generar unos sobrecostos del orden de \$391'436.588, afectando el patrimonio público. Por ende, a su juicio, no podía la SAAAB ejecutar un contrato que le iba a generar un detrimento patrimonial, por lo que se imponía su terminación y liquidación.

6.4. Afirmó que al analizar el trámite precontractual avizoró serias irregularidades porque: (i) no se elaboraron estudios previos soportados en planos y diseños; (ii) las pólizas presentadas por la demandante fueron, según dijo, alteradas; y (iii) entre la apertura del proceso de invitación privada y la adjudicación del contrato

---

<sup>6</sup> Folios 232 a 249, cuaderno 1.

<sup>7</sup> En el acápite de fundamentos de derecho no discriminó ni tituló sus razones de defensa como excepciones

<sup>8</sup> Folio 244, cuaderno 1.



transcurrieron tan solo siete (7) días. De estas circunstancias, la SAAAB infirió una violación al procedimiento de selección objetiva, situación que fue denunciada ante la Fiscalía General de la Nación mediante oficio DTN 270 del 22 de agosto de 2012.

6.5. Aseveró que, en vista de las serias irregularidades presentadas durante la celebración del contrato de marras, así como de la vulneración al principio de selección objetiva, la entidad, al amparo de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993 que sanciona de nulidad absoluta los contratos celebrados contra expresa prohibición legal, procedió a terminarlo, como lo ordenan dichas normas.

6.6. Manifestó que no es cierto que en el año 2012 hubiese convocado una licitación pública para adjudicar un contrato con el mismo objeto, sino que ello ocurrió en el 2013 luego de que las Resoluciones 6 del 18 de abril y 67 del 20 de septiembre de 2012 quedaron en firme.

### **Los fundamentos de la sentencia impugnada**

7. Como fundamento de su decisión, el Tribunal<sup>9</sup> expresó las siguientes razones:

7.1. Señaló que, según el artículo 35 de la Ley 142 de 1994, las comisiones de regulación tienen la competencia para determinar los casos en que los contratos deben estar anteceditos de un procedimiento que permita la participación de pluralidad de oferentes, lo que hizo la Comisión de Regulación de Agua (en adelante, CRA) a través de los artículos 1.3.5.2 y 1.3.5.3 de la Resolución 151 del 2 de marzo de 2001, en los que enlistó aquellos contratos que deben someterse a dichos procedimientos regulados y cuáles otros pueden ser celebrados sin agotarlos.

7.2. Anotó que en el artículo 1.3.5.6, la CRA estableció que los contratos que no están incluidos en tales listados, como el de obra que suscribieron las partes, deben celebrarse conforme lo dispongan “*los procedimientos que internamente determine la entidad, cumpliendo con el criterio de asegurar la concurrencia de eventuales contratistas en igualdad de condiciones*”, pero previno que esto no supone acudir a los procesos de selección del Estatuto General de Contratación de la Administración pública -EGCA- porque, de conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, los contratos que celebren las prestadoras de servicios públicos se rigen por

---

<sup>9</sup> Ver folios 331 a 354, cuaderno del Consejo de Estado.

el derecho común; agregó que, ello significa es que la empresa debe garantizar la participación de una pluralidad de oferentes en igualdad de condiciones, lo que impone que se deba adelantar una invitación pública.

7.3. Con fundamento en lo anterior, concluyó que, dado que la SAAAB suscribió el contrato de obra 61 de 2011 previa invitación privada y no pública, omitió un *“requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos”* (art. 1741 del Código Civil), específicamente, el establecido *“en el artículo 35 de la Ley 142 de 1994 y concretada en el artículo 1.3.5.6 de la Resolución CRA 151 de 2011, concerniente al cumplimiento del criterio de asegurar la concurrencia de eventuales contratistas en igualdad de condiciones”*<sup>10</sup>, lo que generó la nulidad absoluta del contrato de marras. Precisó que, como al contrato no le eran aplicables las normas del EGCA, las causales de nulidad que podían viciar su validez eran solo las del derecho común y no las contenidas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

7.4. En relación con la legalidad de las resoluciones demandadas, estimó que, dado que al contrato no se le podía aplicar la Ley 80 de 1993, aun cuando este adolecía de nulidad absoluta, la SAAAB no tenía la facultad para declararla ni para finiquitar el negocio jurídico en los términos del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, sino que debía acudir ante el juez contencioso administrativo en procura de que se hiciera una declaración judicial con dicho contenido, por lo cual concluyó que, al tratarse de un asunto con reserva de ley, las resoluciones impugnadas debían ser anuladas.

7.5. En punto a los efectos de la nulidad absoluta declarada de oficio, anotó que la demandante actuó de buena fe y que la SAAAB defraudó su confianza legítima. Empero, señaló que, si bien es cierto que la demandada incumplió el contrato por no haber entregado el anticipo, no lo es menos que la nulidad absoluta hacía desaparecer con efectos retroactivos el negocio jurídico, lo que impedía que se le reconocieran prestaciones derivadas de este contrato.

## **II. EL RECURSO DE APELACIÓN**

8. El 18 de septiembre de 2014, la actora interpuso recurso de apelación<sup>11</sup> con el objeto de que las decisiones de declarar la nulidad absoluta del contrato y negar

---

<sup>10</sup> Folio 352, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>11</sup> La demandante fue notificada de la sentencia mediante edicto pues no suministró cuenta de correo electrónico para ser notificada (folio 369, cuaderno del Consejo de Estado). El edicto 39 se fijó el 5 de septiembre y se

las pretensiones indemnizatorias de la demanda fueran revocadas y, en su lugar, se reconocieran a su favor los gastos erogados con ocasión de la celebración del contrato, las utilidades dejadas de percibir y los honorarios pagados al apoderado judicial. En soporte de su petición, argumentó:

8.1. El Tribunal, al declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, no tuvo en cuenta la Escritura Pública 1684 del 24 de septiembre de 2010, mediante la cual el máximo órgano social de la demandada autorizó al gerente para celebrar de manera directa aquellos contratos que no excedieran los 2.000 smlmv, por lo que concluyó equivocadamente que en la celebración del contrato de obra se vulneró el principio de selección objetiva. Agregó que la decisión adoptada por el máximo órgano social, protocolizada e inscrita en el registro mercantil no fue demandada y, por ende, estaba llamada a producir plenos efectos. Señaló que esta decisión era posterior al manual de contratación, que fue expedido en el año 2009 y, por ello, en caso de que se estimara que existía un conflicto de normas, debía prevalecer la contenida en la anotada escritura pública.

8.2. Señaló que, aún si se considerara que la celebración del contrato contravino el principio de selección objetiva, en todo caso, la demandante tiene derecho a ser plenamente indemnizada, pues actuó correctamente y movida por la confianza legítima despertada en ella por la SAAAB. Reprochó que la sentencia de primera instancia no reconociera a su favor los gastos en los que incurrió en razón de la expedición de las pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil, así como aquellos relacionados con la publicación del contrato en la Gaceta del Distrito y con los honorarios del apoderado. Agregó que tenía una expectativa legítima a obtener unas utilidades derivadas de la ejecución del contrato que, por tanto, también debieron serle reconocidas, incluso si se reafirma la nulidad absoluta del negocio jurídico.

8.3. Por lo demás, reiteró los argumentos planteados en la demanda en relación con los cargos de violación que se le endilgan a los actos anulados, en particular: (i) la vulneración del derecho al debido proceso del demandante; (ii) la falsa y ausencia de motivación en los que incurrieron los actos demandados; y (iii) la violación de normas constitucionales y legales.

---

desfijó el 9 de septiembre de 2014 (folios 370 y 371, cuaderno del Consejo de Estado). La demandante presentó y sustentó el recurso de apelación mediante escrito del 18 de septiembre de 2014 (folios 372 a 382, cuaderno del Consejo de Estado), dentro del término, pues este vencía el 23 de septiembre de 2014 (constancia secretarial que obra a folio 390, cuaderno del Consejo de Estado).

9. Mediante auto del 30 de octubre de 2014, el Tribunal concedió el recurso de apelación<sup>12</sup>. A través de auto del 4 de marzo de 2015 se admitió<sup>13</sup> y, posteriormente, mediante auto del 23 de septiembre de 2015<sup>14</sup>, se les corrió a las partes y al Ministerio Público el traslado por el término de 10 días para alegar de conclusión. Las partes guardaron silencio en el término concedido<sup>15</sup>.

### III. CONSIDERACIONES

#### Cuestión previa

10. La causa de la demanda se sustentó en el presunto incumplimiento del contrato 61 de 2011, celebrado por la sociedad Ingeproyecs Ltda. con la SAAAB, y en la nulidad de unas resoluciones que afectaron a la primera en calidad de parte de ese contrato y no a su representante legal.

11. Por lo anterior, a pesar de que por una falta de técnica jurídica las pretensiones de la demanda equívocamente indicaron que los daños por los cuales se demanda se habrían causado “*al Ingeniero **Seider James Riascos Velásquez**, en calidad de representante legal de la empresa **INGEPROYECES LTDA**”*, de cara al poder otorgado por él<sup>16</sup> y a la *causa petendi* invocada, para todos los efectos se entenderá, como lo hizo el *a quo* -sin protesta de la parte contraria-, que la demanda se interpuso en nombre de Ingeproyecs Ltda, representada legalmente por el señor Seider James Riascos Velásquez.

12. Por lo anterior y, dado que en el sistema de Consulta de Procesos Nacional Unificada<sup>17</sup> se registró que el demandante en este proceso judicial es el señor Seider James Riascos Velásquez, se ordenará en la parte resolutive de esta providencia que se hagan las correcciones pertinentes.

#### El objeto de la apelación

---

<sup>12</sup> Folio 391, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>13</sup> Folio 395, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>14</sup> Folio 400, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>15</sup> Ver constancia secretarial que obra a folio 401 del cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>16</sup> Cuyo tenor literal, en lo relevante, es el siguiente: “*Seider James Riascos Velásquez [...] en calidad de representante legal de la empresa, INGEPROYECES LTDA [...] por medio del presente documento le manifiesto muy comedidamente que otorgo poder especial, amplio y suficiente, a el [sic] doctor NICOMEDES TORRES CANDELO [...] para que en Nombre de la Empresa que represento, presente ante esta Corporación [...] Demanda de acción de Nulidad y Restablecimiento contra la resolución No 006 del 18 de abril de 2012, donde la Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Buenaventura S.A E.S.P, procede dar [sic] la terminación unilateral del siguiente contrato.*

*Contrato 061, del 30 de diciembre de 2011, cuyo objeto es la micro sectorización, renovación y sectorización Sector 8 Continente – Sector 9 Continente – Sector 10 Continente – Sector 13 Continente”* (énfasis agregado)

Folio 1, cuaderno 1.

<sup>17</sup> <https://consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/Procesos/NumeroRadicacion>

13. Previo a la fijación del objeto de la apelación, se advierte que Ingeproyecs reiteró en su recurso los cargos por los cuales considera que las Resoluciones 6 del 18 de abril y 67 del 20 de septiembre de 2012, expedidas por la SAAAB, son nulas. Estos argumentos no serán estudiados por la Sala en la medida en que, en lo que a este aspecto concierne, la sentencia del Tribunal le fue favorable a la demandante, mientras que la demandada, a la que no favoreció dicha decisión, no la reprochó por vía de apelación.

14. Así, a la Sala le corresponde definir (i) si estaban acreditados los elementos para que el Tribunal declarara de oficio la nulidad absoluta del contrato de obra 61 del 30 de diciembre de 2011, con fundamento en que se omitió un requisito o formalidad establecida en la ley (artículo 1741 del Código Civil). Si se revoca dicha decisión se deberá abordar el estudio de las pretensiones que se dejaron de analizar en razón de la referida declaratoria de nulidad. En este escenario, (ii) se deberá determinar si la SAAAB incumplió el contrato de obra en los términos planteados en la demanda y, en caso afirmativo, si las pretensiones que se plantearon como consecuenciales a esa declaración están llamadas a prosperar. (iii) Además, se deberá analizar si, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones 6 del 18 de abril y 67 del 20 de septiembre de 2012 y ante la eventual revocatoria de la declaración de nulidad absoluta del contrato, se debe reconocer a la demandante los valores correspondientes a los gastos en los que incurrió por contratar las pólizas de seguros de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual, por publicar el contrato en la Gaceta Distrital, por honorarios de abogados, así como las “*expectativas de ingresos por utilidades*”<sup>18</sup>.

### **Análisis del caso**

15. Para motivar la decisión, la Sala abordará los problemas en el mismo orden en que se identificaron.

### **La nulidad absoluta del Contrato de obra 61 de 2011**

16. Según el *a quo*, con ocasión de la celebración del contrato de obra 61 de 2011 se configuró la causal de nulidad absoluta prevista en el artículo 1741 del Código Civil porque se omitió “[...] *algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza*

---

<sup>18</sup> Folio 374, cuaderno del Consejo de Estado.

de ellos”; en concreto, porque dicho contrato se celebró mediante invitación privada y no a través de una invitación pública, según lo imponía la “*formalidad fijada en el artículo 35 de la Ley 142 de 1994 y concretada en el artículo 1.3.5.6 de la Resolución CRA 151 de 2011, concerniente al cumplimiento del criterio de asegurar concurrencia de eventuales contratistas en igualdad de condiciones*”<sup>19</sup>.

17. Para resolver este punto de la apelación, la Sala comenzará por delimitar el marco conceptual de la facultad-deber oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta de un negocio jurídico, para luego proceder a estudiar si en el *sub lite* estaban reunidos los requisitos legales que activan dicha facultad, en desarrollo de lo cual se analizará si en el proceso se acreditó la causal invocada por el *a quo* para sancionar el contrato 61 de 2011 con la nulidad absoluta.

18. Esta Sala ha sido enfática<sup>20</sup> en señalar que si bien, en aras de proteger el orden jurídico, la ley confiere al juez el poder inquisitivo de declarar de oficio la nulidad absoluta de los contratos<sup>21</sup>, en la medida que se activa aun sin petición de parte e, incluso, en contra de los intereses de los contratantes, esa facultad, que a la vez es un deber, debe ejercerse bajo los estrictos lineamientos que la misma ley impone -y la jurisprudencia desarrolla- en garantía de la seguridad jurídica<sup>22</sup>.

19. La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que son tres los requisitos que deben reunirse para declarar oficiosamente la nulidad absoluta de un negocio jurídico: (i) que el vicio que estructura la causal de nulidad sea palmario o surja de bulto, (ii) que el contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones y (iii) que al proceso hayan concurrido las partes del contrato o sus causahabientes<sup>23</sup>. En relación con el primero de los requisitos, esta Corporación expresó, en recientes providencias<sup>24</sup>, que cuando la ley refiere que el vicio debe aparecer de manifiesto, alude a que debe ser apreciable a simple vista<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> Folio 352, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de mayo de 2021, C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, Exp. 57822; y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2021, C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, Exp. 48.957.

<sup>21</sup> Artículos 1742 del Código Civil, 45 de la Ley 80 de 1993 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de mayo de 2021, C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, Exp. 57822.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de febrero de 2019. Exp. 61.720. C.P. Marta Nubia Velásquez.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> “La jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la declaración oficiosa de la nulidad absoluta del contrato no puede ser entendida en el sentido de haber instalado una facultad omnímoda para fallar *extra petita*, en caso de la evidencia de cualquier violación legal. Lo correcto es entender que la jurisdicción en materia de controversias contractuales ha establecido la posibilidad de reubicar la pretensión dentro del contexto fáctico que se evidenció en el plenario y de aplicar la ley pertinente, con independencia de la forma y el tenor literal en que la causa haya sido expuesta por las partes. Es decir, se reconoce la potestad para decidir sobre la violación de la ley imperativa y decretar la nulidad del contrato, aunque no haya sido invocada en el proceso, sin embargo, en caso alguno puede desconocerse el derecho constitucional al debido proceso. De lo anterior se concluye

Es decir, que debe ser tan palmario que no requiera de un mayor esfuerzo para ser evidenciado, ni implique para ello realizar juicios de valor sobre aspectos que no estén contenidos en el mismo acto o contrato viciado; sin embargo, frente a este último tema ha advertido también que, en materia contencioso administrativa, la ley precisa que el juez está facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato “*cuando esté plenamente demostrada en el proceso*”<sup>26</sup>, asunto que resalta los componentes del contrato estatal, y por ende, las particularidades del mismo a la luz de la valoración de los elementos de su existencia y validez, porque aunque algunos rasgos son similares a los del contrato civil o comercial, aquél tiene una dimensión igualmente diversa debido a la funcionalidad de la herramienta convencional de cara al logro de los fines y cometidos que con él se persiguen.

20. Al abordar este análisis, se debe observar el principio de conservación de los contratos, que le impide al juez descartar su validez en atención al principio de la autonomía de la voluntad de quienes a él concurren, lo cual sólo podrá ocurrir cuando se acrediten los requisitos que activan el ejercicio de dicha atribución excepcional. De manera concordante con lo anterior, tal y como lo han señalado la jurisprudencia de esta Corporación<sup>27</sup> y la de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>28</sup>, así como la doctrina<sup>29</sup>, las normas que regulan las causales

---

que le está vedado al Juez apartarse de lo que demuestren las pruebas expuestas en el plenario, esto es, que sigue siendo un elemento ‘sine qua non’ que existan las pruebas de la causal de nulidad y que hayan estado expuestas a la oportunidad de su contradicción, aunque las partes hayan guardado silencio sobre ello”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 6 de febrero de 2019. Exp. 61.270. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. La cita original es de la sentencia del 18 de abril de 2016, Exp. 30.682 dictada por la misma Sala.

<sup>26</sup> “La jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la declaración oficiosa de la nulidad absoluta del contrato no puede ser entendida en el sentido de haber instalado una facultad omnímoda para fallar extra petita, en caso de la evidencia de cualquier violación legal. Lo correcto es entender que la jurisdicción en materia de controversias contractuales ha establecido la posibilidad de reubicar la pretensión dentro del contexto fáctico que se evidenció en el plenario y de aplicar la ley pertinente, con independencia de la forma y el tenor literal en que la causa haya sido expuesta por las partes. Es decir, se reconoce la potestad para decidir sobre la violación de la ley imperativa y decretar la nulidad del contrato aunque no haya sido invocada en el proceso, sin embargo, en caso alguno puede desconocerse el derecho constitucional al debido proceso. De lo anterior se concluye que le está vedado al Juez apartarse de lo que demuestren las pruebas expuestas en el plenario, esto es, que sigue siendo un elemento ‘sine qua non’ que existan las pruebas de la causal de nulidad y que hayan estado expuestas a la oportunidad de su contradicción, aunque las partes hayan guardado silencio sobre ello”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 6 de febrero de 2019. Exp. 61.270. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. La cita original es de la sentencia del 18 de abril de 2016, Exp. 30.682 dictada por la misma Sala.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Exp. 24.809.

<sup>28</sup> “De suyo esta categoría atañe a materias del ius cogens, orden público social, económico o político, moralidad, ética colectiva o buenas costumbres, restringen o cercenan la libertad en atención a la importancia de la materia e intereses regulados, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva y excluyen analogía legis o iuris. Dicha nomenclatura, se remite en cierta medida a los elementos del negocio jurídico, o sea, lo de su estructura existencial (esentialia negotia), o perteneciente por ley, uso, costumbre o equidad sin necesidad de estipulación a propósito (naturalia negotia) y lo estipulado expressis verbis en concreto (accidentalia negotia), que “se expresa en los contratos” (artículo 1603 C.C) o “pactado expresamente en ellos” (art. 861 C.Co), y debe confrontarse con la disciplina jurídica del acto y las normas legales cogentes, dispositivas o supletorias, a punto que la contrariedad del ius cogens, el derecho imperativo y el orden público, entraña la invalidez absoluta”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de marzo de 2012, M.P. William Namen Vargas, Exp. 2001-0026.

<sup>29</sup> “Prácticamente, solo el siguiente criterio nos permite distinguir la nulidad absoluta de la relativa: las nulidades absolutas son de interpretación restrictiva; la regla general es la nulidad relativa. Por lo tanto, debemos precisar las fuentes de la nulidad absoluta, y después podremos decir que las nulidades que no sean absolutas son

de nulidad absoluta son de interpretación restrictiva y deben estar consagradas expresamente en la ley -se les atribuye un principio de tipicidad rígida<sup>30</sup>-, dado que representan límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad.

21. En el *sub lite*, el Tribunal consideró estructurada la causal de nulidad absoluta establecida en el artículo 1741 del Código Civil, que prevé esta consecuencia cuando se omite “*algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan [...]*”<sup>31</sup>.

22. La Sala encuentra que, tal y como lo anotó el Tribunal -conclusión que no discuten las partes-, el contrato de obra 61 de 2011 se rige por las disposiciones del derecho común en virtud de lo establecido en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994<sup>32</sup>, que resultan aplicables porque la SAAAB es una empresa de servicios públicos (artículos 1, 15, 17 y 18 de la Ley 142 de 1994). Por ende, el punto de partida para analizar la declaración oficiosa de la nulidad absoluta es el derecho común y no la Ley 80 de 1993.

23. Respecto de la causal invocada por el *a quo*, se debe precisar que guarda relación con lo que el tratadista Guillermo Ospina Fernández denominó “*falta de la plenitud de la forma solemne*” y respecto de la cual anotó que:

*“Consideramos que la forma solemne es un elemento o requisito esencial en los actos sujetos a ella, de modo que, si falta, dichos actos son inexistentes, ‘se mirarán como no ejecutados o celebrados’, según lo preceptúa el artículo 1760; ‘no producen ningún efecto civil’, según lo declara el artículo 1500. Así, en*

---

*relativas*” Arturo Valencia Zea, Álvaro Ortiz Monsalve, Tomo I, *Parte General y Personas*, 17 edición, Bogotá, Editorial Temis S.A, 2011, p. 637.

<sup>30</sup> “*La invalidez del negocio jurídico proyectada en la nulidad absoluta y relativa, rectius, anulabilidad, ostenta tipicidad legal rígida (pas de nullité sans texte), presupone texto, norma o precepto legal previo y expreso, al corresponder exclusivamente a la ley establecer su disciplina, causas y efectos [...]*” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 8 de noviembre de 2011, 8 de noviembre Exp. E-2009-00219-00. Ver también sentencia del 6 de marzo de 2012, M.P. William Namen Vargas, Exp. 2001-0026.

<sup>31</sup> Artículo 1741, Código Civil “*La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.*

*Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”*

<sup>32</sup> Artículo 31, Ley 142 de 1994: “*Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa [...]*”

Artículo 32, Ley 142 de 1994: “*Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los **actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.***

*La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce. [...]” (énfasis agregado)*



*presencia de una compraventa de un bien inmueble por documento privado, el juez debe limitarse a tenerla por no celebrado, sin que para ello sea necesario que dicte un fallo, como sí tiene que hacerlo para privar de eficacia el acto nulo por falta de un requisito para su valor. [...]*

**En suma, la inobservancia total de la forma solemne acarrea la inexistencia del acto, y la inobservancia de tal solemnidad, pero no en forma plena, en principio acarrea la nulidad absoluta del acto [...]**<sup>33</sup> (énfasis agregado)

24. En ese mismo sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló que la causal de nulidad absoluta comentada guarda relación con la omisión parcial de una formalidad esencial o *ad substantiam actus*, que corresponda a aquellas establecidas por el legislador como condición de existencia del negocio jurídico, y no de una formalidad *ad probationem*:

**“En términos más sencillos, la inobservancia de la forma solemne, auténtico requisito de existencia, cuando es total, genera la inexistencia del acto<sup>34</sup>, del mismo linaje, como cuando ocurre ausencia de voluntad o carencia de objeto, por concurrir como auténticas bases ontológicas que repercuten en el acto mismo, si es parcial, o se omite ‘algún requisito o formalidad para el valor de ciertos actos o contratos’ (artículo 1741 del Código Civil), lejos de generar la inexistencia engendra la nulidad absoluta del acto<sup>35</sup>.**

*Lo anunciado para diferenciar de las circunstancias de nulidad, así como de los requisitos ad probationem, vale decir, de las exigencias respecto de la prueba del negocio jurídico, en cuyo caso su vida misma no se compromete, contrario a lo que ocurre con los denominados ad substantiam actus; claro, no abogando por un culto primitivo a las solemnidades porque se aniquilaría la regla de ‘libertad de formas’; sino como condición ad solemnitatem apenas para*

---

<sup>33</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; OSPINA ACOSTA, Eduardo, “Teoría general del contrato y del negocio jurídico”, Ediatorial Temis: Bogotá D.C., 2000, pp. 450 y 451. Ver en el mismo sentido: HINESTROSA FORERO, Fernando. *Tratado de las Obligaciones II. De las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico. Vol. II.* Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2015. Pág. 689.

<sup>34</sup> Nota original: Sobre la solemnidad como requisito de la existencia del acto jurídico, cuya omisión genera la "inexistencia" del acto-negocio jurídico, véase la SC CSJ del 25 de mayo de 1992. Igualmente la SC CSJ del 6 de agosto de 2010. La Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de Negocios Generales en providencia de septiembre 20 de 1945 a propósito de la relación formalidades *ad substantiam actus* e inexistencia reiterando un precedente del 11 de diciembre de 1936 señaló: “Cuando un contrato está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, es solemne, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil. (Artículo 1500 del C.C.). El contrato celebrado por el señor Gutiérrez con el Departamento de Caldas estaba sujeto, como ya se ha visto, a la formalidad especial de la revisión del Tribunal de lo Contencioso de Medellín, y como está formalidad no se cumplió, tal contrato no tuvo existencia jurídica ni de él se pueden derivar acciones civiles. En otros términos, como el contrato no se celebró legalmente, porque le faltó el cumplimiento de una formalidad indispensable para su validez, no puede sostenerse que sea una ley para las partes contratantes, como lo establece el artículo 1602 del C.C., que es la disposición que en primer término sirve de apoyo al demandante”. Finalmente concluyó: “(...) estando todavía el contrato en vía de perfeccionamiento, no puede en rigor hablarse de nulidad de ninguna especie. El contrato no ha nacido a la vida jurídica y eso es todo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, providencia de 20 de septiembre de 1945)”.

<sup>35</sup> Nota original: Ver sobre estos dos puntos: OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo/OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico.* Bogotá. Editorial Temis. Séptima Edición. 2015. Págs. 83-85. Ver también: HINESTROSA FORERO, Fernando. *Tratado de las Obligaciones II. De las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico. Vol. II.* Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2015. Pág. 689.

***ciertos actos que así lo demanden perentoriamente en la forma prevista por el legislador, en consonancia con el artículo 1501 del Código Civil, en hipótesis donde la solemnidad es sustancial, vinculante o constitutiva (forma dat esse rei), y cuya omisión desemboca en la inexistencia, ante la ausencia de un requisito ineludible.***<sup>36</sup> (énfasis agregado)

25. En este orden de ideas, la causal invocada por el *a quo* se configura cuando las partes omiten dar cumplimiento, de manera parcial -pues si fuera total ello conduciría a la inexistencia-, a una formalidad *ad substantiam actus* establecida por el legislador. Esto es así porque los elementos esenciales de un contrato, como lo son las formalidades *ad substantiam actus*<sup>37</sup>, los consagra el legislador como requisitos de existencia, sin los cuales el negocio jurídico, o no generan efecto alguno o degeneran en uno diferente y, por lo tanto, no pueden ser definidos por las partes, tal y como lo establece el artículo 1501 del Código Civil<sup>38</sup>.

26. Con fundamento en lo anterior, es necesario precisar que “*la presunta inobservancia de un procedimiento de selección*” no se puede enmarcar en la referida causal del artículo 1741 del Código Civil, en la medida en que dicho procedimiento, aunque debe observarse, no constituye una solemnidad *ad substantiam actus*, pues la ley no lo ha definido así.

27. Por lo anterior, la presunta omisión de llevar a cabo el procedimiento de invitación pública como paso previo para la celebración del contrato de obra 61 de 2011, obligatorio según el *a quo*, en atención a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 142 de 1994 y en el artículo 1.3.5.6 de la Resolución CRA 151 de 2011, no podía dar lugar a declarar de oficio la nulidad absoluta con fundamento en el artículo 1741 del Código Civil por haber omitido “*algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos*”. Refuerza esta conclusión la sola verificación del sistema normativo que sustenta el contrato de obra, en este caso, soportado en las bases de los artículos 2053 a 2062 del Código Civil, en los que no hay rastro de una regla que eleve tal

---

<sup>36</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de noviembre de 2017, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, SC19730-2017.

<sup>37</sup> Artículo 1500, Código Civil “*El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.*” (énfasis agregado)

<sup>38</sup> Artículo 1501, Código Civil “*Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.*”

tipología contractual a un negocio jurídico sometido a solemnidad alguna como requisito para su existencia.

28. En efecto, de conformidad con el artículo 2053 del Código Civil<sup>39</sup>, el contrato de obra civil se rige, en ausencia de norma especial, por las normas sobre el arrendamiento cuando el contratante suministra los materiales para la confección de la obra, o sobre la compraventa cuando es el artífice el que lo hace. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que en casos como el presente<sup>40</sup> en los que el artífice suministra los materiales, pero el objeto de la obra consiste en reparar o renovar un objeto ya existente, como en el caso del contrato de obra de mallas, aún si el artífice suministra los materiales, el negocio jurídico se regirá por las normas del arrendamiento<sup>41</sup>, el cual, como lo ha apuntado también la Sección Tercera de esta Corporación<sup>42</sup>, se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades de las partes contratantes, sin que se requiera el cumplimiento de un requisito *ad substantiam actus* para su existencia. Además, tratándose de un contrato regido por las normas del derecho común, se debe atender el principio de consensualidad que gobierna la convención, que señala que “[l]os comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco [...]” (artículo 824 del Código de Comercio).

---

<sup>39</sup> Código Civil, artículo 2053 “Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.

Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no. Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.

Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.

El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicios de las especiales que siguen.”

<sup>40</sup> De conformidad con la cláusula primera del contrato de obra 61 de 2011, el objeto consistió en la “microsectorización, renovación y sectorización – sector 8 continente, sector 9 continente, sector 10 continente y sector 13 continente”. Folio 125, cuaderno 1. Por su parte, el numeral quinto de la cláusula segunda sobre obligaciones del contratista establecía como obligación de Ingeproyecs: “Disponer de los recursos operativos necesarios para la ejecución del contrato, como lo son entre otros los materiales, equipos, transportes, herramientas y mano de obra garantizando su oportuna entrega y puesta en el sitio de obra para evitar el atraso de los trabajos” Folio 127, cuaderno 2.

<sup>41</sup> Señaló la Sala de Casación Civil de la Corte de Suprema sobre el particular que: “Conviene esclarecer primeramente que como la obra encomendada al taller de la firma Leonidas Lara e Hijos **no consistió en construir un automóvil, el hecho de suministrar el todo o la mayor parte de los materiales para la reparación no cambia en nada la fisonomía del arrendamiento y menos para equiparlo con la compraventa en la hipótesis prevista por el artículo 2053 del Código Civil. El automóvil existía ya, y se trataba apenas de repararlo, como obra específicamente subordinada al funcionamiento satisfactorio del vehículo. Obras de esta naturaleza no son susceptibles de ser objeto propio de la compraventa [...]** la obra de reparación no consiste en el conjunto de los materiales necesarios, sino, como es obvio, en su armónica y coordinada disposición para que en conformidad con las reglas de la técnica profesional y las enseñanzas de la experiencia se produzca el fin apetecido, esto es, restaurar la capacidad del vehículo para su adecuado servicio y normal funcionamiento [...] **El acuerdo de voluntades con que el contrato se forma, supone por parte del taller, no sólo la debida organización, sino también la aptitud profesional y técnica adecuada [...]**” (énfasis agregado) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 8 de febrero de 1959, M.P. José Hernández Arbeláez, G.J. LXXIX, No. 2.150, páginas 459-469. Reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 6 de mayo de 1969, M.P. Enrique López de la Pava, G.J. CXXX, No. 2.311, páginas 78-83.

<sup>42</sup> “De la precitada definición se deduce que son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de bienes los siguientes: - La concesión del goce o uso de un bien -. El precio que se paga por el uso o goce del bien -. El consentimiento de las partes” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de marzo de 2001, C.P. Exp. 13.352.

29. Precisa la Sala que la sola circunstancia antes anotada la releva de proceder a verificar si la SAAAB, al celebrar el contrato, desconoció el manual de contratación de la empresa y con este lo dispuesto en el artículo 1.3.5.6 de la Resolución CRA 151 de 2011 que desarrolla lo establecido en el artículo 35 de la Ley 142 de 1994, que fueron las razones normativas sobre las que el *a quo* edificó el cargo de nulidad que encuadró en el artículo 1741 del Código Civil. La razón es la comprobación de que los razonamientos del Tribunal no permiten colegir la existencia de un requisito *ad substantiam* del negocio jurídico, y menos aún, pueden fundar el ejercicio de una competencia oficiosa, excluida para ser activada frente a la generalidad de las situaciones que se alejan de los supuestos ya explicados para su ejercicio.

30. Además, para sostener la decisión del *a quo* sería necesario incursionar no solo en el análisis del contenido normativo del artículo 35 de la Ley 142 de 1994, sino también en el estudio de la posición de dominio de la SAAAB en el mercado - supuesto de hecho de la referida norma- y con esto, en los casos definidos por la regulación adoptada por la CRA en la Resolución 151 de 2001, así como de las normas comerciales que gobiernan el régimen de autorizaciones estatutarias para los representantes legales y el manual de contratación de la SAAAB, aspectos todos ellos que, a no dudarlo, escapan del estándar de aproximación a la eventual declaratoria de oficio de nulidad de un contrato cual es que el vicio que estructura la causal de nulidad debe ser palmario o surgir de bulto. Se agrega a lo anterior que el manual de contratación de la SAAAB no fue aportado por las partes al expediente, lo que, de entrada, demuestra la imposibilidad de abordar un análisis relacionado con su supuesta vulneración, el cual sería improcedente aún si hubiera mediado petición de parte en ese sentido, por lo que mucho menos podría ser estudiada para analizar el fundamento de la activación de una facultad oficiosa del juez sobre la base de su supuesto desconocimiento.

31. En síntesis, en mérito de lo anteriormente desarrollado, la Sala revocará el numeral segundo de la decisión de primera instancia que declaró la nulidad absoluta del contrato de obra 61 de 2011.

32. Resuelto lo anterior, se procede a analizar: (i) si la SAAAB incumplió el contrato de obra y, en caso afirmativo, si dicho incumplimiento daría lugar al reconocimiento de los perjuicios reclamados por Ingeproyecs como consecuencia de tal declaración; y (ii) si, como consecuencia de la nulidad de las Resoluciones 6 del 18 de abril y 67 del 20 de septiembre de 2012, es procedente reconocer a la

demandante los valores que corresponden a los conceptos a los que aludió en el recurso de apelación.

### **El incumplimiento del contrato 61 de 2011**

33. En la pretensión primera de la demanda, la parte actora solicitó que se declare que la SAAAB incumplió el contrato 61 de 2011 porque no entregó el anticipo al que se comprometió. Consecuencialmente, pidió que, para reparar el daño causado por tal incumplimiento, se reconozca a su favor el valor total del contrato -\$825'507.862-, así como el daño emergente y el lucro cesante que calculó en una suma de \$140'000.000 y que hizo consistir en los "*honorarios de abogado, y la pérdida del poder adquisitivo, (porque los precios de los materiales con los cuales se va a realizar la obra han subido)*"<sup>43</sup>.

34. Analizadas las pruebas que obran en el expediente, concluye la Sala que, si bien la demandada incumplió el contrato por no haber entregado el anticipo que se convino en la cláusula sexta, lo cierto es que de dicho incumplimiento no se sigue que la SAAAB esté obligada a pagar a la demandante el valor total del contrato, los gastos relacionados con honorarios de abogado, ni la suma correspondiente a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda en relación con el precio de los materiales que se iban a utilizar para la ejecución de la obra.

35. Empieza la Sala por señalar que el objeto de la indemnización de perjuicios que se sigue de la responsabilidad contractual consiste en dejar a la parte que sufrió un incumplimiento contractual en la posición que estaría en caso de no haber ocurrido dicho incumplimiento. La jurisprudencia de esta Corporación ha sido pacífica en señalar que la estructuración de la responsabilidad contractual que da lugar a la obligación de indemnizar los perjuicios a cargo del contratante incumplido requiere de la acreditación de: (i) la existencia de un contrato válido; (ii) la existencia y exigibilidad de obligaciones concretas derivadas del contrato; (iii) el comportamiento antijurídico de un contratante consistente en el incumplimiento de dichas obligaciones, y (iv) un daño generado en el otro contratante que sea resultado consecuencial de dichos incumplimientos<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Pretensión segunda, folios 166, cuaderno 1.

<sup>44</sup> Por ejemplo, señaló la Sección Tercera: "*Así, la estructuración de la responsabilidad por incumplimiento contractual requiere la concurrencia de los siguientes elementos: (i) la existencia de un contrato válidamente celebrado, (ii) la preexistencia de una o varias obligaciones originadas en el contrato que son desconocidas por el deudor, (iii) el comportamiento antijurídico de la parte a quien se atribuye el incumplimiento que, en el plano contractual, se traduce en la infracción de las cláusulas contractuales, por acción o por omisión, y que se concreta en la falta de cumplimiento de la prestación debida en la forma y tiempo establecidos y (iv) un daño que tenga relación causal entre el comportamiento antijurídico del deudor y la prestación insatisfecha.*" Consejo

36. En este caso está probada la existencia de un contrato válido, la existencia y exigibilidad de la obligación de entregar el anticipo y el incumplimiento de dicha obligación; sin embargo, lo que no está probado es que, como consecuencia de tal inobservancia contractual, al contratista se le hubiere causado algún daño cuya reparación pudiera equivaler a los valores que reclamó en la pretensión segunda de su demanda.

37. En relación con la existencia y validez del contrato 61 de 2011, la Sala se remite a lo señalado previamente como fundamento para revocar la decisión del *a quo* de declarar de oficio la nulidad de ese negocio jurídico.

38. En lo que concierne a la existencia de la obligación de desembolsar el anticipo y a su incumplimiento, la Sala encuentra que con la celebración del contrato 61 de 2011 surgieron obligaciones recíprocas entre las partes: para Ingeproyecs, esencialmente, la ejecución de las obras de renovación, sectorización y microsectorización de los continentes 8, 9, 10 y 13, identificados por la SAAAB; correlativamente, para la demandada surgió la obligación de pago del valor del contrato, que ascendió a \$825'507.862, el cual debía ser cancelado en los términos de su cláusula sexta, esto es, el 40% del valor a título de anticipo que sería amortizado con la suscripción mensual de actas parciales de obra; al agotarse ese valor, el 60% restante se pagaría también mediante la suscripción de actas parciales de obra<sup>45</sup>.

39. De conformidad con el numeral primero de la cláusula sexta del contrato, la demandada debía proceder a entregar el anticipo, previa "*solicitud y presentación de factura o cuenta de cobro*" por parte del contratista "*una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento del contrato, aprobación de las pólizas exigidas y suscrita el acta de inicio de las obras*"<sup>46</sup>.

40. El 30 de diciembre de 2011, la SAAAB aprobó las garantías constituidas a su favor<sup>47</sup>, por lo que Ingeproyecs presentó la respectiva cuenta de cobro solicitando el pago del anticipo mediante factura de venta del 2 de enero de 2012<sup>48</sup>. Las partes no suscribieron el acta de inicio de las obras; sin embargo, ello no es imputable a la

---

de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2016, Exp. 30.542 C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>45</sup> Ver cláusula sexta del contrato de obra 61 de 2011, folios 130 y 131, cuaderno 2.

<sup>46</sup> Ver cláusula sexta del contrato de obra 61 de 2011, folios 130 y 131, cuaderno 2.

<sup>47</sup> Folio 74, cuaderno 1.

<sup>48</sup> Folio 77, cuaderno 1.

demandante, pues ésta no solo cumplió con su obligación de constituir las garantías como requisito necesario para proceder a la ejecución del contrato, sino que reiteradamente le presentó requerimientos a la SAAAB para que se adelantaran las gestiones necesarias para dar inicio a la ejecución de las obras; sin embargo, la demandada se negó a proceder en ese sentido con fundamento en que el contrato estaba viciado de nulidad absoluta, por lo que, en lugar de cumplir con sus obligaciones, procedió a terminarlo.

41. En efecto, presentada la factura de venta, la demandante le solicitó a la SAAAB, mediante comunicaciones del 20 de febrero y del 2 de marzo de 2012<sup>49</sup>, que se impulsaran las gestiones para dar inicio a la ejecución de las obras. Empero, apenas el 18 de abril de 2012 -mismo día en que se expidió la Resolución 6 que dispuso la terminación y liquidación del contrato- la demandada contestó dichas peticiones en el sentido de señalar que:

*“[D]ando alcance al derecho de petición incoado por usted me permito explicar el motivo por el cual no se ha efectuado el anticipo correspondiente al contrato radicado con el N° 61 de diciembre 30 de 2011 [...]*

*“Se observa una irregularidad que vulnera sin justa causa el principio de selección objetiva, pues para designar un contratista se realizó oferta privada, cuando el manual de contratación de la entidad ordena la oferta pública cuando se supera los mil salarios mínimos al contratar [...]*

*“Una vez observado lo anterior el suscrito gerente de la sociedad de acueducto y alcantarillado, se abstiene de realizar el pago de los anticipos correspondientes a esta contratación hasta que se allegue a la entidad concepto solicitado a fin de establecer la viabilidad de la ejecución de obras mal adjudicadas”.<sup>50</sup>*

42. Esta misma razón fue invocada por la demandada para expedir las resoluciones anuladas con las que se terminó y liquidó unilateralmente el contrato de marras.

43. Así las cosas, dado que, como se trataba de un contrato válido -validez que por las razones anotadas previamente en esta providencia no se ha desvirtuado- que, como anotó el Tribunal y no fue debatido por vía de recurso, no podía ser

---

<sup>49</sup> Folios 26 a 27 y 30, cuaderno 1.

<sup>50</sup> Folios 24 y 25, cuaderno 1.

terminado unilateralmente por la SAAAB, debe concluirse que, cumplidos los requisitos pactados para su ejecución, la obligación de suscribir el acta de inicio y, como consecuencia de ello, desembolsar el anticipo, eran plenamente exigibles; sin embargo, la SAAAB no las cumplió, lo que conduce a que se debe declarar próspera la pretensión primera de la demanda.

44. No obstante, la Sala no encuentra acreditado que, como consecuencia de tal incumplimiento, Ingeproyecs hubiere sufrido algún daño que deba ser reparado en los términos señalados en la pretensión segunda de la demanda, esto es, representado en el valor total del contrato, en la suma correspondiente a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda en relación con el precio de los materiales que se iban a utilizar en la ejecución de la obra y los gastos relacionados por los honorarios del abogado, básicamente porque no está probado que el hecho de que la SAAAB no desembolsara el anticipo le haya representado una pérdida patrimonial a la demandante por esos conceptos, por las siguientes razones:

44.1. La parte actora pretende que, como consecuencia del incumplimiento de la SAAAB por no haber desembolsado el anticipo, la contraprestación que se había pactado como retribución por las obras que se iban a construir ingresen a su patrimonio; sin embargo, la Sala no encuentra que la mencionada desatención contractual provocara en el patrimonio de la contratista un daño equivalente a dicho valor.

44.2. Al respecto, cabe precisar que el precio del contrato corresponde a la contraprestación que se espera recibir a cambio de un bien o servicio<sup>51</sup>, en este caso, por la construcción de las obras contratadas. La razón por la que dicha contraprestación no se pagó obedeció a que las obras no se ejecutaron, y no al hecho de que no se pagara el anticipo, causa en la que hizo consistir la actora ese supuesto perjuicio, alegación a la que, por tanto, debe ceñirse la Sala.

44.3. A lo anterior se agrega que, debido a la estructura financiera del contrato 61 de 2011, en todo caso, el valor total del precio pactado no ingresaría al patrimonio de Ingeproyecs, pues para cumplir con el objeto al que se comprometió y por el que recibiría el precio pactado debía realizar una serie de inversiones que, necesariamente, afectarían el valor que, finalmente, podría haber ingresado a su patrimonio como resultado de la ejecución del contrato.

---

<sup>51</sup> En ese sentido, el artículo 1849 del Código Civil dispone que “*La compraventa es un contrato en el que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y esta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio*”.



44.4. Se suma que no es posible entender que la falta de pago del anticipo hubiere privado al contratista de incrementar su patrimonio en una suma igual, por cuanto, al margen de que se discuta que el anticipo sea un mecanismo de pago o de financiación<sup>52</sup>, lo cierto es que el dinero que se entrega a ese título al contratista solo hará parte del precio una vez amortizado; además de que, según lo estipulado en la cláusula sexta del contrato, tal dinero no ingresaba a su patrimonio, puesto que, en su totalidad, *“Los dineros del anticipo no podrán invertirse sino en lo establecido en el Plan de Manejo del Anticipo aprobado por la interventoría para la ejecución del objeto del contrato”*<sup>53</sup>.

45. Lo pactado en el contrato corrobora que el anticipo no era un rubro al que el contratista tuviera derecho con prescindencia de la ejecución de las obras, sino que se trataba, precisamente, de una prestación que debía ser empleada únicamente para ejecutarlas. En efecto, el anticipo que debía entregar la SAAAB debía ser amortizado a través de la suscripción sucesiva de actas mensuales de obra, en los términos del párrafo tercero de la cláusula sexta<sup>54</sup>. Sin embargo, en el dictamen pericial decretado de oficio por el Tribunal y presentado el 24 de junio de 2014<sup>55</sup>, se constató que *“el Demandante no inicio [sic] las obras objeto del contrato”*<sup>56</sup> y, por tanto, al no haber hecho ninguna inversión con cargo a un anticipo que no recibió, no es posible reconocer a favor de la demandante valor alguno como consecuencia del incumplimiento comprobado de la SAAAB al no entregar anticipadamente las sumas a las que se comprometió.

46. En lo que concierne a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda en relación con el precio de los materiales que se iban a utilizar en la ejecución de la obra, basta con señalar que, como la parte actora no realizó esa inversión, no puede predicarse un daño en cabeza suya por ese concepto.

47. Por último, no resulta procedente el reconocimiento de los honorarios de abogado que la actora reclamó a título de daño emergente porque en el plenario no reposa ninguna prueba de su causación. En efecto, más allá de la afirmación de la

---

<sup>52</sup> Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias de esta Sección: sentencia del 22 de junio de 2001, Exp. 13436, C.P. Ricardo Hoyos Duque, sentencia del 29 de enero de 2004, Exp. 10779, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia del 5 de julio de 2006, Exp. 24.812, CP. Ruth Stella Correa y sentencia del 12 de febrero de 2014, Exp. 31.682, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>53</sup> Folios 130 y 131, cuaderno 2.

<sup>54</sup> *“El valor del anticipo se amortizará conforme a las siguientes reglas: 1. El valor del anticipo se amortizará a partir de la primera acta de obra en el mismo porcentaje del 40% otorgado sobre el valor básico de las obras, hasta lograr la amortización final del mismo”*. Folio 131, cuaderno 1.

<sup>55</sup> Folios 1 a 25, cuaderno 3.

<sup>56</sup> Folio 3, cuaderno 3.

demandante de haber sufrido ese perjuicio, en el expediente no obra ni una sola prueba que dé cuenta de que la sociedad actora asumió una obligación pecuniaria por ese concepto, ni tampoco documento alguno que dé cuenta de que hubiere hecho efectivamente alguna erogación en razón de ello o que esté obligada a hacerla en un futuro, menos aún, factura o documento equivalente que lo soporte, los cuales, de conformidad con lo previsto en el artículo 615 del Estatuto Tributario y la posición unificada por la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia del 18 de julio de 2019 (Exp. 44.572), constituyen la prueba idónea de una erogación por ese concepto<sup>57</sup>.

48. Por lo anterior, si bien se declarará el incumplimiento de la SAAAB por no haber entregado el anticipo al que se comprometió (pretensión primera), se confirmará la decisión del Tribunal de negar las pretensiones que se plantearon como consecuenciales a dicha declaración, esto es, las contenidas en la pretensión segunda de la demanda.

#### **Los perjuicios derivados de la nulidad de las Resoluciones 6 del 18 de abril de 2012 y 67 del 20 de septiembre de 2012**

49. Como ya se mencionó, la decisión del *a quo* de declarar la nulidad de las mencionadas resoluciones no fue objeto de apelación y, por tanto, al ser un aspecto de la contienda que quedó definido en primera instancia, la Sala no se referirá a ello; sin embargo, como en su recurso de apelación la parte actora consideró que, como consecuencia de tal nulidad y en atención a la validez del contrato, tenía derecho a que se reconocieran a su favor los gastos en los que incurrió para su celebración, así como las utilidades que esperaba percibir en razón de su ejecución, se procede a analizar si este pedimento está llamado o no prosperar.

---

<sup>57</sup> “[...] debe recordarse que el artículo 615 del Estatuto Tributario dispone que las personas que ejercen profesiones liberales, es decir, profesiones en las cuales ‘... predomina el ejercicio del intelecto, que han sido reconocidas por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico’, están obligadas a ‘... expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales’.

“En virtud de lo anterior, debe entenderse que, como el derecho es una profesión liberal, quienes lo ejercen están obligadas a expedir la respectiva factura o su documento equivalente (el cual debe satisfacer los requisitos previstos en el artículo 617 del mismo estatuto); por tanto, **si los abogados están obligados a expedir una factura por el valor de sus honorarios profesionales, es dable concluir que ésta es la prueba idónea del pago.**

“Así, en armonía con las referidas normas tributarias, en los eventos de privación injusta de la libertad, cuando el demandante pretenda obtener la indemnización del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales cancelados al abogado que asumió la defensa del afectado directo con la medida dentro del proceso penal, quien haya realizado el pago deberá aportar: i) la prueba de la real prestación de los servicios del abogado y ii) la respectiva factura o documento equivalente expedido por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión y la prueba de su pago, de suerte que, si solo se aporta la factura o solo se allega la prueba del pago de la misma y no ambas cosas, no habrá lugar a reconocer la suma pretendida por concepto de este perjuicio. [...]” (énfasis agregado) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2019, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. 44.572.

50. Frente a este punto, la Sala advierte que los perjuicios que la parte actora solicitó le fueran reconocidos en segunda instancia como consecuencia de la nulidad de las resoluciones, no son los mismos a los que hizo alusión en su demanda, pues en ella -ni en sus pretensiones ni en el resto de sus acápites- no se refirió a las utilidades que habría dejado de percibir en razón de la terminación anticipada del contrato ni a los gastos en los que habría tenido que incurrir en razón de su celebración, tales como los pagos para contratar las pólizas de seguro de cumplimiento 300014922 y 300003288 de responsabilidad civil extracontractual expedidas por Seguros Cóndor S.A, así como los pagos hechos para publicar el contrato en la Gaceta del Distrito. Lo que la demandante pidió en la primera instancia fue que se procediera con la ejecución del contrato, que se pagara el anticipo y se restableciera el equilibrio económico, pretensiones en las que, valga mencionar, no insistió en la segunda instancia; de manera que en el recurso de apelación se introdujeron nuevos conceptos de perjuicios que no fueron reclamados en la demanda, lo que representa una insuperable variación del *petitum*.

51. Vale recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 281 del Código General del Proceso, aplicable en virtud de la remisión contemplada en el artículo 306 del CPACA, la sentencia deberá estar en consonancia con “*los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades*” a las que se refiere ese código, por lo que el demandado no puede ser condenado por “*cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente invocada en esta*”.

52. El anterior postulado procesal corresponde al principio de congruencia, que impide que se sorprenda a las partes con decisiones que recaigan sobre aspectos que no fueron objeto de debate en el proceso, salvo los que, de conformidad con la ley, deban ser resueltos de oficio. Al lado de tal principio, se presenta como presupuesto el principio de la preclusión y la regla de señalamiento que impone a las partes exhibir de manera clara y precisa lo que se pide, manifestación que impone, como garantía del debido proceso y del derecho de contradicción y defensa, que quien demanda no puede modificar la *causa petendi* ni el *petitum* mediante señalamientos alegados por fuera de las etapas procesales previstas legalmente para ello, esto es, la demanda, su corrección o adición<sup>58</sup>, oportunidades que la ley dispuso para que se precise la controversia.

---

<sup>58</sup> CPACA, artículo 212.

53. Así las cosas, forzoso resulta concluir que los perjuicios reclamados por Ingeproyecs por concepto de utilidades dejadas de percibir, por gastos de contratación de las pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual y por publicación del contrato en la Gaceta del Distrito, corresponden a novedades introducidas en la apelación que no se incluyeron en la demanda, variando de esta suerte el *petitum* lo que impide su estudio y reconocimiento.

54. Con todo, aun si se estimara que como consecuencia de la revocatoria de la nulidad del contrato y ante la remoción del mundo jurídico de las resoluciones que lo terminaron y liquidaron unilateralmente se abre paso al análisis de las pretensiones relacionadas con su ejecución -que comprenden el pago del anticipo y el restablecimiento del equilibrio económico-, la realidad es que no sería procedente acceder a ellas, pues más allá de las diferentes vías en que se pudiera aducir la responsabilidad el Estado y, a la vez, las variadas formas de su restablecimiento o reparación, lo cierto es que no corresponde al juez sustituir a la administración pública en la toma de decisiones que a ella corresponden, como lo sería, por ejemplo, imponerle la ejecución de un contrato, siendo ella quien debe evaluar la conveniencia e, incluso, la necesidad de las obras.

55. De hecho, en este caso, emitir una orden de tal naturaleza podría implicar que se imponga a la administración la realización de unas obras innecesarias, lo cual iría en contra de las necesidades de la comunidad en general y del patrimonio público, pues está probado en el proceso que las obras fueron contratadas y que a 2014 se venían ejecutando por un tercero. En efecto, según lo manifestado en este juicio por la demandante y la demandada, después de la expedición de las Resoluciones 6 del 18 de abril y 67 del 20 de septiembre de 2012, la ejecución del objeto del contrato de obra 61 de 2011 se sometió a un nuevo proceso de selección de contratista, a lo cual se agrega que, de conformidad con el dictamen pericial rendido en el proceso, en la visita al lugar donde debían ejecutarse las obras, el perito encontró que *“en cada frente de trabajo hay obras en proceso y otras ya terminadas, ejecutadas por otro Contratista, por cuenta de la SAAB S.A. E.S.P, por contratos adjudicados en el año 2013”*<sup>59</sup>.

56. En este punto destaca la Sala que, si bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, en principio, en caso de incumplimiento la pretensión de cumplimiento hace parte de los remedios que la ley le concede al

---

<sup>59</sup> Folio 3, cuaderno 3.

contratista que ha observado debidamente sus obligaciones<sup>60</sup>, lo cierto es que esto resulta incompatible con el objeto y fin de la contratación estatal, que está directamente asociado con la consecución de los fines del Estado, lo que también se predica respecto de los contratos de los prestadores de servicios públicos, al margen de que para su consecución el legislador haya dispuesto que se gobiernen por un régimen especial, en tanto su gestión persigue en sí misma un fin inherente a la función social del Estado, pues apunta, por mandato constitucional, a asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional (artículo 365 de la Constitución Política). Este objetivo justifica la intervención del Estado en el marco de los supuestos contenidos en los artículos 334, 336, 365 y 370 de la Constitución Política, debiéndose garantizar que con el desarrollo de su actividad y objeto social, se asegure el cumplimiento de la función social de la propiedad, tanto pública como privada, afecta a la prestación de los servicios públicos tal como determina la Ley 142 de 1994, aspectos que, a no dudarlo, excluyen la posibilidad de imponer el cumplimiento de un contrato desprovisto de tales premisas, pues ello implicaría, como en el caso de estudio, sustituir a la administración en la definición de lo que se requiere para satisfacer el interés general y, por esa vía, las necesidades de la comunidad.

57. En este estado de las cosas, se impone también confirmar la decisión del tribunal de negar las pretensiones 4 a 7 de la demanda.

## **Conclusión**

58. En mérito de todo lo anterior, la Sala revocará la decisión del Tribunal de declarar oficiosamente la nulidad del contrato 61 de 2011 y accederá a la pretensión primera de la demanda. En lo demás, la sentencia será confirmada.

## **Costas**

---

<sup>60</sup> Así, en las obligaciones de hacer, además de la indemnización de perjuicios, el acreedor puede pedir que: “1a.) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido” o, “2a.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor”, o “3a.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato” (art. 1610 del Código Civil). En el caso de obligaciones de dar, podrá solicitar, además de la indemnización de perjuicios, la entrega de la cosa debida (artículos 1605 del Código civil). En las obligaciones de no hacer el legislador contempla la posibilidad de que lo que no debía hacerse, pero se hizo, no pueda revertirse, caso en el cual prevé que lo procedente es la indemnización de perjuicios (artículo 1612 del Código Civil).

59. De conformidad con el numeral 1º del artículo 365<sup>61</sup> del Código General del Proceso, aplicable en este caso en virtud de la remisión del artículo 188<sup>62</sup> del CPACA, la condena en costas procede en contra del sujeto al que se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de apelación; además, de conformidad con el numeral 5º *ibidem*, en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez puede abstenerse de condenar en costas.

60. Con base en las mencionadas normas, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la demandante, toda vez que su recurso prosperó parcialmente, en la medida en que se revocó la decisión del *a quo* de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato 61 de 2011 y, asimismo, se accedió a las pretensiones de su demanda relacionadas con la legalidad de las Resoluciones 006 del 18 de abril de 2012 y 0067 del 20 de septiembre de 2012.

#### IV. PARTE RESOLUTIVA

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

#### FALLA:

**PRIMERO: ORDENAR**, a través de la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación, corregir los datos de identificación del proceso judicial, de modo que se precise que el demandante es la sociedad Ingeproyec Ltda. y no el señor Seider James Riascos Velásquez. De este cambio se deberá dar aviso a las partes antes o de forma concomitante a la notificación del fallo, para evitar afectaciones al debido proceso.

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral segundo de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 17 de julio de 2014, por las razones señaladas en la parte motiva de esta sentencia.

---

<sup>61</sup> “**ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”.

<sup>62</sup> “**ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

**TERCERO: DECLARAR** que la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Buenaventura S.A. E.S.P incumplió el contrato de obra 61 del 30 de diciembre de 2011, por haberse negado a entregar el anticipo convenido en la cláusula sexta.

**CUARTO:** En los demás puntos, **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 17 de julio de 2014.

**QUINTO:** Sin condena en costas.

**SEXTO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

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