



Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)

Actor: Incirob SAS

Reparación directa

Apelación sentencia

Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura” (fls. 313 y 314 cdno. ppal. – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

Mediante escrito radicado el 30 de octubre de 2015 (fls. 2 a 27 cdno. no. 1), la sociedad Incirob SAS, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda de reparación directa en contra del Instituto Nacional de Vías (en adelante Invías) en la que formuló las siguientes súplicas:

**“PRIMERA. DECLARAR responsable a título de falla del servicio al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS por los perjuicios ocasionados a la sociedad **INGENIEROS CIVILES ROMERO BAUTISTA S.A.S. INCIROB S.A.S. antes INGENIEROS CIVILES ROMERO BAUTISTA COMPAÑÍA LIMITADA.****

**SEGUNDA.** En consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS a pagar a **INCIROB S.A.S. antes INGENIEROS CIVILES ROMERO BAUTISTA COMPAÑÍA LIMITADA** la suma de SIETE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS Y SESENTA Y DOS CENTAVOS (\$7.242.796.393,62) a título de indemnización en la modalidad de lucro cesante.

**TERCERA.** En consecuencia de la primera declaración, **CONDENAR** al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS a pagar a **INCIROB S.A.S. antes INGENIEROS CIVILES ROMERO BAUTISTA COMPAÑÍA LIMITADA** la suma de SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS Y SETENTA CENTAVOS (\$789.563.956,70) a título de indemnización de perjuicios en la modalidad de daño al buen nombre empresarial o Good Will.

**CUARTA.** En consecuencia de la primera declaración, **CONDENAR** al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS a pagar a **INCIROB S.A.S. antes INGENIEROS CIVILES ROMERO BAUTISTA COMPAÑÍA LIMITADA** la suma de DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS

Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)

Actor: Incirob SAS

Reparación directa

Apelación sentencia

TREINTA Y SIETE PESOS Y SETENTA Y SIETE CENTAVOS (\$2.534.978.737,77) a título de indemnización de perjuicios por concepto de pérdida de oportunidad.

**QUINTA.** En consecuencia de las anteriores declaraciones, **CONDENAR** al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS a pagar a **INCIROB S.A.S.** antes **INGENIEROS CIVILES ROMERO BAUTISTA COMPAÑÍA LIMITADA** la suma que se determine por parte del Honorable Tribunal por concepto de intereses corrientes sobre todas las sumas a las que resulte condenada.

**QUINTA SUBSIDIARIA.** En caso de que el Honorable Tribunal desestime la pretensión anterior, proceda a **CONDENAR** al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS a pagar a **INCIROB S.A.S.** antes **INGENIEROS CIVILES ROMERO BAUTISTA COMPAÑÍA LIMITADA** el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas a las que resulte condenada.

**SEXTA.** En caso de mora en el pago de la suma a la cual resulte condenado el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS se le ordene pagar intereses moratorios a favor de **INCIROB S.A.S.** antes **INGENIEROS CIVILES ROMERO BAUTISTA COMPAÑÍA LIMITADA** a la tasa más alta aplicable legalmente, a partir de la ejecutoria de la sentencia.

**SÉPTIMA.** Que se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS a pagar las costas que se generen como consecuencia de este proceso, así como las agencias en derecho.” (fls. 4 y 5 cdno. no. 1- mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

## 2. Hechos

La parte demandante expuso como fundamento fáctico, en síntesis, lo siguiente:

- 1) El Invías y el Consorcio Incel, conformado por el señor Carlos Celis Gómez y la sociedad Incirob Ltda, celebraron el contrato de obra número 1291 del 22 de agosto de 2006, cuyo objeto era la realización de obras de emergencia para la estabilización de la banca en la carretera Ocaña – Sardinata (Norte de Santander).
- 2) Incirob Ltda, ahora Incirob SAS, no participó en la conformación del mencionado consorcio, pues, fue víctima de conductas delictivas por parte del señor Carlos Celis Gómez, quien, fraudulentamente, constituyó el consorcio; por ello, la

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

sociedad demandante denunció penalmente al señor Celis Gómez y comunicó tal circunstancia al Invías en diciembre de 2007.

3) El Invías, por Resolución 03133 del 24 de junio de 2008, declaró la caducidad del contrato 1291 de 2006, sanción que cobijó no solo al señor Celis Gómez sino también a Incirob Ltda.

4) Incirob Ltda solicitó la revocatoria directa de la decisión, pues, insistió en que realmente no conformó el consorcio y que fue víctima de conductas delictivas por parte del señor Celis Gómez; sin embargo, el Invías rechazó la petición y confirmó la decisión mediante Resolución 00514 del 15 de enero de 2009.

5) El Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá en sentencia del 26 de septiembre de 2011 condenó penalmente al señor Celis Gómez por los delitos de fraude procesal y falsedad en documento privado; en la decisión se ordenó al Invías reestablecer los derechos de la sociedad demandante mediante la expedición de un acto administrativo en el que aclarara que las Resoluciones números 03133 de 2008 y 00514 de 2009 no debían surtir efectos respecto de ella.

6) El Invías, a través de Resolución 2954 del 4 de julio de 2013, dejó sin efectos las Resoluciones números 03133 de 2008 y 00514 de 2009 respecto de la sociedad demandante.

7) El Invías no le notificó la Resolución 2954 de 2013, sino que la sociedad actora se enteró de la decisión a “*mediados de agosto de 2013*” (fl. 10 cdno. no. 1) por intermedio de la Procuraduría General de la Nación.

8) La entidad demandada es responsable a título de falla del servicio, porque *i)* realizó un estudio ligero del incumplimiento del contrato número 1291 de 2006, pues, afectó a la sociedad demandante con la declaración de caducidad, pese haberle informado acerca de los actos fraudulentos del señor Celis Gómez; *ii)*

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

demoró, injustificadamente, el cumplimiento de la orden del juez penal, toda vez que expidió la resolución de restablecimiento de sus derechos casi dos (2) años después de la sentencia penal, y *iii*) no le notificó la resolución de restablecimiento de sus derechos.

9) Se deben indemnizar los siguientes perjuicios: *i*) lucro cesante, porque debido a la inhabilidad derivada de la caducidad del contrato, el Banco Agrario terminó unilateralmente cuatro (4) contratos celebrados con un consorcio integrado por la sociedad demandante, y el Fondo Rotatorio del Ministerio de Defensa rechazó cinco (5) ofertas presentadas por consorcios en los que ella participaba; *ii*) daño al buen nombre empresarial o “*good will*” del que gozaba la compañía frente a sociedades privadas que la buscaban para presentarse colectivamente a licitaciones estatales, lo cual dejó de ocurrir cuando se difundió su inhabilidad, y *iii*) pérdida de oportunidad, por cuanto no pudo presentarse individual ni colectivamente a procesos de selección pública de contratistas, situación que afectó directamente sus estados financieros, conllevó el decrecimiento de la empresa decreciera y que perdiera la oportunidad de seguir creciendo.

### **3. Contestación de la demandada**

El Invías se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 43 a 61 cdno. no. 1) con fundamento en los siguientes argumentos:

1) Al momento de expedir la Resolución 03133 de 2008, los documentos presentados para la oferta y firma del contrato número 1291 de 2006 gozaban de presunción de legalidad por lo que la declaración de incumplimiento y caducidad del contrato debía recaer sobre todos integrantes del consorcio contratista.

2) La obligación de hacer efectiva la orden del juez penal recaía en la secretaría del juzgado penal, la cual no remitió el oficio correspondiente al Invías; la entidad conoció la orden debido a un derecho de petición presentado por la sociedad

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

demandante, pero, que fue radicado un (1) año después de proferida la sentencia penal.

3) El Instituto sí notificó a la sociedad demandante la Resolución 2954 del 4 de julio de 2013, pues, remitió al representante legal el oficio ON 36707 de fecha 15 de julio de 2015 para su notificación personal; sin embargo, ante su inasistencia la resolución fue notificada por edicto.

4) La indemnización por concepto de lucro cesante y pérdida de oportunidad eran excluyentes; además, el lucro cesante derivado del rechazo de ofertas en procesos de selección era un perjuicio incierto porque no se demostró que las ofertas presentadas colectivamente por la sociedad demandante debían resultar elegidas por ser las mejores.

5) El dictamen de parte allegado con la demanda para la tasación de perjuicios no es claro.

#### **4. Sentencia de primera instancia**

En sentencia del 17 de mayo de 2018 (fls. 303 a 313 cdno. ppal.), la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

1) Se demostró el daño consistente en la inhabilidad de la sociedad demandante para participar en procesos de selección pública de contratistas con ocasión de la Resolución 03133 del 24 de junio de 2008, confirmada mediante Resolución 00514 del 15 de enero de 2009.

2) No obstante, el Invías no podía excluir a la sociedad demandante de la declaración de caducidad del contrato 1291 de 2006 y de las consecuencias jurídicas que se derivaran de tal circunstancia con fundamento en la denuncia de los actos fraudulentos del tercero y otras pruebas del proceso penal, porque, para

Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)

Actor: Incirob SAS

Reparación directa

Apelación sentencia

el momento en que se expidieron las referidas resoluciones no obraba decisión penal que acreditara la falsedad en la conformación del consorcio; al respecto, indicó lo siguiente:

*“(...) conforme con el principio de legalidad, la actividad de la administración se encuentra conforme a derecho y tiene validez, mientras no se demuestre lo contrario, esto es, hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto, por lo tanto, hasta que no se profiriera una decisión definitiva que acreditara la falsedad alegada y la condición de víctima de la compañía INCIROB LTDA, la presunción de legalidad que amparaba las resoluciones no. 3133 de 2008, por la cual se declaró la caducidad del contrato 1291 de 2006 y 0514 de 2009, por la cual se negó la solicitud de revocatoria directa, se mantenía incólume, circunstancia suficiente para desvirtuar la falla del servicio alegada”. (fl. 310 cdno. ppal.- mayúsculas sostenidas y subrayado del original).*

3) No existió retardo en el cumplimiento oportuno de la sentencia penal porque la secretaría del Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá no remitió el oficio respectivo al Invías y, si bien el apoderado de esta entidad estuvo presente en la audiencia de lectura de fallo, lo cierto es que el Invías no era parte dentro del proceso penal; asimismo, la sociedad demandante fue negligente porque el requerimiento al Invías para que cumpliera la orden de restablecimiento de sus derechos lo radicó un (1) año después de haberse proferido la sentencia penal.

## **5. Recurso de apelación**

La parte demandante en escrito radicado el 5 de junio de 2018 interpuso recurso de apelación (fls. 318 a 335 cdno. ppal.) en el que solicitó la revocatoria de la decisión de primera instancia con fundamento en los siguientes reparos:

1) La antijuridicidad del daño no depende de la legalidad de los actos administrativos; el objeto del litigio no radica en la legalidad de las resoluciones que causaron el daño, sino en la obligación de la sociedad demandante de soportar la inhabilidad impuesta como consecuencia de la declaración de caducidad de un contrato del que nunca fue parte.

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

2) El Invías incurrió en una falla del servicio, pues, conocía la falsedad denunciada por la sociedad demandante y, pese a ello, agravó su situación por el hecho de incluirla en la declaratoria de caducidad; adicionalmente, la entidad desconoció que la condición de víctima de un delito se adquiere desde la comisión del hecho punible y no a partir de la sentencia penal.

3) La demora en el cumplimiento de la orden judicial no puede excusarse en la supuesta falta de comunicación por parte del juzgado; en la decisión penal se adoptó una orden de imperioso cumplimiento, que fue notificada en estrados en la audiencia de lectura del fallo en la cual estaba presente un apoderado de la entidad demandada, quien manifestó en este proceso que sí informó la decisión al Invías.

4) El tribunal omitió pronunciarse sobre la imputación de responsabilidad relacionada con la falta de notificación de la Resolución 2954 del 4 de julio de 2013, mediante la cual finamente se reestablecieron sus derechos.

5) Debe reconocerse valor probatorio a la audiencia de lectura de la sentencia del 26 de septiembre de 2011 por parte del Juzgado Dieciocho (18) Penal del Circuito de Bogotá, la cual anexó con el recurso.

## **6. Actuación surtida en segunda instancia**

El recurso fue admitido mediante auto del 23 de agosto de 2018 (fl. 345 cdno. ppal.) y por auto del 24 de abril de 2019 se negó la solicitud de pruebas de la parte demandante, porque el contenido de la referida audiencia ya obraba en el expediente (fl. 355 cdno. ppal.).

En providencia del 29 de mayo de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegaciones de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto (fl. 359 cdno. ppal.); dentro de dicha oportunidad, la sociedad demandante

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

pidió la revocatoria de la sentencia y la parte demandada su confirmación (fls. 362 a 398 cdno. ppal.); el Ministerio Público guardó silencio.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La demanda fue presentada en tiempo<sup>1</sup>, por lo cual, cumplidos los trámites propios del proceso sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión 2) indebida escogencia de la acción respecto de la imputación de responsabilidad patrimonial por la afectación de la sociedad demandante con la declaración de caducidad de un contrato estatal,

---

3) análisis de la responsabilidad patrimonial extracontractual, 4) falta de prueba de los perjuicios reclamados y, 5) condena en costas.

### 1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

1) En el presente asunto se imputa responsabilidad al Invías a título de falla del servicio, porque afectó a la sociedad demandante con la declaración de caducidad de un contrato estatal en el que no participó, a pesar del Instituto conocer que fue un tercero quien conformó ilícitamente el consorcio contratista; además, porque no dio cumplimiento inmediato a la orden de restablecimiento de los derechos emitida

---

<sup>1</sup> En este caso, el término de dos (2) años del artículo 164 del CPACA debe contabilizarse desde que se dejaron sin efectos las Resoluciones números 03133 de 2008 y 00514 de 2009 en relación con la sociedad demandante, pues, en dicho momento se consolidó el daño; lo anterior ocurrió mediante la Resolución 2954 del 4 de julio de 2013, la cual, según la demanda, no le fue notificada a la sociedad demandante y, aunque el Invías se opuso a esa afirmación, lo cierto es que no allegó al proceso la respectiva constancia de notificación, lo que era obligatorio en virtud de lo dispuesto en el artículo 175 del CPACA; por ende, se tendrá por cierta la afirmación de la demanda según la cual la sociedad demandante conoció la Resolución 2954 del 4 de julio de 2013 solo hasta “*mediados de agosto de 2013*” (fl. 10 cdno. no. 1); así, el término para interponer la demanda inicialmente fenecía el 16 de agosto de 2015, pero, con ocasión de la conciliación prejudicial tramitada entre el 19 de septiembre y el 16 de diciembre de 2013 (fl. 11 cdno. no. 2), se extendió hasta el 13 de noviembre de 2015, y la demanda fue presentada oportunamente el 30 de octubre de 2015 (fl. 27 cdno. no. 1).

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

por un juez penal ni notificó el acto administrativo que, posteriormente, restableció esos derechos.

2) El tribunal de primera instancia denegó las súplicas de la demanda por estimar que la entidad demandada no incurrió en falla del servicio, en la medida que al momento de declarar la caducidad del contrato no obraba decisión penal en firme que estableciera la ilegalidad en la conformación del consorcio, y porque la demora en la expedición de la resolución de restablecimiento de derechos fue imputable a la secretaría del juzgado penal.

3) La parte demandante solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, toda vez que, sí existió falla del servicio del Invías por el hecho de incluirla en la declaración de caducidad, lo mismo que por el hecho de demorarse en restablecer sus derechos luego de proferida la decisión penal, además, no hubo pronunciamiento respecto de la falta de notificación de la resolución de restablecimiento de los derechos.

4) La Sala, en primer lugar, declarará la indebida escogencia del medio de control judicial respecto del reproche relacionado con la inclusión errónea de la sociedad demandante en la declaración de caducidad del contrato número 1291 del 22 de agosto de 2006, pues, se debió controvertir la legalidad del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, y, en segundo lugar, revocará la decisión de primera instancia y declarará la responsabilidad del Invías a título de falla del servicio porque retardó injustificadamente el cumplimiento de la orden de restablecimiento de los derechos que dispuso una sentencia penal en favor de la sociedad demandante, lo cual repercutió en la prolongación de la inhabilidad para participar en procesos públicos de selección de contratistas; no obstante, se negará la indemnización de perjuicios porque la sociedad demandante no los demostró.

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

## **2. Indebida escogencia del medio de control judicial respecto de la imputación de responsabilidad por la errónea inclusión en la declaración de caducidad del contrato estatal**

1) El primer reproche a la actuación del Invías consistió en que incluyó a la sociedad demandante en la declaración de caducidad del contrato número 1291 del 22 de agosto de 2006, pese haberle informado que no participó en la conformación del consorcio contratista, pues, fue víctima de conductas delictivas; la Sala estima que el medio de control judicial de reparación directa ejercido con la demanda no es el procedente para controvertir tal actuación, para lo cual se destacan los siguientes hechos relevantes:

a) El Invías y el Consorcio Incel, conformado por el señor Carlos Celis Gómez y aparentemente por Incirob Ltda, celebraron el contrato de obra número 1291 del 22 de agosto de 2006, cuyo objeto era la realización de obras de emergencia para la estabilización de la banca en la carretera Ocaña – Sardinata (Norte de Santander)<sup>2</sup>.

b) En escrito radicado el 6 de febrero de 2008, la sociedad Incirob Ltda le informó al Invías que el señor Carlos Celis Gómez había utilizado fraudulentamente su nombre para ser adjudicatario del contrato 1291 de 2006, razón por la cual lo denunció penalmente ante la Fiscalía General de la Nación, denuncia que anexó al referido oficio (fls. 13 a 16 cdno. no. 2).

c) Mediante Resolución 03133 del 24 de junio de 2008, el Invías declaró la caducidad del contrato número 1291 de 2006 debido a incumplimientos graves por parte del Consorcio Incel (fls. 17 a 36 cdno. no. 2); en dicha resolución se le impuso al consorcio una sanción equivalente al 10% del valor del contrato y se ordenó la

---

<sup>2</sup> Se advierte que el referido contrato no obra en el proceso, pero, es un aspecto no discutido, además, que el contrato y su contenido son referenciados en varias de los actos administrativos que obran en el proceso.

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

publicación del respectivo acto administrativo en los términos del artículo 31 de la Ley 80 de 1993<sup>3</sup>.

d) A través de un escrito radicado el 27 de junio de 2008, Incirob Ltda solicitó la revocatoria directa de la Resolución número 03133 de 2008 con fundamento en el hecho determinante de que no participó en la conformación del consorcio contratista y fue víctima de conductas delictivas por parte del señor Carlos Celis Gómez (fls. 37 a 64 cdno. no. 2).

e) El Invías, por Resolución número 00514 del 15 de enero de 2009 (fls. 66 a 82 cdno. no. 2), resolvió los recursos de reposición interpuestos por el señor Carlos Arturo Celis Gómez y una compañía aseguradora contra la Resolución número 03133 de 2008, al igual que la solicitud de revocatoria directa presentada por la sociedad demandante; en cuanto a la petición de la sociedad demandante, el Invías simplemente manifestó que era improcedente porque no fue presentada por Carlos Arturo Celis Gómez en condición de representante legal del consorcio Incel, por lo que confirmó en todas sus partes la Resolución número 03133 de 2008.

f) En sentencia del 26 de septiembre de 2011, el Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá condenó penalmente al señor Celis Gómez por los delitos de fraude procesal y falsedad en documento privado (fls. 207 a 216 cdno. no. 2)<sup>4</sup>; de igual manera, en la decisión ordenó reestablecer los derechos de la sociedad demandante en el sentido de dejar sin efectos cualquier afectación y aclarar que

---

<sup>3</sup> “ARTÍCULO 31. La parte resolutive de los actos sancionatorios, una vez ejecutoriados, se publicará por dos (2) veces en medios de comunicación social escrita con amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad estatal respectiva y se comunicará a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado. También se publicará en el Diario Oficial y se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación. Ante la ausencia de estos medios de comunicación se anunciará por bando público en dos (2) días de mercado diferentes. La publicación a que se refiere el presente artículo correrá a cargo del sancionado. Si este no cumple con tal obligación, la misma se hará por parte de la entidad estatal, la cual repetirá contra el obligado.” <sup>4</sup> Se advierte que la copia de la sentencia allegada al proceso es incompleta en algunos fragmentos e ilegible en otros.

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

las Resoluciones números 03133 de 2008 y 00514 de 2009 no debían surtir ningún efecto respecto de aquella.

g) Finalmente, a través de la Resolución número 2954 del 4 de julio de 2013, el Invías dejó sin efectos las referidas Resoluciones números 03133 de 2008 y 00514

---

de 2009, pero, únicamente en relación con la sociedad Incirob Ltda (fls. 225 a 234 cdno. no. 2).

2) A partir de lo antes expuesto, es claro que el daño de la sociedad demandante no devino de un hecho u omisión de la administración, sino de un acto administrativo contenido en la Resolución número 03133 de 2008, y su confirmatoria la Resolución número 00514 del 15 de enero de 2009, por lo que la demanda de reparación directa no es procedente para imputar responsabilidad por tal actuación.

3) En efecto, es especialmente relevante advertir que el Invías le notificó a la sociedad demandante la Resolución confirmatoria número 00514 del 15 de enero de 2009, según constancia allegada con la contestación de la demanda (fl. 99 cdno. no 1.), y lo que hizo la sociedad demandante fue interponer un recurso de queja (fls. 88 a 127 cdno. no. 2), pero, no controvertió judicialmente su legalidad, acto administrativo que por su naturaleza jurídica estaba amparado por presunción de legalidad.

4) La sociedad demandante debió atacar la legalidad del mencionado acto administrativo, pero, no lo hizo, y la revocatoria del mismo luego de la orden del juez penal no tiene la vocación de transformar el medio de control judicial legalmente procedente, porque, para tal momento la oportunidad de controvertir la legalidad del acto administrativo había fenecido.

5) El acto administrativo causante del daño se profirió en el año 2008 y se confirmó en el año 2009, momento en el cual estaba vigente el Código Contencioso

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

Administrativo que establecía una pluralidad de acciones contenciosas, circunstancia por la cual es evidente que procede la declaración de indebida escogencia de la acción frente a tal imputación.

### **3. Análisis de la responsabilidad patrimonial extracontractual**

#### **3.1 El daño**

1) El daño de la sociedad Incirob SAS no consistió en la inhabilidad para participar en procesos públicos de selección de contratistas debido a la declaración de caducidad del contrato de obra número 1291 del 22 de agosto de 2006 celebrado entre el Invías y el consorcio Incel, pues, dicho daño, como se indicó, proviene de un acto administrativo que no fue controvertido; por ende, el daño correspondió a la prolongación de la mencionada inhabilidad ante el retardo en el cumplimiento de la decisión penal que ordenó el restablecimiento del derecho de la sociedad demandante.

2) En este caso está acreditado que ese retardo afectó el bien jurídicamente protegido en dicha decisión, pues, se probó que el Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá en sentencia del 26 de septiembre de 2011 condenó penalmente al señor Celis Gómez y ordenó dejar sin efectos cualquier afectación en relación con la sociedad demandante, además de aclarar que las Resoluciones números 03133 de 2008 y 00514 de 2009 no debían surtir algún efecto respecto de aquella (fls. 207 a 216 cdno. no. 2); no obstante, el Invías solo restableció esos derechos mediante Resolución número 2954 del 4 de julio de 2013 (fls. 225 a 234 cdno. no. 2), por lo que la inhabilidad de la sociedad demandante para participar en procesos públicos de selección de contratistas no fue levantada de forma inmediata, sino que, se extendió hasta el 17 de septiembre de 2013 según certificado de la Procuraduría General de la Nación allegado con la demanda (fl. 201 cdno. no. 2).

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

### **3.2 La imputación**

1) Existe responsabilidad del Invías a título de falla del servicio, por cuanto, existió demora en el cumplimiento de la orden de restablecimiento de derechos dispuesta por el Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá en sentencia del 26 de septiembre de 2011, pues, la entidad emitió la Resolución correspondiente casi dos (2) años después de aquella, sin que tal retardo pueda excusarse en alguna actuación u omisión de la secretaría del juzgado penal en la medida que la entidad demandada conoció la orden de restablecimiento en el proceso penal, como se explica a continuación:

a) Está acreditado que el Invías se vinculó al proceso penal y que Santiago Martínez Devia, apoderado de esta entidad, estuvo presente en la audiencia penal de preacuerdo del 20 de septiembre de 2011 en la que se hizo alusión a la orden de restablecimiento de derecho de la sociedad demandante (fl. 203 a 205 cdno. no. 2).

b) El mencionado abogado rindió declaración en este proceso a solicitud de la entidad demandada y en su testimonio aceptó que tuvo conocimiento de la orden dictada al Invías en la mencionada diligencia; también manifestó que conoció la sentencia penal, pero, agregó que quien debía remitir los oficios para el cumplimiento de la orden era la secretaría del juzgado penal (audiencia de pruebas. cd; fl. 264 cdno. no. 1); sin embargo, la agente del Ministerio Público le preguntó si en calidad de apoderado del Invías presentó algún informe sobre los resultados del proceso penal, ante lo cual el testigo respondió, expresa y puntualmente que “*sí presentaba informes mensuales*” y que “*sí había informado de la orden para restablecer los derechos de la sociedad Incirob porque en los informes reportaba las actividades y resultados del proceso*” (audiencia de pruebas. cd; fl. 264 cdno. no. 1).

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

c) El 18 de octubre de 2012, la sociedad demandante solicitó al Invías el restablecimiento del derecho (fl. 133 cdno. no. 1), ante lo cual el Instituto mediante oficio del 19 de noviembre de 2012 expuso que no había dado cumplimiento a la orden del juzgado penal porque el secretario del despacho judicial no había comunicado la decisión a la entidad (fls. 137 a 139 cdno. no. 1), pero, que solo emitió la orden de restablecimiento hasta el 4 de julio de 2013 (fls. 225 a 234 cdno. no. 2).

2) En consecuencia, no hay duda alguna acerca de que el Invías sí conocía la orden perentoria de restablecimiento de derechos en favor de la sociedad demandante, pero, no actuó de conformidad y tal retardo no puede excusarse en alguna actuación de un tercero o de la propia víctima, por lo que se declarará la responsabilidad patrimonial extracontractual del Invías.

3) También resulta reprochable que no le hubiese notificado a la sociedad demandante la Resolución 2954 del 4 de julio de 2013, aspecto que fue estudiado al analizar la oportunidad del medio de control judicial ejercido con la demanda; empero, lo cierto es que dicha omisión no influyó en el daño causado pues la resolución sí se le notificó a la Procuraduría General de la Nación, entidad competente para el levantamiento de la medida y quien le notificó a la sociedad demandante de la misma según lo afirmado en la demanda.

#### **4. Falta de prueba de los perjuicios**

Es necesario aclarar que, más allá de la discusión doctrinaria acerca de si hay lugar a la distinción entre daño y perjuicio<sup>4</sup>, se estima que para efectos de abordar el

---

<sup>4</sup> En alguna época el Consejo de Estado acogió una tesis previamente sostenida por la Corte Suprema de Justicia en la que esta predicaba que los términos daño y perjuicio tenían el mismo significado, por ejemplo, en la sentencia del 31 de julio de 1958, sin expediente, CP Ricardo Bonilla Gutiérrez, Anales del Consejo de Estado, T. LVI, p. 167. No obstante, en otros pronunciamientos, mucho más recientes, el Consejo de Estado ha acogido otra de las tesis predicadas por la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Negocios Generales, específicamente, en la sentencia del 13 de septiembre de 1943, MP Aníbal Cardoso Gaitán, citada en las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: Sentencia del 9 de mayo de 2011, expediente no. 18.048, CP Enrique Gil Botero; del 8 de junio de 2011, expediente 17.858, CP Jaime Santofimio Gamboa.

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

presente asunto tal diferenciación es de utilidad, por cuanto, si bien se estima probado el daño no ocurre lo mismo frente a los perjuicios deprecados.

Sobre ese punto, ha señalado esta Sala<sup>5</sup> que el *daño* consiste en la lesión o afectación negativa de un bien jurídicamente tutelado, huelga decir, que goza de la protección del ordenamiento jurídico del Estado, como por ejemplo la vida, la integridad personal, la propiedad, las libertades, etc., en tanto que *el perjuicio* es la consecuencia negativa que ese daño genera en el patrimonio de la víctima, ya sea este material o inmaterial; por lo tanto, la distinción conceptual entre *daño y perjuicio* no es una cuestión simplemente académica o apenas teórica, sino, un asunto con importantes aplicaciones prácticas, una primera, de carácter probatorio y, una segunda, de legitimación; en efecto, una cosa es probar el daño y, otra, muy distinta, demostrar el perjuicio; de igual manera, una es la víctima que padece el daño y, otra, a veces distinta, quien experimenta el perjuicio, lo cual determina, en cada caso, la legitimación para demandar la indemnización.

---

#### **4.1 Lucro cesante**

1) La sociedad demandante solicitó por este concepto indemnización por lo dejado de percibir *i)* por la ejecución de cuatro (4) contratos que había celebrado con el Banco Agrario como integrante de otro consorcio y que fueron terminados unilateralmente debido a la inhabilidad derivada de la declaración de caducidad, y *ii)* porque le fueron rechazadas cinco (5) ofertas que presentó colectivamente en procesos de selección adelantados por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Defensa Nacional.

2) La Sala negará indemnización del lucro derivado de los contratos identificados con los números CON09-04DG, CON09-13DG, CON09-14DG y

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2022, expediente no. 49.776, CP Fredy Ibarra Martínez, con aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata.

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

CON09-22DG terminados unilateralmente por el Banco Agrario (fls. 132 a 139 cdno. no. 2), por las siguientes razones:

- a) La terminación de los contratos ocurrió el 22 de julio de 2010, por tanto, es claro que corresponde a un periodo de la inhabilidad imputable al acto administrativo que declaró la caducidad del contrato y no del periodo correspondiente a la prolongación de la inhabilidad por el retardo en el cumplimiento de la sentencia penal, que es la razón por la cual se declara la responsabilidad patrimonial extracontractual del Invías en este caso.
- b) Adicionalmente se destaca que, aunque la violación del régimen de inhabilidades de la sociedad demandante fue mencionada como una de las razones para la terminación unilateral de los contratos por parte del Banco Agrario, lo cierto es que esta no fue la principal razón de la decisión, sino que, el motivo fundamental fue el incumplimiento de los mencionados contratos por parte del Consorcio ID, integrado por la sociedad demandante, para cuya constatación se transcribe a continuación la motivación invocada en dicho acto administrativo:

***“CIRCUNSTANCIAS FÁCTICAS QUE JUSTIFICAN LA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS.***

***1. Incumplimientos de las obligaciones contractuales a cargo del consorcio.***

***1.1. La cláusula vigésima quinta de los contratos dispone que:***

***<< en el evento en que se presente un incumplimiento total o parcial por parte del **CONTRATISTA**, que afecte de manera grave, la ejecución del contrato, **EL BANCO** podrá de manera unilateral dar por terminado el contrato, sin que sea necesario previa declaración judicial o el cumplimiento de cualquier otro requisito o formalidad diferente a la comunicación de la decisión del **BANCO** al **CONTRATISTA**>>.***

***Con arreglo a la cita disposición contractual, a continuación, se relacionan las conductas y circunstancias que a juicio del banco constituyen incumplimientos graves del contrato en los que ha incurrido el contratista, que afecten su ejecución y que motivan y justifican la determinación de dar por terminado los contratos de la referencia:***

Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)

Actor: Incirob SAS

Reparación directa

Apelación sentencia

**1.2. Incumplimiento de los cronogramas de Obra (Ejecución 2009).**

*El consorcio ID no cumplió con los cronogramas de obras acordados con el banco (documento que forma parte integral del contrato) debido a la entrega tardía o a la no entrega de obras.*

**1.3. Incumplimiento de los Cronogramas de Obra (Ejecución febrero 2010 a Junio 30 de 2010)** (...) El consorcio ID tampoco cumplió los

*términos pactados en el banco en estos cronogramas, ni con los últimos adoptados en virtud de la última prórroga a los contratos, celebrada el día 5 de mayo de 2010, situación que se acredita con la verificación del estado actual de ejecución que registran las obras.*

**1.4 Incumplimiento en las obligaciones contenidas en los términos de referencia y en las cláusulas contractuales respecto al equipo de trabajo mínimo ofrecido y a su permanencia en el sitio de las obras.**

*El consorcio ID no cumplió con las obligaciones adquiridas respecto al equipo mínimo ofrecido y a su permanencia en el sitio de las horas en ninguno de los contratos mencionados.*

**1.5 Incumplimientos del CONSORCIO ID respecto a la atención de especificaciones técnicas en obras eléctricas y lógicas.**

*El Consorcio ID incumplió durante la ejecución del contrato las obligaciones relativas a la atención de especificaciones técnicas en obras eléctricas y lógicas señaladas para cada uno de los contratos a su cargo. Esta situación ha generado graves consecuencias como la existencia de múltiples oficinas con obras de naturaleza eléctrica y lógica que se encuentran pendientes, circunstancia cae impedido que el banco las reciba a satisfacción.*

**1.6 Incumplimiento del Consorcio ID respecto a la terminación de obras en oficinas recibidas en el banco con labores pendientes.**

*A pesar que el banco, durante la ejecución del contrato, recibió una serie de oficinas que aún registraban pendientes, el balance registrado a la fecha de esta comunicación en los cuatro contratos, demuestra que el consorcio no entregó las obras pendientes en la fecha acordada o no las ejecutó.*

**1.7 Incumplimientos del Consorcio ID respetar instalación y funcionamiento de los sistemas de seguridad y de las alarmas en las oficinas bancarias.**

*los resultados de los reportes emitidos por el área de seguridad bancaria del banco, demuestran que algunas oficinas intervenidas por el consorcio registran sus sistemas de seguridad en estado de desconexión total, parcial e incluso, sin generar reporte a la central del monitoreo, desde hace varias semanas. Sobre este punto, la interventoría y la supervisión del contrato, mediante comunicaciones escritas y verbales, han reiterado y solicitado al contratista la ejecución de los trabajos correspondientes a la instalación y puesta en servicio del sistema de seguridad y alarma en las oficinas correspondientes, sin que el consorcio haya dado cumplimiento a dicha prestación. (...)*

Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)

Actor: Incirob SAS

Reparación directa

Apelación sentencia

**1.8 Incumplimiento de las obligaciones financieras relativas al adecuado manejo de los anticipos entregados.** *El consorcio ID ha puesto en conocimiento del banco el precario estado de sus fondos destinados a la ejecución de las obras y sobre la no disponibilidad de los recursos que por concepto de anticipo le fueron entregados para la realización de las horas en cada una de las oficinas que forman parte de los contratos de la referencia. Esta situación de liquidez por parte del consorcio ID, da cuenta de conductas que constituyen incumplimiento a su obligación a dar un adecuado manejo de los recursos de los anticipos, conforme a lo pactado, toda vez que existe un número de oficinas sobre las cuales no se ejecutaron las obras civiles, eléctricas y lógicas contratadas y otras cuya ejecución física, no corresponde al grado de ejecución presupuestal del contrato, ni al de amortización a la que está obligado al consorcio.*

**1.9 Desatención sistemática de las instrucciones y de los controles establecidos por el banco y por la interventora para el seguimiento de las obras.** *El consorcio ID ha desatendido las instrucciones técnicas financieras y administrativas impartidas por el banco a través de sus agentes autorizados. La desatención sistemática de estas instrucciones ha generado hechos que constituyen graves incumplimientos por parte del contratista, como actuar obviando autorizaciones requeridas, desatender requerimientos técnicos y, además, omitir el cumplimiento de los plazos y demás obligaciones estipuladas y reiteradas en varias ocasiones por el banco.” (fls. 132 a 139 cdno. no. 2- mayúsculas sostenidas, subrayado y negrillas del original).*

c) Por consiguiente, debido a que el hecho de la inhabilidad de la sociedad demandante no fue la única ni tampoco la esencial causa ni la razón fundamental para la terminación unilateral de los contratos, no es viable reconocer indemnización alguna por lucro cesante; lo demostrado es que, así no hubiera mediado la mencionada inhabilidad, de todas formas, los contratos se habrían terminado unilateralmente debido a los incumplimientos graves por parte del consorcio contratista integrado por la sociedad demandante.

3) Tampoco se reconocerá indemnización por el lucro cesante derivado del rechazo de ofertas presentadas colectivamente por la sociedad demandante en procesos públicos de selección de contratistas; en el proceso se demostró que en tres (3) procesos de selección adelantados por el Ministerio de Defensa Nacional se rechazaron las ofertas de consorcios integrados por la sociedad demandante (fls. 128, 218 a 224 cdno. no. 2), pero, esa sola circunstancia no es suficiente para

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

derivar un lucro cesante o una ganancia cierta, puesto que, se debía acreditar que las ofertas presentadas por los consorcios en que era integrante la sociedad demandante eran las mejores, lo cual no ocurrió, pues, el dictamen pericial de parte allegado al proceso no efectúa ningún análisis en tal sentido (fls. 254 a 271 cdno. no 2), por lo cual es evidente que lo reclamado por la parte actora por tal concepto es tan solo una circunstancia eventual, sin ningún grado de certeza; vale decir, simplemente hipotética y, por ende, no indemnizable, por ser simplemente eventual.

4) De otra parte, en relación con los procesos públicos de selección de contratistas en los que participó la sociedad demandante de forma colectiva durante el lapso de la inhabilidad, es importante destacar que: *i)* la documentación allegada está incompleta, pues, solo obran algunos folios de las decisiones del rechazo de las ofertas; *ii)* de la información obrante se puede concluir que uno de los procesos públicos de selección de contratistas se adelantó en 2010, es decir, con anterioridad al lapso por el cual se declara la responsabilidad del Invías y, en otro, el rechazo de la oferta al consorcio integrado por la sociedad demandante no se debió exclusivamente a la inhabilidad de esta, circunstancias por las cuales no hay lugar a reconocer indemnización por dicho concepto.

#### **4.2 Daño al buen nombre empresarial o “good will”**

1) La sociedad actora del proceso reclama el pago de setecientos ochenta y nueve millones quinientos sesenta y tres mil novecientos cincuenta y seis pesos y setenta centavos (\$789.563.956,70) por el que llamó daño al buen nombre empresarial o “good will”, que dice resultó afectado, pues, otras sociedades dejaron de buscarla para presentarse colectivamente a licitaciones estatales por la inhabilidad.

2) Tratándose del “buen nombre”, como la afectación del parecer que tiene la comunidad respecto de una persona jurídica, para la Sala es claro que dicho concepto jurídico no corresponde precisamente al proveniente del derecho

Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)

Actor: Incirob SAS

Reparación directa

Apelación sentencia

anglosajón denominado “*good will*”, pues, aquel y este son sustancialmente distintos ya que, este último refiere a un activo material de las personas jurídicas que hace parte integral del concepto de establecimiento de comercio de que tratan los artículos 515 y 516 del Código de Comercio y, por tanto, perfectamente tangible y contabilizable como activo de una empresa comercial.

3) Lo precisado con antelación es relevante de cara a este caso concreto, porque, se evidencia que el perjuicio solicitado consistió en la afectación al prestigio o reputación de la persona jurídica demandante, pero, la pretensión indemnizatoria del mismo correspondiente a la suma de setecientos ochenta y nueve millones quinientos sesenta y tres mil novecientos cincuenta y seis pesos y setenta centavos (\$789.563.956,70) corresponde a la afectación de un perjuicio material y no uno de carácter inmaterial.

4) En efecto, el cálculo de la pretensión indemnizatoria se fundamenta en el dictamen de parte allegado con la demanda elaborado por la contadora pública Gladys Mahecha Murillo, en el que se valoró el “*good will*” de la sociedad demandante usando diferentes metodologías: clásica, indirecta, UEC, directo o anglosajón y de compra de resultados anuales (fls. 254 a 271 cdno. no. 2); en la experticia la perito determinó que el “*good will*” correspondía a un “*daño emergente*” (fl. 255 cdno. no. 2), el cual calculó con base en el método clásico, así:

**“MÉTODO DE VALORIZACIÓN CLÁSICO**

**Se formula así:**

$$V = A + (n \times B)$$

$$V = A (2X F)$$

***V = Good Will***

***A = Valor del Patrimonio Neto Ajustado***

***n = número de años***

***B = Beneficio neto del último año de operación después de impuestos [en este caso de 2007]***

Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)

Actor: Incirob SAS

Reparación directa

Apelación sentencia

**El Good Will se valora como (n) veces el beneficio neto de la empresa:**

**RESULTADO DEL CÁLCULO:**

**n = 5**

**B = 79.202.833,00**

**Good Will = 396.014.165,000**

**A = 255.000.000,00**

475.216.998,00
----------------

**Good Will**

[Actualizado \$789.563.956,70]

*El valor del good will: es igual al valor de su activo neto más el valor del fondo de comercio. Para calcular el valor del fondo de comercio se multiplica el beneficio neto de la empresa por un determinado coeficiente o se aplica un cierto porcentaje a la facturación.” (fls. 254 a 271 cdno. no. 2.- mayúsculas sostenidas y negrillas del original).*

5) Al respecto, la Sala advierte que la experticia determinó el valor de la sociedad demandante para el año 2008, año en que se declaró la caducidad del mencionado contrato 1291 de 2006, sin que de dicho cálculo pueda deducirse un perjuicio indemnizable, toda vez que, no se determinó el valor de la empresa en el año en que fue proferida la decisión penal ni para la fecha en que se dejó sin efectos la declaración de caducidad, para así poder concluir acerca de su menor valor; tampoco existen en el proceso elementos de prueba con los cuales se pueda determinar y calcular de manera idónea y fehaciente esa depreciación, pues, aunque con la demanda se allegaron certificaciones de los estados financieros de la compañía entre los años 2007 y 2012 suscritas por un contador y una revisora fiscal (fls. 235 a 248 cdno. no 2), lo cierto es que no se presentaron los libros contables de la sociedad demandante o los soportes que sirvieron de sustento, como lo exige la jurisprudencia de esta Corporación<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> “De lo anterior se desprende que (i) los contadores públicos debidamente inscritos (ii) están facultados para dar fe pública de los hechos propios del ámbito de su profesión. Siendo así, esos profesionales (iii) pueden, entre otras, certificar sobre los estados financieros y expedir certificaciones con base en los libros contables. Con todo, esa certificación no es suficiente por sí misma para que el juez le otorgue plenos efectos probatorios, toda vez que, en cada caso, deberán indicarse o aportarse los respaldos que sirvieron de fundamento de la certificación extendida” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de diciembre de 2016, expediente 35.704, CP Ramiro Pazos Guerrero; reiterada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2023, expediente 56.647, CP Martín Bermúdez Muñoz con

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

6) Finalmente, se reitera, dicho cálculo corresponde a un perjuicio material y, en cuanto al daño del “*buen nombre empresarial*” por la afectación de la reputación de la sociedad que sí puede ser reparado a personas jurídicas según la jurisprudencia de esta corporación<sup>7</sup>, lo cierto es que no procede la indemnización solicitada por cuanto la sociedad demandante no desplegó ninguna actividad probatoria con el fin de acreditar quebranto alguno por cuenta de la opinión de la comunidad, prestigio de la sociedad o a su credibilidad o imagen en el mercado.

---

### **4.3 Pérdida de oportunidad**

1) Desde otra perspectiva, también pretende la sociedad demandante el pago de dos mil quinientos treinta y cuatro millones novecientos setenta y ocho mil setecientos treinta y siete pesos y setenta y siete centavos (\$2.534.978.737,77) a título de indemnización de perjuicios por concepto de pérdida de oportunidad, por cuanto, afirma, no pudo presentarse individual ni colectivamente a procesos públicos de selección de contratistas, situación que afectó directamente sus estados financieros y conllevó a que la empresa decreciera y a que perdiera la oportunidad de seguir creciendo.

2) La Sala negará indemnización por tal concepto, porque la parte demandante incumplió la carga de la prueba para la ocurrencia, determinación y cuantificación del perjuicio; el dictamen pericial de parte allegado con la demanda únicamente tasa el perjuicio en la suma arriba mencionada y lo identifica como un concepto de “*daño emergente*” (fl. 255 cdno. no. 2), pero, no realizó ninguna explicación o cálculo para su configuración y cuantificación.

---

aclaración de voto del magistrado Alberto Montaña Plata quien consideró innecesarias algunas citas doctrinales sobre los criterios de imputación objetiva.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17.031, CP Ruth Stella Correa Palacio; Reiterada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de octubre de 2023, expediente 54.669, CP Fredy Ibarra Martínez.

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*

*Actor: Incirob SAS*

*Reparación directa*

*Apelación sentencia*

3) La perito rindió declaración en la audiencia de pruebas del 22 de noviembre de 2017 (audiencia de pruebas. cd; fl. 264 cdno. no. 1) y en esta se le solicitó explicación acerca del concepto y alcance de la pérdida de oportunidad, a lo cual contestó: *“el costo de oportunidad es el lucro que se dejó de percibir la empresa de una utilidad que le quedó de esa operación que se hubiera ejecutado, como tal, con un porcentaje estimado a ese ingreso que dejó de recibir por haber cesado los contratos”* (audiencia de pruebas. cd; fl. 264 cdno. no. 1).

4) A partir de lo expuesto, para la Sala es claro que la pretensión no está soportada ni fundamentada, además, existe una confusión entre esta petición con otros rubros de perjuicios materiales que tampoco fueron demostrados; para acreditar la pérdida de oportunidad la sociedad demandante debió allegar al proceso los registros históricos de los ingresos percibidos por concepto de los contratos que suscribió individual y/o colectivamente en procesos públicos de selección de contratistas, y a partir de estos proyectar la pérdida de oportunidad por el lapso en que se prolongó la inhabilidad, pero, no lo hizo y el dictamen que aportó carece de cualquier tipo de fundamentación.

## **6. Condena en costas**

Como el recurso de apelación prospera y se accede parcialmente a las pretensiones de la demanda, se condenará al Invías a pagar las costas y agencias en derecho de ambas instancias de conformidad con lo ordenado en el artículo 188 del CPACA; estas deberán ser tasadas y liquidadas de manera concentrada por el tribunal de primera instancia de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.

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

**FALLA:**

Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)

Actor: Incirob SAS

Reparación directa

Apelación sentencia

**1º) Revócase** la sentencia dictada el 17 de mayo de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, la cual queda así:

**“PRIMERO: Declárase** la indebida escogencia del medio de control judicial respecto de la imputación de responsabilidad por la errónea inclusión de la sociedad Incirob SAS en la declaración de caducidad del contrato de obra número 1291 del 22 de agosto de 2006, dispuesta mediante la Resolución número 03133 de 2008 y su confirmatoria Resolución número 00514 del 15 de enero de 2009.

**SEGUNDO: Declárase** la responsabilidad patrimonial extracontractual del Instituto Nacional de Vías (INVÍAS) por la demora en restablecer los derechos de la sociedad Incirob SAS luego de proferida la sentencia del 26 de septiembre de 2011 proferida por el Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá.

**TERCERO: Niéganse** las demás pretensiones de la demanda”.

**2º) Condénase** al Instituto Nacional de Vías (INVÍAS) en costas y agencias en derecho de ambas instancias, las cuales se fijarán y liquidarán de manera concentrada por el tribunal de primera instancia de conformidad con la parte motiva de esta providencia

**3º) En firme** este fallo, por Secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen para lo de su cargo, previas las constancias secretariales de rigor.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
Presidente de la Sala  
Aclaración de voto  
*(Firmado electrónicamente)*

**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
Magistrado (E)  
*(Firmado electrónicamente)*

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

COMPARTIDO POR:



27

*Expediente: 25000-23-36-000-2015-02488-01 (61.850)*  
*Actor: Incirob SAS*  
*Reparación directa*  
*Apelación sentencia*