**CONTRATOS DE EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Régimen jurídico**

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sub-sección C por mandato constitucional (artículos 334, 365 y 370), los servicios públicos en Colombia están sujetos al régimen especial que para ellos determine la ley. Ahora bien, debe señalarse que este mandato se refiere a los servicios públicos en general, expresión que sin duda cobija los servicios públicos domiciliarios, en otras palabras, el género incluye la especie. En desarrollo de estos preceptos constitucionales se expidió la Ley 142 de 1994. Se trata entonces de una ley ordinaria que manda al Estado intervenir en los servicios públicos, utilizando los instrumentos a los que hace referencia el artículo 3 de la propia ley, en especial la regulación, la vigilancia y el control de las empresas y de los servicios que ellas prestan. Además, la Ley 142 es una norma especial en materia de servicios públicos domiciliarios y, en consecuencia, su aplicación es preferente respecto de otras leyes, también se trata de una ley que regula íntegramente la materia y, por tanto, deroga todas las disposiciones legales preexistentes que regulen este tema. En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994, cabe señalar que se trata de una ley que no sólo se aplica a los servicios públicos domiciliarios; sin embargo, para la Sala resulta claro que, dentro de esos ámbitos de aplicación se encuentra el régimen de las empresas prestadoras de dichos servicios y las actividades que ellas realizan. Es así como el artículo 32 de la mencionada ley establece que, “salvo que la Constitución o la misma ley dispongan otra cosa, 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”. (Negrilla propia) Así las cosas, la Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los actos necesarios para su administración, en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital 100% público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá este sólo se aplicará de manera excepcional”…Bajo estos presupuestos, resulta claro que en el caso del derecho colombiano de los servicios públicos, el legislador desarrolló un sistema mixto de evidente influencia del derecho privado, principalmente comercial, para regir los contratos de las empresas de servicios públicos, sin negarle espacio, pero a título de excepción al derecho administrativo, en casos de contratos considerados como de tradicional estirpe pública, en cuanto implican ejercicio de poder concedente para el desarrollo de actividades de servicios sin que el Estado se desprenda del privilegio sobre los mismos, admitiendo tan sólo su gestión por la iniciativa particular. Así, el principio general incorporado en la Ley 142 se mantiene intacto aparentemente y todos los contratos relativos a la prestación de los servicios públicos domiciliarios son dominados por el derecho privado. Sin embargo, el inciso 2º del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 es claro en señalar que “las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”…Conforme a lo expuesto, si bien es cierto que para los actos y contratos del sector de los servicios público domiciliarios se postula como régimen jurídico propio el de derecho privado, bajo un criterio de interpretación sistemática se puede concluir que su aplicación no es absoluta o por lo menos totalmente ausente de principios básicos para la convivencia y el interés general, como son los que se derivan del artículo 209 constitucional. Este aspecto resulta de trascendencia no sólo para la determinación de la legalidad de las actuaciones y negocios, sino también de la responsabilidad que le pueda corresponder a los directivos de las empresas por el desconocimiento de las bases conceptuales sobre las cuales el legislador ha edificado el sistema jurídico aplicable.

**ELEMENTOS DEL CONTRATO - Esenciales - Naturales - Accidentales - Definición**

Frente al contenido de los contratos debe preverse que, en todo contrato, y en general en todo negocio jurídico, se distinguen “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”, éstas últimas, dispuestas por las partes en ejercicio de su autonomía negocial, y según lo prevé el artículo 1602 del Código Civil todo contrato legalmente celebrado se constituye en ley para las partes contratantes y no podrá ser invalidado sino por mutuo consentimiento y por las causales previstas en la ley para ello.

**CLÁUSULAS ACCIDENTALES - Regulación - Incumplimiento del contrato - Inclusión**

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se definieron para los servicios públicos unas especiales y particulares bases normativas tendientes a la estructuración de un régimen jurídico sujeto a los principios de la libertad del mercado y la competencia, con estricta sujeción al derecho privado que, como se sabe, encuentra su fundamento en la autonomía de la disposición negocial o del querer de las partes, que, a su vez, es dotada por el ordenamiento de la eficacia suficiente para generar efectos jurídicos, esto es, adquirir, crear, modificar y extinguir obligaciones bajo una regulación propia, por supuesto, siempre que dicha regulación no desconozca normas imperativas, se aparte de las buenas costumbres o desencadenen en el ejercicio abusivo de derecho… Así las cosas, los particulares se encuentran investidos de la facultad de regular sus propias relaciones jurídicas mediante la inclusión de cláusulas accidentales o especiales que convengan a sus intereses negóciales y a las que el ordenamiento jurídico considera la ley del contrato. De manera que a la luz del *ius private* corresponde a las partes contratantes determinar el contenido, alcance, condiciones y modalidades de sus negocios jurídicos. Pero, se insiste, la facultad reconocida a los particulares no es absoluta. La capacidad de crear derechos y contraer obligaciones mediante manifestaciones espontáneas de la voluntad encuentra verdaderos límites en las normas de orden público, es decir en aquellas disposiciones que el legislador les ha dado el valor de imperativas. Por tanto, la libertad de contratación no es absoluta, encuentra restricciones derivadas de razones que obedecen a motivos de utilidad pública, como ocurre con los derechos que constitucionalmente soportan el modelo económico, (propiedad privada – trabajo y libertad de empresa) a los que es consustancial una función social. Así las cosas, en la negociación de un contrato de los que se regulan por el régimen civil y comercial, las partes se encuentran facultadas para determinar las condiciones que regirán su relación contractual y en desarrollo de este derecho pueden acudir a las figuras jurídicas que consideren pertinentes para asegurar y proteger el cumplimiento del objeto contractual, así como para garantizar la satisfacción de los intereses negóciales que, en tratándose de las empresas prestadoras de servicios públicos, no es otro que la prestación del servicio legalmente asignado. Entonces, es absolutamente posible que las partes, dentro de la regulación propia de su contrato, acudan a la figuras tales como la cláusula penal, la multa, la liquidación del contrato, ya sea esta bilateral o unilateral, o a la suscripción de pólizas de cumplimiento que aseguren la debida ejecución del contrato, a la vez que lo dotan de mecanismos eficientes para exigir el cumplimiento de las prestaciones contractuales…En síntesis, los particulares tienen la facultad de reglar sus relaciones jurídicas de manera específica y concreta, de acuerdo con sus intereses negóciales y mediante la inclusión de cláusulas accidentales a las que el ordenamiento le reconoce la categoría de ley entre las partes. Dicha regulación contempla no sólo la definición del objeto del contrato o de las prestaciones a cargo de cada uno de los contratantes, sino también las consecuencias que éstos pueden derivar frente al incumplimiento en la ejecución de tales prestaciones, dentro de las cuales podrían incluirse, como se vio, la terminación unilateral del negocio o la cláusula penal, la multa, la liquidación del contrato, ya sea esta bilateral o unilateral, o a la suscripción de pólizas de cumplimiento que aseguren la debida ejecución contractual.

**CLÁUSULAS ACCIDENTALES - Clasificación** - **Improcedencia**

La Sala debe aclarar que la estipulación de las figuras jurídicas antes enunciadas no se clasifica dentro de las denominadas cláusulas excepcionales, principalmente, en razón a su naturaleza convencional, ya que se originan en la autonomía negocial de las partes y no en la ley, y adicionalmente porque con ellas no se otorga a la administración el ejercicio de un poder exorbitante, por el contrario, su finalidad no es otra que la de regular una relación contractual de carácter civil y comercial, dotándola de mecanismos eficaces para la consecución del interés negocial. En este sentido, debe preverse que aunque el contrato establezca la posibilidad de ejercer de manera unilateral algunas de las facultades allí otorgadas o, incluso, prevea la posibilidad de hacerlas efectivas directamente, bien sea mediante la compensación u otros mecanismos legales, ello no conlleva la concesión de un poder anormal para la entidad contratante, quien en el ejercicio de sus derechos convencionales está obligada a observar las formas contractuales so pena de incurrir en un incumplimiento del contrato, que a su turno conllevará la indemnización de los perjuicios causados al contratista.

**ACTOS CONTRACTUALES** **- Control judicial - Normas privadas**

Bajo este escenario, debe igualmente anotarse que los actos emitidos por la entidad contratante, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía negocial particular, configuran un mero acto contractual que no administrativo, de manera que su control judicial debe darse por vía de incumplimiento contractual y no por vía de nulidad. En otras palabras, la demanda contra los actos contractuales proferidos en ejercicio de sus facultades convencionales por una entidad pública que se rige por el derecho privado, debe incoarse por incumplimiento del contrato y no por nulidad del acto, ya que con su expedición se habrá vulnerado una norma convencional que no legal, aunque la jurisdicción competente para conocer el ligio seguirá siendo la contenciosa administrativa, en atención a la naturaleza pública de la entidad contratante (criterio orgánico).

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Pretensión de la acción contractual**

Una de las pretensiones que pueden incoarse en ejercicio de la acción contractual es precisamente la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal, su terminación o resolución, pretensión ésta que encuentra su fundamento en la denominada *“Condición Resolutoria Tácita”* prevista en el artículo 1546 del Código Civil, conforme a la cual ante el incumplimiento del contrato por una de las partes, la parte cumplida podrá exigir su cumplimiento, o solicitar su terminación con la consecuente indemnización de los perjuicios. Así, la declaratoria de incumplimiento supone un juicio de responsabilidad con el consecuente reconocimiento de los perjuicios causados a la parte cumplida con ocasión de éste, conforme a lo alegado y probado en el respectivo proceso.

**OBJETO DEL CONTRATO** **- Cumplimiento - Facultades excepcionales de la administración**

En tratándose de contratos estatales, cuando lo que pretende la administración es el cumplimiento del objeto contractual, la misma ley 80 de 1993 le otorga una serie de facultades excepcionales tales como: I) la caducidad, facultad en desarrollo de la cual puede proceder a declarar administrativamente la situación de incumplimiento grave del contratista que impida la ejecución del contrato ordenando su liquidación; II) Ordenar la terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación; II) Declarar el incumplimiento del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado o imponer multas; o III) Declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo y hacer efectivas las garantías constituidas a su favor. No obstante lo anterior, no ocurre lo mismo en tratándose de contratos celebrados entre particulares o que siendo celebrados por una entidad de Derecho público, como lo es Empresas Públicas de Medellín - EPM, se encuentran sujetos al régimen de derecho privado por disposición especial, pues ante eventos de incumplimiento de alguna de las partes contratantes cuando la parte cumplida pretenda el cumplimiento del contrato estatal no puede proceder a ejercer alguna clase de potestad excepcional, salvo que se trate, como en el caso de autos, de aquellos contratos en los que se exige el pacto de la caducidad administrativa del contrato o que por vía convencional las partes hayan pactado facultades tales como la terminación unilateral del contrato, de conformidad con las consideraciones expuestas en el acápite anterior. De igual forma, la Sala considera que ante el incumplimiento de alguna de las partes y cuando se haya pactado la constitución de pólizas de seguro para garantizar las obligaciones adquiridas con ocasión del respectivo negocio jurídico, podrá la entidad contratante solicitar ante la entidad aseguradora el reconocimiento de la existencia del siniestro. Ahora bien, teniendo en cuenta que el ejercicio de las relaciones industriales y comerciales que se amparan en el Derecho privado tienen su fundamento en la autonomía dispositiva privada, la buena fe y el interés negocial, de donde se desprende el contenido contractual, tanto en su esencia y naturaleza, como en los elementos accidentales que se pacten, y que el artículo 1602 del Código Civil prevé que el contrato incorpora un imperativo legal dentro de la relación negocial, por cuanto nace de la voluntad de las partes, éstas deben respetar lo pactado y en aquellos eventos en que la administración haga uso de las facultades convencionalmente establecidas para ejercer la cláusula penal, multar al contratista o hacer efectivas las garantías constituidas para el cumplimiento del contrato, tendrá que ajustarse a las formalidades allí pactadas y, por supuesto, a las normas de orden público y buenas costumbres, so pena de incurrir en un incumplimiento contractual que conllevará a la indemnización de los perjuicios causados al contratista. Finalmente, también debe preverse que el contratista está obligado al cumplimiento de las prestaciones y condiciones inicialmente pactadas como ley del contrato, incluso, cuando tales condiciones se encuentren previstas en el pliego de condiciones diseñado por la entidad contratante, pues con la presentación de la oferta éste habrá aceptado tales condiciones o, en otras palabras, habrá informado su acuerdo con el contenido contractual para someterse a él mediante la suscripción del contrato. En este orden de ideas, en principio, el contenido contractual sólo podrá modificarse o invalidarse por mutuo consentimiento entre las partes, salvo que en contenga cláusulas arbitrarias o abusivas que resulten lesivas a los intereses negóciales del contratista, pero esta valoración corresponderá hacerla al operador judicial, a quien corresponde interpretar, calificar e integrar el negocio jurídico, cuyo incumplimiento se demande.

**CLÁUSULASS EXCEPCIONALES - Definición**

El artículo 18 del Estatuto de Contratación Estatal definió la caducidad como la estipulación en virtud de la cual, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado debe dar por terminado y ordenar la liquidación del contrato, en el estado en que se encuentre, cuando se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato, al punto que se evidencie que tales hechos pueden conducir a la paralización del contrato estatal; caso en el cual no hay lugar a indemnizaciones, el contratista se hace acreedor de las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley y se constituye el siniestro por incumplimiento. En todo caso, la declaratoria de caducidad no impide que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le puede declarar la caducidad, cuando hay lugar a ello. Sin embargo, la entidad también puede abstenerse de declarar la caducidad, mediante la adopción de medidas de control e intervención que garanticen la ejecución del objeto contratado, pues, no puede pasarse por alto que una vez celebrado el contrato la ejecución del objeto contractual es la finalidad que debe ser atendida primordialmente por las partes contratantes. Es por esto que la potestad para declarar la caducidad administrativa de los contratos en curso, se encuentra limitada a los eventos de incumplimiento del contratista, siempre que no sea la entidad demandada la que haya puesto al contratista en situación de incumplimiento o que ésta no sea la que haya incumplido con las obligaciones que previamente estaban a su cargo y cuando se trate de garantizar la satisfacción del interés general comprometido por la no realización o ejecución tardía o indebida del objeto contractual. Con relación a lo anterior, esta Sala reiteró que con fundamento en el sustento teórico y en lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia ha entendido que la figura de la caducidad en los contratos estatales se estructura sobre dos elementos medulares cuales son: un incumplimiento cualificado de las obligaciones del contratista y la repercusión de este incumplimiento en la ejecución del contrato.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES - Caducidad - Inclusión**

De otra parte**,** debe anotarse que las cláusulas de caducidad, por excelencia, corresponden a los contratos estatales, es decir, a aquellos que se rigen por la ley de contratación pública, pero no a aquellos cuyo régimen jurídico aplicable es el derecho privado, en razón a lo cual el ordenamiento ha instruido que la inclusión de esta potestad debe estar precedida por una autorización previa. En este orden de ideas, mediante Resolución No. 01 de fecha 18 de mayo de 1995, el Ministerio de Desarrollo Económico estableció las “reglas para la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de las Entidades Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo”…En conclusión, la inclusión de las cláusulas exorbitantes en los contratos suscritos por la empresas de servicios públicos domiciliarios se hace obligatoria en los contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa, cuando sea previsible que el incumplimiento contractual puede generar la interrupción del servicio público, lo cual es aceptable para la Sala en atención a que estas empresas están obligadas a garantizar la prestación de los servicios a su cargo, de manera eficiente y oportuna.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES - Actuación administrativa**

Es evidente que en lo que respecta a la obligación de incluir cláusulas excepcionales la entidad ya no actúa como un simple contratante, sino que ejerce su poder administrativo, se insiste, en aras de garantizar el servicio público a su cargo. De manera que las actuaciones que ejerza con fundamento en esta potestad exorbitante configuran una verdadera actuación administrativa, ya no meramente contractual, y en consecuencia irá contenida en un acto de carácter administrativo, objeto de la pretensión de nulidad. Asimismo, comola declaratoria de caducidad del contrato supone el ejercicio de un poder excepcional, debe contenerse en una decisión motivada que sea el resultado de un procedimiento administrativo en el que se haya garantizado el debido proceso y que en él concurran una serie de elementos requeridos para su existencia y validez.

**ACTO ADMINISTRATIVO** **- Validez**

Debe anotarse que el acto administrativo es válido cuando ha sido emitido de conformidad con las normas jurídicas y cuando su estructura consta de todos los elementos que le son esenciales. Pero debe quedar claro que, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad…Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que disponen respectivamente que “salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento…” y que “salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo…”. Luego, quien pretenda la nulidad de un acto administrativo no sólo debe combatir expresamente su legalidad, sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que hace consistir la ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara, circunstancia que será razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

**DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO** **- Características**

A partir de una juiciosa lectura de los principios y valores convencionales [artículos 1.1 y 8.1] y constitucionales [artículo 29 y 209] es que se encuentra que los procedimientos de la administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma o en la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o sustancial; contrario a ello, resulta apenas obvio que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho la Administración y los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la “profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad”. Súmese que el concepto del principio de legalidad, inmanente al derecho administrativo, ha de ser entendido no como una mera correspondencia con las formas legales, sin más, sino que necesariamente se encuentra nutrido de los principios y valores del ordenamiento constitucional y convencional, por vía del bloque de convencionalidad y constitucionalidad. Es por ello que le es exigible a la administración concretar dichos principios y valores supra legales y supraconstitucionales en la toma de sus decisiones, teniendo como eje paradigmático la garantía plena y efectiva de los derechos humanos fundamentales, ya sea que tales decisiones se fundamenten en sus facultades convencionales o en aquellas potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Corporación, donde se ha destacado la necesaria presencia y garantía efectiva del debido proceso en todo el ámbito de las relaciones contractuales de la administración pública, de modo tal que, por ejemplo, el ejercicio de las potestades excepcionales que el legislador confirió a la administración deben estar rodeadas, sin lugar a dudas, de tales garantías procesales a fin de evitar ejercicios excesivos, arbitrarios o, en suma, contrarios a la teleología convencional y constitucional…Igualmente, destaca la Sala que uno de los elementos integradores del debido proceso administrativo, entre otros, es el derecho a que el procedimiento administrativo se adelante con observancia de las formas propias de cada juicio, aspecto este que, como no puede ser de otra manera, también tiene raigambre en la contratación estatal. Dicha garantía, en general, proscribe las sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, porque esto atenta contra el procedimiento a través del cual el contratista puede participar en las etapas y momentos oportunos para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate. Desde este punto de vista, la Constitución exige a la administración, previo a adoptar una decisión sancionatoria, adelantar un procedimiento que garantice el derecho a que dentro de la oportunidad legal y de manera pausada y tranquila se debata el asunto en cuestión. De otro lado, el derecho de defensa en el ámbito del debido proceso, también garantiza que se vincule al afectado con el procedimiento sancionatorio, para que exponga las razones que explican su percepción de los hechos investigados. Es tan arraigada esta garantía que el Código Contencioso Administrativo ya aseguraba su defensa desde 1984. Sobre el particular, el art. 28 CCA., protege, incluso, a las personas que pudieran afectarse con la decisión, de manera que ordena hacerlas parte del procedimiento administrativo. Y si esto acontece con los terceros, con mayor razón aplica para quien es parte. Así mismo, el derecho de defensa no conoce limitaciones en materia contractual, y por eso se admite cualquier manifestación suya. Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes, ser oído y que se practiquen pruebas y se controviertan, es decir, en síntesis, que se respete su derecho de audiencia y defensa, que permita fijar la posición de la parte, y en general, toda forma de participación en el procedimiento, que contribuya a defender una posición o postura jurídica. Finalmente, debe decirse que el debido proceso junto con todas las reglas que lo materializan encuentra plena aplicación tanto en el ámbito del Derecho público como en el que se enmarca por el régimen privado; de manera que este tiene cabida en las relaciones que se derivan del pacto contractual, así como en aquellas que se derivan de la imposición legal. En otras palabras, tanto los particulares como las autoridades administrativas deben prever los postulados que se desprenden del debido proceso bien sea que su relación se encuentre amparada en una estipulación contractual que derive de la autonomía dispositiva como en una prohibición o imposición legal que establezca un poder excepcional.

**PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL** **- Características**

El principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia. Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración de lo pactado, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual. Asimismo, tampoco es admisible que una de las partes interprete de forma unilateral las cláusulas inicialmente convenidas en el contrato o negocio jurídico con el objeto de satisfacer sus intereses personales, pues aceptar dicha posibilidad vulneraría el principio de buena fe objetiva que según los dictados de los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil debe regir toda relación negocial. Y es que, se itera, el principio de la buena fe objetiva impone fundamentalmente que las partes contratantes respeten y acaten en esencia lo pactado, razón por la cual cualquier actuación desplegada por una de ellas tendiente a interpretar unilateralmente las reglas inicialmente convenidas en perjuicio o desmedro de los intereses de su cocontratante se tornaría totalmente contraria a dicho principio. Sobre éste punto es necesario precisar que las partes deben respetar y acatar el pacto inicialmente acordado, a menos que ello resulte abusivo o arbitrario.

**CONMUTATIVIDAD DEL CONTRATO** **- Rompimiento - Pretensión**

Como viene de decirse a lo largo de estas consideraciones, el contrato encuentra su primer fundamento en el principio de la autonomía dispositiva o negocial de los contratantes quienes asumen obligaciones correlativas que con fundamento en el principio del pacta sunt servanda, resultan vinculantes para las partes y deben ser respetadas y cumplidas a lo largo de toda la ejecución del contrato (artículo 1602 del C.C.). Es así que, en el momento de concreción de la relación negocial se fijan unas prestaciones a cargo de las partes que obedecen a una causa, que en el caso de los contratos sinalagmáticos conmutativos está dada por las contraprestaciones adquiridas por cada uno, las cuales se consideran equivalentes entre sí y corresponden a los propios intereses de cada parte…Ahora bien, con relación a los contratos celebrados por la administración pero cuyo régimen jurídico por disposición especial resulta ser el de derecho privado, debe anotarse que el concepto de contrato estatal acogido por nuestro ordenamiento parte de un criterio orgánico, en razón al cual se denominó contrato estatal a “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades [públicas], previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, (…)”. Así las cosas, por cuanto lo que importa es la naturaleza jurídica de la entidad que celebra el negocio y la prestación del servicio público que se pretende garantizar con la ejecución del objeto contractual, como antes se dijo, la entidad pública se encuentra sujeta a los principios contenidos en el artículo 209 Constitucional y, asimismo, a los principios que rigen los contratos de las entidades estatales, dentro de los cuales se encuentran la conmutatividad de los negocios jurídicos o en términos de la Ley 80 de 1993 la ecuación contractual, según el cual “en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, [y en este sentido] si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”. Dicho de otra manera, por medio los contratos celebrados por las entidades públicas, independientemente del régimen jurídico que a ellos resulte aplicable, se persigue la prestación de los servicios públicos y por ende la satisfacción de intereses de carácter general, propósitos estos que finalmente conducen a que la ejecución del objeto contractual sea una de las cuestiones fundamentales en la contratación del Estado, se itera, ya sea que esta se encuentre regulada por el régimen público o privado. Por esta razón, la ley ha previsto diversos mecanismos para conjurar aquellos factores o contingencias que puedan determinar la inejecución de lo pactado, entre tanto que se mantiene la conmutatividad del contrato, la cual “se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse”. Es por esto que el legislador ha previsto el deber de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales en los numerales 3º y 8º del artículo 4º, en el numeral 1º del artículo 5º y en el artículo 27, todos de la Ley 80 de 1993, los cuales van específicamente dirigidos a aquellos negocios jurídicos celebrados por entidades estatales aun cuando se haya dispuesto el régimen privado para regular la relación contractual., pues el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO** **- Alteración - Hipótesis configurativas**

Ahora bien, como suficientemente se sabe las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio o conmutatividad del contrato pueden derivarse de hechos o actos imputables a la contratante o al contratista, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de situaciones imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes. Sin embargo, debe recordarse que en todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso el restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales…Pero ademásde la prueba de tales hechos es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, que el factor de oportunidad no la haga improcedente, pues las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico deben hacerse al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., ya que cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Restablecimiento - Requisitos**

Para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1.- Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato (menoscabo) sea de carácter GRAVE. 2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico. 3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales. 4.- Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las suspensiones, adiciones prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc. 5. Que las solicitudes, reclamaciones o salvedades se realicen de manera específica y concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor. Es decir, no tienen validez las salvedades formuladas en forma general o abstracta.

**DICTAMEN PERICIAL - Valoración probatoria**

Conviene advertir que de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la peritación como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El perito debe informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con sus conocimientos especializados sepa de los hechos, y no cuestiones de derecho que se sometan a su experticio, sin importarle a cuál de las partes beneficia o perjudica, de manera que su dictamen debe ser personal y contener conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad (numeral 2 del artículo 237 del C. de P. Civil.). Para su eficacia probatoria, el dictamen pericial debe reunir ciertas condiciones de contenido como son la conducencia en relación con el hecho a probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte del perito y en fin que otras pruebas no lo desvirtúen. El dictamen del perito debe ser claro, preciso y detallado; en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (numeral 6 del artículo 237 ibídem); y durante el traslado del dictamen pericial las partes pueden solicitar que éste se complemente o aclare u objetarlo por error grave (artículo 238 ejusdem). A su turno, el artículo 241 ibídem señala que al valorar o apreciar el juez el dictamen de los peritos, el juez tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a “…aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores…”. En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Liquidación unilateral - Viabilidad - Normas de derecho privado**

Pese a que la liquidación de los contratos se encuentra regulada por los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, nada impide que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, tal como lo son los contratos celebrados por Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, las partes en ejercicio de la autonomía dispositiva o negocial puedan convenir su ejercicio, siempre y cuando dicha estipulación no vaya en contra de normas imperativas, no se encuentre expresamente prohibida por la Ley y, por supuesto, que con su ejercicio no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales. Ahora bien, debe preverse que la liquidación unilateral del contrato si bien es una facultad legal, no es de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común, ya que la Ley 80 no la enlista como tal en sus artículos 14 y siguientes que se refieren al ejercicio de dichas potestades. Con otras palabras, resulta totalmente válido que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, las partes convengan que ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, siempre y cuando que esa posibilidad haya sido prevista y autorizada dentro del pliego de condiciones o acordada en el mismo contrato, que no vaya en contra de normas de carácter imperativo, y que no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales. En consecuencia, si los contratos de la Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios se rigen por regla general por el derecho privado y si la facultad de liquidar unilateralmente el contrato no es una potestad excepcional sino un acto de autonomía dispositiva o negocial, se sigue entonces que en estos casos el acto de liquidación unilateral del contrato, no es un acto administrativo sino un acto de estirpe negocial. Luego, si lo que ocurre es que en un contrato celebrado por una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, que se rige por normas de derecho privado, las partes convienen que ante la falta de acuerdo la entidad lo liquide unilateralmente, esa estipulación es válida, así como también los diferentes actos que se expidan para hacerlo, siempre y cuando que no exista norma que lo prohíba y no afecte la prestación del servicio público o el interés general.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente:** **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 05001-23-31-000-2003-04466-02(56562)**

**Actor: ARIEL AGUIRRE OCAMPO - SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**

**Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN - EPM**

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

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por Ariel Aguirre Ocampo[[1]](#footnote-1), la Compañía de Seguros Generales Suramericana S.A.[[2]](#footnote-2) y las Empresas Públicas de Medellín – EPM[[3]](#footnote-3) en contra de la sentencia proferida el 17 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Antioquia[[4]](#footnote-4), dentro de los expedientes No. 2002 – 3635 y 2003 – 4466, que resolvió:

“**PRIMERO: SE DECLARA DE OFICIO** la nulidad absoluta del numeral 50 del pliego de condiciones, parte integral del contrato de obra No. 11098207 de 2000 en la expresión “si no hubiere acuerdo para liquidar el contrato o el contratista no se presenta dentro del término establecido en el numeral 39.1, de ciento veinte (120) días calendario la respectiva liquidación se hará unilateralmente por parte de las Empresas” por lo indicado en las consideraciones precedentes.

**SEGUNDO: SE DECLARA** la nulidad de la **Resolución No.237201 del 30 de abril de 2002** “por medio de la cual se liquida unilateralmente un contrato” y **de la No. 251102 del 08 de julio de 2002** “por medio de la cual se resuelve un recurso” expedidas ambas por el Gerente de Aguas de EPM – E.S.P de acuerdo en (sic) la parte motiva de la sentencia.

**TERCERO: SE DECLARA** el incumplimiento contractual por parte de las **Empresas Públicas de Medellín E.S.P** por la no cancelación a la (sic) contratista **Ariel Aguirre Ocampo** de las sumas correspondientes al desequilibrio económico surgido con ocasión del contrato No. 11098207 de 2000, según lo indicado en las consideraciones de esta providencia.

**CUARTO:** En consecuencia, se **CONDENA** a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P al pago de la suma de **doscientos ochenta millones trescientos dieciséis mil con treinta y nueve pesos ($285.316.039)** a favor del contratista **Ariel Aguirre Ocampo** a título de restablecimiento financiero del contrato No. 11098207 de 2000; valores que deberían ser indexados desde su causación. 03 de octubre de 2001 hasta la ejecutoria de esta providencia, de conformidad con la fórmula expuesta en las consideraciones precedentes y las cuales deberán compensarse con los valores enunciados en la parte considerativa de la disposición que liquidó unilateralmente como adeudados por el contratista en tanto que los mismos no fueron desvirtuados, debiendo cobrarse a la aseguradora las sumas que no alcancen a ser cubiertos, tal y como se enunció en las consideraciones.

**QUINTO: SE DECLARA** la nulidad de la **Resolución No. 387905 del 23 de junio de 2004** “por medio de la cual se declara la realización de un riesgo y se hacen efectivas las pólizas” y del acto ficto negativo que la confirma, del Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

**SEXTO: SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO** del contrato de seguro No. 0368298 – 8 por parte de la Compañía de Seguros Suramericana de Seguros S.A y en consecuencia dispone que la misma haga efectivo el pago de la garantía de cumplimiento constituida para el contrato No. 11098207 de 2000 con Empresas Públicas de Medellín E.S.P y que no alcancen a ser cubiertos por la suma reconocida en el ordinal cuarto de este fallo; suma sobre la que deberá reconocerse intereses moratorios desde la fecha de la declaratoria de caducidad del contrato, esto es desde el 03 de octubre de 2001.

**SEPTIMO: SE NIEGAN** las demás pretensiones formuladas por el señor Ariel Aguirre Ocampo y por la Compañía Suramericana de Seguros S.A., así como por EPM E.S.P en su calidad del demandante en reconvención.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

**1.1.- Proceso No.** **2002-3635 interpuesto por Ariel Aguirre Ocampo contra Empresas Públicas de Medellín – EPM E.S.P.**

El día 20 de agosto de 2002[[5]](#footnote-5) el señor **Ariel Aguirre Ocampo** por intermedio de apoderado judicial presentó demanda contra las **Empresas Públicas de Medellín – EPM E.S.P** para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.1.- Que se declare la nulidad de las siguientes Resoluciones proferidas por las Empresas Públicas de Medellín – EPM E.S.P:

I) Las No. 206201 de **3 de octubre de 2001** y 219407 de **30 de noviembre de ese mismo año** por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato No. 1108207 suscrito entre el señor Ariel Aguirre Ocampo y la Entidad demandada.

II) Las No.237201 de **30 de abril de 2002** y 251102 de **8 de julio de esa misma anualidad** mediante las cuales se liquidó el negocio jurídico en cita.

1.1.2.- Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones que declaran caducidad del contrato No. 1108207, se ordene el levantamiento de inscripción de esta en el registro de contratistas de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P y en el Registro Único de Contratistas que lleva la Cámara de Comercio de Medellín.

1.1.3.- Que se declare que durante la ejecución del contrato antes mencionado se produjo un desequilibrio económico entre las prestaciones de las partes y en contra del demandante, del cual es responsable Empresas Públicas de Medellín.

1.1.4.- Que en virtud de las anteriores declaraciones, se condene a Empresas Públicas de Medellín – EPM E.S.P a pagar las siguientes cantidades de dinero:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Pretensión declarativa**  | **Concepto**  | **Suma solicitada**  |
| **Nulidad de las Resoluciones que declaran la caducidad del contrato**  | No terminación del contrato  | $187,515,309.oo  |
| No haber podido cumplir ni liquidar los contratos de trabajo vigentes para la ejecución del contrato  | $250,000,000.oo  |
| Perjuicios financieros consistentes en interés de plazo y de mora y las costas y agencias en derecho  | $50,000,000.oo  |
| El valor de la utilidad dejada de percibir por la no adjudicación del contrato No. 005457 | $54,377,153.oo  |
| Inhabilidad por 5 años para contratar  | $795,454,545.oo  |
| Perjuicios morales  | $200.000.000.oo |
| **Desequilibrio económico**  | El valor del desbalance en mano de obra, transporte, equipo, administración, imprevistos y utilidad (A.I.U)  | $372,705,060.oo |
| Por obra extra ejecutada y no pagada consistente en la instalación de más de una tubería en una misma brecha  | $26,623,122,8 |

1.1.5.- Que se declare la nulidad de “las multas impuestas al contratista durante la ejecución del contrato, contenidas en los oficios Nos.942412 del 23 de abril de 2001 y 952102 de 13 de junio de 2001”.

1.1.6.- Que se declare que Empresas Públicas de Medellín es responsable de la pérdida económica padecida por el demandante en virtud del hurto ocurrido el día 5 de abril de 2001.

1.1.7.- Que se declare que “la actividad desarrollada por el contratista y consistente en la instalación de más de una tubería en una misma brecha constituye una obra extra”, la cual debe cancelar la Entidad demandada.

1.1.8.- Que se liquide en sede judicial el contrato No. 1108207 suscrito entre las partes.

**1.2.- Proceso No. 2003 -4466 interpuesto por la Compañía Suramericana de Seguros S.A. contra Empresas Públicas de Medellín – EPM - E.S.P**

Por su parte, el día 3 de diciembre de 2003[[6]](#footnote-6) **la Compañía Suramericana de Seguros S.A**., mediante apoderado judicial presentó demanda en contra de Empresas Públicas de Medellín – EPM - E.S.P para que se declare la nulidad de los actos también demandados en el proceso No.2002-3635; de la Resolución No.387905 del 23 de junio de 2004[[7]](#footnote-7) por medio de la cual “se declara la realización de un riesgo y se hacen efectivas unas garantías”; y del acto administrativo por “silencio negativo mediante el cual se resolvió desfavorablemente nuestro recurso de reposición interpuesto contra tal resolución”.

Asimismo, la parte demandante solicitó que se declare que la Compañía Suramericana de Seguros S.A., no está obligada a pagar la indemnización tasada por la entidad demandada en la suma de $270.682.612.75.

Por último, la parte actora solicitó que “en el evento en que mientras se tramita el presente proceso, la Compañía Suramericana de Seguros S.A., pague a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P la suma indicada o la que se demuestre en el proceso, se ordene a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P devolver a la Compañía Suramericana de Seguros S.A. la suma pagada, indexada a la fecha de la sentencia y adicionalmente se ordene reconocerle y pagarle el lucro cesante que dicha suma haya debido producir”.

**2. Como fundamento de sus pretensiones, los demandantes expusieron los hechos que la Sala sintetiza así:**

Entre Empresas Públicas de Medellín – EPM E.S.P y el ingeniero Ariel Aguirre Ocampo suscribieron el contrato de obra No.1108207, el cual tuvo por objeto “el cambio de mediadores y tapas para cajas de medidores, corte y reinstalación de acometidas de acueducto, construcción de acometidas de acueducto y alcantarillado y cambio de acometidas de acueducto, en la zona Sur del sistema de acueducto de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P” y contaba con un término de 545 días, el cual tuvo su inicio el día **17 de julio de 2000**.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, el día **30 de junio de 2000,** Ariel Aguirre Ocampo constituyó ante la Compañía Suramericana de Seguros S.A la póliza de cumplimiento para entidades estatales No. 0368298-8 y contenida en el documento No. 2129538, en cuya cobertura se incluyó la garantía del anticipo con un valor asegurado de $203.120.316.oo; el cumplimiento del contrato con un valor asegurado de $304.680.475.oo, el pago de salarios y prestacionales sociales, con un valor asegurado de $101.560.158.oo, y la estabilidad de la obra, con un valor asegurado de $203.120.316.oo[[8]](#footnote-8).

Para la ejecución del contrato las partes pactaron que se llevaría a cabo por el “sistema de entrega de direcciones en las cuales se ejecutarán los trabajos de cambio de medidores y tapas para cajas de medidores, corte y reinstalación de acometidas de acueducto, y construcción de acometidas de acueducto y alcantarillado para ser realizadas en unos plazos parciales determinados”[[9]](#footnote-9).

Sin embargo, para febrero del año 2001 el contrato ya había mostrado el problema que iba a dominar su ejecución: Una menor entrega de trabajo por parte de la interventoría y, por consiguiente, una menor facturación.

En razón a lo anterior el contratista se dirigió al interventor y mediante oficio de **6 de febrero de 2001**, le informó las consecuencias derivadas de dicha situación, sintetizadas así:

1.- Que el contratista se encontrara imposibilitado para pagar los salarios y prestaciones sociales de las personas que se encontraban realizando las obras objeto del contrato y en consecuencia de otorgar la información requerida por este concepto por el interventor hasta el mes de enero de 2001. Circunstancias estas que llevaron a que los días **23 de abril de 2001** y **13 de junio de 2001**, el funcionario en cita impusiera dos multas por valores de $4.641.767 y $572.000 respectivamente.

2.- La suspensión de las obras objeto del contrato por orden de la interventoría, fundamentado en el incumplimiento del contratista en el pago de salarios y prestaciones sociales durante el término comprendido entre el **29 de julio de 2001 y el 8 de agosto de ese mismo año,** fecha en la que las partes decidieron entrar en un proceso de transacción con el fin de solucionar las diferencias entre ellas.

Y la suspensión desde el mes de septiembre por orden del contratista, por cuanto no contaba con los recursos suficientes que permitieran subvencionar las obras.

Suspensiones estas que llevaron a que mediante Resolución No. 206201 de **4 de octubre de 2001** la Entidad demandada declarara la caducidad del contrato No.1108207, por la paralización generada. Resolución que fue confirmada por medio de acto administrativo No. 219407 de **30 de noviembre de 2001.**

3.- Menor amortización de los recursos de mano de obra, transporte, equipo y por consiguiente un desbalance en administración, imprevistos y utilidad (A.I.U). Esta conclusión se soporta en el siguiente cuadro que resume el análisis hecho acta por acta y según los análisis de precios unitarios de licitación:



Por último, la parte demandante manifestó que el día **5 de abril de 2001,** le hurtaron con violencia los materiales que en esa fecha le había entregado las Empresas Públicas de Medellín – EPM E.S.P para ser instalados en las obras que se encontraban en ejecución o iban a ser ejecutadas, los cuales fueron nuevamente solicitados al ente demandado sin embargo este se negó a suministrar más materiales argumentando que “la responsabilidad del hecho era del contratista y tenía que reponer los materiales correspondientes y con ellos proceder a continuar ejecutando los trabajos que eran objeto del contrato”.

**3.- Concepto de violación de los procesos No. 2002-3635 y 2003-4466**

**3.1 Violación del debido proceso y de los derechos de defensa, petición, imparcialidad, confiabilidad y buena fe**

La Entidad demandada declaró la caducidad del contrato, en medio del proceso de negociación o arreglo con el señor Ariel Aguirre Ocampo en el que esta empresa ya había aceptado el "desequilibrio económico y su obligación de pagar el valor equivalente al detrimento patrimonial económico del contratista".

En varias oportunidades el demandante solicitó que se separará al interventor de las decisiones relacionadas con el contrato, pues se adelantaba en su contra un proceso de investigación de responsabilidad fiscal por la constitución de una póliza de seguros que cubriera los bienes entregados a título no traslaticio de dominio por las Empresas al contratista, contra el riesgo de hurto.

- Las multas no podían ser impuestas, pues los hechos sancionables fueron causados por un desequilibrio económico del contrato.

- Las sanciones nunca fueron aplicadas por el representante legal de las Empresas Públicas de Medellín – EPM - E.S.P.

**3.2 Desviación de poder**

El interventor al propiciar la declaratoria de caducidad buscaba cubrir su negligencia administrativa; someter al contratista a un pleito judicial para protegerse frente a la responsabilidad que le significaba no haber cubierto los bienes de propiedad de las Empresas Públicas de Medellín contra el riesgo de hurto; y no responder por su omisión que dejó prorrogar los contratos de trabajo.

Las Empresas Públicas de Medellín – EPM E.S.P “no dictaron las Resoluciones mediante las cuales declararon la caducidad con la finalidad prevista en la Ley sino con el propósito de ocultar su error al haber suministrado información vital de forma errada al contratista y al no haber tomado los correctivos oportunos y adecuados para recomponer el equilibrio financiero del contrato”.

**3.3 Incompetencia de Empresas Públicas de Medellín para declarar la caducidad del contrato**

La Entidad demandada no contaba con la facultad para declarar la caducidad del contrato No. 1108207 puesto que no contaba con la autorización expresa para ejercer dicha potestad, lo cual contraria lo establecido en el artículo 1 de la Resolución No. 01 de 1995 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

**3.4 Falsa motivación**

En la Resolución No. 206201 que declaró la caducidad, no existe ninguna motivación en la que EPM sustente y explique, que como consecuencia necesaria y directa del presunto incumplimiento del contratista en el contrato No. 1108207, se produjo una interrupción del servicio de acueducto o alcantarillado por un lapso no inferior a 24 horas o que se hayan reducido los niveles de calidad del agua por debajo de los estándares exigidos por las autoridades competentes”, presupuesto este necesario para ejercer dicha facultad de conformidad con lo establecido en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

- La declaratoria de caducidad no procede cuando el incumplimiento es provocado por la propia Entidad Pública Contratante como ocurre en el caso de autos, en el que se configuró la excepción de contrato no cumplido en la medida que las causas de la inejecución del contrato por parte del señor fueron los errados cálculos de obra estimada previstos en el pliego de condiciones y sobre los cuales el contratista estructuró su propuesta; y la negativa por parte de la Empresa contratante de adoptar las medidas necesarias para reestablecer la ecuación financiera del negocio jurídico en cita.

- Las Resoluciones por medio de las cuales la Entidad demandada liquidó unilateralmente el contrato estuvieron soportadas bajo una falsa motivación por cuanto en primer lugar no existía razón alguna para hacer efectivo el amparo del anticipo, puesto que no se presentó una apropiación indebida de los dineros que le fueron anticipados al contratista; en segundo lugar, la póliza de seguros no amparaba la pérdida de elementos que sufrió el contratista durante la ejecución del contrato y los cuales EPM estaba cobrando en las Resoluciones de liquidación, sin hacer la salvedad de que tales cifras no pueden ser cobradas a la Suramericana; y en tercer lugar en la medida que la expedición de estos actos administrativos, estuvieron basados en una declaratoria de caducidad manifiestamente ilegal.

**3.5 Incumplimiento de los deberes del contrato de seguro**

De conformidad con los artículos 1060 y 1074 del Código de Comercio se encontraba obligado a mitigar el estado del riesgo y de adoptar las medidas prontas y eficaces para evitar el incumplimiento del contratista.

**4. El trámite procesal**

4.1 Admitidas las demandas[[10]](#footnote-10) y noticiada Empresas Públicas de Medellín – EPM - E.S.P[[11]](#footnote-11), los asuntos se fijaron en lista.

**4.2 Contestación a las demandas.**

4.2.1 Empresas Públicas de Medellín – EPM E.S.P contestó la demanda[[12]](#footnote-12) radicada bajo el No. 2002-3635, en el sentido de oponerse a todas y cada una de las pretensiones, por los siguientes motivos:

“Desde el inicio del contrato, el contratista presentó reclamaciones a la Entidad contratante y la interventoría con el único ánimo de colaborarle a éste como es su función para llevar a feliz término el contrato, la (sic) propuso soluciones que eran convenientes no sólo para el contratista económicamente, sino para que el contrato más adelante no presentara tropiezos en su ejecución. El contratista siempre se negó a aceptar cualquier solución de la interventoría aduciendo cambios en las condiciones contractuales y sólo cuando se vio en alto riesgo de la declaratoria de caducidad, pues el contrato se encontraba paralizado, acepto las soluciones propuestas por las Empresas, pero obviamente con todo el tiempo que había transcurrido, ya su reclamación había aumentado considerablemente.

Fue entonces la deficiente **organización administrativa, técnica y financiera que lo llevaron a suspensiones reiteradas y a incurrir en atrasos acumulados y en el incumplimiento permanente del contrato.** Además, al momento de presentar las ofertas y celebrar los contratos, el contratista debió abstenerse a las exigencias del pliego de condiciones.

(…)”.

Asimismo, la Entidad demandada propuso como excepción, el pago oportuno de las obligaciones contraídas con el actor, ya que todas las obras ejecutadas fueron canceladas dentro de los términos previstos en el contrato.

Por último, Empresas Públicas de Medellín – EPM E.S.P manifestó que el contratista le debe, a título de compensación, la suma de $270.682.612 en la medida que “al momento de liquidar el contrato, el contratista le adeudaba a las Empresas la suma de $365.758.690.26; a su vez las Empresas Públicas de Medellín adeudaban al contratista al contratista la suma de $95.076.077,51 (…)”.

4.2.2 Del mismo modo, el día 13 de julio de 2005, Empresas Públicas de Medellín – EPM - E.S.P. dio contestación a la demanda[[13]](#footnote-13) radicada bajo el No. 2003-4466, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones por los siguientes motivos:

I) Las Resoluciones mediante las cuales se declaró la caducidad y se liquidó unilateralmente el contrato No. 1108207, no adolecen de incompetencia, falsa motivación, desviación de poder ni fueron expedidas con vulneración al debido proceso y al principio de buena fe por cuanto fueron expedidas en virtud del incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones establecidas en el negocio jurídico en cita.

II) La Entidad demandada restableció al contratista las sumas que en su momento debidamente aprobadas por la interventoría, y las cuales fueron reconocidas en la liquidación unilateral del contrato en cita.

Como excepciones, el ente demandado propuso la “la prejudicialidad judicial” y el pleito pendiente por cuanto el señor Ariel Aguirre Ocampo presentó una demanda por los mismos hechos que aquí se está demandando.

**5. Demanda de reconvención interpuesta por Empresas Públicas de Medellín – EPM – E.S.P. contra la Compañía Suramericana de Seguros S.A**

5.1 El día 15 de mayo de 2006, Empresa Públicas de Medellín – EPM – E.S.P. presentó demanda de reconvención en contra de la Compañía Suramericana de Seguros S.A[[14]](#footnote-14) donde solicitó que se declare que la aseguradora incumplió el contrato de seguro (póliza única de cumplimiento 0368298-8), puesto que ocurrido el siniestro de incumplimiento no canceló a la entidad beneficiaria la suma a que tenía derecho, esto es, $270.682.612.75 correspondientes a los siguientes conceptos:

|  |  |
| --- | --- |
| **Concepto** | **Valor** |
| Cláusula penal pecuniaria (10%) | $203.120.316.90 |
| Faltante del anticipo por amortizar | $67.562.295.85 |

5.2 En virtud de la anterior declaración, la entidad demandada solicitó que se condene a la Compañía Suramericana de Seguros S.A. al pago de $270. 682.612.75, junto con los intereses moratorios causados desde la fecha en que debió efectuarse el pago hasta la fecha de cancelación de la obligación[[15]](#footnote-15).

5.3 Como fundamento de sus pretensiones, E.P.M. expuso los siguientes hechos:

El día **23 de junio de 2004,** Empresas Públicas de Medellín – EPM E.S.P., mediante Resolución No. 387905, declaró la realización del siniestro de incumplimiento del contrato No. 1108207 y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por valor de $203.120.316.90 y el amparo del anticipó hasta por valor de $67.562.295.85, valores estos que se encontraban garantizados con la póliza de seguros No.0368298-8 expedida por la Compañía Suramericana de Seguros S.A.

No obstante, las sumas de dinero antes mencionadas no fueron canceladas por la ahora demandada.

5.4 A continuación, el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante auto del 25 de agosto de 2006 admitió la demanda de reconvención[[16]](#footnote-16).

5.5 Una vez notificada la Compañía Suramericana de Seguros S.A.[[17]](#footnote-17), el 24 de octubre de 2007 dio contestación a la demanda de reconvención, oponiéndose a las pretensiones, por cuanto consideró que no se encuentra obligada a cancelar la suma de dinero peticionada por Empresas Púbicas de Medellín – EPM - E.S.P ya que legal y contractualmente el contratista afianzado no es responsable del presunto incumplimiento que la entidad demandada le atribuye.

**6. Etapa probatoria, acumulación de procesos y alegatos de conclusión**

6.1 Después de decretar las pruebas[[18]](#footnote-18), el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante auto del 24 de enero de 2011 ordenó la acumulación de los procesos radicados con los números 2002-3635 y 2003-4466[[19]](#footnote-19).

6.2 Una vez cerrada la etapa probatoria, el A quo mediante auto de 2 de octubre de 2014 corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión[[20]](#footnote-20), oportunidad que fue aprovechada por la Compañía Suramericana de Seguros S.A.[[21]](#footnote-21) y Empresas Públicas de Medellín – EPM - E.S.P., quienes reiteraron lo dicho en otras instancias.

**II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

Como se anotó ad initio de esta providencia el 17 de julio de 2015[[22]](#footnote-22), el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión el A quo consideró:

1.- Las Empresas Públicas de Medellín – EPM E.S.P se encontraban facultadas para expedir los actos administrativos mediante los cuales se declaró la caducidad del contrato No. 1108207 de conformidad con lo previsto por el numeral 49 del pliego de condiciones y las cláusulas primera y sexta del negocio jurídico en cita.

2.- Los cargos de falsa motivación y desviación del poder, propuestos por el señor Ariel Aguirre Ocampo y la Compañía Suramericana de Seguros S.A., no estaban llamados a prosperar por cuanto consideró:

“Estima esta judicatura que se encuentran acreditados los supuestos de hecho y de derecho para que EPM E.S.P diera aplicación a la caducidad del contrato, dado que el pago de salarios y prestaciones sociales no solamente constituye una obligación a cargo del contratista inexcusable e improrrogable, aun en el evento de que se presentara un eventual hecho de desequilibrio económico puesto que esta última circunstancia debía ser reclamada en la oportunidad correspondiente por la parte actora, pero en cualquier caso sin dejar de cumplir los deberes para con los trabajadores a cargo; se destaca que no se observa que en la aplicación de la misma se haya desconocido el debido proceso del contratista, en tanto que obran múltiples requerimientos o apremios efectuados por la interventoría y la contratante EPM – E.S.P para que el contratista diera cumplimiento de la obligación reclamada, al punto se insiste de que se le impusieron sucesivas multas por tal inobservancia y no obstante, se persistió en el incumplimiento hasta que el mismo repercutió y paralizó por completo el contrato”.

3.- En el caso de autos, el A quo encontró demostrado con el dictamen pericial rendido por el Ingeniero Gustavo Duque Villegas y los diferentes oficios emitidos por la parte demandada, el desbalance entre las cantidades de obra proyectada y menores ordenes de trabajo que fueron realmente facturadas, las cuales llevaron al desequilibrio económico del contrato No. 1108207.

En virtud de lo anterior, el Tribunal dispuso “el restablecimiento del equilibrio contractual roto, para lo cual se acogerá la suma establecida por el dictamen pericial practicado por el Ingeniero Gustavo Duque Villegas, esto es la equivalente a doscientos ochenta y cinco millones trescientos dieciséis mil con treinta y nueve pesos ($285.316.039) como desbalance contractual no imputable al contratista a la fecha de la declaratoria de caducidad”.

No obstante, consideró que a esta suma de dinero se le debía descontar los valores adeudados por el contratista, los cuales se encuentran enunciados en la parte considerativa de la disposición que liquidó unilateralmente el contrato No. 11108207

4.- Las Resoluciones No. 237201 de 30 de abril de 2002 y 387905 de 23 de junio de 2005 por medio de las cuales las Empresas Públicas de Medellín – EPM E.S.P liquidó de manera unilateral el contrato No. 11108207 y declaró la realización del riesgo respectivamente, son nulas por cuanto estas prerrogativas propias de los contratos se rigen por el Estatuto General de Contratación.

No obstante lo anterior, con relación a la declaratoria de realización del siniestro, el A quo consideró:

“Debe indicarse que se genera para la empresa Compañía Suramericana de Seguros S.A la obligación de pagar la indemnización correspondiente por la configuración del siniestro de incumplimiento pactada en el contrato de seguro contenido en la póliza única de cumplimiento No. 0368298-8 puesto que materializó el riesgo – declaratoria de caducidad – tal y como se analizó acápites atrás, y por tanto necesariamente ha debido efectuarse el pago de la suma establecida para el cubrimiento del mismo según lo garantizó la póliza mencionada, en las sumas que no alcancen a ser compensadas con los valores a reconocer al contratista por concepto de desequilibrio contractual, y que fueron amparados por la sociedad aseguradora. Consecuente con lo anterior, se declarará el incumplimiento del contrato de seguro No. 0368298- 8, accediendo a la súplica en tal sentido contenida en la demanda de reconvención formulada por EPM – E.S.P en contra de la Compañía Suramericana de Seguros S.A., por las sumas que no alcanzarán a ser cubiertas con la suma reconocida en el numeral 6.4 de esta providencia”.

**III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN**

1.- Empresas Públicas de Medellín mediante escrito de 10 de agosto del 2015[[23]](#footnote-23) presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión en el que solicitó que se revoque en lo desfavorable para ella, por cuanto consideró que se encontraba facultada para expedir las Resoluciones No. 237201 de 30 de abril de 2002, 251102 de 8 de julio de 2002 y la No. 387905 de 23 de junio de 2004 por medio de las cuales liquidó unilateralmente el contrato y se declaró la realización de un riesgo respectivamente, de conformidad con lo previsto por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y la Resolución 01 de 1995.

2.- Por su parte, el señor Ariel Aguirre Ocampo, presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia[[24]](#footnote-24) en la fecha que antecede, en el que consideró que el A quo no valoró todo el material probatorio que obra en el plenario y que dan cuenta del desequilibrio económico del contrato en mención, así como de las discusiones surgidas a raíz de este con la parte demandada; y de la no realización de un procedimiento previo a la declaratoria de caducidad del contrato.

3.- Por último, el día 18 de agosto de 2015, la Compañía Suramericana de Seguros S.A., se alzó en contra de la providencia proferida por el A quo[[25]](#footnote-25) con el fin de que esta sea revocada parcialmente en el sentido de que se declare también la nulidad de los actos administrativos que declararon la caducidad del contrato y se le exonere de toda responsabilidad con fundamento en los motivos expuestos en la demanda.

Asimismo, la parte demandante consideró que el Tribunal de Primera Instancia desconoció que en el sub judice, Empresas Públicas de Medellín – EPM - E.S.P violó el principio de planeación por cuanto “se demostró en el proceso que en la ejecución del contrato se presentó una menor facturación a la calculada en la fase de estructuración de la propuesta con base en los pliegos de condiciones, lo que, al estipularse en el contrato la obligación para el contratista de mantener unos costos fijos durante el plazo contractual y al presentarse unos menores ingresos por facturación conllevó una menor amortización de los costos directos del contratista”.

Igualmente, la Compañía de Seguros manifestó que el A quo desconoció en un todo que al haberse declarado la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales las Empresas Públicas de Medellín – EPM E.S.P liquidaron de manera unilateral el contrato No. 1108207 era improcedente ordenar la compensación con los valores indicados allí y además condenarla como Aseguradora.

**VI. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala por medio de auto de 28 de marzo de 2016 admitió los recursos de apelación antes mencionados[[26]](#footnote-26).

A continuación, mediante providencia del 11 de mayo del presente año se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera el respectivo concepto[[27]](#footnote-27), oportunidad que fue aprovechada por la Compañía Suramericana de Seguros S.A[[28]](#footnote-28) y el señor Ariel Aguirre Ocampo[[29]](#footnote-29).

En consideración a que el expediente se encuentra al despacho del Consejero Ponente para elaboración del fallo y no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, la Sala de Subsección C procede a desatar la alzada, previas las siguientes:

**VII CONSIDERACIONES**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como ratio decidendi para sustentar su decisión así: 1.- Régimen jurídico de los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios; 2.- El régimen contractual de derecho privado y la inclusión de cláusulas accidentales que regulen el incumplimiento contractual; 3.- El incumplimiento contractual;4.- Interpretación, calificación e integración de los Contratos; 5.- La cláusula excepcional de caducidad administrativa del contrato - inclusión obligatoria en los contratos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios – su declaración mediante acto administrativo; 6.- Alcance del debido proceso en las diferentes actuaciones adelantadas por las entidades públicas, ya sean estas de carácter administrativo o contractual; 7.- El principio de buena fe contractual; 8.- La pretensión por el rompimiento de la conmutatividad del contrato; 9. Valoración probatoria del dictamen pericial; 10.- Análisis del caso concreto; 10.1 Desequilibrio económico del contrato y ejecución de obras extras y adicionales; 10.3 Hurto de elementos destinados para la obra – propiedad de Empresas Públicas de Medellín E.S.P; 10.4 Nulidad del acto administrativo por medio del cual se declaró la Caducidad del contrato y de aquel que lo confirma; y 10.5 Nulidad de la liquidación unilateral del contrato.

**1.- Régimen jurídico de los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios[[30]](#footnote-30).**

El servicio público “rompe de una manera tan profunda la idea simple del contrato según los postulados del derecho civil, que comienza a sostenerse como verdad jurídica del contrato administrativo la de su desigualdad por naturaleza, esto es, a favor del interés general que implica todo servicio público. Así, el contratista no solo se vincula al cumplimiento de las obligaciones normales y ordinarias de todo contrato, sino también, y de manera especial, al funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, sometido por otra parte a un concreto régimen de exorbitancias en donde la administración goza de poderes y prerrogativas unilaterales para imponerse en la relación negocial. Desde el punto de vista del control, los litigios suscitados con ocasión de estos contratos se someten al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa[[31]](#footnote-31)-[[32]](#footnote-32)”.

En cuanto a “los negocios jurídicos y de los actos unilaterales en materia de servicios públicos, se observa una peculiar interrelación normativa y de principios de los llamados derechos público y privado, dentro del contexto de la economía de mercado y la libre competencia. Resulta interesante observar como el legislador en estas materias quebró las profundas barreras existentes entre la concepción intervencionista, que proclamaba estructuras jurídicas rígidas de estricto derecho administrativo y las neoliberales, que abren el proceso a la competencia, para regular los servicios públicos en aspectos tan neurálgicos como los de sus actos y contratos, diseñando un sistema donde lo predominante son las normas del derecho privado, sin abandonar en ciertos aspectos la aplicación de disposiciones y principios ligados al derecho administrativo”[[33]](#footnote-33).

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sub-sección C por “mandato constitucional (artículos 334, 365 y 370), los servicios públicos en Colombia están sujetos al régimen especial que para ellos determine la ley. Ahora bien, debe señalarse que este mandato se refiere a los servicios públicos en general, expresión que sin duda cobija los servicios públicos domiciliarios, en otras palabras, el género incluye la especie[[34]](#footnote-34). En desarrollo de estos preceptos constitucionales se expidió la Ley 142 de 1994. Se trata entonces de una ley ordinaria que manda al Estado intervenir en los servicios públicos, utilizando los instrumentos a los que hace referencia el artículo 3 de la propia ley, en especial la regulación, la vigilancia y el control de las empresas y de los servicios que ellas prestan. Además, la Ley 142 es una norma especial en materia de servicios públicos domiciliarios y, en consecuencia, su aplicación es preferente respecto de otras leyes, también se trata de una ley que regula íntegramente la materia y, por tanto, deroga todas las disposiciones legales preexistentes que regulen este tema[[35]](#footnote-35). En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994, cabe señalar que se trata de una ley que no sólo se aplica a los servicios públicos domiciliarios; sin embargo, para la Sala resulta claro que, dentro de esos ámbitos de aplicación se encuentra el régimen de las empresas prestadoras de dichos servicios y las actividades que ellas realizan. Es así como el artículo 32 de la mencionada ley establece que, “salvo que la Constitución o la misma ley dispongan otra cosa, 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”. (Negrilla propia) Así las cosas, la Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los **actos necesarios para su administración,** en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital 100% público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá este sólo se aplicará de manera excepcional”[[36]](#footnote-36).

Una aproximación a las bases jurídicas de los servicios públicos domiciliarios “permite concluir sin mayor dificultad la consolidación del derecho privado como la regla general rectora de la actividad de los operadores de los servicios públicos en todo lo relacionado con sus actos y contratos, y a la vez, la proclamación de una regla de excepción, de obvia aplicación restrictiva, sujeta a las disposiciones del derecho administrativo, que rige un pequeño número de contratos relacionados con los servicios públicos y principalmente con aquellas actuaciones tendientes a la producción de actos típicamente administrativos, que dicho sea, constituyen materialmente un ámbito muy restringido en la actividad de las empresas prestatarias de servicios públicos, principalmente en los asuntos que implican relaciones con el usuario y en el desarrollo de procedimientos que conllevan afectaciones al interés general”[[37]](#footnote-37).

Este “contexto de inversión a los postulados tradicionales corresponde indudablemente a una nueva concepción en el manejo de otrora responsabilidades públicas, en lo que ha dado en llamar Gaspar Ariño, el cambio del modelo de Estado como consecuencia de las transformaciones profundas en los procesos económicos y sociales, que consolidan un sistema fundado en la competencia, libre dentro del mercado[[38]](#footnote-38), que indudablemente influyen y determinan los fenómenos jurídicos propios del servicio público, en especial el tema de los contratos y de las actuaciones unilaterales que puedan darse en su prestación[[39]](#footnote-39)”[[40]](#footnote-40).

Los “desarrollos normativos de las Leyes 142 y 143 ambas de 1994, conforme a las previsiones constitucionales de los artículos 333, 334, 336 y 365 a 370, implicaron definitivamente un abandono a la regla general de la legalidad aplicable a los negocios jurídicos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos, en la medida que trajeron un rompimiento de la dogmática tradicional del derecho administrativo, creando en su reemplazo una base jurídica, particular y especial, conformada a partir de la aplicación del derecho privado para atender las exigencias de la vida económica sustentadora de los servicios públicos”[[41]](#footnote-41).

En este sentido, “puede sostenerse que el ordenamiento jurídico ha respondido a la nueva concepción del servicio público creando un sistema jurídico sumido en los principios y reglas del derecho civil y comercial, que destacan la autonomía de la voluntad o dispositiva, la libertad contractual, de iniciativa, de empresa y de competencia, donde se sanciona la competencia desleal y cualquier acto que perturbe el libre tráfico jurídico de la competencia, tanto en el comercio interno, como en el internacional, en este último, imponiendo sanciones para el dumping y las subvenciones. Se pretende evitar que las prácticas desleales perturben el orden que debe reinar en el mercado, en el cual debe triunfar el mejor, quien ofrezca mejores bienes y servicios, porque exige un interés general en la prevalencia de ese orden[[42]](#footnote-42)”[[43]](#footnote-43).

De “la lectura de los artículos, 2, 30, 31, 32, 33 y 39 de la Ley 142 de 1994, se deduce sin mayores dificultades esta novedosa realidad jurídica de interrelación entre cláusulas propias de supuestos ordenamientos disímiles, según las ópticas jurídicas tradicionales. Conforme a esta relación jurídica, se deduce una especie de regla general en cuanto al régimen aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, según la cual éstos están sujetos al derecho privado, no obstante que por excepción en casos precisamente determinados por la misma Ley 142 de 1994, se rigen por el derecho administrativo[[44]](#footnote-44)”[[45]](#footnote-45).

La “insistencia del legislador en remitir la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos al derecho privado tiene sus fundamentos ideológicos en la ruptura del Estado intervencionista y en la consolidación de las economías de mercado. Para el legislador, las empresas de servicios públicos deben actuar en el tráfico jurídico ordinario, como unos sujetos más del mercado. Precisamente en el artículo 30 de la Ley de Servicios Públicos se establece que: “[…] Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar, en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución política […]”. Esto es, de manera directa y sin complejos ideológicos frente al derecho administrativo y la sustantividad del contrato del Estado, se instituye al derecho privado como la legalidad aplicable por estas entidades prestadoras de servicios públicos, dentro de una clara y definitiva política de acatamiento a las directrices neoliberal, que tradicionalmente se hacen acompañar de este ordenamiento jurídico por ser el propio y natural de la iniciativa privada y la libertad de negociación en el mercado”[[46]](#footnote-46).

Conforme con “la redacción del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones introducidas por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, salvo en los casos en que la Ley de Servicios Públicos disponga otra cosa, como ocurre en los eventos en que las Comisiones de Regulación hagan obligatoria la inclusión de cláusulas de excepción o exorbitantes en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos domiciliarios y en los eventos en que por solicitud de éstas se incluyan en todos los demás”[[47]](#footnote-47).

Cuando la inclusión “sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetas al control de la jurisdicción contencioso administrativa, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, cuya comprensión implica que el someterse al Estatuto mencionado conlleva que en el desarrollo de la actividad contractual las empresas que prestan servicios públicos deben observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal según los mandatos constitucionales de los artículos 209 y 267 de la Carta Política, así como los mandatos convencionales tanto sustanciales de la Convención Americana de Derechos Humanos [en especial la garantía efectiva de los derechos –artículo 1-; a la protección de la vida –artículo 4.1-; a la protección de la integridad personal –artículo 5.1-; a la igualdad ante la ley –artículo 24.; y, a la protección o garantía judicial efectiva –artículo 25-], como aquellos en los que se afecte a las personas o colectividades por virtud del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales –Protocolo de San Salvador-, [especialmente cuando se trata de la protección eficaz de los derechos a la salud –artículo 10- y a un medio ambiente sano –artículo 11- que puedan resultar vulnerados con ocasión de la prestación, no prestación o deficiente prestación de los servicios públicos]”[[48]](#footnote-48).

Es de advertir, “que cuando esta norma tuvo vigencia en los términos iniciales de la ley 142 de 1994, siempre se consideró que estaba mal redactada. Sin embargo, por fuera de esta consideración, lo único que se podía concluir de la remisión que el artículo 31 original de la ley 142 de 1994 hacia al parágrafo primero del artículo 32 de la ley 80 de 1993, es que se reiteraba que el régimen jurídico de las empresas que tenían por objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios, no podía ser otro que el derecho privado. Así lo entendía el Consejo de Estado al aplicar esta norma cuando era procedente[[49]](#footnote-49)”[[50]](#footnote-50).

Ahora bien, la remisión anteriormente mencionada “fue expresamente modificada por la Ley 689 de 2001, la cual constituye sin mayores dubitaciones la regla aplicable frente a cualquier aproximación jurídica al tema que nos ocupa, e impide que el intérprete del régimen jurídico en cuestión haga afirmaciones, aplicaciones o remisiones de normatividades extrañas como la de la ley 80 de 1993 para hacer juicios de legalidad de la conducta de los actores de la contratación dentro de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Desde el 31 de agosto de 2001, día en que fue publicada en el diario oficial 44537 la Ley 689 de ese año, entró a regir un marco jurídico especifico y preferente para los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se caracteriza en su artículo 3, al modificar el 31 de la Ley 142 de 1994, por excluir expresamente, como regla general, de cualquier aplicación a la ley de la contratación pública del Estado”[[51]](#footnote-51).

Es así que “la Ley 689 de 2001 en la nueva redacción del artículo 31 de la 142 de 1994 establece que “[…] 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 la contratación de la administración pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa […]”.[[52]](#footnote-52)”[[53]](#footnote-53).

Se relaciona, también, “por el legislador como otra excepción a la regla general enunciada en los casos de contratos celebrados por los entes territoriales con las empresas de servicios públicos, con el objeto de que éstas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, casos éstos en donde se aplicarán integralmente las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Es más, el legislador insiste en que para efectos del principio de transparencia, la selección del contratista en estos eventos deberá siempre realizarse previa licitación pública, de conformidad con el estatuto de la contratación pública del Estado. Así mismo en el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones introducidas por la Ley 689 de 2001, se prevé otra clara excepción al excluir de la aplicación del derecho privado algunos contratos, como los de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, o de acceso al espectro electromagnético[[54]](#footnote-54)”[[55]](#footnote-55).

Bajo estos presupuestos, resulta claro que en el caso del derecho colombiano de los servicios públicos, el legislador desarrolló un sistema mixto de evidente influencia del derecho privado, principalmente comercial, para regir los contratos de las empresas de servicios públicos, sin negarle espacio, pero a título de excepción al derecho administrativo[[56]](#footnote-56), en casos de contratos considerados como de tradicional estirpe pública, en cuanto implican ejercicio de poder concedente para el desarrollo de actividades de servicios sin que el Estado se desprenda del privilegio sobre los mismos, admitiendo tan sólo su gestión por la iniciativa particular.

Así, el principio general incorporado en la Ley 142 se mantiene intacto aparentemente y todos los contratos relativos a la prestación de los servicios públicos domiciliarios son dominados por el derecho privado”[[57]](#footnote-57).

Sin embargo, el inciso 2º del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 es claro en señalar que “las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.”

El principio tiene varias reiteraciones en los artículos 10, 76 y 84 de la misma Ley 143 de 1994. En “el artículo 10, al referirse a los diferentes agentes económicos que pueden participar en la prestación de los servicios propios de esta actividad de servicios cuando sean convocados por el Estado, indica la ley, estos deberán demostrar experiencia en la realización de las mismas y tener capacidad técnica, operativa y financiera suficiente para suscribir los contratos necesarios para ello, los cuales se regularán de acuerdo con lo previsto en esta ley, en el derecho privado o en disposiciones especiales según la naturaleza jurídica de los mismos, es decir, si se trata de contratos que por disposición legal se rijan por el derecho privado, estos agentes deberán acatar integralmente este subsistema jurídico para efectos de sus negocios. Por el contrario, si el contrato correspondiente es de los que deben regirse, por ejemplo, por la Ley 80 de 1993, el agente no podrá desprenderse de su contenido normativo y de principios, no otra cosa puede deducirse de la expresión final del artículo, según la cual se debe respetar la “naturaleza jurídica” del contrato correspondiente”[[58]](#footnote-58).

En “el artículo 76, se establece una clara y directa excepción al artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que define los sujetos objeto de aplicación del Estatuto de Contratación del Estado colombiano. En esta disposición, se indica que todos los actos y contratos, excepto los de empréstito, celebrados por las sociedades por acciones del sector, en las cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social, sin atención a la cuantía que dicha participación represente, se regirán por las normas del derecho privado”[[59]](#footnote-59).

A su vez, “el artículo 84 de la Ley 143 de 1994 recoge para el régimen jurídico privado de los contratos en servicios públicos un aditamento de naturaleza administrativa al obligarlas a respetar las previsiones del estatuto de la contratación estatal, en cuanto se refiere a los requerimientos a los oferentes nacionales, los cuales no pueden en ningún momento romper el principio de igualdad con los extranjeros, creando en el mercado diferenciaciones o distinciones artificiales e injustificadas que puedan reducir la participación y concurrencia dentro de una economía libre”[[60]](#footnote-60).

Por último, tratándose del sector de energía eléctrica, “se presenta una situación interesante que puede mermar la intensidad con que se aplique el derecho privado y sus principios a la contratación y actos de las empresas de servicios públicos. Efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 143 de 1994, es fácil concluir que los negocios y actuaciones de las empresas del sector eléctrico no pueden estar ausentes entre otros principios de los establecidos en el artículo 209[[61]](#footnote-61) de la Constitución y, por esta vía, los propios de las actuaciones administrativas consagrados en los artículos 2[[62]](#footnote-62) y 3[[63]](#footnote-63) del Código Contencioso Administrativo y los generales para la defensa del interés general en aspectos tan cruciales como los de la contratación”[[64]](#footnote-64).

Conforme a lo expuesto, si bien es cierto que para los actos y contratos del sector de los servicios públicos domiciliarios se postula como régimen jurídico propio el de derecho privado, bajo un criterio de interpretación sistemática se puede concluir que su aplicación no es absoluta o por lo menos totalmente ausente de principios básicos para la convivencia y el interés general, como son los que se derivan del artículo 209 constitucional. Este aspecto resulta de trascendencia no sólo para la determinación de la legalidad de las actuaciones y negocios, sino también de la responsabilidad que le pueda corresponder a los directivos de las empresas por el desconocimiento de las bases conceptuales sobre las cuales el legislador ha edificado el sistema jurídico aplicable[[65]](#footnote-65).

**2. El régimen contractual de derecho privado y la inclusión de cláusulas accidentales que regulen el incumplimiento contractual.**

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se definieron para los servicios públicos unas especiales y particulares bases normativas tendientes a la estructuración de un régimen jurídico sujeto a los principios de la libertad del mercado y la competencia, con estricta sujeción al derecho privado que, como se sabe, encuentra su fundamento en la autonomía de la disposición negocial o del querer de las partes, que, a su vez, es dotada por el ordenamiento de la eficacia suficiente para generar efectos jurídicos, esto es, adquirir, crear, modificar y extinguir obligaciones bajo una regulación propia, por supuesto, siempre que dicha regulación no desconozca normas imperativas, se aparte de las buenas costumbres o desencadenen en el ejercicio abusivo de derecho.

Ahora bien, frente al contenido de los contratos debe preverse que en todo contrato, y en general en todo negocio jurídico, se distinguen “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”[[66]](#footnote-66), éstas últimas, dispuestas por las partes en ejercicio de su autonomía negocial, y según lo prevé el artículo 1602 del Código Civil todo contrato legalmente celebrado se constituye en ley para las partes contratantes y no podrá ser invalidado sino por mutuo consentimiento y por las causales previstas en la ley para ello.

Así las cosas, los particulares se encuentran investidos de la facultad de regular sus propias relaciones jurídicas mediante la inclusión de cláusulas accidentales o especiales que convengan a sus intereses negóciales y a las que el ordenamiento jurídico considera la ley del contrato. De manera que a la luz del *ius private* corresponde a las partes contratantes determinar el contenido, alcance, condiciones y modalidades de sus negocios jurídicos.

Pero, se insiste, la facultad reconocida a los particulares no es absoluta. La capacidad de crear derechos y contraer obligaciones mediante manifestaciones espontáneas de la voluntad encuentra verdaderos límites en las normas de orden público, es decir en aquellas disposiciones que el legislador les ha dado el valor de imperativas.

Por tanto, la libertad de contratación no es absoluta, encuentra restricciones derivadas de razones que obedecen a motivos de utilidad pública, como ocurre con los derechos que constitucionalmente soportan el modelo económico, (propiedad privada – trabajo y libertad de empresa) a los que es consustancial una función social.

Así las cosas, en la negociación de un contrato de los que se regulan por el régimen civil y comercial, las partes se encuentran facultadas para determinar las condiciones que regirán su relación contractual y en desarrollo de este derecho pueden acudir a las figuras jurídicas que consideren pertinentes para asegurar y proteger el cumplimiento del objeto contractual, así como para garantizar la satisfacción de los intereses negóciales que, en tratándose de las empresas prestadoras de servicios públicos, no es otro que la prestación del servicio legalmente asignado.

Entonces, es absolutamente posible que las partes, dentro de la regulación propia de su contrato, acudan a la figuras tales como la cláusula penal, la multa, la liquidación del contrato, ya sea esta bilateral o unilateral, o a la suscripción de pólizas de cumplimiento que aseguren la debida ejecución del contrato, a la vez que lo dotan de mecanismos eficientes para exigir el cumplimiento de las prestaciones contractuales.

En este sentido, la Sala debe recordar que en pronunciamientos anteriores se ha admitido, incluso, el pacto de cláusulas tales como la de terminación unilateral del contrato, en aquellos negocios que se regulan por el derecho privado.

En reciente pronunciamiento, esta Sala señaló:

“Al respecto, se discute dentro del Derecho privado la posibilidad de pactar cláusulas tales como la terminación unilateral por incumplimiento del contrato, sin que ello implique la existencia de una parte más fuerte dentro de la relación jurídica, la ruptura de la igualdad entre los contratantes o el ejercicio de una potestad arbitraria o exorbitante propia del Derecho administrativo o contractual público.

Sobre el tema ha dicho el profesor Felipe Navia Arrollo que “[a] primera vista el ejercicio de cualquiera de estas facultades, pero desde luego en mayor medida la resolución convencional por incumplimiento, podría ser analizado como la atribución de un poder exorbitante a una de las partes y, por esta vía, como la consagración de una desigualdad, tanto más pronunciada, cuanto que aquí la justificación ya no se encuentra en el interés superior de la colectividad, sino en el privado de una de las partes, generalmente de la que está en condiciones de imponer el contenido del contrato a la otra”[[67]](#footnote-67)

Sin embargo, la Sala considera que la ruptura unilateral de un contrato de derecho privado per se no supone una desigualdad o privilegio a favor de una de las partes, pues la terminación unilateral no comporta necesariamente el beneficio exclusivo de la parte cumplida, ya que, incluso, ésta puede resultar perjudicada, verse frustrada ante la ejecución del negocio y, seguramente, coaccionada a la celebración de uno nuevo.

Contrario sensu, el incumplido puede salir favorecido toda vez que será librado del cumplimiento de las prestaciones o del objeto del contrato en cuya ejecución se ha visto imposibilitado.

De manera que, aunque el pacto de estas figuras puede aparecer como un elemento de carácter sancionatorio, ello por sí mismo no las ubica en el ámbito de la exorbitancia o arbitrariedad y, mucho menos, en el terreno del derecho contractual administrativo, porque su fuente es el de la autónoma regulación de las relaciones negociables que cada una de las partes contratantes tiene conforme a los principios del Derecho privado para la estructuración de sus negocios jurídicos.

Esta configura la diferencia básica y primordial frente a las llamadas clausulas excepcionales propias de la contratación pública, cuyo fundamento se haya básicamente en la prevalencia del interés colectivo de la administración, entre tanto que quienes se desempeñan al amparo del derecho privado ejercen la autonomía de su voluntad en aras del interés particular del negocio y de cada uno de los contratantes.

Ahora, la viabilidad de estas estipulaciones es tan evidente, que a la luz del Derecho privado existen tipos contractuales que encuentran la fuente de la terminación unilateral por incumplimiento en las previsiones legales que gobiernan la materia. Tal es el caso, entre otros, de los contratos de compraventa (art. 1882 del C.C.)[[68]](#footnote-68), arrendamiento de cosas (arts. 1983[[69]](#footnote-69) y 1984[[70]](#footnote-70) del C.C.), contrato de suministro (art. 973 del C.Co.[[71]](#footnote-71)), agencia comercial (art. 1325 del C.Co.)[[72]](#footnote-72), mandato (art. 2185 del C.C.[[73]](#footnote-73) y 1279 del C.Co.[[74]](#footnote-74)) y cajillas de seguridad (art. 1420 del C.Co.[[75]](#footnote-75))[[76]](#footnote-76).

Ahora bien, lo propio ocurre en el derecho comparado donde la tendencia actual es la de ampliar el ámbito de aplicación de la terminación unilateral del contrato. Así por ejemplo países como Alemania, Italia, Reino Unido, Grecia, Dinamarca y Suiza, entre otros, prevén facultades de ruptura unilateral en caso de incumplimiento y los modernos códigos de Holanda, Brasil y Quebec son de la misma tendencia[[77]](#footnote-77).

La jurisprudencia francesa ha admitido la ruptura unilateral del contrato en ausencia de disposición legal o cláusula convencional, cuando el interés de uno de los contratantes lo exige urgentemente o por la preminencia del riesgo de incumplimiento[[78]](#footnote-78).

Del mismo modo los instrumentos de Derecho internacional prevén esta facultad. La Convención de Viena sobre compraventa internacional (artículos 49 a 64) autoriza a ambas partes para declarar resuelto el contrato en caso de incumplimiento esencial; el artículo 7.3.1 de los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales da derecho a una parte para resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial y el artículo 9:304 de los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, sobre el “incumplimiento previsible”, señala que “[c]uando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato”.

Entonces, si la ley nacional e internacional, civil y comercial, establecen la terminación unilateral por incumplimiento como un elemento natural de determinados contratos, ya sean estos de ejecución instantánea o de tracto sucesivo; por qué no podrían contemplarla las partes como un elemento accidental de su negociación, que atienda el interés particular del contrato y de los intervinientes.

Por el contrario, la Sala considera absolutamente viable que los contratantes, en el ejercicio de su autonomía negocial y en aras de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, establezcan cláusulas como la terminación unilateral del contrato, entre otras, para proveerlo de herramientas jurídicas que propendan por el bienestar negocial.

Sobre el particular la doctrina sostiene

“En efecto, por medio de una cláusula es posible pactar que el incumplimiento de cualquiera de los contratantes generará la terminación de pleno derecho del contrato. O lo que es más exacto: que el incumplimiento de una de las partes facultará a la otra para dar por terminado el contrato. A estas cláusulas se les conoce comúnmente como cláusulas resolutorias expresas (…). La denominación “cláusula resolutoria” es apropiada puesto que el término “resolución”, en su acepción amplia, define la pérdida de efectos por incumplimiento de contratos tanto de tracto sucesivo como de ejecución instantánea, si bien en su acepción restringida se usa para referirse a estos últimos”[[79]](#footnote-79).

Adicionalmente, para explicar la viabilidad del pacto de terminación unilateral deben preverse los efectos que de él se desprenden, pues además de las consecuencias que genere en cada caso concreto sobre el objeto contractual, este tipo de cláusulas, por regla general, permiten poner fin a un negocio que como corolario del incumplimiento grave ha sido desprovisto de utilidad, en razón a lo cual puede requerirse la celebración de un nuevo contrato a fin de alcanzar el objetivo económico esperado, lo que configura otro resultado favorable al interés negocial.

Adicionalmente el pacto de este tipo de estipulaciones, dentro de las cuales se encuentran la cláusula penal, la multa y las garantías de cumplimiento, actúan como mecanismo de presión en los contratantes que se verán impulsados a la debida ejecución de las obligaciones a su cargo y abren la puerta de la solución directa de los conflictos suscitados con ocasión del contrato, de manera que puede favorecer a la descongestión de la administración de justicia.

Dicho lo anterior, la Sala encuentra fundamento suficiente para la validez de las cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento dentro de los contratos que se rigen por el derecho privado, por supuesto, siempre que ellas no conlleven un abuso del derecho o el ejercicio de una posición dominante y siempre que su configuración encuentre sustento en razones sustanciales, preferiblemente de tipo objetivo, y no de poca importancia.

Sobre este aspecto, se encuentra que “en los sistemas jurídicos en los que se ha admitido que la resolución convencional de pleno derecho pueda operar sin necesidad de un pronunciamiento judicial previo, como es el caso en Francia, la jurisprudencia se muestra particularmente rigurosa cuando de poner en práctica la cláusula respectiva se trata. En primer término se exige absoluta precisión en su redacción, en el sentido de que ella no puede apuntar al incumplimiento por parte del deudor de cualquiera de las obligaciones a su cargo. La cláusula debe referirse concretamente al incumplimiento de una o varias de las estipulaciones expresas del contrato, lo que significa, según lo anotan Ghestin, Jamin y Billiau, “que el contrato no puede ser resuelto por el incumplimiento de las obligaciones que él engendra, a menos que hayan sido mencionadas en la cláusula[[80]](#footnote-80)”[[81]](#footnote-81).

Ahora bien, asimismo debe tenerse en cuenta que la parte que unilateralmente finaliza el contrato como consecuencia del incumplimiento puede verse sometida al control judicial, ya no para que el juez haga efectiva la cláusula sino para que verifique su correcta aplicación, evento en el cual corresponde al juzgador, en primer lugar, verificar si ha habido incumplimiento y, adicionalmente, que la consagración contractual estipule el rompimiento del contrato por dicho incumplimiento.

(…)

Así las cosas, la estipulación de cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento son absolutamente viables, a partir de la autonomía de las partes para estructurar el contenido del negocio, siempre que en ellas se especifique la prestación esencial cuyo incumplimiento priva sustancialmente al contrato de la debida ejecución del objeto pactado.

Asimismo, los contratos suscritos por entidades públicas o sociedades que actúen en el mercado sujetas al Derecho privado, dada la autonomía de estructuración del contrato, gozan de esta facultad sin intervención del legislador y sin que se consideren exorbitantes o sujetas a los conceptos o procedimientos propios de los contratos de la administración.

En síntesis, para la validez de las cláusulas de terminación unilateral del contrato por incumplimiento se requiere: 1. Que la cláusula se pacte expresamente. 2. Que la cláusula recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se imposibilita la ejecución del objeto contractual. 3. Que la estipulación no aparezca bajo el ejercicio de una posición dominante o arbitraria”[[82]](#footnote-82).

En síntesis, los particulares tienen la facultad de reglar sus relaciones jurídicas de manera específica y concreta, de acuerdo con sus intereses negóciales y mediante la inclusión de cláusulas accidentales a las que el ordenamiento le reconoce la categoría de ley entre las partes.

Dicha regulación contempla no sólo la definición del objeto del contrato o de las prestaciones a cargo de cada uno de los contratantes, sino también las consecuencias que éstos pueden derivar frente al incumplimiento en la ejecución de tales prestaciones, dentro de las cuales podrían incluirse, como se vio, la terminación unilateral del negocio o la cláusula penal, la multa, la liquidación del contrato, ya sea esta bilateral o unilateral, o a la suscripción de pólizas de cumplimiento que aseguren la debida ejecución contractual.

Sin embargo, la Sala debe aclarar que la estipulación de las figuras jurídicas antes enunciadas no se clasifica dentro de las denominadas cláusulas excepcionales, principalmente, en razón a su naturaleza convencional, ya que se originan en la autonomía negocial de las partes y no en la ley, y adicionalmente porque con ellas no se otorga a la administración el ejercicio de un poder exorbitante, por el contrario, su finalidad no es otra que la de regular una relación contractual de carácter civil y comercial, dotándola de mecanismos eficaces para la consecución del interés negocial.

En este sentido, debe preverse que aunque el contrato establezca la posibilidad de ejercer de manera unilateral algunas de las facultades allí otorgadas o, incluso, prevea la posibilidad de hacerlas efectivas directamente, bien sea mediante la compensación u otros mecanismos legales, ello no conlleva la concesión de un poder anormal para la entidad contratante, quien en el ejercicio de sus derechos convencionales está obligada a observar las formas contractuales so pena de incurrir en un incumplimiento del contrato, que a su turno conllevará la indemnización de los perjuicios causados al contratista.

Bajo este escenario, debe igualmente anotarse que los actos emitidos por la entidad contratante, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía negocial particular, configuran un mero acto contractual que no administrativo, de manera que su control judicial debe darse por vía de incumplimiento contractual y no por vía de nulidad.

En otras palabras, la demanda contra los actos contractuales proferidos en ejercicio de sus facultades convencionales por una entidad pública que se rige por el derecho privado, debe incoarse por incumplimiento del contrato y no por nulidad del acto, ya que con su expedición se habrá vulnerado una norma convencional que no legal, aunque la jurisdicción competente para conocer el ligio seguirá siendo la contenciosa administrativa, en atención a la naturaleza pública de la entidad contratante (criterio orgánico).

Al respecto, la Sección Tercera de la Corporación ha manifestado:

“(…) la jurisdicción administrativa **conoce de la actividad contractual y precontractual de todas las entidades públicas, se sometan éstas últimas o no al estatuto de contratación estatal**, en tanto se adoptó un criterio orgánico en el que resulta irrelevante el régimen de derecho aplicable (…).”

**3. El incumplimiento contractual[[83]](#footnote-83).**

En lo que tiene que ver con el incumplimiento contractual ésta Subsección ha señalado con precisión:

“Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor sólo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que el “pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes” y que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.”

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.

Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento”[[84]](#footnote-84) y esta situación, por regla general,[[85]](#footnote-85) no da lugar a la responsabilidad civil.[[86]](#footnote-86)

(…) El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación”[[87]](#footnote-87).

Una de las pretensiones que pueden incoarse en ejercicio de la acción contractual es precisamente la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal, su terminación o resolución, pretensión ésta que encuentra su fundamento en la denominada *“Condición Resolutoria Tácita”* prevista en el artículo 1546 del Código Civil, conforme a la cual ante el incumplimiento del contrato por una de las partes, la parte cumplida podrá exigir su cumplimiento, o solicitar su terminación con la consecuente indemnización de los perjuicios[[88]](#footnote-88).

Así, la declaratoria de incumplimiento supone un juicio de responsabilidad con el consecuente reconocimiento de los perjuicios causados a la parte cumplida con ocasión de éste, conforme a lo alegado y probado en el respectivo proceso[[89]](#footnote-89).

En tratándose de contratos estatales, cuando lo que pretende la administración es el cumplimiento del objeto contractual, la misma ley 80 de 1993 le otorga una serie de facultades excepcionales tales como: I) la caducidad, facultad en desarrollo de la cual puede proceder a declarar administrativamente la situación de incumplimiento grave del contratista que impida la ejecución del contrato ordenando su liquidación[[90]](#footnote-90); II) Ordenar la terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación; II) Declarar el incumplimiento del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado o imponer multas; o III) Declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo y hacer efectivas las garantías constituidas a su favor.

No obstante lo anterior, no ocurre lo mismo en tratándose de contratos celebrados entre particulares o que siendo celebrados por una entidad de Derecho público, como lo es Empresas Públicas de Medellín - EPM, se encuentran sujetos al régimen de derecho privado por disposición especial, pues ante eventos de incumplimiento de alguna de las partes contratantes cuando la parte cumplida pretenda el cumplimiento del contrato estatal no puede proceder a ejercer alguna clase de potestad excepcional, salvo que se trate, como en el caso de autos, de aquellos contratos en los que se exige el pacto de la caducidad administrativa del contrato o que por vía convencional las partes hayan pactado facultades tales como la terminación unilateral del contrato, de conformidad con las consideraciones expuestas en el acápite anterior.

De igual forma, la Sala considera que ante el incumplimiento de alguna de las partes y cuando se haya pactado la constitución de pólizas de seguro para garantizar las obligaciones adquiridas con ocasión del respectivo negocio jurídico, podrá la entidad contratante solicitar ante la entidad aseguradora el reconocimiento de la existencia del siniestro.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el ejercicio de las relaciones industriales y comerciales que se amparan en el Derecho privado tienen su fundamento en la autonomía dispositiva privada, la buena fe y el interés negocial, de donde se desprende el contenido contractual, tanto en su esencia y naturaleza, como en los elementos accidentales que se pacten, y que el artículo 1602 del Código Civil prevé que el contrato incorpora un imperativo legal dentro de la relación negocial, por cuanto nace de la voluntad de las partes, éstas deben respetar lo pactado y en aquellos eventos en que la administración haga uso de las facultades convencionalmente establecidas para ejercer la cláusula penal, multar al contratista o hacer efectivas las garantías constituidas para el cumplimiento del contrato, tendrá que ajustarse a las formalidades allí pactadas y, por supuesto, a las normas de orden público y buenas costumbres, so pena de incurrir en un incumplimiento contractual que conllevará a la indemnización de los perjuicios causados al contratista.

Finalmente, también debe preverse que el contratista está obligado al cumplimiento de las prestaciones y condiciones inicialmente pactadas como ley del contrato, incluso, cuando tales condiciones se encuentren previstas en el pliego de condiciones diseñado por la entidad contratante, pues con la presentación de la oferta éste habrá aceptado tales condiciones o, en otras palabras, habrá informado su acuerdo con el contenido contractual para someterse a él mediante la suscripción del contrato.

En este orden de ideas, en principio, el contenido contractual sólo podrá modificarse o invalidarse por mutuo consentimiento entre las partes, salvo que en contenga cláusulas arbitrarias o abusivas que resulten lesivas a los intereses negóciales del contratista, pero esta valoración corresponderá hacerla al operador judicial, a quien corresponde interpretar, calificar e integrar el negocio jurídico, cuyo incumplimiento se demande.

**4. Interpretación, calificación e integración de los Contratos[[91]](#footnote-91)**

Cuando se trata de establecer los derechos y las obligaciones que surgen en favor y a cargo de las partes en razón de un negocio jurídico, hay tres grandes labores que debe emprender el juzgador para la verificación correspondiente.

La primera es la interpretación del negocio jurídico celebrado que tiene por objeto fundamental constatar el acuerdo al que llegaron las partes y verificar los efectos que estos le señalaron a su convenio.

Para la interpretación de los negocios jurídicos, la legislación civil establece, entre otras, las reglas que se resumen a continuación:

- Cuando es claramente conocida la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras[[92]](#footnote-92).

- Solo se aplicarán los términos correspondientes a la materia sobre que se ha contratado[[93]](#footnote-93).

- Deberá preferirse el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno[[94]](#footnote-94).

- Deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato[[95]](#footnote-95).

- Las cláusulas se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga a la totalidad del contrato[[96]](#footnote-96).

- Las cláusulas ambiguas se interpretarán a favor del deudor o en contra del quien las haya establecido o diseñado[[97]](#footnote-97).

La segunda es la calificación del negocio celebrado, que no es otra cosa que su valoración jurídica, esto es, determinar cuál fue el esquema negocial empleado por los disponentes, precisar las repercusiones jurídicas que de ese esquema se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo.

La tercera es la integración del negocio jurídico que consiste en incorporarle toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama.

En lo que atañe a la integración de la ley al contrato debe decirse que han de incorporarse no sólo las normas legales imperativas sino también las dispositivas, teniendo en cuenta que las primeras tienen que anidarse de manera ineludible e inmediata en el contrato, independientemente del querer de las partes, mientras que las segundas han de integrarse a falta de estipulación o de acuerdo en contrario de los contratantes, razón por la que en este último caso se dice que estas normas supletivas colman los vacíos dejados por los disponentes pero sólo aquellos que no puedan ni deban ser llenados con los criterios de la hermenéutica negocial, pues en este evento se estaría entonces frente a una labor de interpretación y no a una de integración contractual.

En síntesis, la precisión de los derechos y de las obligaciones que surgen en favor y a cargo de los contratantes supone que el juzgador realice las siguientes tareas fundamentales: interpretar el acto, valorarlo jurídicamente y finalmente integrarle todos los preceptos extranegociales que le correspondan.

Con otras palabras, el juez debe empezar por enterarse de qué fue lo que convinieron las partes (interpretar), proseguir con la valoración jurídica de lo pactado (calificando el acto, constatando los efectos jurídicos que de él se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo), para finalmente concluir con la integración de las disposiciones externas al contrato que le correspondan (normas imperativas, normas supletivas, principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos).

**5. La cláusula excepcional de caducidad administrativa del contrato[[98]](#footnote-98) - inclusión obligatoria en los contratos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios – su declaración mediante acto administrativo.**

El artículo 18 del Estatuto de Contratación Estatal definió la caducidad como la estipulación en virtud de la cual, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado debe dar por terminado y ordenar la liquidación del contrato, en el estado en que se encuentre, cuando se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato, al punto que se evidencie que tales hechos pueden conducir a la paralización del contrato estatal; caso en el cual no hay lugar a indemnizaciones, el contratista se hace acreedor de las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley y se constituye el siniestro por incumplimiento[[99]](#footnote-99).

En todo caso, la declaratoria de caducidad no impide que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le puede declarar la caducidad, cuando hay lugar a ello.

Sin embargo, la entidad también puede abstenerse de declarar la caducidad, mediante la adopción de medidas de control e intervención que garanticen la ejecución del objeto contratado, pues, no puede pasarse por alto que una vez celebrado el contrato la ejecución del objeto contractual es la finalidad que debe ser atendida primordialmente por las partes contratantes.

Es por esto que la potestad para declarar la caducidad administrativa de los contratos en curso, se encuentra limitada a los eventos de incumplimiento del contratista, siempre que no sea la entidad demandada la que haya puesto al contratista en situación de incumplimiento o que ésta no sea la que haya incumplido con las obligaciones que previamente estaban a su cargo[[100]](#footnote-100) y cuando se trate de garantizar la satisfacción del interés general comprometido por la no realización o ejecución tardía o indebida del objeto contractual.

Con relación a lo anterior, en sentencia del pasado 18 de marzo de 2015, Exp. 33.223, esta Sala reiteró que con fundamento en el sustento teórico y en lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993[[101]](#footnote-101), la jurisprudencia ha entendido que la figura de la caducidad en los contratos estatales se estructura sobre dos elementos medulares cuales son: un incumplimiento cualificado de las obligaciones del contratista y la repercusión de este incumplimiento en la ejecución del contrato.

En anterior oportunidad esta Sala ha sostenido:

“Ahora, por vía del artículo 14 del estatuto en mención, la ley otorga a la administración una serie de potestades o mecanismos por medio de los cuales en ejercicio de la actividad contractual puede asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, alcanzar las finalidades y garantizar la prevalencia del interés general, adoptando las medidas adecuadas para el manejo de situaciones de incumplimiento contractual.

Dentro de los mecanismos a los que se hace alusión se consagra la caducidad del contrato como una potestad excepcional al régimen de derecho común, en desarrollo del cual se faculta a la administración para que dé por terminado el contrato estatal cuando se advierta un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista que pueda afectar la ejecución de éste o conduzca indefectiblemente a su paralización.

Así, de la normatividad se desprende que los requisitos para que la administración pueda declarar la caducidad del contrato son: i) Que se presente un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista, es decir que se trate de obligaciones esenciales; y ii) Que éste afecte de forma grave y directa la ejecución del contrato, es decir que el incumplimiento sea de tal magnitud que se haga nugatoria la posibilidad de continuar ejecutando el contrato, conduzca a la paralización de la prestación del servicio público a cargo de la administración o imposibilite el cumplimiento del objeto contractual.

(…)”[[102]](#footnote-102)

De otra parte**,** debe anotarse que las cláusulas de caducidad, por excelencia, corresponden a los contratos estatales, es decir, a aquellos que se rigen por la ley de contratación pública, pero no a aquellos cuyo régimen jurídico aplicable es el derecho privado, en razón a lo cual el ordenamiento ha instruido que la inclusión de esta potestad debe estar precedida por una autorización previa.

En este orden de ideas, mediante Resolución No. 01 de fecha **18 de mayo de 1995,** el Ministerio de Desarrollo Económico estableció las “reglas para la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de las Entidades Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo” y de la cual se extrae[[103]](#footnote-103):

“ARTICULO 1o.- Inclusión Obligatoria.- Las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo deben incluir cláusulas exorbitantes en los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de Acueducto, Alcantarillado y Aseo o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la ley. Como criterio para la inclusión de las cláusulas, la empresa deberá tener en cuenta la existencia de precedentes en los cuales el incumplimiento de contratos de similar naturaleza, ha conducido a la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de Acueducto, Alcantarillado y Aseo o a la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes. PARAGRAFO 1- Se entienden por contratos de obra los definidos en la ley 80 de 1.993; por contratos de consultoría los definidos en el inciso 2o. del artículo 32 de la ley 80 de 1993; y por contratos de suministro y compraventa los que tipifica el código de comercio. Se entienden por entidades prestadoras todas aquellas incluidas en el artículo 15 de la ley 142 de 1994. PARAGRAFO 2.- Para efectos de esta Resolución se entiende por interrupción en la prestación de los servicios de Acueducto y Alcantarillado, la no disponibilidad de los servicios en forma permanente o temporal por un término no menor a veinticuatro (24) horas continuas, derivada del incumplimiento del contrato; por interrupción en el servicio de aseo, la no disponibilidad del servicio en forma permanente, o temporal que implique una reducción en más de un cincuenta por ciento (50%) de la frecuencia semanal de prestación del servicio, derivada del incumplimiento del contrato; y por reducción en la calidad del agua, cuando por efectos del incumplimiento del contrato, no es posible para la empresa cumplir con los parámetros establecidos en las normas expedidas por las autoridades competentes. ARTICULO 2o.- Motivación y conservación de antecedentes. - Las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a los que se refiere esta resolución, deberán conservar, entre los antecedentes de los contratos, la motivación con base en la cual se decidió incluir las cláusulas exorbitantes, para que la Comisión pueda ejercer las facultades del inciso final del artículo 73 de la ley 142 de 1.994. La conservación de tales antecedentes se hará mientras no hayan transcurrido seis meses después de haberse producido la caducidad de las acciones contractuales a las que los contratos puedan dar lugar. ARTICULO 3o.- Autorización para incluir cláusulas exorbitantes. - Las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a los que se refiere esta resolución deberán solicitar a la Comisión autorización cuando deseen incluir cláusulas exorbitantes, en contratos distintos a los que se refiere el artículo 1o. de la presente resolución. Con la solicitud deberá remitirse la motivación a la que se refiere el artículo 2. La autorización se concederá siempre que, por lo menos, aparezca que el incumplimiento del objeto del contrato, puede traer como consecuencia necesaria y directa la suspensión en la prestación de un servicio público domiciliario, o la alteración en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la ley”.

En conclusión, la inclusión de las cláusulas exorbitantes en los contratos suscritos por la empresas de servicios públicos domiciliarios se hace obligatoria en los contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa, cuando sea previsible que el incumplimiento contractual puede generar la interrupción del servicio público, lo cual es aceptable para la Sala en atención a que estas empresas están obligadas a garantizar la prestación de los servicios a su cargo, de manera eficiente y oportuna.

Ahora bien, es evidente que en lo que respecta a la obligación de incluir cláusulas excepcionales la entidad ya no actúa como un simple contratante, sino que ejerce su poder administrativo, se insiste, en aras de garantizar el servicio público a su cargo. De manera que las actuaciones que ejerza con fundamento en esta potestad exorbitante configuran una verdadera actuación administrativa, ya no meramente contractual, y en consecuencia irá contenida en un acto de carácter administrativo[[104]](#footnote-104), objeto de la pretensión de nulidad.

Asimismo, comola declaratoria de caducidad del contrato supone el ejercicio de un poder excepcional, debe contenerse en una decisión motivada que sea el resultado de un procedimiento administrativo en el que se haya garantizado el debido proceso[[105]](#footnote-105) y que en él concurran una serie de elementos requeridos para su existencia y validez.

Al respecto esta subsección ha dicho:

“En el primer plano podemos mencionar los elementos esenciales del acto, dentro de los cuales se encuentran los elementos externos, estos son: (i) el sujeto activo, persona, órgano o particular revestido de funciones administrativas competente, (ii) sujeto pasivo, sobre quien recaen los efectos jurídicos del acto y quien ve alterados sus derechos o intereses (iii) eventualmente el Ministerio Público, quien interviene en defensa del ordenamiento jurídico y de los intereses sociales, y (iv) el procedimiento formal (formalidades del acto) que varía según los derechos protegidos y el ámbito de aplicación y cuyo desconocimiento puede conducir a la vulneración del debido proceso.

De otra parte se encuentran sus elementos internos, tales como: (i) el objeto, constituido por todo aquello de que se ocupa el acto jurídicamente; (ii) los motivos (causa), entendida como el móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo o las circunstancias de hecho o de derecho que provocan su emisión, y (iii) la finalidad, es decir, las metas que debe lograr la administración, es el fin propuesto, el cual debe ser de interés general, lícito, debe encontrarse dentro de la competencia del agente que realiza el acto y perseguirse por medio de los actos que la ley ha establecido[[106]](#footnote-106), finalidad que se enmarca dentro del artículo 2º[[107]](#footnote-107) y los artículos 123 – inciso 2º[[108]](#footnote-108) y 209[[109]](#footnote-109) constitucionales.

Y, finalmente el tercer elemento estudia básicamente el mérito u oportunidad para la producción del acto, que si bien no hace parte de su legalidad, como los dos anteriores, sí constituye un importante argumento de ciencia administrativa y de capacidad personal del sujeto intérprete de la voluntad administrativa para la adopción del acto administrativo[[110]](#footnote-110).

El mérito no es otra cosa que el momento que obliga a la administración a manifestarse cuando verdadera y ciertamente es necesario para cumplir con la finalidad propuesta sin que este elemento pueda confundirse con el anterior.”[[111]](#footnote-111)

Así las cosas, debe anotarse que el acto administrativo es válido cuando ha sido emitido de conformidad con las normas jurídicas y cuando su estructura consta de todos los elementos que le son esenciales. Pero debe quedar claro que, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.

Con otras palabras, “se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.”[[112]](#footnote-112)

Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que disponen respectivamente que “salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento…” y que “salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo…”

Luego, quien pretenda la nulidad de un acto administrativo no sólo debe combatir expresamente su legalidad, sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que hace consistir la ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara, circunstancia que será razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

**6. Alcance del debido proceso en las diferentes actuaciones adelantadas por las entidades públicas, ya sean estas de carácter administrativo o contractual.**

A partir de una juiciosa lectura de los principios y valores convencionales [artículos 1.1 y 8.1] y constitucionales [artículo 29 y 209] es que se encuentra que los procedimientos de la administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma o en la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o sustancial; contrario a ello, resulta apenas obvio que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho la Administración y los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la “profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad.”[[113]](#footnote-113)

Súmese que el concepto del principio de legalidad, inmanente al derecho administrativo, ha de ser entendido no como una mera correspondencia con las formas legales, sin más, sino que necesariamente se encuentra nutrido de los principios y valores del ordenamiento constitucional y convencional, por vía del bloque de convencionalidad y constitucionalidad[[114]](#footnote-114).

Es por ello que le es exigible a la administración concretar dichos principios y valores supra legales y supraconstitucionales en la toma de sus decisiones, teniendo como eje paradigmático la garantía plena y efectiva de los derechos humanos fundamentales, ya sea que tales decisiones se fundamenten en sus facultades convencionales o en aquellas potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce.

En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Corporación, donde se ha destacado la necesaria presencia y garantía efectiva del debido proceso en todo el ámbito de las relaciones contractuales de la administración pública, de modo tal que, por ejemplo, el ejercicio de las potestades excepcionales que el legislador confirió a la administración deben estar rodeadas, sin lugar a dudas, de tales garantías procesales a fin de evitar ejercicios excesivos, arbitrarios o, en suma, contrarios a la teleología convencional y constitucional. Así, esta Sala ha precisado con anterioridad:

“En cuanto al debido proceso en materia administrativa, como la garantía contemplada en el artículo 29 de la Constitución que tiene por objeto limitar el poder para que ninguna de las actuaciones de la Administración dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentre sujeta a los procedimientos establecidos en la ley, la jurisprudencia constitucional[[115]](#footnote-115) y la doctrina especializada[[116]](#footnote-116) han entendido que este debe estar presente en todas las actuaciones administrativas que adelanten los servidores públicos o los particulares con funciones de esta naturaleza.

La actividad unilateral de la Administración en las actuaciones administrativas no resulta contraria a la garantía del debido proceso siempre y cuando ésta se presente hasta el momento en que la Administración deba relacionarse con un sujeto perfectamente identificado, pues a partir de ese momento se rompe la actividad unilateral de la Administración y ésta debe actuar protegiendo la totalidad de las garantías que se desprenden del debido proceso.

Es decir, se debe garantizar i) el derecho de audiencia, lo que significa que el particular debe ser oído por el funcionario competente para tomar la respectiva decisión. También ii) se debe proteger el derecho de defensa, continuo y permanente, que comprende el derecho a ser oído, el derecho a presentar y solicitar pruebas, y el derecho a interponer los recursos correspondientes[[117]](#footnote-117) con el fin de que la Administración estudie nuevamente la decisión y solicitar que ésta sea revocada, modificada o aclarada. Así mismo, los administrados tienen derecho iii) a que se les apliquen trámites y plazos razonables y iv) se les asegure la imparcialidad de las decisiones[[118]](#footnote-118). Finalmente, v) también se debe garantizar el derecho de contradicción, como contrapeso obligatorio del poder punitivo del Estado[[119]](#footnote-119).

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Corporación[[120]](#footnote-120), al afirmar que desde el decreto 01 de 1984 y la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en el derecho administrativo y, por ende también, en la contratación estatal, se han incorporado las distintas garantías del debido proceso.”[[121]](#footnote-121)

Igualmente, destaca la Sala que uno de los elementos integradores del debido proceso administrativo, entre otros, es el derecho a que el procedimiento administrativo se adelante con observancia de las formas propias de cada juicio, aspecto este que, como no puede ser de otra manera, también tiene raigambre en la contratación estatal[[122]](#footnote-122).

Dicha garantía, en general, proscribe las sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, porque esto atenta contra el procedimiento a través del cual el contratista puede participar en las etapas y momentos oportunos para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate. Desde este punto de vista, la Constitución exige a la administración, previo a adoptar una decisión sancionatoria, adelantar un procedimiento que garantice el derecho a que dentro de la oportunidad legal y de manera pausada y tranquila se debata el asunto en cuestión[[123]](#footnote-123).

De otro lado, el derecho de defensa en el ámbito del debido proceso, también garantiza que se vincule al afectado con el procedimiento sancionatorio, para que exponga las razones que explican su percepción de los hechos investigados.

Es tan arraigada esta garantía que el Código Contencioso Administrativo ya aseguraba su defensa desde 1984. Sobre el particular, el art. 28 CCA., protege, incluso, a las personas que pudieran afectarse con la decisión[[124]](#footnote-124), de manera que ordena hacerlas parte del procedimiento administrativo. Y si esto acontece con los terceros, con mayor razón aplica para quien es parte[[125]](#footnote-125).

Así mismo, el derecho de defensa no conoce limitaciones en materia contractual, y por eso se admite cualquier manifestación suya. Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes[[126]](#footnote-126), ser oído y que se practiquen pruebas y se controviertan, es decir, en síntesis, que se respete su derecho de audiencia y defensa, que permita fijar la posición de la parte, y en general, toda forma de participación en el procedimiento, que contribuya a defender una posición o postura jurídica.

Finalmente, debe decirse que el debido proceso junto con todas las reglas que lo materializan encuentra plena aplicación tanto en el ámbito del Derecho público como en el que se enmarca por el régimen privado; de manera que este tiene cabida en las relaciones que se derivan del pacto contractual, así como en aquellas que se derivan de la imposición legal.

En otras palabras, tanto los particulares como las autoridades administrativas deben prever los postulados que se desprenden del debido proceso bien sea que su relación se encuentre amparada en una estipulación contractual que derive de la autonomía dispositiva como en una prohibición o imposición legal que establezca un poder excepcional.

**7. El principio de buena fe contractual[[127]](#footnote-127)**

Esta Subsección ha insistido sobre la buena fe contractual u objetiva, en los siguientes términos:

“De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.[[128]](#footnote-128)

En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa[[129]](#footnote-129) en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.[[130]](#footnote-130)

Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.

Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”,[[131]](#footnote-131) es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho”[[132]](#footnote-132) o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.”[[133]](#footnote-133)

De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia[[134]](#footnote-134).

Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración de lo pactado, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual[[135]](#footnote-135).

Asimismo, tampoco es admisible que una de las partes interprete de forma unilateral las cláusulas inicialmente convenidas en el contrato o negocio jurídico con el objeto de satisfacer sus intereses personales, pues aceptar dicha posibilidad vulneraría el principio de buena fe objetiva que según los dictados de los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil debe regir toda relación negocial.

Y es que, se itera, el principio de la buena fe objetiva impone fundamentalmente que las partes contratantes respeten y acaten en esencia lo pactado, razón por la cual cualquier actuación desplegada por una de ellas tendiente a interpretar unilateralmente las reglas inicialmente convenidas en perjuicio o desmedro de los intereses de su cocontratante se tornaría totalmente contraria a dicho principio.

Sobre éste punto es necesario precisar que las partes deben respetar y acatar el pacto inicialmente acordado, a menos que ello resulte abusivo o arbitrario.

**8. La pretensión por el rompimiento de la conmutatividad del contrato[[136]](#footnote-136)**

Como viene de decirse a lo largo de estas consideraciones, el contrato encuentra su primer fundamento en el principio de la autonomía dispositiva o negocial de los contratantes quienes asumen obligaciones correlativas que con fundamento en el principio del *pacta sunt servanda*, resultan vinculantes para las partes y deben ser respetadas y cumplidas a lo largo de toda la ejecución del contrato (artículo 1602 del C.C.).

Es así que, en el momento de concreción de la relación negocial se fijan unas prestaciones a cargo de las partes que obedecen a una causa, que en el caso de los contratos sinalagmáticos conmutativos está dada por las contraprestaciones adquiridas por cada uno, las cuales se consideran equivalentes entre sí y corresponden a los propios intereses de cada parte.

*“Y es en esto precisamente, que consiste el llamado equilibrio del contrato, que no es otra cosa que el mantenimiento durante la ejecución del mismo, de la equivalencia entre obligaciones y derechos que se estableció entre las partes al momento de su celebración. Sin embargo, el mantenimiento de esas condiciones de ejecución fijadas desde el perfeccionamiento del negocio jurídico, en un momento dado puede resultar especialmente lesivo para una de las partes por la ocurrencia de sucesos imprevistos, posteriores, ajenos a su voluntad y no imputables a incumplimiento del otro contratante, pero que le reportan una mayor onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, y en consecuencia, se pierde esa equivalencia que se había formado a partir de la celebración del contrato.”[[137]](#footnote-137)*

Ahora bien, con relación a los contratos celebrados por la administración pero cuyo régimen jurídico por disposición especial resulta ser el de derecho privado, debe anotarse que el concepto de contrato estatal acogido por nuestro ordenamiento parte de un criterio orgánico, en razón al cual se denominó contrato estatal a “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades [públicas], previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, (…)”[[138]](#footnote-138).

Así las cosas, por cuanto lo que importa es la naturaleza jurídica de la entidad que celebra el negocio y la prestación del servicio público que se pretende garantizar con la ejecución del objeto contractual, como antes se dijo, la entidad pública se encuentra sujeta a los principios contenidos en el artículo 209 Constitucional y, asimismo, a los principios que rigen los contratos de las entidades estatales, dentro de los cuales se encuentran la conmutatividad de los negocios jurídicos o en términos de la Ley 80 de 1993 la ecuación contractual, según el cual “en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, [y en este sentido] si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.”[[139]](#footnote-139)

Dicho de otra manera, por medio los contratos celebrados por las entidades públicas, independientemente del régimen jurídico que a ellos resulte aplicable, se persigue la prestación de los servicios públicos y por ende la satisfacción de intereses de carácter general, propósitos estos que finalmente conducen a que la ejecución del objeto contractual sea una de las cuestiones fundamentales en la contratación del Estado, se itera, ya sea que esta se encuentre regulada por el régimen público o privado.

Por esta razón, la ley ha previsto diversos mecanismos para conjurar aquellos factores o contingencias que puedan determinar la inejecución de lo pactado, entre tanto que se mantiene la conmutatividad del contrato, la cual “se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse”[[140]](#footnote-140).

Es por esto que el legislador ha previsto el deber de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales en los numerales 3º y 8º del artículo 4º[[141]](#footnote-141), en el numeral 1º del artículo 5º[[142]](#footnote-142) y en el artículo 27[[143]](#footnote-143), todos de la Ley 80 de 1993, los cuales van específicamente dirigidos a aquellos negocios jurídicos celebrados por entidades estatales aun cuando se haya dispuesto el régimen privado para regular la relación contractual., pues el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.

Ahora bien, como suficientemente se sabe las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio o conmutatividad del contrato pueden derivarse de hechos o actos imputables a la contratante o al contratista, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de situaciones imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes.

Sin embargo, debe recordarse que en todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso el restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

Sobre este particular el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

“…cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él[[144]](#footnote-144) o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos.

A este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato. En efecto, en los contratos de obra pública, ha manifestado el Consejo de Estado que “en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato”[[145]](#footnote-145) [[146]](#footnote-146).

Pero ademásde la prueba de tales hechos es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, que el factor de oportunidad no la haga improcedente, pues las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico deben hacerse al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., ya que cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual[[147]](#footnote-147).

En conclusión, para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.- Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato (menoscabo) sea de carácter GRAVE.

2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico.

3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

 4.- Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las suspensiones, adiciones prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.

5. Que las solicitudes, reclamaciones o salvedades se realicen de manera específica y concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor. Es decir, no tienen validez las salvedades formuladas en forma general o abstracta.

**9. Valoración probatoria del dictamen pericial**

Conviene advertir que de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la peritación como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

El perito debe informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con sus conocimientos especializados sepa de los hechos, y no cuestiones de derecho que se sometan a su experticio, sin importarle a cuál de las partes beneficia o perjudica, de manera que su dictamen debe ser personal y contener conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad (numeral 2 del artículo 237 del C. de P. Civil.).

Para su eficacia probatoria, el dictamen pericial debe reunir ciertas condiciones de contenido como son la conducencia en relación con el hecho a probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte del perito y en fin que otras pruebas no lo desvirtúen.

El dictamen del perito debe ser claro, preciso y detallado; en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (numeral 6 del artículo 237 ibídem); y durante el traslado del dictamen pericial las partes pueden solicitar que éste se complemente o aclare u objetarlo por error grave (artículo 238 ejusdem).

A su turno, el artículo 241 ibídem señala que al valorar o apreciar el juez el dictamen de los peritos, el juez tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a “…aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores…”.

En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma.”

**10. Análisis del caso concreto**

1 Dentro del plenario se encuentra acreditado que mediante Resolución No. 01 de fecha **18 de mayo de 1995,** el Ministerio de Desarrollo Económico estableció las “reglas para la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de las Entidades Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo”[[148]](#footnote-148).

2 De otra parte se encuentra probado que en el mes **abril de 2000,** la Gerencia de Aguas de Empresas Públicas de Medellín – EPM - E.S.P dio inicio al proceso de licitación No. 003617 el cual tenía como finalidad “contratar por el sistema de precios unitarios, el cambio de medidores y tapas para cajas de medidores, corte y reinstalación de acometidas de acueducto, construcción de acometidas de acueducto y alcantarillado y cambio de acometidas de acueducto en diferentes zonas atendidas por el sistema de acueducto de las Empresas Públicas de Medellín”, de cuyo pliego de condiciones se extrae[[149]](#footnote-149):

**20. VALOR DEL CONTRATO**

El valor de este contrato será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra, según el grupo aceptado, indicadas en el formulario de la propuesta, por los precios unitarios allí estipulados. Los precios unitarios pactados serán reajustables en el tiempo. El contratista ejecutará, por lo tanto, los trabajos previstos hasta la suma indicada, pero ésta puede aumentarse o disminuirse habida cuenta que las cantidades de obra son estimativas aproximados de trabajo previsto, usados para comparar las propuestas.

El valor real del contrato será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra ejecutada por el contratista y recibidas a satisfacción por Las Empresas, por los precios unitarios estipulados, más el valor de los reajustes a que haya lugar, más el valor de las obras adicionales y extras ejecutadas por el contratista, más el reajuste del anticipo y otros pagos a que tenga derecho, en virtud de este contrato.

Cuando sea necesario aumentar el valor del contrato y no se trate de reajuste de los precios previstos en el mismo, se suscribirá entre Las Empresas y el Contratista, un acta de modificación, la cual requerirá autorización previa del Gerente, cuyo valor no podrá exceder la mitad de la cuantía originalmente pactada, expresada ésta en salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**21. FORMA DE PAGO**

(…)

**21.5 Retención de pagos.** Las Empresas podrán retener todo o parte de cualquier pago pendiente a favor del contratista, hasta donde sea necesario, para protegerse de pérdidas debidas a la no devolución, a Las Empresas, de herramientas o equipos que le hubiere podido suministrar, a trabajos defectuosos o no corregidos por el contratista, para el pago de multas en trámites de imposición, de reclamos, pleitos, acciones legales o perjuicios imputables al contratista. Cuando desaparezcan las causas que motivaron la retención, se hará el pago por la cantidad retenida por tal motivo.

(…)

**22.- PLAZO DE EJECUCIÓN**

El contratista deberá ejecutar los trabajos objeto de esta contratación, en un plazo único de quinientos cuarenta y cinco (545) días calendario, contados a partir de la fecha indicada en la orden, escrita, de iniciación dada por Las Empresas.

El proponente deberá estar dispuesto a iniciar las actividades una vez se cumplan los requisitos exigidos en este documento y sea dada la orden de iniciación, por Las Empresas, la cual no podrá darse antes de la fecha de aprobación de la garantía única, excepto cuando el Gerente General o el Gerente de Aguas de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P autorice la iniciación anticipada del contrato.

Este plazo no podrá variarse sino en caso de suspensión de los trabajos por fuerza mayor, caso fortuito u orden de la interventoría dada por motivos no imputables al contratista.

Cuando la interventoría ordene la ejecución de obras extras o adicionales, se estudiará si la ejecución de estas obras afecta el plazo de entrega convenido en este contrato. En caso de suspensión, sólo habrá lugar al desplazamiento del plazo por un término igual al de la suspensión, pero no se modificará el valor del contrato. Toda ampliación del plazo deberá constar en acta que suscribirán Las Empresas y el contratista.

(…)

**24. INSPECCIÓN E INTERVENTORÍA**

(…)

**24.2.- Atribuciones del interventor:** Las Empresas verificarán la ejecución y cumplimiento del contrato por medio de un interventor. Las principales atribuciones de la interventoría son:

**24.2.1.-** Exigir el cumplimiento del contrato y de las especificaciones en todas sus partes.

(…)

**24.2.12.-** Vigilar que el contratista cumpla estrictamente con las regulaciones del Código Sustantivo del Trabajo y las normas que lo complementen, en particular, las relacionadas con el pago de salarios y las prestaciones sociales con los valores y por los conceptos cotizados en la propuesta, o al menos los mínimos legales en caso de que estos superen a aquellos, para lo cual podrán también revisar los libros de contabilidad del contratista, con el fin de verificar dichos pagos o conocer en detalle los costos de la obra. Además, verificar que los trabajadores tengan la debida afiliación al Sistema General de Pensiones y Seguridad Social en Salud, establecidos en la Ley 100 de 1993 sobre seguridad social integral.

(…)

**24.2.19** Todas las órdenes, instrucciones, cambio o modificaciones que ordene la interventoría deberán estar por escrito.

**24.3 Órdenes de interventoría:** El contratista deberá cumplir, inmediatamente, cualquier orden, sea verbal o escrita, que dicte la interventoría. Sin embargo, si el contratista considera que algunos de los trabajos que se le exigen están fuera de lo estipulado en el contrato, o si considera inadecuada una orden o decisión del interventor o de sus ayudantes, pedirá que tales órdenes se le den por escrito, y procederá a ejecutarlas inmediatamente. Sin embargo, durante los diez (10) días siguientes al recibo de la orden, deberá manifestar su desacuerdo, por escrito, si considera que esta por fuera del alcance del contrato, señalando claramente y en detalle, las bases en las cuales sustenta su objeción. Si el contratista no manifiesta su desacuerdo durante los diez (10) días calendarios anotados, las órdenes o decisiones del interventor se considerarán como definitivas.

De igual manera el contratista deberá manifestar, por escrito, cualquier rechazo de sus peticiones o cualquier otra decisión del interventor, dentro de los dos (2) días calendario siguientes al recibo de la comunicación de éste; después de este tiempo no tendrá derecho a ninguna apelación y la comunicación del interventor será considerada como definitiva. En caso de que no se llegue a un acuerdo entre el interventor y el contratista, la situación será presentada a Las Empresas. Si el contratista rehúsa o descuida cualquier orden escrita del interventor, éste notificará, por escrito, al contratista, sobre el incumplimiento del contrato, señalando específicamente cuales fueron las omisiones o infracciones. Si es el caso, en dicha comunicación el interventor indicará los ítems bajo los cuales Las Empresas harán los pagos correspondientes de las obras ordenadas por él.

Sobre la base de tal notificación, el interventor podrá descontar de las actas mensuales subsiguientes, el valor de los trabajos exigidos por él, que no hayan sido efectuados por el contratista. El monto de la suma a descontar será determinado por el interventor. Si posteriormente, el contratista corrige las omisiones o infracciones a entera satisfacción del interventor, éste incluirá en los pagos futuros el monto previamente descontado, siempre y cuando no hayan resultado costos adicionales para Las Empresas por motivo de la omisión del contratista, los cuales deberán ser evaluados por el interventor, y descontados de las sumas a pagar al contratista. Los reajustes a que el contratista tenga derecho se aplicarán el caso de sumas retenidas a la fecha en que se ordenó el trabajo y no a la fecha en que se haga la devolución de las sumas retenidas. La retención de una suma o sumas así descontadas no afectará en ninguna forma los pagos a los cuales el contratista tenga derecho.

Si el contratista descuida o rehúsa cumplir cualquier orden escrita de la interventoría y Las Empresas no consideran apropiada la acción a que se refiere el párrafo anterior, Las Empresas pueden notificar, por escrito, al contratista, con dos (2) días calendario de anticipación, su intención de ejecutar con sus propias fuerzas o por medio de terceros, el trabajo ordenado por la interventoría. Si durante estos dos (2) días, el contratista no iniciare dichos trabajos ni demostrare, por lo menos, su intención de cumplir fielmente la orden de la interventoría a entera satisfacción de ésta, Las Empresas procederán a ejecutar el trabajo. En este caso, todos los costos en que incurran Las Empresas serán cargados al contratista. El pago de estas sumas, por parte del contratista, se hará deduciendo su valor, en primer lugar, de las sumas a pagársele, en segundo lugar, de las sumas retenidas de conformidad con el contrato, y, en tercer lugar, con cargo a la garantía de cumplimiento estipulada en estos documentos.

**25. RECURSOS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS: PERSONAL, MATERIALES Y EQUIPOS.**

**25.1 Personal.** (…)

Es entendido que el contratista está obligado a pagar a los trabajadores que [emplee] en la ejecución de las obras el salario y las prestaciones sociales cotizadas, o pagarles al menos el salario mínimo correspondiente cuando aquellos sean inferiores a éstos y a cumplir en general, lo dispuesto en las normas laborales vigentes.

Los trabajadores del contratista no adquieren vinculación de ninguna índole con Las Empresas, por lo tanto corre a cargo del contratista el pago de salarios, indemnización, afiliación al sistema general de pensiones y seguridad social establecidos en la Ley 100 de 1993, bonificaciones y prestaciones sociales a que ellos tengan derecho de acuerdo con las leyes laborales vigentes.

(…)

El contratista deberá mantener oportuna, permanente y detalladamente informada a Las Empresas de cualquier conflicto laboral colectivo, real o potencial, en relación con el personal empleado en la ejecución del contrato y de cualquier otro hecho del cual tenga conocimiento que pueda afectar el desarrollo del contrato (…).

**35. ESPECIFICACIONES**

En la ejecución de las obras que son materia de este contrato, el contratista se ceñirá a los esquemas y especificaciones suministrados por Las Empresas, los cuales declara que conoce, suficientemente.

(…)

Durante la ejecución del contrato, Las Empresas podrán ordenar, por conducto de la interventoría, los cambios que consideren necesarios tanto en los esquemas como en las especificaciones, o en alguno de estos documentos. Si por estos cambios se afectaren el plazo y el precio, o uno de éstos, Las Empresas convendrán con el contratista los ajustes de plazo o de los precios que de ellos puedan desprenderse, de lo cual se firmará por las partes el acta correspondiente.

(…)

**36. OBRAS EXTRAS Y ADICIONALES**

La ejecución de obras adicionales y extras deberá ser, previamente acordada entre Las Empresas y el Contratista, lo cual se hará constar en acta que suscribirán las partes.

Son obras adicionales aquellas cuya descripción figura en la lista de ítem, cantidades y precios, pero cuyas cantidades ejecutadas excedan las previstas allí. Son obras extras aquellas que no figuran en la lista de ítem, cantidades y precios, pero que siendo de la naturaleza de la obra contratada se requieren para la completa terminación, adecuado funcionamiento y entrega de los trabajos.

(…) En caso de que para una obra extra no sea posible llegar a un acuerdo con el contratista, ésta se realizará bajo el sistema de administración delegada y se procederá así:

**36.1** Para obras no especializadas y en general para aquellas comunes a la naturaleza de las labores del contratista o que pueden ser ejecutadas por su personal utilizando materiales de uso frecuente en el tipo de obra que se realiza, se calculará su valor de la siguiente manera:

**36.1.1.-** Materiales: El contratista presentará diariamente, a la interventoría el detalle de materiales gastados, con su valoración de acuerdo con los precios indicados en la propuesta o en su defecto, presentará debidamente sustentado el análisis de precios correspondientes.

**36.1.2.-** Herramientas. Por concepto de herramientas se imputará un cinco por ciento (5%) del valor de la mano de obra, siempre y cuando éstas se utilicen.

**36.1.3.-** Equipos. El contratista presentará diariamente, a la interventoría el detalle de los equipos utilizados, valorados de acuerdo con las tarifas establecidas en la propuesta o en su defecto, presentará debidamente sustentado el análisis de precios correspondientes.

**36.1.4.-** El contratista presentará diariamente a la interventoría las planillas de mano de obra utilizada, valorada teniendo en cuenta como base los salarios y los porcentajes a reconocer por concepto de prestaciones sociales serán las de las leyes vigentes en el momento de ejecutarse las obras desde obrero hasta el grado de oficial o maestro de primera. Las planillas diarias de mano de obra deberán contener: nombre del trabajador, oficio y tiempo trabajado, indicando si es ordinario o extra, diurno o nocturno, normal o festivo.

El incumplimiento por parte del contratista, en la presentación de cualquiera de las planillas anteriores dejará a Las Empresas en la libertad para efectuar o no el pago respectivo.

**36.1.5.- Otros gastos.** La suma de los numerales 36.1.1, 36.1.2, 36.1.3, 36.1.4 se recargarán en un diez por ciento (10%) para cubrir cualquier otro costo, directo o indirecto, que tenga que hacer el contratista para la correcta ejecución de la obra extra, como gastos generales, dirección, administración, supervisión, almacenistas, gariteros, celadores, etc., y para cubrir imprevistos y la utilidad del contratista.

(…)

**39. LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS**

A la terminación del contrato se procederá de mutuo acuerdo entre las partes a la liquidación del mismo, en cuya etapa se acordarán los ajustes, revisiones, reconocimientos y transacciones a que hayan lugar con ocasión de la ejecución del contrato. Para el efecto, las partes elaborarán la respectiva acta de liquidación en la cual constarán, además los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que lleguen las partes para poner fin a las divergencias presentadas y declararse a paz y salvo.

**39.1.- Término de liquidación del contrato.** Dentro de un término que no exceda de noventa (90) días calendario siguientes al recibo de las obras se efectuará la liquidación del contrato, pero el contratista, para proceder a ella, se compromete a presentar, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de recibo de las mismas, una relación completa, clara y detallada de los pagos hechos en desarrollo del contrato y de los pendientes; una relación de los elementos, materiales, equipos e instalaciones a cargo del contratista que sean de propiedad de Las Empresas y tengan carácter devolutivo; y una relación de los informes, memorias y todos aquellos documentos que por parte de Las Empresas, le sean solicitados para proceder a la liquidación.

(…)

**39.2. Casos en que procede la liquidación.** La liquidación del contrato también se realizará en los casos cuando el contrato se dé por terminado por circunstancias distintas al vencimiento del plazo y cumplimiento del objeto, tales como:

**39.2.1.-** Cuando se haya ejecutoriado la providencia que declaró la caducidad.

(…)

**39.2.4.-** Cuando la autoridad competente lo declare terminado unilateralmente conforme al artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

**39.3.- Personas que pueden efectuar la liquidación.** Cuando a ello hubiere lugar, deberá liquidar este contrato el Gerente General o el Gerente de Aguas o quienes ellos encarguen, y el contratista y en el evento en que éste se negare, el interventor o quien haga sus veces.

(…)

**41. FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO**

De conformidad con la ley, el contratista quedará exento de toda responsabilidad por daños o dilación en la ejecución de los trabajos, durante su elaboración, cuando tales hechos ocurran como resultados de sucesos anormales e imprevisibles u otra causa constitutiva de fuerza mayor debidamente comprobada, caso en el cual, tendrá derecho, únicamente, a la ampliación del plazo pero no a indemnización alguna.

Para efectos del contrato, solamente se considerarán como causas constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, las que se califiquen como tales, de acuerdo con la legislación colombiana.

(…)

Los inconvenientes de fuerza mayor o caso fortuito deberán informarse a Las Empresas por el medio más rápido posible, dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes al momento en que hayan comenzado.

(…)

**43. SUSPENSIÓN PARCIAL Y/O TEMPORAL DE LOS TRABAJOS POR CONVENIENCIA.**

En cualquier momento, durante la ejecución del contrato, Las Empresas tendrán derecho, cuando se presenten causas razonables de conveniencia, de ordenar la suspensión temporal y/o parcial del contrato, mediante notificación, escrita, dirigida al contratista, en la cual se precisará la fecha en que debe hacerse efectiva la suspensión, y el contratista estará obligado a suspender la ejecución de los trabajos determinados por Las Empresas, siguiendo sus instrucciones.

(…)

En el caso de la suspensión de trabajos por las Empresas, el contratista tendrá derecho al pago de los trabajos ejecutados hasta la fecha efectiva de suspensión, pero no a indemnización alguna.

(…)

**45. RECLAMOS DEL CONTRATISTA**

Cualquier reclamo relacionado con el contrato por razones de tipo administrativo, técnico, legal o de cualquier otro orden, deberá presentarlo el contratista por escrito, a Las Empresas, dentro de los treinta (30) días siguientes a la primera ocurrencia del hecho motivo del reclamo, señalando claramente y en detalle sus bases; vencido este término quedará entendido que el contratista renuncia al derecho de establecer cualquier reclamación por dicho hecho contra Las Empresas.

Todo reclamo se resolverá por acuerdo directo entre las partes, y si no es posible llegar a un acuerdo, mediante las leyes colombianas y por los tribunales y jueces colombianos.

(…)

**47. MULTAS**

En caso de que el contratista incurra en una de las causales de multa, Las Empresas le comunicarán sobre la existencia de la causal en que incurrió y la consecuente deducción de la suma respectiva, de acuerdo con lo pactado contractualmente. El valor de la multa se tomará directamente de cualquier suma que se adeude al contratista, si la hay, o se hará efectiva la garantía de cumplimiento del contrato; si lo anterior no es posible se cobrará por vía judicial.

(…)

Como apremio al contratista por mora o incumplimiento parcial de alguna de las siguientes obligaciones estipuladas en el contrato, habrá lugar a que Las Empresas impongan multas así:

(…)

**47.3. Por incumplimiento de las órdenes de la interventoría.** En caso de que el contratista deje de cumplir cualquiera de las órdenes de interventoría, será sancionado con multa del uno por diez mil (0.01%) del valor del contrato por cada día que incumpla una o varias órdenes, aplicable inmediatamente el interventor tenga conocimiento del incumplimiento, mediante notificación escrita del hecho y si se volviera repetitivo, es decir, si el contratista deja de cumplir dos órdenes dentro de un periodo de una semana, o si se niega persistentemente a cumplir cualquiera de las órdenes de la interventoría o de las normas de seguridad y reducción del impacto comunitario, establecidas en el pliego de condiciones, el interventor podrá ordenar la suspensión de las obras hasta que el contratista cumpla la orden y/o corrija la situación de inseguridad.

(…)

**47.10. Por no pagar los salarios y prestaciones sociales según valores y porcentajes cotizados en la propuesta.** El contratista será sancionado con una multa equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales vigentes al momento de su notificación.

(…)

**47.17 Cobro de las multas.** En el evento de que el contratista incurra en una de las causales de multa pactadas en el contrato, Las Empresas le comunicarán sobre la existencia de la causal en que incurrió y sobre la consecuente deducción del importe respectivo, de cualquier suma que se le adeude, de acuerdo con lo pactado contractualmente, En la mencionada comunicación se le concederá al contratista un término de cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente a la fecha de recibo de la comunicación, para que exponga o justifique las razones de su atraso o de su incumplimiento. Dicha comunicación deberá ser firmada por el ingeniero interventor y el jefe del área que maneja el contrato. Si el contratista no manifiesta dentro de dicho término las razones que justifiquen su incumplimiento o si las presenta y del análisis efectuado por Las Empresas no se encuentra justificado el incumplimiento correspondiente, el valor de la multa se tomará directamente de cualquier suma que se adeude al contratista, si la hay o se hará efectiva la garantía de cumplimiento del contrato; si lo anterior no es posible, se cobrará por la vía judicial. Si posteriormente el contratista acredita la existencia de situaciones que lo exoneren de responsabilidad, a juicio de Las Empresas, habrá lugar a la entrega al contratista de los dineros deducidos. Los dineros que deban ser entregados al contratista, serán reajustados con base en la meta de inflación fijada por el Gobierno Nacional para el año en que se proceda a la devolución.

**48. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA**

(…) Las partes convienen que en caso de incumplimiento del contratista de las obligaciones del contrato o de la terminación del mismo por hechos imputables a él, éste pagará a Las Empresas, en calidad de cláusula penal pecuniaria, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, la cual será considerada como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a Las Empresas.

Está cláusula se hará efectiva por Las Empresas en caso de declaratoria de caducidad o cuando se declare el riesgo de incumplimiento del contratista de las obligaciones contraídas en el contrato.

El valor de esta pena pecuniaria se compensará de cualquier suma que Las Empresas le adeuden al contratista, si la hay, o del amparo de cumplimiento del contrato; si lo anterior no es posible, se cobrará por la vía judicial.

Si posteriormente, el contratista acredita la existencia de situaciones que lo exoneren de responsabilidad, y éstas son aceptadas por Las Empresas, habrá lugar a la entrega, al contratista, de los dineros deducidos. Los dineros que se deben ser entregados al contratista, serán reajustados anualmente en un porcentaje igual a la meta de inflación fijada por el Gobierno Nacional para el año en que proceda la devolución.

**49. CLÁUSULAS EXORBITANTES**

Teniendo en cuenta que se tiene la autorización concedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico por medio de la Resolución 01 de mayo 18 de 1995, a las Entidades Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto, alcantarillado y Aseo, y el objeto del contrato es el **mantenimiento y ampliación del sistema de distribución acueducto** que realizan Las Empresas para garantizar en forma permanente y continua la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto en las distintas zonas atendidas por Las Empresas y siendo uno de los fines que le corresponden como entidad pública organizada para la prestación de estos servicios, se le incorporan las siguientes cláusulas exorbitantes a este contrato, con miras a asegurar su correcta ejecución para que el objeto contratado sea cumplido en la forma pactada, a tal punto que no llegue a darse la interrupción de la prestación de los servicios o la reducción de los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes, por incumplimiento de parte del contratista.

(…)

**49.1.- Caducidad.** Las Empresas podrán declarar la caducidad del contrato por la ocurrencia de hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Las Empresas, por medio de acto administrativo, debidamente motivado, lo darán por terminado y ordenarán su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que Las Empresas decidan abstenerse de declarar la caducidad, adoptarán las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado (…).

(…)

Si declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en la ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

(…)

 **49.6 Procedimiento para la aplicación de las cláusulas exorbitantes.** Cuando Las Empresas dieren aplicación a cualquiera de las anteriores cláusulas, lo harán a través de resolución motivada, susceptible del recurso de reposición por la vía gubernativa, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo, y los actos administrativos en los que se ejerciten estas facultades se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y están sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la forma que lo dispone el inciso 2º del artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

**50. LIQUIDACIÓN UNILATERAL**

Si no hubiere acuerdo para liquidar el contrato o el contratista no se presenta dentro del término establecido en el numeral 39.1 de ciento veinte (120) días calendario, la respectiva liquidación se hará unilateralmente por parte de Las Empresas.

(…)”.

3 Ahora bien, visto el pliego de condiciones la Sala observa que el **12 de mayo de 2000** el ingeniero Ariel Aguirre Ocampo presentó su correspondiente propuesta, en donde dijo aceptar los términos señalados en el pliego de condiciones y manifestó que de llegar a ser favorecido ejecutaría “el contrato por los precios y el plazo señalado en nuestra oferta, en las condiciones contractuales y técnicas exigidas en el pliego de condiciones y previstas por las normas que rigen la contratación con Las Empresas y de conformidad con la aceptación de nuestra oferta” [[150]](#footnote-150).

4 Asimismo, se observa en el formulario 5 suscrito por el señor Aguirre que la anterior propuesta fue presentada inicialmente por un valor de $2.126.490.506, en los que se encontraban incluidos los costos directos e indirectos, en los siguientes porcentajes: Administración: 28%; imprevistos: 2%; utilidad: 5%; y AIU: 35%[[151]](#footnote-151).

Sin embargo, la anterior propuesta fue aceptada por las Empresas Públicas de Medellín por un valor de $2.031.203.169 y un plazo de 545 días calendario, según consta en el oficio No. 888260 de 13 de junio de 2000 suscrito por esta Entidad[[152]](#footnote-152).

5 Seguidamente, obra dentro del plenario el Contrato No. 11108207, suscrito entre Ariel Aguirre Ocampo y las Empresas Públicas de Medellín – EPM - E.S.P., en el que las partes acordaron[[153]](#footnote-153):

“1. INSTRUCCIONES PRELIMINARES

1.1 **Normatividad.** Este proceso de contratación estará regido por las leyes colombianas aplicables tales como las civiles y comerciales, la Ley 142 de 1994 (Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios) y por la Ley 80 de 1993 (Régimen de Contratación de la Administración Pública) y sus Decretos reglamentarios, en cuanto sean aplicables. En lo referente a las normas internas se establecen: los Decretos 118, 1016 y 1039 y demás disposiciones complementarias. Estas normas deben ser conocidas por los proponentes y estar ellos dispuestos a cumplir con lo estipulado en ellas. Antes de presentar su oferta, el proponente debe verificar que no se encuentra dentro del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para continuar con Las Empresas, establecidas en la Ley 80 de 1993”. (…)

**PRIMERA: Objeto.** Las Empresas encargan al contratista y éste se obliga a ejecutar para aquéllas, ciñéndose a los documentos del contrato y a lo estipulado en el proceso de contratación 003617, el cambio de medidores y tapas para ajas de medidores, corte y reinstalación de acometidas de acueducto, construcción de acometidas de acueducto y alcantarillado, y cambio de acometidas de acueducto, en la zona sur del sistema de acueducto de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P grupo 3. **SEGUNDA: Plazo.** El contratista se obliga a iniciar los trabajos en la fecha que le fije la interventoría por escrito, como día de iniciación del contrato, después de perfeccionado el mismo y se obliga a ejecutar los trabajos contratados durante un plazo de quinientos cuarenta y cinco (545) días calendario, contados a partir de dicha fecha. **TERCERA: Valor.** El valor de este contrato es de dos mil treinta y un millones doscientos tres mil ciento sesenta y nueve pesos m.l ($2.031.203.169), precios reajustables. **CUARTA: Forma de pago.** El valor del presente contrato se pagará así: **1. Anticipo.** Las Empresas entregarán al contratista, como anticipo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la legalización y perfeccionamiento del contrato, una vez se formule la cuenta respectiva y previo otorgamiento y aprobación del amparo de correcta inversión del anticipo y su oportuna amortización, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, la cual será reajustada como se estipula en el numeral 21.1 de la sección 1 – información a los proponentes y condiciones generales del contrato – contenidas en el pliego de condiciones y especificaciones. **2. Actas mensuales de obra ejecutada.** Cada mes calendario se medirá conjuntamente entre el contratista y la interventoría de Las Empresas, la obra realizada a satisfacción, la cual se hará constar en actas firmadas por ambas partes. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de la firma de las actas por parte del contratista y de la interventoría de Las Empresas, y previa presentación de cada cuenta con el lleno de requisitos de rigor, Las Empresas pagarán las sumas que resultaren en favor del contratista, previa deducción de las sumas correspondientes a la amortización del anticipo, impuestos, suministros por parte de Las Empresas, el pago de las multas que se hubieren impuesto, etc. La medición para el acta se deberá elaborar como mínimo en un periodo comprendido desde el 25 del mes anterior hasta el 25 del mes que se liquida, procurando en lo posible incluir la mayoría de días del último mes. Los pagos locales se realizarán por medio de consignación.(…). **QUINTA: Garantías.** El contratista constituirá, a favor de Las Empresas, las garantías que se enuncian a continuación, las cuales serán de procedencia y forma aceptables para ellas y otorgadas por un banco o compañía de seguros, legalmente establecidos en Colombia, aceptados por Las Empresas y preferiblemente con domicilio y poderes decisorios en la ciudad de Medellín. El pago de las primas respectivas correrá por cuenta del contratista así como el de las ampliaciones a que haya lugar. Estas garantías deberán estar vigentes durante toda la vida del contrato, su liquidación y la prolongación de sus efectos. **a) garantía única del contrato.** La cual amparará los riesgos que se indican en los numerales 1), 2), 3), 4) descritos a continuación: **1) Amparo de anticipo.** Por un valor igual al diez por ciento (10%) del valor del contrato, para asegurar su correcta inversión y oportuno reintegro a Las Empresas. Esta garantía tendrá una vigencia original al plazo estimado para la ejecución de los trabajos, pero, si es del caso, deberá ampliarse antes de su vencimiento, de manera que rija durante todo el tiempo que sea necesario para amortizar en su totalidad la suma anticipada. Para el pago del reajuste del anticipo, esta garantía deberá ampliarse hasta cubrir el porcentaje ya estipulado, más el valor correspondiente a dicho reajuste. **2) Amparo de cumplimiento.** Por una cuantía igual al quince por ciento (15%) del valor del contrato, con la cual se cubren, además, las multas y la cláusula penal pecuniaria y deberá tener una vigencia igual al plazo del mismo y sesenta (60) días más. **3) Amparo de pago de salarios y prestaciones sociales.** Por una cuantía igual al cinco por ciento (5%) del valor del contrato y con una vigencia igual al plazo del mismo y tres (3) años más. **4) Amparo de estabilidad de la obra.** Por una cuantía equivalente al diez por ciento (10%) del valor final del contrato y con una vigencia de tres (3) años, contados a partir de la fecha de recibo final de las obras por Las Empresas. La presentación de esta garantía será requisito previo para la entrega de las sumas que por cualquier concepto se encuentren pendientes de pago al contratista. **b) garantía de responsabilidad civil extracontractual.** Por una cuantía igual al cinco por ciento (5%) del valor del contrato y con una vigencia igual al plazo del mismo y sesenta (60) días más. Este amparo deberá constituirse en una póliza independiente y por ello no puede hacer parte de la garantía única. **PARAGRAFO:** Las garantías estipuladas en esta cláusula deberán ser constituidas por el contratista y aprobadas por Las Empresas, como requisito previo a la iniciación del contrato. Cuando haya ampliaciones justificadas del contrato estas deberán ser ampliadas por el mismo lapso y en las mismas condiciones anteriores. **SEXTA: Aplicación del pliego de condiciones.** El pliego de condiciones, la adenda y demás disposiciones del mismo, se entienden incorporadas a este contrato, al igual que los Decretos 118, 1016 de 1998 y 1039 de 1999 de Las Empresas Públicas de Medellín E.S.P y las normas de la Ley 80 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, en cuanto sean aplicables en un caso determinado. **SEPTIMA: Listas de cantidades de obra, precios unitarios y totales.** La lista de cantidades de obra, precios unitarios y totales es la presentada por el contratista en su propuesta. (…) **NOVENA: Perfeccionamiento del contrato.** Este contrato se entiende perfeccionado con la firma del mismo, pero para su ejecución se requerirá que Las Empresas hayan aprobado las garantías, tal como se indica en el parágrafo de la cláusula quinta, las que deberán ser presentadas junto con el certificado de existencia y representación legal, el paz y salvo de industria y comercio, el certificado de la DIAN, en el cual se establezca que se encuentra a paz y salvo de las obligaciones tributarias nacional, el recibo del pago de impuesto de timbre y una manifestación por escrito de que el contratista no se encuentra incurso en ninguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad señaladas en la ley para celebrar contratos con Las Empresas. (…)”.

6 El 12 de junio de 2000 Empresas Públicas de Medellín se dirigió a Ariel Aguirre Ocampo, mediante oficio 893044 (Fls.369 anexo 1 del Exp. 2002-3635), donde le comunicó que el día 17 de julio de 2000 se daría inicio a la ejecución del contrato No. 1108207.

7 Seguidamente se observa en el expediente la Póliza No. 0368298-8 expedida el día **30 de junio de 2000** por la Compañía Suramericana de Seguros, cuyo objeto era asegurar el cumplimiento del contrato No. 1108207, dentro de la vigencia comprendida entre el 29 de junio de 2000 y el 25 de diciembre de 2004 y por un valor total de $821.481.265.00, comprensivos de los siguientes conceptos[[154]](#footnote-154):

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **COBERTURAS** | **INICIA – VENCE** | **VR. ASEGURADO** |
| BUEN MANEJO DEL ANTICIPO | 2000/06/29 – 2001/12/26 | $203.120.316.oo |
| ESTABILIDAD DE LA OBRA | 2000/06/29 – 2003/06/29 | $203.120.316.oo |
| CUMPLIMIENTO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES | 2000/06/29 – 2004/12/25 | $101.560.158.oo |
| CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO | 2000/06/29 – 2002/02/24 | $304.680.475.oo |

8 Asimismo se constituyó la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 53459, expedida el día **30 de junio de 2000** por la Compañía Suramericana de Seguros S.A., con una vigencia comprendida entre el 29 de junio de 2000 y el 24 de febrero de 2002 y un valor asegurado de $101.560.158,oo[[155]](#footnote-155).

En síntesis, se trató de un contrato de obra que tuvo por objeto “el cambio de medidores y tapas para cajas de medidores, corte y reinstalación de acometidas de acueducto, construcción de acometidas de acueducto y alcantarillado y cambio de acometidas de acueducto en diferentes zonas atendidas por el sistema de acueducto de las Empresas Públicas de Medellín”, en un plazo “único”, según lo dispuesto desde el pliego de condiciones y la cláusula 2ª del contrato, de 545 días calendario.

El plazo solo podía variarse en caso de suspensión del contrato, pero no de cualquier suspensión, sino de aquellas fundamentadas en hechos imprevistos que configuraran una fuerza mayor o un caso fortuito, o cuando así lo ordenara la interventoría, siempre que se tratara de atender situaciones no imputables al contratista.

Y en todo caso se estipuló que, cuando una suspensión diera lugar al desplazamiento del plazo, tal desplazamiento sólo tendría lugar “por un término igual al de la suspensión”, además, con la previsión de que esta circunstancia no modificaría el valor del contrato y debería constar en acta que suscrita por Empresas Públicas de Medellín y el contratista.

Ahora bien, en cuanto al valor del contrato, aunque éste se pactó en la suma de $2.031.203.169.oo, de acuerdo con el pliego de condiciones era variable, en tanto podía aumentarse o disminuirse, de pendiendo de las cantidades de obra ejecutadas y recibidas, toda vez que por cuanto se trataba de multiplicar los precios unitarios por la cantidad de obra ejecutada y recibida.

De otra parte, de conformidad con lo previsto en las instrucciones preliminares al contrato y la cláusula 6ª del mismo, el contrato se regiría por las normas contenidas en el pliego de condiciones y por las leyes colombianas aplicables tales como las civiles y comerciales, la Ley 142 de 1994 (Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios) y por la Ley 80 de 1993 (Régimen de Contratación de la Administración Pública) y sus Decretos reglamentarios, en cuanto sean aplicables.

Asimismo, se pactó la aplicabilidad de las normas internas proferidas por Empresa Públicas de Medellín, esto es, los Decretos 118, 1016 y 1039 de 1999, y demás disposiciones complementarias.

Todo lo cual debe entenderse bajo el régimen jurídico de los contratos suscritos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios, especificado en el punto 1 de las consideraciones.

**10.1 Desequilibrio económico del contrato y ejecución de obras extras y adicionales**

Con relación a este ítem el demandante solicitó que se declare que durante la ejecución del contrato se produjo un desequilibrio económico en detrimento suyo, del cual fue responsable la entidad demandada; y asimismo peticionó que se declare que “la actividad desarrollada por el contratista y consistente en la instalación de más de una tubería en una misma brecha constituye una obra extra” que debe ser cancelada por la entidad demandada.

Con relación a estas pretensiones, la Sala encuentra los siguientes medios probatorios:

**- 06/02/2001[[156]](#footnote-156)**: El contratista Ariel Aguirre Ocampo puso en conocimiento de Empresas Públicas de Medellín que transcurridos 199 días de ejecución del contrato No. 1108207 se habían presentado las siguientes situaciones:

1.- De acuerdo con el programa de inversiones el total que debía tenerse facturado hasta ese momento el valor de $741.668.680.06; no obstante de conformidad con las actas de obra ejecutada correspondientes al término comprendido entre agosto de 2000 y enero de 2001, sólo se había facturado la suma de 528.087.406.17.

Existiendo un desfase de $213.581.273.89, lo cual se debía a que hasta ese momento se había presentado una menor facturación derivada de una disminución en las órdenes de trabajo en los ítems mayores del contrato.

En virtud de lo anterior, el contratista le manifestó a Empresas Públicas que dejó de recibir la suma de $145.944.271,oo por concepto de costos de Administración, utilidad, equipo, mano de obra y transporte.

2.- En consecuencia, el demandante le solicitó a la E.P.M. que: i) se reconozca y pague el desequilibrio que se estaba presentando en la ejecución del contrato, toda vez que el mismo no se podría resolver "con una cantidad de trabajo ajustada al ritmo normal de facturación o con una mayor cantidad de trabajo superior al promedio requerido, pues es claro que, en el primer caso, se amortizarán los recursos disponibles al llegar al punto de equilibrio, y, en el segundo caso, el mayor valor compensará los incrementos que se produzcan en recursos para poder ejecutarlos"; y ii) se entregue el trabajo necesario para alcanzar un punto de equilibrio en materia de facturación.

- **09/03/2001[[157]](#footnote-157):** E.P.M. le informó al contratista que estaba de acuerdo con la nueva cotización presentada por él en cuanto a los costos de suministro, transporte y colocación de tubería PVC RDE - 21 de 3", 4" y 6" de diámetro, la cual se realizó con el fin de continuar el normal desarrollo del contrato.

**- 20/03/2001[[158]](#footnote-158):** E.P.M. puso a disposición del contratista el borrador del acta de modificación No. 1, la cual tenía por objeto el pacto de una obra adicional por valor de $97,206,583,70 y una obra extra por valor de $66,943,245,00, suma esta que se compensaría con la obra contractual no ejecutada por valor de $164,149,830,90, con la finalidad de garantizar "el normal desarrollo de las obras objeto de este contrato".

**21/03/2001[[159]](#footnote-159):** El contratista le manifestó a la E.P.M. su desacuerdo con el acta anteriormente mencionada, puesto que modificaba el objeto del contrato para que la menor facturación se redujera con trabajo adicional y extra.

**02/04/2001[[160]](#footnote-160):** E.P.M. le reiteró al contratista lo manifestado en el oficio de 23 de febrero de 2001, con relación a que la interventoría está buscando nuevos trabajos para incrementar la facturación por obra ejecutada, en razón a lo cual se le entregó “la ejecución de obra extra y obra adicional consistente en el suministro, trasporte y colocación de pavimento asfaltico en zanjas y apliques, con lo que se esperaba poder atender varias solicitudes presentadas por la comunidad para la construcción de las acometidas de acueducto y alcantarillado, así como la reubicación de los medidores de acueducto que se encuentran a la entrada de los callejones, para lo cual se hace necesario la extensión de pequeños tramos de redes”.

Al respecto la Entidad aclaró que estas obras extras o adicionales no modificaban el objeto del contrato sino que estaban directamente relacionadas con su ejecución por cuanto dichas obras permitirían atender trabajos que son el objeto del contrato e incrementar el volumen facturación, “dado que se le estaría dando atención a un gran número de solicitudes que en la actualidad no habían sido cumplidas satisfactoriamente por Las Empresas”.

**23/04/2001[[161]](#footnote-161):** Nuevamente, la E.P.M. entregó al contratista el borrador del acta de modificación bilateral No. 1 del contrato, en la que se establecía una obra adicional por valor de $97.206.583.70 y una obra extra por $66.943.245.00, suma esta que compensaría la obra contractual no ejecutada por $164.149.830.90.

**26/04/2001[[162]](#footnote-162):** El contratista nuevamente manifestó a la entidad contratante la ocurrencia del desequilibrio del contrato No. 1108207, el cual ascendía a la fecha a la suma de $210.995.464.13.

**- 09/05/2001[[163]](#footnote-163):** Por segunda vez el contratista no estuvo de acuerdo con el acta de modificación bilateral No. 1, toda vez que consideraba que "se pretende modificar el objeto del contrato, de forma que la menor facturación que en este momento se está dando, se reduzca hacía el futuro con la ejecución de la obra adicional y obra extra".

- **14/05/2001[[164]](#footnote-164):** La E.P.M. le dio contestación al oficio de 26 de abril de 2010 en el siguiente sentido:

"1.- Según su análisis, los ítems 2,3 y 6 son los determinantes en la facturación, y de acuerdo a lo ejecutado mes a mes, es en éstos donde se presentan las mayores diferencias entre lo ejecutado y lo proyectado, siendo inclusive el ítem 6 el más preocupante, ya que contribuye con un 61,37% del desequilibrio presentado con respecto al A.I.U ya que según sus apreciaciones no se está dando trabajo por parte de la interventoría para ejecutar éste ítem y, el contratista dispuso de dos (2) barrenos (sic) necesarios para ejecutar esta actividad, y cuyo personal ha venido causando los sobrecostos respectivos.

2.- Adicionalmente, del ítem 6, transporte y colocación de tubería de cobre flexible, tipo k, de 12,5 mm (1/2") y 25 mm (1") de diámetro, con equipo perforador, se han dejado de ejecutar hasta el acta 8 un total de $76, 717, 499,51 de una diferencia total dejada de ejecutar de $210, 995, 464,13, lo que equivale a un 36,36% considerando en éste caso los ítems más importantes.

3.- Es de anotar que la interventoría si ha ordenado suficiente trabajo al contratista para realizar con equipo perforador subterráneo, barreno, prueba de ello es que a la fecha de corte del acta 9, se han ejecutado las siguientes cantidades de obra en los ítems:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Ítem |  Descripción  | Cantidad ejecutada |  Porcentaje |
| 1 | Corte, cargue, rotura y retiro de pavimento flexible o rígido  | 6,753,29 mt | 50,02%  |
| 2 | Construcción o cambio de acometidas de acueducto  | 15,287,63 mt | 41,54% |
| 3 | Transporte y colocación de accesorios para acueducto y construcción de la caja del medidor  | 2,799,00 un | 41,47% |
| 6 | Transporte y colocación de tubería de cobre flexible tipo k de 1 2,5 mm (1/2") y 25 mm (1") de diámetro, con equipo perforador  | 2,026,25 mt  | 15,01% |

Lo que se puede observar es que el contratista ha ejecutado un porcentaje mayor en el ítem corte, cargue, rotura y retiro de pavimento flexible o rígido, lo que indica que si se ha entregado suficiente trabajo para construir con barreno (...)".

**- 15/05/2001[[165]](#footnote-165):** E.P.M. manifestó al contratista "que con la ejecución de obras adicionales y obras extras lo que se pretendía al final, era poder atender las solicitudes para la construcción de acometidas y alcantarillado, por no poseer éstas redes por el frente habían sido negadas por las Empresas, adicionalmente se le daba al contratista la oportunidad de ejecutar una obra extra, pavimento asfáltico, la cual debería subcontratar con una empresa dedicada a éstas actividades y simplemente manejaría la administración, lo anterior para no vincular recursos adicionales para ejecutar una actividad que iba a ser esporádica".

**- 29/05/2001[[166]](#footnote-166):** La E.P.M. consideró que los argumentos expuestos por el contratista respecto a la negativa del proyecto de acta de modificación bilateral No. 1 no eran de recibo por los argumentos expuestos en los oficios del 2 de abril de 2001 y además manifestó:

"En vista de la reprogramación solicitada por la interventoría al contratista con el oficio radicado número 932104 del 23 de febrero de 2001, éste respondió enviando una copia del plan de calidad inicial, la interventoría nuevamente le solicita que dada la disminución de solicitudes presentadas por la comunidad, ante la situación económica que actualmente atraviesa el país y considerando el recorte de personal realizado recientemente, abril 24 de 2001, el contratista podría replantear los gastos de administración, tratando de bajar estos y adicionalmente deberá presentar un nuevo programa de trabajo con la asignación de los recursos necesarios para poder satisfacer la cantidad de trabajo que actualmente se le esta ordenando, programa que deberá ser aprobado por la interventoría y para el cual se concede un plazo de quince días para su presentación a partir de la fecha de recepción de la presente".

**- 04/06/2001[[167]](#footnote-167):** El contratista informó a la entidad contratante su desacuerdo con la reprogramación solicitada en el anterior memorial por los mismos argumentos expuestos en el oficio de 1 de marzo de 2001.

**- 04/06/2001[[168]](#footnote-168):** El contratista manifestó que no se estaba oponiendo a la ejecución de obra adicional o de obra extra; pero lo que no se podía hacer era que mediante este pacto de cantidades y precios unitarios se pretendiera al mismo tiempo suprimir cantidades de obra contractual que no se encontraba ejecutada y que había originado un problema de menor facturación con la consiguiente menor amortización de recursos dispuestos para su ejecución.

En consecuencia, para salir de dicho problema el contratista propuso hacer el acta de modificación bilateral No. 1 aclarando que la modificación en cantidades es exclusivamente para fines presupuestales y que no renunciaba a ninguna clase de reclamación que pudiera presentar, pues su pacto lo hacía para efectos de lograr una facturación acorde con lo pactado en el contrato.

**- 04/06/2001[[169]](#footnote-169):** El contratista puso de presente que a la fecha persistía el desequilibrio económico del contrato en virtud de la menor facturación y por valor de $313, 239,688.01.

**- 04/06/2001[[170]](#footnote-170):** Ante la negativa de la interventoría de reconocer el desequilibrio que estaba ocurriendo y pese a que aceptaba el hecho que lo originaba y que las causas no eran de su responsabilidad, el contratista hizo ajustes en los recursos de mano de obra.

**- 04/06/2001[[171]](#footnote-171):** El contratista manifestó que a la fecha persistía una menor facturación que no permitía llegar a un acuerdo en cuanto al restablecimiento del equilibrio económico, el cual ascendía a la suma de $242,551,835,66.

**- 14/06/2001[[172]](#footnote-172):** La E.P.M. pone de presente que el contratista aceptó la disminución en los recursos de mano de obra y de los vehículos, para disminuir así los gastos de administración. Sin embargo, "si tenemos en cuenta que éste personal fue retirado del contrato al finalizar el acta de obra No. 9 y que para el acta de obra No. 10, mes de mayo de 2001, la facturación de la misma no sufrió modificación alguna con respecto al promedio de las actas anteriores, observamos que el personal retirado no estaba agregando valor al contrato, por el contrario, estaba generando unos gastos innecesarios para el contratista”.

Igualmente, la entidad demandada informa que la interventoría le ha manifestado al contratista que no ha cumplido con lo inicialmente programado, en cuanto al proceso de comparación y pago de las actas de obra, y que con lo facturado a esta fecha se ha cumplido la segunda parte del contrato, pero no la primera y esto se debe a la negligencia por parte del contratista para tomar decisiones.

Igualmente e hizo énfasis en el empleo de un solo ingeniero al frente del contrato porque dos (2) ingenieros son innecesarios e incrementan los gastos administrativos.

**- 19/06/2001[[173]](#footnote-173):** la E.P.M. le dio contestación a los siguientes oficios:

**1.- Memorial 01135749:**

1.1- Dada la disminución de solicitudes de acueductos presentadas por la comunidad ante el agravamiento de los problemas económicos y sociales que se presentaban en la comunidad, la interventoría le solicitó un nuevo análisis de precios unitarios para los ítems 1,2,3 y 6, es decir, aquellos ítems más directamente relacionados con la construcción y cambio de acometidas de acueducto y, además, sostuvo que estaba en la búsqueda de nuevos proyectos para la extensión de pequeños tramos de redes de acueducto y alcantarillado y así vincular un número mayor de clientes.

1.2.- Reiteró que pese a la disminución de algunos recursos de mano de obra y transporte, el valor del acta no sufrió ninguna disminución porque el contratista tenía personas y recursos subutilizados, con lo que estaba incrementando los costos del contrato, innecesariamente.

**2.- Memorial 01135753:**

2.1.- Allí se estableció la figura de la compensación, con la que se buscaba conservar el presupuesto ya que de no compensarse, se generarían traumatismos tanto para Las Empresas derivados de la reelaboración de registros presupuestales injustificados ante la Administración y los organismos de control, debido a la ampliación del valor del contrato y para el contratista, por cuanto implicaría extra costos representados en gastos adicionales e innecesarios como son pago de impuesto de timbre, ampliación del valor de las pólizas y otros.

**- 19/06/2001[[174]](#footnote-174):** El contratista condicionó la aceptación del acta de modificación bilateral No. 1, así:

1. Que la cláusula primera se entendiera en el sentido de que lo que se pacta es obra adicional y obra extra.

2.- Que el acta de modificación se realizaba únicamente con fines presupuestales y no tenía nada que ver con el ajuste de cuentas entre las partes ni tenía incidencia con relación al desequilibrio económico del contrato.

3.- Que se debía aclarar que no se había producido afectación al plazo, teniendo en cuenta que la menor facturación producida no tenía como causa el comportamiento del contratista.

**- 26/06/2001[[175]](#footnote-175):** El contratista solicitó el reconocimiento de las pérdidas que consideraba generadas hasta el acta No. 10, consistentes en la suma de $244,501,566; la prórroga del contrato por el término de 8 meses y que se levanten las multas aplicadas, sobre la base de que los valores obtenidos serían destinados a cancelar las obligaciones laborales.

Bajo estas condiciones aceptaría la disminución del valor del contrato a ejecutar por el plazo pactado, en cuantía de $598, 000,000; pero siempre y cuando se permita disminuir los recursos de administración, mano de obra, transporte y equipo que se puedan amortizar con los promedios de acta a facturar y además se pacte:

Consideró el contratista que esto beneficiaría a la E.P.M. por cuanto se "frena su responsabilidad por la menor facturación que están produciendo las menores solicitudes de acueducto presentadas. Igualmente, garantizaría los mismos precios unitarios pactados por un tiempo mayor. Este contratista sacrificaría las actas 11 y 12 durante las cuales se presupone se haría el arreglo, lo mismo que lo que significa el menor valor a ejecutar en el plazo que todavía falta por terminar el contrato.

**- 26/06/2001[[176]](#footnote-176):** el contratista le dio contestación a los siguientes oficios:

**1.- Oficio No. 952351 de 14 de junio de 2001:** "es claro que la disminución de recursos se produce como consecuencia de una menor facturación generada por hechos de exclusiva responsabilidad de las Empresas Públicas de Medellín. 1.1.- Dicha disminución implicará obviamente que lo que se pretendía percibir originalmente por mano de obra y transporte por esta modificación, se reducirá en lo que esta disminución significa. En cuanto a los costos indirectos se seguirá sosteniendo su valor de propuesta, toda vez que la modificación se produce exclusivamente para evitar unas mayores pérdidas por mano de obra y transporte. De acuerdo con la discriminación de recursos de administración de propuesta, los recursos de encargados y transporte, siguen siendo mayores a los que aparecían en dicho análisis, motivo por el cual no puede decirse que los costos de administración hayan disminuido".

**2.- Oficio No. 952840 de 19 de junio de 2001:**

**2.1.- En cuanto a la respuesta dada por la E.P.M. al oficio No. 01135749 de 4 de junio de 2001:**  "La solución hacia el futuro puede o no ser la que presenta la interventoría, es decir, la re cotización de los ítems 1,2,3 y 6 y la búsqueda de nuevos proyectos, pero dicha causa ha generado dos (2) problemas que no se solucionan simplemente con ello: - la menor amortización de los recursos de administración, mano de obra, equipo y transporte que se han tenido dispuestos para la ejecución de los trabajos desde el principio del contrato y que ya han acumulado una pérdida cercana a los trescientos millones de pesos ($300.000.000.oo) M.L. - Una multa, porque si no alcanza lo que se recibe para pagar los recursos, en lo primero que se ha notado el desbalance es la imposibilidad de cumplir con ciertas obligaciones laborales. Las soluciones que plantea la interventoría merecen los siguientes comentarios: - Re cotizar los ítems 1,2,3 y 6 equivale tanto como a subirles de precio para que en las condiciones actuales permitan pagar todos los recursos y obtener una utilidad. Esta salida es poco recomendable porque no hay forma de presentarla en un juicio de responsabilidad fiscal, ya que no tiene un soporte técnico. - La búsqueda de pequeños proyectos para ejecutar genera la necesidad de recursos adicionales y no garantiza que con ello se vayan a alcanzar los topes de amortización presupuestados. En verdad el contrato tiene que modificarse de forma que este contratista no pierda más y Empresas Públicas de Medellín no asuma costos injustificados. Eso es claro y para lograrlo simplemente las partes debería sentarse y negociar el pasado y el futuro de este contrato. El pasado se negocia fácilmente si se respeta el hecho de que existe una propuesta y ese es el marco de remuneración. Estos datos ya se han presentado y muestran la necesidad de un reconocimiento económico y del levantamiento de la multa que ya fue aplicada. El futuro implicaría modificar la administración y los recursos que se tienen disponibles para el contrato, de forma que el tope de facturación se pueda disminuir y de esta forma lo que se reciba alcance para pagar los costos en que se incurre y obtener al mismo tiempo una utilidad. Estamos dispuestos a ello, siempre y cuando se pacte un reconocimiento económico sobre el pasado de este contrato".

**2.2.- Con relación a la respuesta dada por las Empresas al oficio No. 01135753: "**las aclaraciones de la interventoría queda sin valor después de la exigencia jurídica en el sentido de modificar el texto del acta de modificación bilateral No. 1 de forma que existe un pleno acuerdo entre las partes. (...)".

**- 05/07/2001[[177]](#footnote-177):** el contratista aclaró la incidencia en la administración de la propuesta hecha en el oficio No. 01146778 de 28 de junio de 2001.

**- 10/07/2001[[178]](#footnote-178):** el contratista solicitó el pacto del valor de la obra adicional y extra en la suma de $24, 416, 275,21

**- 11/07/2001[[179]](#footnote-179):** E.P.M. dio contestación a las solicitudes presentadas por el contratista:

1.1.- No aceptó la propuesta relacionada con el levantamiento de las multas, por cuanto ellas se encontraban debidamente ejecutoriadas.

1.2.- No consideró posible ampliar el término del contrato, por el consideró que se debía ir definiendo la forma de acelerar la amortización del anticipo, dado que existía una desproporción entre el anticipo por amortizar y el plazo contractual pendiente.

1.3.- Con relación a la solicitud de reconocimiento de las pérdidas del contratista hasta el acta No. 10, manifestó que el interventor se encontraba en la búsqueda de nuevos frentes de trabajo para poder cumplir el contrato inicial.

2.- No aceptó el borrador del acta de modificación No. 1 presentada por el contratista, por cuanto esta sólo contemplaba la obra extra lo que implicaba un aumento presupuestal para el contrato, el cual no era aceptado por la E.P.M.

**- 23/07/2001[[180]](#footnote-180):** El contratista manifestó que "ante la menor cantidad de trabajo que ha sido ordenado, es un hecho que este contrato, no puede seguir sin que se replanteen las condiciones económicas del mismo y sin que se restablezca el equilibrio que por ello se ha producido. Este contratista presentó una propuesta que permite continuar con la ejecución del contrato. Dicha propuesta se está estudiando, según se nos ha informado en reuniones celebradas en las dos (2) últimas semanas. No obstante, el tiempo pasa y la menor facturación baja a ritmos insostenibles, lo que eventualmente puede conducir a que se produzca un punto de no retorno, en el cual la quiebra de este contratista conducirá no solamente a paralizar los trabajos, sino fundamentalmente a que se perjudiquen todos los recursos que actualmente se tienen dispuestos para su ejecución (…)".

**- 25/07/2001[[181]](#footnote-181):** La E.P.M. dio contestación reiterando lo manifestado en el oficio de 11 de julio de 2001, en el sentido de no aceptar las propuestas presentadas por el contratista.

**- 03/08/2001[[182]](#footnote-182):** La E.P.M. presentó como contrapropuesta:

1.- Ampliación del plazo contractual hasta en un 50%, esto es, 9 meses contados a partir del 12 de enero de 2002; no obstante, dicha ampliación se daría por terminada en el caso en que se hubiese ejecutado el 100% en dinero del valor inicial.

2.- El porcentaje de amortización del anticipo, continuaría siendo el mismo hasta la terminación del contrato.

3.- La forma de reajuste sería liberada durante la prórroga del contrato

4.- Se le concedería un plazo prudencial al contratista con el fin que pagara las obligaciones laborales adeudadas.

5.- Las reclamaciones presentadas por el contratista serían estudiadas al finalizar el contrato

**- 03/08/2001[[183]](#footnote-183):** la E.P.M. levantó la suspensión temporal y/o parcial de la ejecución del contrato, para darle viabilidad al arreglo por ella propuesto, "aunque las causas que dieron origen a la suspensión del temporal y/o parcial, continúan existiendo”, esto es, las referidas al incumplimiento por parte del contratista del pago de los salarios y prestaciones sociales del personal que trabajaba en la ejecución del contrato.

**- 08/08/2001[[184]](#footnote-184):** frente a la propuesta de la entidad demandada el contratista consideró:

1.- Que a esta fecha el contrato podría terminarse de ejecutar si los costos de administración, equipos, materiales, transporte y mano de obra se disminuían; y no se debiera amortizar el anticipo.

2.- El ofrecimiento si bien posibilitaría la ejecución del contrato, no permitiría recibir utilidad alguna, lo que imposibilitaría pagar las deudas que a la fecha se tenían.

3.- La oferta sería aceptada siempre y cuando estuviera acompañada del reconocimiento del 70% de la suma de $258, 668,610, que correspondía al valor al que ascendía la reclamación hasta el mes de julio de 2001.

**- 10/08/2001[[185]](#footnote-185):** La E.P.M. consideró que "la propuesta presentada por Las Empresas al contratista, pretende salvar la ejecución del contrato y para ello es necesario la suspensión de toda reclamación hasta que no se ejecute la totalidad del mismo, incluida la ampliación propuesta porque sólo hasta la terminación de las obras, se analizaría cualquier reclamación; por lo tanto, este es el elemento fundamental para ser (sic) viable que el contrato continúe, ya que aceptar la solicitud propuesta por usted, sería modificar sustancialmente el objeto mismo del contrato y sus condiciones, porque de acuerdo con el pliego de especificaciones que dio origen al mismo, en esta clase de contratos las cantidades de obra iniciales son estimativos aproximados del trabajo previsto y sólo son usadas para comparar el valor de las propuestas, ya que el valor final del contrato es el resultado de multiplicar las cantidades realmente ejecutadas por los precios unitarios indicados en el formulario de la propuesta. Por todo lo anterior, Las Empresas ratifican totalmente la propuesta presentada y consideran que la contrapropuesta no es de recibo para las mismas".

**- 15/08/2001[[186]](#footnote-186):** El contratista informó que de no aceptarse sus condiciones preferiría pactar la terminación del contrato No. 1108207 y que se reconocieran las sumas de dinero a que tenía derecho.

**- 15/08/2001[[187]](#footnote-187):** El contratista presentó el avance de los trabajos correspondiente al contrato:

1.- La semana del 26 de julio al 8 de agosto el contrato fue suspendido por la interventoría, en consecuencia el valor facturado se disminuyó a su más mínima expresión, pues solamente se pudieron terminar los trabajos que ya se tenían iniciados.

2.- En la segunda semana, una vez reiniciados los trabajos por el levantamiento de la orden de suspensión, se facturaron $22.875.045. En los días 8,9 y 10 de agosto se hizo 17,17 y 18 instalaciones respectivamente, cuando el promedio del contrato era de 15,6 por día.

3.- En los días 13 y 14 se ejecutaron 27 acometidas y 12 barrenos.

4.- En lo concerniente al retiro y cambio de medidores, se han levantado 3291 unidades.

Por último manifestó que "si se examinan las actas anteriores se podrá establecer que el valor facturado se ha podido mantener, pero por efecto de obras adicionales y obras extras, convertidas o pactadas en acta de modificación bilateral. Si dichas obras extras o adicionales se dejan de ejecutar seguramente el promedio disminuirá y no por ello se podrá imputar a este contratista un incumplimiento, pues, como se ha dicho hasta la saciedad, la facturación depende de la Entidad".

**- 24/08/2001[[188]](#footnote-188):** La E.P.M. aceptó la "terminación mutua del contrato" por cuanto a la fecha persistían los problemas laborales generados por el no pago oportuno por parte del contratista a sus trabajadores, lo que originó que el personal no saliese a laborar normalmente los días 21 y 22 de agosto de 2001.

**- 30/08/2001[[189]](#footnote-189):** El contratista informó que aceptaría la terminación bilateral del contrato No. 1108207 siempre y cuando se incluyeran las siguientes condiciones:

1.- Que se reconociera la suma de $323.726.758 por concepto del desequilibrio económico generado por la menor facturación.

2.- Que la entidad asumiera la responsabilidad fiscal derivada del hurto de los medidores suministrados para el cumplimiento del contrato.

3.- Que de la suma objeto de reconocimiento fuera deducido el valor del anticipo.

4.- Que se fijara como fecha de terminación del contrato el día 8 de septiembre de 2001, puesto que el valor del desequilibrio económico ya había superado toda su resistencia.

**- 31/08/2001[[190]](#footnote-190):** La E.P.M. aceptó la terminación bilateral del contrato con fecha 8 de septiembre de 2001, pero sin el reconocimiento de la suma de $323.726.758.oo, por cuanto en el presente caso no se había configurado un desequilibrio económico toda vez que "en esta clase de contratos, el valor real del mismo será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por los precios unitarios estipulados. Por ello el valor del contrato sólo es tenido en cuenta para efecto de comparación de las propuestas, el cual puede ser mayor o menor dado que las cantidades de obra son estimadas".

**- 03/09/2001[[191]](#footnote-191):** El contratista consideró que a la fecha se presentaba un desfase de $453.727.240.52, por lo que no aceptó la propuesta de terminación bilateral del contrato, en razón a:

"2.1.- Que ya se ha aceptado que hay una menor facturación. 2.2. Que está aceptado que dicha facturación no es responsabilidad del contratista. 2.3.- Que está aceptado el hecho de que la causa de esta menor facturación es la menor cantidad de solicitudes de acueducto que ha impedido ordenar una mayor cantidad de obra. 2.4.- Que el contratista está en una difícil situación económica por cuanto el contrato se ha desequilibrado a la fecha en más de trescientos cincuenta millones de pesos ($350.000.000.oo), valor que nunca se ha discutido por la interventoría. 2.5.- Que es lógico que ciertas obligaciones no se puedan pagar a tiempo por cuanto nadie está preparado ni obligado a perder esta suma de dinero. 2.6.- Que es un hecho cierto que el contrato se paralizará en el momento en que el contratista no aguante más".

(…)

 4.- Le notificó el inicio del proceso de responsabilidad fiscal en su contra por el hurto de los medidores ocurrido el 5 de abril de 2001”

**- 06/09/2001[[192]](#footnote-192):** Sin embargo el contratista le solicitó a la E.P.M. un pronunciamiento respecto a la terminación bilateral del contrato, toda vez que se consideraba condenando a la quiebra y sostuvo:

 "si lo que se busca con este comportamiento es colocarme contra un precipicio que no puedo evitar, ha ganado la interventoría, puesto que con su presión indebida me lleva a que, para salvarme, le tenga que aceptar como ahora lo hago la ampliación del contrato, en la forma señalada en el oficio No. 961431 de agosto 3 de 2001 (...) obviamente sin que ello signifique que estoy renunciando a acción judicial alguna, pues es más intentaré las que sean pertinentes e inmediatas".

**- 17/09/2001[[193]](#footnote-193):** Las Empresas le dieron respuesta a los oficios 01178835 y 01180887 en el siguiente sentido:

1.- Las Empresas, “luego de realizar un estudio a fondo de las condiciones actuales del contrato considera que en la búsqueda de una solución acorde con lo sucedido durante el desarrollo del presente contrato procederá a reconocer al contratista un valor equivalente al detrimento de su patrimonio económico como consecuencia de la posible pérdida sufrida por una menor facturación a lo largo del presente contrato, de conformidad con lo ya planteado al contratista en reunión sostenida el día miércoles 12 de septiembre de 2001, en las oficinas de la Subgerencia del Acueducto”.

2.- Teniendo en cuenta la situación del contrato, la cual hasta el 25 de agosto de 2001 (fecha en la que se realizó el último corte de obra), se encontraba ejecutado en un 70.43% y “el hecho de que el contratista tuvo un periodo de vacaciones en diciembre del año 2000, además estuvo una semana sin realizar trabajos como consecuencia de una suspensión por no cumplir las obligaciones laborales establecidas en el contrato, como son el pago de todas las obligaciones originadas en la Ley 100 de 1993 y la disminución en los gastos administrativos durante todo el año 2001, consideramos que la cuantía a reconocer es aproximadamente de ochenta y cinco millones de pesos ml. ($85,000,000.oo)”

En consecuencia, las Empresas consideraron que “en el evento de llegar a un acuerdo de terminación bilateral del contrato con el reconocimiento propuesto, el contratista deberá presentar el paz y salvo de todas las obligaciones laborales hasta el día de su terminación o en su defecto, autorizar a las Empresas para efectuar dichos pagos con cargo al reconocimiento”. No obstante, "si la posición del contratista ante esta nueva propuesta es negativa, las Empresas no estarán dispuestas a ampliar el plazo del contrato, dado que la situación financiera y laboral en que se encuentra el mismo, no son garantía para prorrogarlo”.

**- 19/09/2001[[194]](#footnote-194):** El contratista no aceptó el pago de $85.000.000.oo por concepto de desequilibrio económico del contrato No. 1108207 y propuso se cancele el 70% de $323.726.758.oo.

Asimismo le solicitó a la E.P.M. la liberación del pago del acta No. 13, retenido en razón del hurto de unos medidores de propiedad de la administración; pago que dijo indispensable para cancelar los salarios a los trabajadores; el pago de las indemnizaciones por terminación injusta de los contratos de trabajo y a todos los empleados que fueron contratados para la ejecución del contrato, la cual estaba calculada en aproximadamente $80,000,000.oo y del valor de la administración y utilidades dejadas de percibir por la terminación del contrato.

De igual forma reiteró el levantamiento de la multa aplicada por no poder pagar obligaciones laborales, por cuanto consideró aceptado el desequilibrio del contrato por parte de la administración.

De otra parte el contratista le informó a la entidad contratante, lo que consideró una serie de omisiones y negligencias en que incurrió la interventoría del contrato:

1.- No ordenó la constitución de una póliza que amparará el riesgo de hurto calificado, tal como lo exigía el artículo 107 de la Ley 42 de 1993

2.- No solucionó el problema de la menor facturación desde el mes de febrero de 2001, cuando la indemnización solicitada era mucho menor y se podía realizar una transacción aún más favorable para el ente demandado, en vez de dejar transcurrir el tiempo sin resolver dicha situación.

3.- No se pronunció antes del 8 de septiembre de 2001, fecha de renovación de los contratos de trabajo y en la forma como se solicitó a través de derecho de petición.

4.- Paró el pago de un acta sin notificación alguna.

5.- Presionó al contratista con una caducidad, cuando ya se había reconocido que la causa del desequilibrio económico era la menor facturación ocurrida durante la ejecución del contrato la cual era ajena al contratista.

**- 25/09/2001[[195]](#footnote-195):** El contratista le solicitó a la entidad contratante tener en cuenta el desequilibrio producido por la menor facturación presentada en el contrato, el cual al acta No. 13 ascendía a $323,726,758,00, representados en costos directos, equipo, mano de obra, transporte, AIU, administración, imprevistos y utilidad.

Igualmente el contratista manifestó que el interventor lo amenazó con la caducidad del contrato, situación que contradice "el reconocimiento de que existe un detrimento económico causado por la menor facturación en este contrato (confesión hecha por la interventoría) sino especialmente la ley, pues es evidente que la parálisis se produce como ya se había anunciado en todos los oficios enviados a la Entidad, por cuanto ya no hay forma de recursos que permitan subvencionar las obras mientras la interventoría reconoce y paga un valor que sea al menos proporcionado con el desequilibrio ocasionado".

En consecuencia, el contratista insistió en el pago de los siguientes valores: por concepto de desequilibrio económico la suma de $352,282,048; por obra extra solicitada, el valor de $24,000,000,oo; por obra ejecutada y no liquidada, $50,000,000.oo; por la utilidad dejada de percibir por la terminación anticipada del contrato, $17,000,000,oo; el valor dejado de amortizar, equivalente a $200,000,000,oo; por las indemnizaciones de los contratos ya prorrogados, la suma de $80,000,000,oo.

Además de lo anterior, la parte actora solicitó el levantamiento de la multa y la devolución del valor correspondiente.

En el evento de producirse la prórroga del contrato, solicitó "el reconocimiento y pago del desequilibrio económico causado, en un 70% del total"; la cancelación de $25, 000,000.oo por obra extra solicitada; la prórroga del contrato en diez meses; la no modificación del porcentaje de amortización del anticipo; la no congelación de la fórmula de reajuste; la devolución del valor retenido del acta No. 13; y el levantamiento de la multa aplicada. Caso en el cual el contratista renunciaría a reclamar la mayor permanencia y se declararía a paz y salvo con la entidad.

Visto el material probatorio que antecede la Sala observa que entre las partes contratantes mediaron múltiples comunicaciones, la primera de ellas, de fecha **06 de febrero de 2001[[196]](#footnote-196),** donde el contratista le informó a la EMP la existencia de una baja facturación, argumentando que para esa fecha debían tenerse facturado el valor de $741.668.680.06 y sólo se había facturado la suma de 528.087.406.17, circunstancia que atribuyó a la disminución en las órdenes de trabajo por él recibidas y que consideró constitutivas de un desequilibrio económico del contrato por cuanto él dejó de recibir $145,944,271,00 por concepto de costos de Administración, utilidad, equipo, mano de obra y transporte.

La primera advertencia que conviene hacer en este punto, consiste en señalar que aunque si bien el incumplimiento contractual puede derivar en un desequilibrio económico del contrato, no siempre ello es así, pues bien puede presentarse el incumplimiento de la entidad demandada sin que éste traiga como consecuencia necesaria el desequilibrio contractual.

Sin embargo, lo anterior no implica que la Sala encuentre configurado el incumplimiento en cabeza de la entidad demandada, pues, aunque el contratista asegura que para la fecha (6 de febrero de 2001) correspondía la ejecución del contrato en un valor facturado de $741.668.680.06, conclusión que deriva de dividir el valor del contrato ($2.031.203.169,oo) en el número de días pactados como plazo de ejecución (545 días) para establecer el valor diario del contrato en la suma de $37.26.978,29 que multiplicados por el número de días ejecutado (199) arroja el valor de $741.668.680.06, la Sala considera equivocado el criterio establecido por el contratista para fijar el valor ejecutado del contrato, toda vez que el valor del contrato no se pactó por días, sino por valor unitario de la obra efectivamente ejecutada, en razón a lo cual debe preverse que el valor del contrato, aunque para efectos presupuestales se estimó en la suma de $2.031.203.169.oo, de acuerdo con el pliego de condiciones y el contrato mismo es de carácter variable, en tanto podía aumentarse o disminuirse dependiendo de las cantidades de obra efectivamente ejecutadas y recibidas, de modo que la suma mensual a pagar se obtenía de multiplicar los precios unitarios por la cantidad de obra ejecutada y recibida.

En este sentido, el numeral 20 del Pliego de Condiciones, en lo que respecta al “VALOR DEL CONTRATO”, previó que “ést[e] puede aumentarse o disminuirse habida cuenta que las cantidades de obra son estimativas aproximados de trabajo previsto, usados para comparar las propuestas”:

“El valor real del contrato será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra ejecutada por el contratista y recibidas a satisfacción por Las Empresas, por los precios unitarios estipulados, más el valor de los reajustes a que haya lugar, más el valor de las obras adicionales y extras ejecutadas por el contratista, más el reajuste del anticipo y otros pagos a que tenga derecho, en virtud de este contrato.

En concordancia, el numeral 2º de la cláusula 4ª del contrato determinó que mensualmente el interventor y el contratista revisarían el contrato para medir “conjuntamente” la obra realizada a satisfacción, siendo este el momento oportuno para informar las insatisfacciones y efectuar las salvedades a que hubiera lugar, pues en este momento se verificaban las cuentas y se hacía el cruce de cuentas para determinar el valor que la entidad contratante debía pagar al contratista.

Dicho lo anterior, es evidente que el contratista nunca entendió las características del objeto pactado a valor unitario y por eso consideró que existía una menor facturación de aquella contratada, frente a lo cual debe prever que la cantidad de obra ofrecida o proyecta no es la efectivamente contratada, toda vez que ella dependía, como pudo verse, de las solicitudes presentadas por la comunidad.

Ahora bien, como se dijo en las consideraciones que fundamentan la *ratio decidendi* de esta providencia, la conmutatividad, equivalencia o equilibrio entre las prestaciones contractuales atiende a las condiciones pactadas *ad initio* de la relación negocial, de manera que habrá de verificarse a qué se comprometió la entidad, en este caso, en el pliego de condiciones, para establecer si los cánones inicialmente propuestos y aceptados resultaron alterados durante la ejecución del contrato.

En el *sub judice* la Sala encuentra que dicha situación de alteración frente a la ecuación inicial del contrato no se configuró, pues de los apartes citados del pliego de condiciones y del contrato, se deduce que la entidad contratante nunca se comprometió con una cantidad específica de obra sino que aquellas contenidas en la propuesta fueron valoradas como estimativos aproximados que permitían comparar las propuestas presentadas por los oferentes, en razón a lo cual aclaró que el valor del contrato podía aumentarse o disminuirse, según las cantidades de obra.

Y, en correlación, la Sala no encuentra prueba en el expediente que establezca la obligación en cabeza de la entidad contratante o del interventor de entregar mensualmente al contratista una cantidad mínima o específica de órdenes de trabajo, ni se encuentra dentro del expediente el correspondiente cronograma de actividades o desarrollo de la obra o alguna prueba adicional de donde pueda inferirse el compromiso de la entidad contratante frente a determinada cantidad de obra.

Al respecto, sólo se observa en el plenario el formulario No. 5 del pliego de condiciones el cual es diligenciado por el contratista, donde se incluyeron las cantidades de obras correspondientes a la ejecución del contrato, pero ella fueron pactadas para un total de 545 días, sin que se hubiera establecido el número mensual a ejecutar en cada uno de los ítems del formulario.

Ahora bien, así como no puede afirmarse que la entidad contratante estaba obligada a proveer una cantidad específica de órdenes de trabajo, tampoco se hallan en el plenario las actas que permitan establecer con certeza cuáles fueron las cantidades de obra efectivamente ejecutadas por el contratista ni los valores pagados por cada una de ellas, aunque se infiere que hubo instalaciones que no se llevaron a cabo por causas imputables al contratista, ya que se verá más adelante, entre ellas la negativa a realizar obras adicionales y extras y el no pago de los salarios y prestaciones sociales del personal por él contratado, que conllevó la suspensión de los trabajos.

En este sentido, es evidente que el cumplimiento de las cantidades de obra contratadas también dependía de la realización de obras extras y adicionales que posibilitaban la ejecución del objeto contractual y, por ende, alcanzar las metas propuestas por el contratista, frente a lo cual conviene advertir que era importante la solvencia económica del contratista para atender los requerimientos del contrato.

Entonces, pese a que el contratista insistía en la existencia de una menor facturación derivaba del incumplimiento de la entidad demandada en la entrega de trabajo a ejecutar, lo cierto es que ni el objeto ni las estipulaciones contractuales incluían un mínimo de obra contratada, por el contrario el valor del contrato dependía de las obras que fueran solicitadas por la comunidad.

Sin embargo la administración presentaba como mecanismo para aumentar las cantidades de trabajo a ejecutar, la realización de una serie de obras extras y adicionales que permitirían aumentar el valor de la facturación, así, el 20 de marzo de 2001**[[197]](#footnote-197)** propuso la modificación bilateral No. 1 como un mecanismo para darle mayores ingresos al contrato y se plantearon estrategias como la dispuesta el 2 de abril de 2001**[[198]](#footnote-198)** para aumentar la facturación, lo cual era viable en tanto el mismo contrato previó la realización de obras extras o adicionales para coadyuvar a la efectiva y eficiente ejecución del objeto contractual.

En efecto, la Sala prevé que la administración buscó nuevos trabajos para incrementar la facturación por obra ejecutada, sin modificar el objeto del contrato, tales como la instalación, suministro, trasporte y colocación de pavimento asfaltico en zanjas y apliques, con lo que se esperaba poder atender varias solicitudes presentadas por la comunidad para la construcción de las acometidas de acueducto y alcantarillado, así como la reubicación de los medidores de acueducto que se encontraban a la entrada de los callejones, de manera que se creaban nuevos proyectos para la extensión de pequeños tramos de redes de acueducto y alcantarillado que permitían vincular un número mayor de clientes.

No obstante, la Sala reitera que aunque con su comportamiento la E.P.M. pareciera aceptar que se trata de un incumplimiento de las obligaciones en cabeza suya por generar menores cantidades de trabajo como lo entendía el contratista, lo cierto es que ella reconoce que hay una baja en las solicitudes de la comunidad, frente a lo cual plantea la ejecución de trabajos extras o adicionales que alcancen las labores proyectadas por el contratista en su propuesta, comportamiento este que acata los postulados de la buena fe contractual, según la cual cada uno de los contratantes debe prever la satisfacción de interés negocial de su co-contratante, pero en este evento fue el contratista quien no estuvo de acuerdo con el acta de modificación bilateral No. 1 y limitó su intervención al establecimiento de condiciones que imposibilitaron el acuerdo.

De otra parte debe preverse que así como los demandantes anuncian una suerte de mala planeación del contrato por parte de la entidad, para la Sala ella no es más que una mera posibilidad que no ha quedado acreditada y de la cual también puede inferirse la probabilidad de una mala planeación en cabeza del contratista que no tuvo en cuenta la naturaleza del contrato ni su supeditación a las solicitudes presentadas por la comunidad para la presentación de su oferta y el diseño de la ejecución del contrato.

Esta última conclusión bien podría soportarse en el hecho que el contratista haya aceptado disminuir los gastos de administración mediante la disminución de la mano de obra y de los vehículos con que se ejecutaba el objeto del contrato, en donde la administración consideró innecesaria la contratación de dos ingenieros para atender la ejecución del contrato y, sin embargo, previó que pese a retirar el personal subutilizado, la facturación no sufrió modificación alguna, de donde infirió que el personal retirado no estaba agregando valor al contrato, por el contrario, estaba generando gastos innecesarios en su ejecución.

Ahora bien, como lo afirma el contratista, es verdad que la facturación dependía de la entidad, pero, precisamente, por cuanto los trabajos ejecutados no fueron los esperados por el contratista, la E.P.M. propuso como mecanismo compensar los trabajos no ejecutados con obras extras o adicionales de tal manera que se mantuviera la expectativa económica del contratista. Sin embargo éste siempre fue reacio al mecanismo propuesto por la entidad, lo que implica que él haya asumido los riesgos derivados de la menor facturación.

De manera que aunque la menor facturación no es responsabilidad del contratista, tampoco es responsabilidad de la entidad demandada, sino que ello es simplemente un riesgo derivado de la naturaleza del objeto y valor contratado “a precios unitarios”.

A la sazón, no importan los oficios enviados por el contratista a la contratante considerando la existencia de un desequilibrio atribuible a la entidad demandada, pues de ellos no se puede derivar a priori la responsabilidad de la administración por desequilibrio económico del contrato, sino que dicho desequilibrio debe hallarse plenamente acreditado en el plenario conforme a los requerimiento exigidos para su configuración jurídica, y del simple hecho de plantear como fórmula de arreglo el reconocimiento de 85 millones para garantizar la ejecución final del contrato y con ello la satisfacción del servicio que con su celebración se pretendía garantizar, tampoco puede derivarse la acreditación del desequilibrio alegado.

Con relación al desequilibrio del contrato, se dijo que este tiene lugar cuando se alteran las fórmulas o condiciones inicialmente pactadas, circunstancia que en el caso de autos no se constató, pues aquí no se trata de la modificación o incumplimiento del pacto inicial, sino de la concreción de un riesgo propio del contrato que no pudo ser mitigado por la administración en atención a la renuencia del contratista a suscribir las actas que proveían de trabajos y obras adicionales para la consecución de la expectativa económica del contratista. Frente a lo cual, bien es cierto que el contratista no se encontraba en la obligación de suscribir dichas actas, tampoco puede exigir de la administración el resarcimiento frente a una situación que él mismo no quiso atender.

De otra parte, también debe recordarse que para la procedencia del restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato, entre otros, se dijo que es necesario que la ruptura del equilibrio económico (menoscabo) sea de carácter GRAVE y que dicha gravedad debe acreditarse mediante el medio idóneo que demuestre la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico, así como que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

En el caso de autos la Sala considera que no se acreditó la existencia de un desequilibrio GRAVE del contrato, en la medida que ni siquiera se estableció en qué consistía el equilibrio inicial del contrato, pues ni las actas de obra fueron allegadas al plenario y, adicionalmente, las propuesta presentadas por la entidad contratante para aumentar el valor facturado no eran acogidas por el contratista, a quien le correspondía asumir los riesgos propios de la ejecución del objeto contractual pactado a precios unitarios donde la cantidad de obra ejecutada dependería de las solicitudes allegadas por la comunidad y en donde el aumento de solicitudes, también dependía de las obras extras y adicionales que se llevaran a cabo para capturar nueva clientela.

Con relación a la prueba idónea del desequilibrio, debe preverse que se allegó al expediente el dictamen pericial rendido por Gustavo Duque Villegas, Ingeniero Civil, con el fin de determinar:

1.- Cuáles eran los ítems que concentraban mayor valor del contrato y en qué porcentaje;

2.- Cuáles eran las cantidades de obra contempladas en el pliego de condiciones para tales ítems;

3.- Cuáles fueron las cantidades de obra programadas para todo el contrato y especialmente para los ítems que concentraban el mayor valor del contrato.

4.- Cuál fue mes por mes, la cantidad de obra realmente ejecutada para tales ítems en comparación con lo previsto en la programación y la diferencia existente de acuerdo con los correspondientes precios unitarios contemplados en la propuesta.

5.- Cuál fue el impacto que tuvo la menor facturación tanto en la amortización de los costos directos de tales ítems como en el AIU.

6.- Establecer si durante la ejecución del contrato se presentó ruptura del equilibrio financiero del contrato en contra del contratista.

7.- Establecer si las soluciones propuestas durante la ejecución del contrato por EPM resultaban oportunas y eficaces para restablecer el equilibrio financiero del contrato.

8.- Establecer si las soluciones propuestas durante la ejecución del contrato por el Contratista resultaban oportunas y eficaces para restablecer el equilibrio financiero del contrato.

Con el fin de dar respuesta a los anteriores interrogantes, el perito tuvo en cuenta la siguiente documentación: la demanda de la Compañía Suramericana de Seguros contra Las Empresas Públicas de Medellín; los cuadros relacionados en el recurso de reposición presentado por Ariel Aguirre en contra de la declaratoria de caducidad del contrato por EPM; los pliegos de condiciones del proceso de contratación 003617 que dio origen al negocio jurídico; el contrato No. 1108207 suscrito entre Ariel Aguirre y EPM; la Resolución No. 1 de 18 de mayo de 1995; la correspondencia entre el contratista y EPM en la que el primero le solicitaba el restablecimiento del equilibrio del contrato; las Resoluciones 206201 de 3 de octubre de 2001, 219407 de 30 de noviembre de 2001 y 237201 de 30 de abril de 2002; el recurso de reposición presentado por Ariel Aguirre en contra de la liquidación unilateral del contrato; la notificación por EPM a la Compañía Suramericana de Seguros S.A del correspondiente siniestro; el recurso de reposición presentado por la Compañía Aseguradora en contra de la declaratoria de siniestro; solicitud de reconocimiento al acta de finiquito presentada por Ariel Aguirre; el informe de la Comisión establecida por la Sociedad Antioqueña de Ingenieros y Arquitectos para estudiar la grave diferencia entre el Contratista y EPM; reforma a la demanda presentada por la Compañía de Seguros; y Resolución No. 387905 de 25 de julio de 2004. Documentos estos que obran a lo largo del plenario.

De conformidad con lo anterior, el perito dio contestación a los interrogantes planteados de la siguiente manera:

1.- El contrato tenía una alta concentración en los siguientes 6 ítems, los cuales representaban el 70.08% del valor del contrato:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Ítem** | **Descripción** | **Porcentaje de incidencia** | **Cantidad contratada** |
| 1 | Corte, cargue, rotura y retiro de pavimento flexible o rígido  | 4.12 | 13.500 metros  |
| 2 | Construcción o cambio de acometidas de acueducto  | 30.57 | 36.800 metros  |
| 3 | Transporte y colocación de accesorios para acueducto y construcción de la caja de medidor  | 13.4 | 6.750 metros  |
| 6 | Transporte y colocación de tubería de cobre flexible tipo K de 12.5 mm (1/2) y 25 mm (1) con equipo perfo  | 12.22 | 13.500 metros  |
| 18.1 | Retiro y cambio de medidores de acueducto, simples y compuestos de 12.5 mm (1/2)  | 6.46 | 21.300 metros  |
| 51 | Excavación, relleno y apisonado de nichos para acometidas de acueducto de cualquier material y humedad  | 3.31 | 4.300 m3  |

2.- Con relación a la cantidad de obra ejecutada mes por mes hasta el día en que EPM decretó la caducidad del contrato, el perito relacionó el siguiente cuadro que obra en el recurso de reposición interpuesto por Aguirre Ocampo en contra de la declaratoria de caducidad y en el que se observa que durante los 13 meses se esperaba una facturación por un valor de $1.422.712.463, no obstante se facturó $1.028.405.709.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **ACTAS**  | **PROMEDIO PROGRAMADO Sin impacto comunitario**  | **VLR. FACTURADO Sin impacto comunitario**  | **DIFERENCIA**  | **ACUMULADO** |
| 1 | 109,439,420,26 | 104,298,020,41 | 5,141,399,85 | 5,141,399,85 |
| 2 | 109,439,420,26 | 86,978,212,11  | 22,461,208,15 | 27.602.608.00 |
| 3 | 109,439,420,26 | 93,341,863,03 | 16,097,557,23 | 43.700.165.23 |
| 4 | 109,439,420,26 | 86,424,569,13 | 23,014,851,13 | 66.715.016.36 |
| 5 | 109,439,420,26 | 73,969,163,24 | 35,470,257,02 | 102.185.273.38 |
| 6 | 109,439,420,26 | 75,642,230,65 | 33,797,189,61 | 135.982.462.99 |
| 7 | 109,439,420,26 | 87,102,997,50 | 22,336,422,76 | 158.318.885.75 |
| 8 | 109,439,420,26 | 83,691,134,14 | 25,748,286,11 | 184.067.171.87 |
| 9 | 109,439,420,26 | 74,846,744,27 | 34,592,675,57 | 218.659.847.86 |
| 10 | 109,439,420,26 | 72,788,617,69 | 36,650,802,57 | 255.310.650.43 |
| 11 | 109,439,420,26 | 73,707,253,94 | 35,732,166,31 | 291.042.816.75 |
| 12 | 109,439,420,26 | 63,929,861,74 | 45,509,558,52 | 336.552.375.27 |
| 13 | 109,439,420,26 | 51,685,041,07 | 57,754,379,18 | 394.306.754.46 |
|   | **1,422,712,463,34** | **1,028.405.708.92** | **394.306.754.46** |  |

3.- Con relación a la ruptura del equilibrio económico del contrato No. 1108207, el perito concluyó:

3.1.- La disminución en la ejecución de las actividades básicas o en las que tenían mayor incidencia dentro del valor del contrato, afectaron de manera importante el equilibrio del contrato.

3.2.- Se encuentra demostrado que Las Empresas reconocieron el desequilibrio económico del contrato, situación que llevó a reconocer a favor del contratista la suma de $85.000.000.oo.

3.3.- De conformidad con los cuadros que el señor Ariel Aguirre Ocampo relacionó en las diferentes reclamaciones, el desequilibrio económico del contrato ascendía a la suma de $285.316.039.

4.- Las soluciones propuestas por el contratista, se encontraban ajustadas a la realidad del desequilibrio económico presentado en la ejecución del contrato por la menor ejecución de obra en las actividades principales del contrato.

La primera observación que la Sala encuentra en la valoración del dictamen pericial se centra en que, ante el interrogante según el cual concernía al perito determinar cuáles eran las cantidades de obra contempladas en el pliego de condiciones para los ítems que conformaban el objeto contractual, el perito concluyó que durante los 13 meses de ejecución se esperaba una facturación por un valor de $1.422.712.463 y sólo se facturó $1.028.405.709, dato que tomó de verificar la cantidad de obra ejecutada mes por mes, hasta la fecha de caducidad del contrato.

Sin embargo, la glosa está en que las conclusiones expuestas por el perito no obedecen a lo estipulado en el pliego de condiciones ni en el contrato, por el contrario, la Sala prevé que en su evaluación el perito acogió, sin más, el criterio del contratista para determinar cuál debería ser el valor mensual de ejecución contractual.

En el mismo sentido, el perito para acreditar cuál fue el valor mensual facturado se limitó a reproducir la relación de actas de obra contenida en el recurso de reposición interpuesto por el demandante ante la declaratoria de caducidad del contrato, pero ni siquiera se tomó la molestia de verificar el contenido de las mencionadas actas y anexarlas a su experticia como fundamento y soporte de su peritaje, tanto es así, que dichas actas no fueron allegadas al plenario ni por el demandante ni por el perito, situación que imposibilita la verificación que corresponde hacer a esta Sala de decisión.

Así las cosas, la Sala encuentra que las conclusiones arrojadas por el perito no obedecen a un estudio juicioso y técnico de las condiciones establecidas en el pliego de condiciones o pactadas en el contrato ni de las situaciones fácticas presentadas durante su ejecución, que hubieran sido directamente verificadas por él, por el contrario se observa que su análisis se fundamentó en el dicho del contratista y en los documentos elaborados por éste, lo que permite inferir que los conceptos rendidos por el perito no se basan en su propia experticia frente a las materias objeto de examen sino que se encuentran influenciados por la posición y el dicho del demandante, de manera que su imparcialidad se ve comprometida.

El dictamen no está debidamente fundamentado y no encuentra ratificación en el restante material probatorio, por el contrario, la Sala ha efectuado un análisis directo de los documentos allegados al plenario y no concuerda con las conclusiones del perito, quien se limitó a valorar el material probatorio que obra en el plenario y exponer cuestiones de derecho que sólo corresponden al juzgador.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados, para decidir si lo encuentra ajustado y lo convence, la Sala decide desechar totalmente el dictamen pericial rendido por el ingeniero Gustavo Duque Villegas, toda vez que sus argumentos y conclusiones no logran acercarlo a un punto de certeza sobre la configuración del desequilibrio económico del contrato ni, mucho menos, sobre la gravedad del mismo.

En síntesis de lo anterior, la Sala considera que no se ha acreditado el rompimiento del equilibrio económico del contrato alegado por el contratista Ariel Aguirre y, en consecuencia, procederá a negar las pretensiones derivadas de este hecho no probado, con fundamento en los conceptos incluidos en las consideraciones: 8.- La pretensión por el rompimiento de la conmutatividad del contrato.

Sin embargo, aun en el evento de persistir en la configuración del desequilibrio económico de la ecuación contractual, debe preverse que la liquidación final del contrato, elaborada por la entidad demandada mediante acto unilateral, reconoció por este concepto la suma de $85.000.000.oo, y aunque el contratista demandó la “nulidad” de dicho acto, en los cargos concretamente expuestos contra la liquidación unilateral no cuestionó la legalidad de este reconocimiento, en razón a lo cual la Sala presumirá que el reconocimiento fue aceptado por el contratista y entenderá que se encuentra en firme, toda vez que la liquidación fue elaborada con fundamento en las facultades que la convención le confería a la entidad contratante y aquí no se probó la configuración de una suerte de arbitrariedad o abuso en el ejercicio de la facultad contractual.

Así las cosas, la existencia de un posible desequilibrio ya ha quedado cubierto con el reconocimiento efectuado en el acto de liquidación unilateral del contrato, por la suma de $85.000.000.oo. Pero, se itera, la Sala no encuentra configurado el desequilibrio grave de la ecuación financiera del contrato, para su reconocimiento judicial.

**10.2 Nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se impusieron dos multas dentro de la ejecución del contrato.**

Una vez iniciada la ejecución del contrato, se encuentra acreditado dentro del expediente que entre la entidad contratante y el contratista se dieron las comunicaciones que se especifican a continuación:

**- 16/02/2001[[199]](#footnote-199):** La E.P.M. le solicitó a Ariel Aguirre enviar por escrito a la interventoría del contrato, antes del 20 de febrero de 2001, los siguientes documentos:

1.-La relación de todo el personal vinculado al mes de enero del año 2001, informando la Administradora de Riesgos Profesionales (ARP), la entidad prestadora del sistema de seguridad social integral, el fondo de pensiones y cesantías al cual se encuentran vinculados, y allegando la copia de cada una de las relaciones de pagos realizados a las diferentes entidades por cotizaciones durante el mes de enero de 2001, así como la constancia de consignación de las cesantías correspondientes al año de 2000.

2.- El recibo del pago de las relaciones parafiscales correspondientes al mes de enero de 2001, pagos realizados a la Caja de Compensación Familiar, al Sena, al Instituto de Bienestar Familiar (ICBF) y en general todos los demás pagos que forman parte de los pagos legales a los cuales se obligaba el contratista con la ejecución del contrato.

- **19/02/2001[[200]](#footnote-200):** el contratista reiteró a la E.P.M. el desequilibrio económico que se estaba presentando respecto del contrato No. 11108207, por la suma de $145,944,271,oo, situación que, en su decir, generaba problemas para atender las obligaciones del contrato, por cuanto, en promedio, el contrato debía facturar mensualmente $111.809.349.oo, pero la ejecución estaba facturando mensualmente sólo $82.626.242 y los costos mensuales fijos ascendían a $76.026.014.oo, lo cual dejaba un saldo de $6.600.228 para materiales porque el valor restante se aplicaba de la siguiente forma:

1. Gasto de administración, conforme a la propuesta: $23.212.439, oo

2. Mano de obra $28.730.814.oo

3. El Equipo: $6.939.278.oo

4. El transporte: $17.143.483, oo

5. Total: $76.026.014.oo

- Aunado a lo anterior, el demandante le dio contestación al oficio de fecha **16/02/2001** informando:

1.- Que no se encontraba en mora por concepto de riesgos profesionales y salud.

2.- En materia de pensiones, los valores correspondientes al Seguro Social se encontraban prácticamente al día y el último valor causado se cancelaría con el producto de la próxima acta.

3. Con relación al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, manifestó que presentaba un problema en su archivo que no le permitía pagar.

4.- En cuanto a las cesantías, sostuvo que para el "15 de febrero no hubo saldo del acta que permitiera hacer la consignación correspondiente, la cual solamente se hará a principios de marzo, una vez se reciba el valor del acta respectiva".

5.- Y, que los aportes parafiscales se encontraban en proceso de pago, por cuanto Camacol solamente les había aceptado la afiliación en el mes de enero de 2001.

- **23/02/2001[[201]](#footnote-201):** E.P.M. dio contestación al contratista, en los siguientes términos:

1.-El tiempo transcurrido hasta el día de 25 de enero (fecha de facturación del acta de dicho mes) era de 193 días de los cuales se debía tener en cuenta los días de vacaciones tomados por él a final del año 2000 y principios de 2001, los cuales fueron de 7 días, lo que arroja un total de 186 días trabajados, y no 199 como lo aseguró el contratista en su memorial.

2.- El valor total del contrato de obra es de $1.988.149.468,00 y el valor de impacto comunitario es de $43.053.041,00. Consecuentemente, se debería haber ejecutado la obra por un valor de $678.524.405,60 y observamos que el valor de obra facturado hasta el acta de enero de 2001, es de $520.429.058,57.

3.- En lo referente a la facturación de la obra ejecutada, aunque ésta se mantenía dentro de los rangos normales, manifestó que la interventoría se encontraba en búsqueda de nuevos trabajos para incrementar el porcentaje de facturación.

4.- "Con relación a que se le ordene al contratista el trabajo necesario para que se alcance un punto de equilibrio en materia de facturación, le quiero informar que las cantidades de obra del contrato del asunto provienen de unos datos históricos respecto al comportamiento de las solicitudes presentadas por la comunidad solicitando respecto de los servicios de acueducto o de alcantarillado, por lo que es necesario dejar en claro que los trabajos se han ordenado en la medida en que los clientes han venido presentando dichas solicitudes.

5.- E.P.M. solicitó al contratista la disminución de los gastos de administración y la reprogramación de su trabajo dada la disminución de solicitudes presentadas por la comunidad, ante la situación económica que presentaba el país.

**- 01/03/2001[[202]](#footnote-202):** En virtud del incumplimiento de lo dispuesto en el oficio de 16 de febrero de 2001, esto es, de las obligaciones laborales del contratista con el personal contratado para la ejecución de la obra, E.P.M., determinó adelantar las correspondientes consultas para establecer las medidas que se tomarían.

**- 02/03/2001[[203]](#footnote-203):** El contratista le dio contestación al oficio de 23 de febrero de 2001 en el siguiente sentido:

1.- Le reiteró la existencia del desequilibrio económico del contrato.

2.- Le manifestó que no estaba de acuerdo con la orden de reprogramar el contrato, pues, dada su naturaleza, hacerlo sería modificar las condiciones económicas que caracterizaron su celebración; así como disminuir los gastos de administración sería replantear el A.I.U con que se afectó el precio unitario de cada actividad; o la reducción de los recursos de equipo y transporte, pues la mayoría son propios y debían amortizarse con una normal facturación del contrato.

**- 06/03/2001[[204]](#footnote-204):** La E.P.M. le dijo al contratista que el interventor revisó la información relacionada con los pagos a las Empresas Prestadoras de Salud (EPS), a las Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP), a las Administradora del Fondo de Pensiones (AFP) y un informe relacionado con los pagos parafiscales correspondientes a la Caja de Compensación Familiar, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y un reporte relacionado con la consignación hecha a una Administradora de Cesantías con relación a las sumas adeudadas al año 2000.

Luego de revisar dicha información, la interventoría observó que el contratista no se encontraba al día en los pagos de seguridad social y parafiscales, y le otorgó un plazo hasta el día **30 de marzo de ese año** para cancelar dichas obligaciones, so pena de aplicarse la sanción estipulada en el numeral 47.10 del pliego de condiciones, esto es una multa equivalente a 2 SMLMV.

**02/04/2001[[205]](#footnote-205)**: La E.P.M. puso en conocimiento del contratista el inicio del proceso de multa contemplado en el numeral 47,3 del pliego de condiciones por incumplimiento de las ordenes impuestas por la interventoría del contrato en los oficios de 16 de febrero de 2001, 1 de marzo de 2001 y 2 de marzo de 2001, esto es, las correspondientes al cumplimiento de las obligaciones laborales respecto del personal contratado para la ejecución de la obra.

**- 23/04/2001[[206]](#footnote-206):** La E.P.M. le impuso al contratista una multa parcial por la suma de cuatro millones seiscientos setenta y un mil setecientos sesenta y siete pesos con 00/100 m/1 ($4,671,767,00), equivalente al uno por diez mil (0,01%) del valor del contrato, es decir la suma de doscientos tres mil ciento veinte pesos con 30/100 m/1 ($203,120,30), por cada día de incumplimiento a la orden de la interventoría, desde el día 30 de marzo hasta el día 23 de abril del presente año, para un total de 23 días.

Lo anterior, en consideración a que se le había conminado para el cumplimiento de las obligaciones laborales y ampliado el plazo para la entrega de los documentos relacionados con las constancias o recibos de pago de las obligaciones legales y extralegales relacionadas con los pagos realizados a las Empresas Prestadoras de Salud (EPS), a las Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP), a las Administradoras de Fondo de Pensiones (AFP) y, adicionalmente, la presentación de un informe relacionado con los pagos parafiscales correspondientes a la Caja de Compensación Familiar, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y un reporte relacionado con la consignación en una Administradora de Cesantías con relación al pago del año 2000,

Dicha multa fue impuesta conforme al numeral 43.10 y junto con ella se corrió traslado al contratista, en cumplimiento del numeral 47,17 del pliego de condiciones, para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente a la fecha de recibo de la comunicación, justificara las razones del atraso o incumplimiento.

**- 02/05/2001[[207]](#footnote-207):** El contratista solicitó que se revocara la imposición de la multa y se restableciera del equilibrio económico del contrato, aduciendo que fue en razón del desequilibrio presentado a lo largo de la ejecución, derivado de una menor entrega de trabajos de instalación, que no pudo dar cumplimiento al pago de las siguientes sumas de dinero derivadas de las obligaciones laborales que tenía a su cargo:

1.- Por concepto de Caja de Compensación Familiar, la suma de $5.548.051,00

2.- Por concepto de ICBF la suma de $4.161.038,00

3.- Por concepto de SENA, el valor de $2.774.025,00

4.- Por concepto de pensiones, la suma de $17.519.579,00

5.- Por cesantías, la suma de $6.077.565,00

6.- Intereses a las cesantías, el valor de $306.953,00

**- 08/05/2001[[208]](#footnote-208):** La E.P.M. confirmó la multa parcial impuesta el 23 de abril de 2001, la cual tendría que hacerse efectiva mediante descuento de la siguiente cuenta de cobro presentada por el contratista; en consideración, adujo que la multa obedeció al hecho de que el contratista no había cumplido con la orden dada por la interventoría, en cumplimiento de sus atribuciones establecidas en el numeral 24.2 del pliego de condiciones, que dentro de las atribuciones del interventor consagra:

“**24.2.12.-** Vigilar que el contratista cumpla estrictamente con las regulaciones del Código Sustantivo del Trabajo y las normas que lo complementen, en particular, las relacionadas con el pago de salarios y las prestaciones sociales”

**- 29/05/2001[[209]](#footnote-209):** Nuevamente la E.P.M. le requirió al contratista para que máximo al día 10 de junio de ese año, presentara "los recibos de pago cancelados y las constancias de paz y salvo respectivas de las diferentes entidades como ARP, EPS, AFP, ICBF, SENA, COMFAMA, correspondientes al mes de mayo del año 2001 y la constancia de pago de las cesantías e intereses a las cesantías correspondientes al año 2000 y en general todos los pagos por obligaciones legales y extralegales correspondientes al desarrollo del contrato del asunto" so pena de imposición de multa de conformidad con lo dispuesto en el numeral 47,10 del pliego de condiciones.

**- 08/06/2001[[210]](#footnote-210):** El contratista manifestó:

1.- "No se pueden presentar los paz y salvos que usted solicita y es obvio, porque mal puede cumplirse con este requisito si es claro que el ritmo de facturación siguió en las mismas condiciones, es decir deficitado".

2.- La única forma en que el contrato se pudo sostener fue desplazando en el tiempo los pagos que como aquellos que se adeudaban no implicaran la necesidad de una inmediata erogación, pues se podían desplazar en el tiempo, asumiendo los riesgos y sanciones que ello implicaría.

**- 13/06/2001[[211]](#footnote-211):** La interventoría del contrato, notifica al contratista sobre la imposición de una multa, conforme al pliego de condiciones y especificaciones del contrato del asunto sección 1, información a los proponentes y condiciones generales del contrato, artículo 47. Multas, numeral 47.10 por no pagar los salarios y prestaciones sociales según valores y porcentajes cotizados en la propuesta y, equivalente a dos salarios mínimos legales vigentes al momento de la notificación, es decir a la suma de quinientos setenta y dos mil pesos con 00/100 m/1 ($572.000.oo) (...)".

En consideración, la E.P.M. reiteró la solicitud de los recibos de pago cancelados y las constancias de paz y salvo respectivas de las diferentes entidades como ARP, EPS, AFP, ICBF, SENA, COMFAMA, correspondientes al mes de mayo del año 2001 y la constancia de pago de las cesantías e intereses a las cesantías correspondientes del año 2000 y en general todos los pagos por obligaciones legales y extralegales correspondientes al desarrollo del contrato del asunto. Es de anotar que esta solicitud se había efectuado en la comunicación de mayo 29 de 2001, y para su presentación se otorgó un plazo que venció el 10 de junio del mismo año.

Lo anterior, en aplicación de los numerales 24.2 y 47.17 del pliego de condiciones.

**- 29/06/2001[[212]](#footnote-212):** La E.P.M. confirmó la multa impuesta al contratista por el no pago de los salarios y prestaciones sociales, la cual se haría efectiva descontándola de la próxima cuenta de cobro.

Lo anterior por cuanto consideró que "el pago derivado de las relaciones laborales con el personal vinculado al desarrollo del contrato del asunto es una obligación que asume el contratista al momento de firmar el contrato y dado que una de las funciones de la interventoría es velar para que el contratista cumpla con las regulaciones del Código Sustantivo de Trabajo y las normas que lo complementen, en particular las relacionadas con el pago de salarios y prestaciones sociales, así como verificar que los trabajadores tengan la debida afiliación al Sistema General de Pensiones y Seguridad Social en salud, establecidos en la Ley 100 de 1993 sobre seguridad social".

Con relación a la imposición de las multas por parte de la entidad contratante, lo primero que debe preverse es que esta es una facultad que estaba prevista desde los pliegos de condiciones, como pudo observarse en la cláusula 47.

Entonces, en la imposición de la multa la entidad contratante actuó amparada en la facultad que el contrato le otorgaba; facultad ésta que como se dijo se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico en tanto deriva de la autonomía negocial de los contratantes, por supuesto, siempre que su ejercicio no sea arbitrario o abusivo y en él se dé cumplimiento a las reglas establecidas en la misma convención, so pena de incurrir en un incumplimiento contractual que conllevará la indemnización de los perjuicios que la medida haya conllevado en el contratista.

Nótese entonces que el contrato estableció en cabeza de la entidad contratante la facultad de imponer multas, como apremio al contratista por mora o incumplimiento parcial de alguna sus obligaciones.

Es así que entre las causales de multa se pactaron el incumplimiento por parte del contratista de las órdenes impartidas por la interventoría del contrato, caso en el cual se estipuló una multa equivalen al uno por diez mil (0.01%) del valor del contrato, y el no pago de los salarios y prestaciones sociales del personal contratado por el contratista para la ejecución de la obra, en cuyo evento se previó una multa equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales vigentes al momento de su notificación.

En este sentido, cuando el contratista incurriera en una de las causales de multa, la entidad demandada debía comunicarle la existencia de dicha causal, y en aplicación de los postulados constitucionales y legales sobre el debido proceso, debía otorgarle la posibilidad de ejercer su derecho de defensa mediante la exposición y prueba de los motivos o justificaciones que han dado lugar a la configuración de la causal o mediante la demostración de la inexistencia de la causal atribuida.

Con respecto a lo anterior debe resaltarse que, para la imposición de la multa no basta que la administración encuentre configurada la respectiva causal, sino que adicionalmente debe dar lugar a la aplicación del correspondiente debido proceso y cualquier estipulación que contraríe esta garantía debe interprétense en el sentido que se garantice el principio constitucional.

Entonces estipulaciones como la contenida en la cláusula 47.3, según la cual la multa es “aplicable inmediatamente el interventor tenga conocimiento del incumplimiento”, deben ser leídas a la luz del debido proceso y entendiendo que la imposición de la multa sólo tiene lugar luego de que se ha comunicado al contratista y este ha tenido el momento suficiente para defenderse del cargo, en cuyo evento se sigue la valoración de la entidad que, en caso de no encontrar justificadas ni probadas las razones del contratista, puede proceder a imponer la correspondiente multa.

Y este mismo entendimiento debe darse a lo dispuesto en la cláusula 47.17 del pliego de condiciones, que pareciera facultar a la administración para imponer la multa y luego de ello notificar al contratista para que éste exponga o justifique las razones de su atraso o incumplimiento, luego de lo cual “si el contratista no manifiesta dentro de dicho término las razones que justifiquen su incumplimiento o si las presenta y del análisis efectuado por Las Empresas no se encuentra justificado el incumplimiento correspondiente, el valor de la multa se tomará directamente de cualquier suma que se adeude al contratista, si la hay o se hará efectiva la garantía de cumplimiento del contrato”.

De manera que, debe quedar claro que la entidad contratante no puede imponer la multa y luego notificar al contratista para que se defienda y dependiendo de su defensa decide si descuenta o no el valor correspondiente a la multa. Se itera, el entendido correcto es que la administración una vez prevé la ocurrencia de la causal, comunica al contratista para que éste ejerza su derecho de defensa y, luego de ello, decide si impone la multa o no.

En este sentido la Sala considera que se da aplicación a los principios de interpretación dispuestos por la legislación civil, principalmente, en respeto por la intensión y la literalidad del clausulado, así como por los efectos jurídicos fijados por las partes frente al incumplimiento contractual, de manera que se aplica el sentido en que las cláusula pueden producir el efecto para el que fueron diseñadas, por supuesto, previendo que ellas no se tornen en abusivas o desconocedores de derechos supra legales.

Adicionalmente la Sala encuentra que esta interpretación garantiza que el cumplimiento de la naturaleza del objeto contratado, el cual es proteger la prestación del servicio público domiciliario legalmente atribuido a la E.P.M., y n este mismo sentido habrá de interpretarse la totalidad del contrato.

De otra parte, en cuanto al pago de la multa debe también recordarse que la administración tiene la facultad para descontar directamente de las sumas adeudadas el valor de la multa impuesta o hacer efectiva la garantía de cumplimiento del contrato, según se dispuso en el pliego de condiciones (cláusula 47).

Así las cosas, en el caso concreto la Sala encuentra que las multas impuestas al contratista Ariel Aguirre se encuentran avaladas por las causales contractualmente establecidas y en su aplicación se dio cumplimiento al debido proceso, toda vez que el contratista, previo a la imposición de cada multa, fue requerido por la entidad contratante para que cumpliera y acreditara el cumplimiento de sus obligaciones laborales pero éste omitió dichas obligaciones excusado en la existencia de un desequilibrio contractual que, como antes se dijo, no se encuentra acreditado y, que aún en el caso de existir, no justifica la omisión en el pago de las obligaciones laborales, pues no está demostrado que el desequilibrio lo ubicara en imposibilidad de cumplir dicha prestación.

Al respecto, con fundamento en la "máxima estructural” de la imposibilidad no imputable o liberatoria, debe recordarse que nadie está obligado a lo imposible, principio éste que es aplicable en todo tipo de casos, pues “[l]a regla general es que el deudor se libera cuando la prestación se hace imposible por causa extraña a él”[[213]](#footnote-213).

De manera que la obligación se extingue cuando la prestación viene a ser física, material o legalmente imposible sin culpa del deudor, pero no resulta admisible la inejecución de las obligaciones contractuales por la mera dificultad de cumplimiento, pues “quien promete algo tiene una carga elemental de providencia: cerciorarse de si lo que promete es factible, con las características señaladas, de acuerdo con el estado de la ciencia, la técnica, el arte que sea, y con las circunstancias”[[214]](#footnote-214)

En otras palabras, la imposibilidad subjetiva o la mera dificultad no son excusables ni alegables frente al incumplimiento de la obligación cuyos riesgos debieron ser previstos, pues quien asume una obligación debe hacerlo a conciencia y no a la ligera.

Así por ejemplo, por cuanto se trataba de un contrato a precios unitarios, el contratista debió prever que el valor real del mismo sería aquel que resultara de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por los precios unitarios estipulados y, así, prever la contratación del personal para la ejecución de la obra conforme a esta estipulación, teniendo en cuenta que las cantidades de obra podían variar y con ellas el valor final del contrato.

Al respecto, por ejemplo, se observa que aunque en oficio de **19 de febrero de 2001[[215]](#footnote-215)** el contratista reiteró a la E.P.M. el desequilibrio económico que consideraba presentado en la ejecución del contrato No. 11108207, por la suma de $145,944,271,oo, situación que, en su decir, generaba problemas para atender las obligaciones laborales y prestacionales, allí especificó que, en promedio, el contrato debía facturar mensualmente $111.809.349.oo, pero la ejecución estaba facturando mensualmente sólo $82.626.242 y los costos mensuales fijos ascendían a $76.026.014.oo, lo cual dejaba un saldo de $6.600.228 para materiales porque el valor restante se aplicaba de la siguiente forma:

1. Gasto de administración, conforme a la propuesta: $23.212.439.oo

2. Mano de obra $28.730.814.oo

3. El Equipo: $6.939.278.oo

4. El transporte: $17.143.483.oo

5. Total: $76.026.014.oo

De manera que el contratista sí podía considerar una posibilidad de cumplir con las obligaciones laborales por él contraídas, las cuales son de imperativo cumplimiento de conformidad con la legislación laboral y no podría la administración avalar su incumplimiento, comprometiendo con ella, incluso, la responsabilidad patrimonial de la entidad.

Por lo expuesto, la Sala considera que las multas impuestas al contratista Ariel Aguirre se encuentra amparadas por el acuerdo precontractual y contractual y fueron impuestas por la administración con observancia de las formas convencionales y legales, sin que pueda atribuirse a esta última alguna suerte de incumplimiento.

En otras palabras, la imposición de la multa estaba pactada, en su imposición garantizó el debido proceso y había razones suficientes para imponerla, por lo tanto no hay incumplimiento de parte de la entidad que la impuso. De manera que habrá de negarse la nulidad de las multas impuestas en contra del contratista Ariel Aguirre.

**10.3 Hurto de elementos destinados para la obra – propiedad de Empresas Públicas de Medellín E.S.P.**

Al respecto, el demandante peticionó que se declare que Empresas Públicas de Medellín es responsable de la pérdida por él padecida, en virtud del hurto ocurrido el día 5 de abril de 2001, cuando fueron hurtados un vehículo que acababa de llegar proveniente del Almacén General de la E.P.M., con otros materiales suministrados por la interventoría para la ejecución de los trabajos objeto del contrato.

Con relación a esta petición la Sala encuentra que obra dentro del plenario el siguiente material probatorio:

**06/04/2001[[216]](#footnote-216):** La E.P.M., a través del interventor de la obra, se dirigió al contratista para manifestarle que "lamenta el robo de que fue víctima el contratista el día 5 de abril del presente año, al ingresar a sus instalaciones atracadores armados y mediante amenazas proceder a retirar de sus instalaciones el vehículo que acababa de llegar proveniente del Almacén General de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. con los materiales suministrados por la interventoría para la ejecución de los trabajos objeto del presente contrato”.

Asimismo le dijo que es por estas circunstancias de inseguridad que la entidad contratante al sacar una licitación, estudiarla y luego adjudicarla, se fija y exige a los contratistas una capacidad económica, unos programas de aseguramiento de calidad, una experiencia certificada sobre el conocimiento del tipo de obras que va a contratar y de las condiciones mismas de éstas, que garanticen una estabilidad y un adecuado manejo del contrato, asegurando de ésta forma, que los contratistas favorecidos con una licitación deberán establecer y prever para su tranquilidad las medidas que les garanticen en cualquier momento su supervivencia ante casos imprevistos, como es el caso del robo de materiales.

Sin embargo, la E.P.M “consciente de que los materiales robados al contratista no se consiguen en el mercado inmediatamente, ya que requieren cierto tipo de negociaciones con los proveedores, y para no afectar el normal desarrollo del contrato del asunto”, le suministraría al contratista, nuevamente, algunos materiales mientras éste adelanta los trámites para la reposición de los robados.

**- 29/06/2001[[217]](#footnote-217):** La E.P.M. le solicitó al contratista el suministro de los medidores hurtados, dado que se requerían para el normal desarrollo del contrato.

**- 05/07/2001[[218]](#footnote-218):** El contratista le dio contestación a la entidad demandada, en el siguiente sentido:

1.- No existe responsabilidad del contratista en el robo de los medidores toda vez que: la especificación No. 709.1 establecía que "cuando el suministro de los medidores este a cargo de Las Empresas, lo cual se especificará en el formulario de cantidades de obra, el contratista deberá recoger los medidores de los centros de acopio fijados por Las Empresas, corriendo por su cuenta con los gastos generados en las actividades de cargue, transporte, descargue y almacenamiento si es necesario de los mismos. Asimismo cuando se finalice el contrato y el contratista tenga existencias de estos elementos en su centro de acopio, los deberá reintegrar a la instalación de Las Empresas, previamente fijada por la interventoría, entendiéndose que el cargue, transporte y descargue, generados por el reintegro, están incluidos en el precio unitario"; a su vez, la especificación No. 704 sostenía "3.- transporte e instalación de tuberías y accesorios suministrados por EE. PP. MM. Cuando el suministro de la tubería o de los accesorios esté a cargo de las EE. PP. MM serán por cuenta del contratista las actividades de cargue, transporte, descargue, almacenamiento y acarreos internos en la obra y su correcta instalación. El sitio de cargue será el que se señale en el pliego de condiciones y especificaciones de la respectiva licitación. A solicitud del proponente, EE.PP.MM suministrará los pesos y dimensiones de tuberías y accesorios especiales que van a ser transportados. Con el fin de lograr una mayor coordinación en el programa de trabajo del contratista con las labores del almacén de las EE.PP.MM, el contratista presentará un programa de transporte de materiales para la aprobación de la interventoría, con quince días de anticipación a la fecha en que se proponga dar comienzo al retiro de materiales. En el lugar de la entrega, las tuberías y accesorios serán inspeccionados por el contratista y un funcionario de EE.PP. MM. Cualquier elemento que, una vez entregado al contratista, sufra daños o se extravíe, será reparado o sustituido por éste a su costo"; y además estos fueron entregados en modo de depósito, por lo tanto debían responder por estos Las Empresas.

**- 11/07/2001:** La E.P.M. le informó al contratista que de conformidad con lo previsto en los artículos 1604 y 2057 del código civil, él debía responder por culpa leve por el hurto de los medidores; y en consecuencia debía restituirlos conforme a lo estipulado en el contrato o en su defecto serían descontados de las sumas de dinero que la entidad contratante le adeudara al contratista por cualquier concepto, sea del contrato o de cualquier otra obligación.

**- 12/07/2001:** El contratista le manifestó a la E.P.M que no era de su responsabilidad el robo de los medidores por cuanto, no era su obligación asegurar lo que ya debía tener asegurado por la obligación que le imponía el artículo 107 de la Ley 42 de 1993, el cual establece que "los órganos de control fiscal verificarán que los bienes del Estado estén debidamente amparados por una póliza de seguros o un fondo especial creado para tal fin, pudiendo establecer responsabilidad fiscal a los tomadores cuando las circunstancias lo ameriten".

**- 18/07/2001:** El contratista reiteró que no era responsable del hurto de los medidores, por cuanto en el pliego de condiciones no se exigió el otorgamiento de una póliza que cubriera el riesgo del hurto, toda vez que se suponía su existencia, de conformidad con la norma citada anteriormente.

**- 15/08/2001[[219]](#footnote-219):** La E.P.M. le dijo al contratista "(…) Es importante dejar en claro que una cosa es la responsabilidad fiscal que se deriva para un funcionario frente a la acción u omisión que generen un daño a Las Empresas, la cual puede ser sancionada disciplinariamente no propia del contrato y otra muy distinta es la responsabilidad civil frente a unos bienes dados en custodia como es el caso que nos ocupa. El artículo 1730 del Código Civil establece "Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya". Cuando la pérdida se produce con ocasión de una relación contractual es necesario establecer la culpa que se le puede imputar a las partes, como presupuesto necesario para determinar la responsabilidad civil. En el contrato 1108207 (...) no se estableció un régimen de culpa especifico o particular en materia de responsabilidad, en consecuencia se le aplica la norma supletoria que establece el artículo 1604 del Código Civil Colombiano sobre la culpa leve, es decir, en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes, es responsable el deudor. (...) Ahora bien, el Decreto 1016 del 20 de noviembre de 1990, por medio del cual Las Empresas expidieron normas complementarias para la contratación, estableció en el artículo 20: "en la actividad contractual la dependencia encargada del contrato deberá realizar los procesos de identificación, análisis y evaluación de riesgos con el fin de definir la exigencia o no de garantías, de acuerdo con la naturaleza, cuantía y circunstancias del contrato a celebrar. Este artículo permite al funcionario establecer la exigencia o no de garantías y su omisión, como lo manifestáramos anteriormente, sería objeto de una sanción disciplinaria que no libera al contratista de su responsabilidad porque no tomó las medidas correspondientes, como sería un seguro, el cual sólo tiene objeto saber a quién reclamarle, pero que no lo exonera de la responsabilidad. Por todo lo anterior las Empresas ratifican su posición y consideran que el contratista es responsable del hurto de los materiales suministrados por ellas (medidores) y en consecuencia, deberá reponer o pagar el valor de los mismos".

**- 27/08/2001[[220]](#footnote-220):** El contratista le solicitó al Contralor General del Municipio de Medellín la iniciación de un proceso de responsabilidad fiscal en contra de los funcionarios de Empresas Públicas de Medellín que tuvieran que ver con el contrato No. 1108207, en virtud del hurto de los medidores, acaecido 5 de abril de 2001, en virtud de lo previsto en el artículo 107 de la Ley 142 de 1993.

**- 17/09/2001[[221]](#footnote-221):** La E.P.M. retuvo el pago del Acta No. 13 y al respecto manifestó: “a la liberación del pago del acta No. 13 y cualquier otro pago posterior, las Empresas consideran que hasta tanto no se cancele la cuenta de cobro existente (los medidores faltantes), no se podrá hacer entrega de dichos dineros”.

**- 03/12/2001**[[222]](#footnote-222): La Contraloría General de Medellín le informó al contratista que "ha observado el contrato No. 1108207 celebrado entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P y el contratista Ariel Aguirre Ocampo, cuyo objeto es el cambio de medidores y tapas para cajas de medidores, corte y reinstalación de acometidas y acometidas de acueducto y alcantarillado en diferentes zonas atendidas por el sistema de acueducto de Las Empresas Públicas de Medellín E.S.P porque al momento de la adjudicación de este contrato, no tenía póliza global de manejo para el amparo y cuidado de los bienes entregados al contratista.

Empresas Públicas de Medellín E.S.P suscribió el contrato para su ejecución se le entregó al contratista una serie de elementos (bienes muebles) los que fueron hurtados sin asegurarlos o exigirle al contratista la constitución de una póliza para la protección de los bienes, los que tienen un valor de cien millones de pesos ($100, 000,000.oo).

En razón a los hechos se observa que en el contrato No. 1108207 no se adelantaron actos de gestión tendientes a la adecuada conservación de los bienes de Empresas Públicas, solicitándole al contratista el otorgamiento de la garantía de acuerdo al riesgo del contrato (...)".

- **04/12/2001[[223]](#footnote-223):** La E.P.M. le informó al contratista que "para proceder con la liquidación del contrato del asunto, le solicito efectuar el reintegro de los elementos y materiales que le fueron suministrados por la Empresa para el normal desarrollo del contrato; lo anterior, en cumplimiento del numeral 39 del pliego de condiciones y especificaciones "liquidación del contrato" según el cual el contratista deberá presentar una relación de elementos y materiales a su cargo, de propiedad de Las Empresas y que tengan el carácter de devolutivo".

**- 12/12/2001[[224]](#footnote-224):** El Jefe del Área de Distribución de Empresas Públicas de Medellín le manifestó al Subdirector Técnico de la Auditoria Fiscal de la misma entidad que en cuanto al hurto de los medidores ocurrido el 5 de abril de 2001 "de conformidad con el artículo 20 del Decreto 1016 del 20 de noviembre de 1998, por el cual se expiden las normas complementarias para la contratación, permite que la dependencia encargada del contrato, después de analizar y evaluar los riesgos, defina la exigencia o no de las garantías, es por ello que en esta contratación no se consideró necesario, dado que las entregas parciales de materiales al contratista, serían utilizadas en periodos de tiempo corto, máximo de 10 a 15 días, hecho que no justificaba la expedición de una garantía, que en última instancia sería asumida por la Entidad. Con relación al punto 6, el valor total de los bienes entregados por el contratante al contratista ascendió a la suma aproximada de mil cuatrocientos diez millones de pesos millones de pesos m/c ($1.409.111.922,00) y el valor de los elementos hurtados a éste ascendió a la suma aproximada de cien millones de pesos ($100,000,000.oo)".

Así las cosas, visto el material probatorio que obra con relación al hurto sufrido por el contratista el día 5 de abril de 2001, la Sala considera que ninguna prueba demuestra que Empresas Públicas de Medellín sea la responsable de la pérdida padecida por el demandante, por el contrario, se encuentra acreditado que estos equipos habían sido suministrados por la entidad contratante al contratista para ser empleados en la obra y en el momento de su pérdida se encontraban bajo la custodia y cuidado del demandante, en razón a lo cual le correspondía desplegar las medidas de seguridad que permitieran custodiar los bienes y evitar su pérdida.

A la sazón, también debe preverse que el numeral 25.3 del pliego de condiciones, en cuanto a los equipos y herramientas usados para ejecutar las obras objeto del contrato, dispone que “[e]l mantenimiento, pérdida o deterioro del equipo que el Contratista obtenga para este contrato correrán por su cuenta”.

En este sentido, la Sala considera que hubo un incumplimiento en los deberes de custodia y vigilancia de los elementos entregados por la administración y, en tanto es un incumplimiento, éste se encuentra amparado por la póliza de cumplimiento.

De otra parte, ante la supuesta obligación de la entidad contratante de asegurar todos los bienes muebles de su propiedad, la Sala debe anotar que esta obligación no exime de responsabilidad al contratista y, aunque pudiera generar en los funcionarios públicos una conducta fiscal o disciplinariamente reprochable, no necesariamente conlleva un incumplimiento contractual de la entidad, toda vez que contractualmente era el contratista quien debía adquirir, por ejemplo, la póliza de cumplimiento y, adicionalmente, el juez contencioso administrativo no es competente para elaborar juicios de tipo fiscal o disciplinario.

Dicho lo anterior, la Sala negará la declaratoria de incumplimiento y responsabilidad peticionada en contra de la entidad demandante.

**10.4 Nulidad del acto administrativo por medio del cual se declaró la Caducidad del contrato y de aquel que lo confirma.**

Mediante los escritos de demanda la parte actora pretende que se declare la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se decretó y confirmó la caducidad administrativa del contrato No. 1108207, con relación a lo cual obran los siguientes medios probatorios:

- **3/10/2001**: mediante Resolución No. 206201, el Gerente General de Empresas Públicas de Medellín – EPM - E.S.P declaró la caducidad del contrato No.1108207 y ordenó la liquidación del negocio jurídico en cita, así como hacer efectivas la cláusula penal pecuniaria pactada, la garantía única en sus amparos de cumplimiento, anticipo y pago de salarios de prestaciones sociales y la póliza de responsabilidad extracontractual otorgadas por la Compañía Suramericana de Seguros S.A. con fundamento en los siguientes argumentos[[225]](#footnote-225):

“(…) 11.- Que el incumplimiento de las obligaciones laborales se ha presentado durante toda la ejecución del contrato, y por ello debido al no pago oportuno de los salarios y demás prestaciones sociales por parte del contratista a los trabajadores, estos suspendieron labores los días 21 y 22 de agosto de 2001 y de nuevo los días 17,18 y 19 de septiembre de 2001. Al igual que de la parálisis temporal que se observa en la ejecución del contrato, se advierte escasez de recursos técnicos y humanos de parte del contratista, lo cual permite aseverar la difícil situación económica que afrontaba el mismo, lo que evidenciaba una parálisis total del contrato, hecho que se dio el día 26 de septiembre de 2001, por la renuencia de los trabajadores de continuar laborando, hasta tanto se les cancelara la totalidad de los salarios adeudados.

12.- Que de acuerdo con la información suministrada por la interventoría de las Empresas, el plazo de ejecución transcurrido hasta el 25 de septiembre de 2001, es de cuatrocientos treinta y cinco (435) días, equivalente al setenta y nueve punto ochenta y dos por ciento (79.82%) del mismo, tiempo que no obedece al real trabajado, ya que de éste se deben descontar los periodos de vacaciones y las parálisis mencionadas anteriormente, ocasionadas por causas imputables al contratista.

13. Que el contratista ha facturado hasta el día 25 de septiembre de 2001, la suma de mil ciento siete millones doscientos dos mil ciento cincuenta y nueve pesos con 73/100 m.l. ($1.107.202.159.73), que equivalen al cincuenta y cuatro punto cincuenta y uno por ciento (54.51%) del valor del contrato, sin embargo, la baja ejecución obedece en parte a que el contratista desde el pasado mes de abril disminuyó los recursos y adicionalmente durante los dos (2) últimos meses el contrato ha sufrido varias parálisis ocasionadas por los trabajadores como consecuencia del no pago por parte del contratista de las obligaciones laborales, lo que contribuyó a una baja facturación.

14.- Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 49.1 del pliego de condiciones y especificaciones de la contratación 003617 que dio origen al contrato se estableció la posibilidad para las Empresas de declarar la caducidad del contrato, cuando se expresa: “si a juicio de Las Empresas, se presenten algunos de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización.

(…)”.

- **4/10/2001[[226]](#footnote-226):** La anterior Resolución fue notificada al contratista Ariel Aguirre Ocampo**.**

- **10/10/ 2001**[[227]](#footnote-227)**:** el contratista interpuso recurso de reposición contra la resolución por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato, con fundamento en los siguientes motivos:

1.- Durante toda la ejecución del contrato, se presentó una menor facturación, que generó una menor amortización de los recursos de mano de obra, transporte, equipo y AIU y que trajo como consecuencia un desequilibrio económico, el cual fue aceptado por Empresas Públicas de Medellín. Todo lo cual fue resumido en un cuadro donde indica las actas de ejecución del contrato, los valores correspondientes al AIU y valores esperados por cada acta, entre otros.

2- Violación del debido proceso por vulneración a los siguientes derechos:

2.1.-Derecho de defensa y al principio de confiabilidad toda vez que esta sanción no se podía dictar por cuanto se encontraban en medio de un procedimiento de transacción; y porque las Empresas aceptaron el desequilibrio económico del contrato y se habían ofrecido a pagar un valor equivalente al detrimento del patrimonio económico.

2.1.- Derecho de petición y principio de imparcialidad en la medida en que en varias oportunidades el contratista solicitó que se separará al interventor de las decisiones relacionadas con el contrato, en virtud del proceso de responsabilidad fiscal que se adelantaba en su contra.

3.- “La entidad no podía declarar la caducidad pues no es una respuesta razonable ni racional en una situación de transacción de una controversia”, en virtud de los motivos expuestos, y porque la medida resulta más bien una retaliación, porque el contratista no aceptó el ofrecimiento de ochenta y cinco millones de pesos ($85.000.000.oo) M.L., en atención al detrimento en su patrimonio económico, causados por la menor facturación en la ejecución del contrato ($350.000.000.oo), indemnización a los trabajadores por terminación sin justa causa de los contratos de trabajo ($100.000.000.oo), administración que no se va a amortizar ($150.000.000.oo), equipo y transporte que no se van a amortizar ($300.000.000.oo).

4.- Desviación de poder por cuanto el interventor fue quien propició la declaratoria de caducidad para cubrir su propia negligencia.

5.- Falsedad de los argumentos del interventor en los que se justificó la declaratoria de caducidad:

5.1.- No es cierto que el contratista demoró la solución planteada por la interventoría por cuanto, en cuya sustentación incluyó una relación de los oficios, solicitudes y requerimientos que fueron especificados en la parte correspondiente al desequilibrio contractual, aunque bajo criterios favorables a sus argumentos.

5.2.- “El hecho de que la obra extra y adicional se haya ejecutado, muestra que la solución dada por el interventor no fue eficaz”.

5.3.- No es cierto que el contratista haya aceptado reprogramar el contrato y reducir los costos.

5.4.- Los paz y salvos laborales no se podían presentar debido a la menor facturación que impedía pagar la totalidad de los recursos que se tenían dispuestos para ejecutar el contratista.

5.5.- “El responsable de que el riesgo del hurto de los elementos de propiedad de Las Empresas Públicas de Medellín, se haya concretado es el interventor, de conformidad con el artículo 107 de la Ley 42 de 1993.

5.6.- La parálisis de los trabajadores tenía como causa el propio comportamiento de la Entidad, por la negligencia y prepotencia del interventor.

- **30/11/2001**[[228]](#footnote-228)**:** En atención al recurso de reposición antes citado, Empresas Públicas de Medellín profirió la Resolución No. 219407 de por medio de la cual confirmó el acto administrativo No. 206201 de **3 de octubre de 2001** en el que se declaró la caducidad del contrato con fundamento en los siguientes argumentos:

1.- Con relación al desequilibrio económico alegado por el contratista en el recurso de reposición:

“(…) 5.1. Que el contratista tiene razón y era conocedor de que la remuneración a obtener y la posibilidad de amortizar los costos dependía de la cantidad de órdenes de trabajo que le fueran entregadas, lo cual a su vez dependía de las solicitudes presentadas por la comunidad, por lo tanto era conocedor de que el valor final del contrato sería el resultado de multiplicar las cantidades realmente ejecutadas por el precio aprobado en la propuesta y que las cantidades iniciales sólo eran estimativos que serían utilizados para comparar las diferentes propuestas.

5.2. Que es verdad que durante la ejecución del contrato se dio una menor facturación, la cual le ocasionó al contratista una menor amortización en la administración y utilidad, más no incidió en los recursos directos dado que en ningún momento tuvo personal y equipos sub – utilizados, por lo que el valor acumulado que el presenta no refleja la suma real por estos conceptos.

5.3, 5.4 y 5.5. Si bien es cierto que el contratista presentó el 6 de febrero de 2001 una reclamación por desequilibrio económico, la cual la Entidad no aceptó porque no se podía hablar de un desequilibrio económico parcial ya que el desequilibrio se debía analizar al finalizar el contrato, por cuanto sólo en ese momento se podía establecer el desequilibrio de éste, también es cierto el hecho de que la interventoría aceptó que existía una menor facturación y por ello solicitó al contratista replantear los gastos de administración y adicionalmente presentase un nuevo programa de trabajo acorde con la cantidad de trabajo ordenada, para que el porcentaje de AIU se conservara, pero que en ningún momento implicaba modificar el objeto del contrato como lo manifestó el contratista al negarse a lo solicitado. (…)”.

2.- En cuanto a la violación del debido proceso alegada por el demandante:

“(…) Que no es verdad lo que aduce el recurrente al manifestar que con el hecho de la caducidad se violó el debido proceso por encontrasen las partes en un procedimiento de transacción; por cuanto la caducidad se decretó una vez el contratista suspendió y por ende paralizó las obras, es decir, durante el tiempo que la Entidad y el Contratista estuvieron conversando para llegar como manifestáramos anteriormente, a un acuerdo, no se habían dado las causas que obligaran a la Entidad a declarar la caducidad, ya que si la sola evidencia de una posible parálisis del contrato es suficiente para ser declarada, mal harían Las Empresas en no darle aplicación cuando lo que realmente se dio fue su paralización. Igualmente es pertinente aclarar que en ningún momento las partes se encontraban en proceso de transacción, la cual si hubiera impedido la declaratoria de caducidad, sólo se encontraban en unas conversaciones previas a la etapa de acuerdo, el cual nunca llegó a concretarse.

(…)

Que respecto a lo manifestado por el contratista sobre el ejercicio de las funciones del interventor, más aún sobre la desviación de poder que sustenta la caducidad, es importante aclarar que estas son solo apreciaciones del recurrente, que no pueden ser objeto del recurso, por cuanto el interventor actúa no como persona natural sino como parte de la Entidad, y que sus actuaciones son además validadas por superiores inmediatos y que finalmente la decisión que se toma es de las Empresas.

Que el derecho del contratista a presentar las reclamaciones que considerara procedentes, nunca le fue negado por la interventoría, siempre se le manifestó que su análisis se haría al finalizar el contrato, ya que sólo en ese momento se podría evaluar si efectivamente se presentaba o no el desequilibrio económico. La Entidad para declarar la caducidad se fundamentó en el hecho físico de la suspensión del contrato por parte del contratista, como se ha dicho a lo largo del escrito, es decir, en la parálisis.

Que si bien es cierto, que las obras extras fueron ejecutadas por parte del contratista desde los primeros meses de ejecución del contrato también lo es, el hecho de que el acta de modificación bilateral fue rechazada en varias oportunidades por el contratista lo que imposibilitó a última hora que no se hubiese podido ordenar mayor cantidad de obra.

Que aproximadamente a los cinco (5) meses de ejecución del contrato, la interventoría le solicitó al contratista una reprogramación al mismo, manifestándole que la administración estaba sobredimensionada, lo cual no fue aceptado por él, por cuanto consideraba que ello obedecía a una modificación del contrato; sin embargo, la realidad es que el contratista si redujo personal operativo y administrativo, optimizando la utilización de los recursos acorde al trabajo ordenado, como se puede observar en el valor de las actas entre los meses de diciembre de 2000 a julio de 2001.

Que las inquietudes del recurrente pueden resumirse en lo ya manifestado en esta Resolución, es decir, la causa para que el contratista no cumpliera oportunamente con las obligaciones laborales no obedecía al desarrollo mismo del contrato, ya que en febrero de 2001, fecha en la cual se le solicitó por primera vez presentar los paz y salvos laborales, el porcentaje de ejecución de obra era aproximadamente del setenta y siete por ciento (77%) y adicionalmente, el contratista tenía un anticipo por amortizar aproximadamente de ciento cuarenta millones de pesos m.l ($140.000.000.oo), adicionalmente no podemos pasar por alto el hecho de que el contratista para el cumplimiento de este contrato no requería infraestructura que le implicara desembolsos significativos, dado que venía de ejecutar un contrato de similares características, y además las Empresas Públicas de Medellín le suministraron un alto porcentaje de los elementos necesarios para la ejecución del contrato, tales como: medidores, tapas, tuberías, llaves, collares, etc., lo que nos demuestra que el anticipo debía ser utilizado para cumplir con las obligaciones laborales, fiscales y parafiscales del contrato.

Que el reconocimiento ofrecido por la Entidad, como ya se dijo, equivale a la parte correspondiente a la administración y la utilidad dejadas de percibir por la menor facturación que se dio en el contrato. El hecho de que no coincidiera la cifra ofrecida con la reclamada, no significa que no haya sido analizada por la interventoría. Ahora bien, repetimos, la causal que ocasionó la parálisis del contrato, básicamente obedeció a los reiterados incumplimientos del contratista para con sus trabajadores, hecho ajeno a la Entidad y de entera responsabilidad del recurrente.

(…)

Que ante la solicitud de revocatoria de la resolución 206201 del 3 de octubre de 2001, por medio de la cual se declaró la caducidad al contrato 1108207, Las Empresas Públicas de Medellín, no encuentran fundamento para reponer la decisión contenida en la Resolución impugnada, por cuanto la causa que dio origen a dicha declaratoria de caducidad obedece a la paralización del contrato (…)”.

**30/11/2001[[229]](#footnote-229):** La anterior Resolución fue notificada al contratista Ariel Aguirre Ocampo**.**

Visto el material probatorio que antecede, la Sala observa que con relación a la declaratoria de caducidad administrativa del Contrato No. 1108207, suscrito entre Empresas Públicas de Medellín EPM – E.S.P., los demandantes arguyeron la **incompetencia de la entidad demandada para declarar dicha caducidad (concepto de violación 3.3)**, a su juicio, porque ésta no contaba con la autorización expresa para ejercer dicha potestad, de manera que su imposición contraría lo establecido en el artículo 1º de la Resolución No. 01 de 1995 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

Sin embargo, la Sala no concuerda con el cargo expuesto por los demandantes en consideración a que desde el pliego de condiciones Empresas Públicas de Medellín contempló el pacto de las cláusulas excepcionales contenidas en el contrato, en cuyo argumento manifestó que “se tiene la autorización concedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable por medio de la Resolución 01 de mayo 18 de 1995”.

Entonces, como lo entendió la entidad contratante y lo manifestó en el pliego de condiciones, es la misma Resolución 01 de 1995 la que autoriza y obliga a “[l]as entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo [a] incluir cláusulas exorbitantes en los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa”, según lo dispone el artículo 1º de dicho acto administrativo.

De manera que no era necesaria una autorización adicional para dar cumplimiento a la Resolución 01 de 1995, pues la estipulación del artículo 3º de dicha resolución, claramente alude a otros contratos, diferentes de los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa.

Al respecto se leyó:

“ARTICULO 3o.- Autorización para incluir cláusulas exorbitantes. - Las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a los que se refiere esta resolución deberán solicitar a la Comisión autorización cuando deseen incluir cláusulas exorbitantes, en contratos distintos a los que se refiere el artículo 1o. de la presente resolución.”

Así las cosas, era la misma Resolución 01 de 1995 la que exigía la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, a la par que extendió las definiciones que la Ley 80 de 1993 acoge sobre esta tipología contractual.

Ahora bien, la Sala quiere llamar la atención del contratista por cuanto, si él estaba convencido de que por la falta de una autorización de la comisión de regulación no era procedente la estipulación de las cláusulas excepciones en el contrato suscrito con Empresas Públicas de Medellín, así debió informarlo a su co-contratante mediante las objeciones al pliego de condiciones, en la oportunidad debida y en aplicación de la buena fe objetiva que le era exigible (consideración conceptual 7. - El principio de buena fe contractual).

Contrario sensu, la Sala observa que con la presentación de su propuesta, el contratista expresamente manifestó conocer y aceptar los términos señalados en el pliego de condiciones y, con aplicación de tales disposiciones, en el evento de resultar adjudicatario se comprometió a ejecutar el contrato.

De otra parte, y como se dijo en las consideraciones conceptuales, pese a que los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos, por regla general se rigen por el Derecho privado, debe tenerse en cuenta que la Ley 142 de 1994 faculta el pacto de cláusulas exorbitantes, cuando ella se hallen autorizadas (Ver consideración 1.- Régimen jurídico de los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios).

Y es que este tipo de estipulaciones no solo resultan lógicas sino necesarias en los contratos como el que aquí se estudia, pues, aunque el objeto del contrato no consiste en la prestación directa del servicio público de acueducto y alcantarillado, sí se trata de un contrato de obra cuya celebración se justifica en el deber del Estado de garantizar la eficiente y adecuada prestación del servicio, el cual, evidentemente, puede verse afectado con las suspensiones o interrupciones en la ejecución del objeto contractual; de modo que siempre se afectará la prestación del servicio que se pretende garantizar.

Entonces, como bien lo dijo el pliego de condiciones se hace necesario o, por lo menos, prudente, incorporar cláusulas excepcionales en este tipo de contratos “con miras a asegurar su correcta ejecución para que el objeto contratado sea cumplido en la forma pactada, a tal punto que no llegue a darse la interrupción de la prestación de los servicios o la reducción de los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes, por [un posible] incumplimiento de parte del contratista”.

Las cláusulas excepcionales devienen como un mecanismo de control y coacción de la entidad contratante al contratista para garantizar la ejecución del contrato de obra y con él la satisfacción del servicio público domiciliario. (Ver consideración 5.- La cláusula excepcional de caducidad administrativa del contrato – inclusión obligatoria en los contratos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios – su declaración mediante acto administrativo).

Así las cosas, es válida la estipulación según la cual la entidad contratante podría “declarar la caducidad del contrato por la ocurrencia de hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Las Empresas, por medio de acto administrativo, debidamente motivado, lo darán por terminado y ordenarán su liquidación en el estado en que se encuentre.”

No obstante, debe preverse que la declaratoria de la caducidad administrativa del contrato ha de estar precedida por la observancia del debido proceso y el derecho de defensa (Punto 6.-. Alcance del debido proceso en las diferentes actuaciones adelantadas por las entidades públicas, ya sean estas de carácter administrativo o contractual), y debe efectuarse mediante acto administrativo razonado, al cual le son aplicables “las reglas del Código Contencioso Administrativo, y los actos administrativos en los que se ejerciten estas facultades se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y están sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la forma que lo dispone el inciso 2º del artículo 31 de la Ley 142 de 1994.”

En el caso concreto, dentro de los cargos expuestos por los demandantes, se dijo que la entidad demandada incurrió en **violación del debido proceso y de los derechos de defensa, petición, imparcialidad, confiabilidad y buena fe (concepto de violación 3.1),** frente a lo cual la Sala resalta que, pese a la transcripción in extenso del material probatorio obrante en el plenario, ninguna prueba de halló que permita establecer con certeza la violación del debido proceso; por el contrario se dieron entre el contratista y su contratante múltiples comunicaciones que siempre dieron respuesta a los requerimientos del contratista, pese a que dichas respuestas no resultaban satisfactorias a sus intereses y, en consecuencia, no fueron acogidas por él y ello no puede valorarse como un desconocimiento del principio de la buena fe contractual, o de las reglas de imparcialidad y confianza por parte de la entidad.

De otra parte, aunque los demandantes aluden que la entidad demandada declaró la caducidad del contrato, en medio del proceso de negociación que las partes adelantaban para arreglar el desequilibrio económico, como antes se dijo, pese a que entre las partes se intercambiaron sendas comunicaciones dirigidas a acordar un mecanismo que permitiera aliviar al contratista, es evidente que ningún acuerdo se obtuvo y ello no puede interpretarse como una asunción de responsabilidad o incumplimiento por parte de la entidad. Por el contrario, se concluyó que la entidad buscó mecanismos para coadyuvar con los intereses económicos del contratista, mediante la propuesta de adiciones y ejecución de obras extras que conllevaran a aumentar los valores facturados.

Y, aunque este fue un argumento esgrimido en el recurso de reposición presentado contra el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, la Resolución 219407 de 30 de noviembre de 2001, por medio de la cual se confirmó la declaratoria de caducidad, lejos de aceptar la existencia de una negociación o, incluso, una transacción, negó tal posibilidad y sostuvo que simplemente se surtieron conversaciones que no proporcionaron ningún efecto satisfactorio a la ejecución del contrato cuya paralización era evidente, por lo que, finalmente, la entidad acudió a declarar la caducidad del contrato.

Asimismo, pese a que en su recurso de reposición el contratista refirió inconformidades con las gestiones del interventor, no obra prueba dentro del plenario que permita establecer que existieran irregularidades en el desempeño del cargo de interventor, por el contrario la Sala encuentra que las acciones por él desempeñadas se encontraban amparadas por las facultades que el contrato y el pliego de condiciones le otorgaban.

De igual forma, la Sala observa que la caducidad del contrato se impuso mediante acto administrativo suscrito por el representante legal de la entidad contratante – gerente general. Fue así que el **3 de octubre de 2001**, mediante Resolución No. 206201, el Gerente General de Empresas Públicas de Medellín – EPM - E.S.P declaró la caducidad del contrato No.1108207, en consideración a que su ejecución se había visto afectada por el incumplimiento del contratista en el pago oportuno de los salarios y prestaciones sociales correspondientes al personal por él empleado para la ejecución del contrato, quienes habían presentado renuncias y paralizado temporalmente la obra “hasta tanto no se les cancelara la totalidad de los salarios adeudados”.

Con relación al pago de los salarios y prestaciones sociales, de conformidad con la cláusula 25.1 del contrato, se encontraba pactada en cabeza del contratista la obligación de pagar los salarios y prestaciones sociales del personal que empleara en la ejecución de obra, y era una atribución y obligación del interventor del contrato verificar el pago de los salarios, prestaciones sociales y seguridad social del personal contratado por el contratista (cláusula 24.2.12 del pliego de condiciones).

Sin embargo, al decir de las consideraciones del acto administrativo demandado, el contratista había incurrido en incumplimiento de esta obligación contractual y este hecho estaba afectando la ejecución del objeto contratado.

En justificación, el contratista siempre sostuvo que para el mes de febrero de 2001 el interventor había incurrido en una menor entrega de trabajo que produjo una baja en la facturación, de donde derivó la imposibilidad para pagar los salarios y prestaciones sociales de las personas que se encontraban realizando las obras objeto del contrato, y a lo cual le atribuyó las circunstancias que llevaron a la imposición de las multas surtidas los días **23 de abril de 2001** y **13 de junio de 2001**, por valor de $4.641.767.oo y $572.000.oo respectivamente.

Igualmente, los hechos de la demanda atribuyeron a la baja en la entrega de trabajo las suspensiones ordenadas por la interventoría, con fundamentado en el incumplimiento del contratista en el pago de salarios y prestaciones sociales, durante el término comprendido entre el **29 de julio de 2001 y el 8 de agosto de ese mismo año,** así como la suspensión desde el mes de septiembre por orden del contratista, por cuanto no contaba con los recursos suficientes que permitieran subvencionar las obras.

No obstante, la Sala encuentra que el dicho del demandante no está acreditado y, por el contrario, a lo largo de la valoración probatoria pudo verse que el contratista no cumplió la obligación de pagar los salarios y prestaciones sociales del personal por él contratado para la ejecución de la obra, en razón a lo cual se le impusieron las multas (antes valoradas), toda vez que no se encontraron injustificados los incumplimientos del contratista, los cuales persistieron pese a la imposición de las multas.

De otra parte, debe preverse que los actos administrativos se hayan amparados por una presunción de legalidad (Punto 5. La cláusula excepcional de caducidad administrativa del contrato – inclusión obligatoria en los contratos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios – su declaración mediante acto administrativo) y en razón de ello debe entenderse que las conclusiones esgrimidas en la Resolución No. 206201 de 2001, son ciertas, por supuesto, a menos que probatoriamente se acredite lo contrario, situación que no ocurrió en el caso de autos.

Así las cosas, se observa que el acto administrativo demandado argumentó que “la baja ejecución [del contrato] obedece en parte a que el contratista desde el pasado mes de abril disminuyó los recursos y adicionalmente durante los dos (2) últimos meses el contrato ha sufrido varias parálisis ocasionadas por los trabajadores como consecuencia del no pago por parte del contratista de las obligaciones laborales, lo que contribuyó a una baja facturación.”.

De manera que para la Sala la atribución que el acto administrativo hace de la baja facturación a la disminución de los recursos por parte del contratista y a las varias parálisis del contrato ocasionadas por los trabajadores como consecuencia del no pago de las obligaciones laborales, se entiende como cierta toda vez que ella no ha sido desvirtuada dentro del plenario, se itera, porque pese a que los demandantes sostienen que el interventor mermó la entrega de trabajo, lo que produjo una baja en la facturación, este hecho no quedo probado, así como tampoco tuvo aceptación el desequilibrio económico del contrato alegado por la parte demandante.

Dicho lo anterior, también resulta lógico concluir que no ha quedado demostrada la **desviación de poder (concepto de violación 3.2),** en cuyo efecto se dijo que el interventor del contrato propició la declaratoria de caducidad para cubrir su negligencia administrativa; someter al contratista a un pleito judicial; protegerse frente a la responsabilidad que le significaba no haber cubierto los bienes de propiedad de las Empresas Públicas de Medellín contra el riesgo de hurto y no responder por su omisión que dejó prorrogar los contratos de trabajo, pues ninguno de estos hechos están probados dentro del plenario.

Por el contrario, la Sala prevé que el pliego de condiciones y el contrato pactaban el trámite que debía surtirse en los eventos de inconformidades y desacuerdos entre el contratista y el interventor.

Así, por ejemplo, de conformidad con el artículo 24.3 del pliego de condiciones, en los eventos en que hubiera inconformidad o desacuerdo del contratista, éste estaba obligado a manifestar la situación por escrito (dentro de los 10 días siguientes al recibo de la orden) “, señalando claramente y en detalle, las bases en las cuales sustenta su objeción”.

“Si el contratista no manifiesta su desacuerdo durante los diez (10) días calendarios anotados, las órdenes o decisiones del interventor se considerarán como definitivas.”

“De igual manera el contratista deberá manifestar, por escrito, cualquier rechazo de sus peticiones o cualquier otra decisión del interventor, dentro de los dos (2) días calendario siguientes al recibo de la comunicación de éste; después de este tiempo no tendrá derecho a ninguna apelación y la comunicación del interventor será considerada como definitiva.”

También estaba en cabeza del interventor la obligación de notificar por escrito al contratista los incumplimientos en los que lo considerara incurso – de manera específica -

“En caso de que no se llegue a un acuerdo entre el interventor y el contratista, la situación será presentada a Las Empresas. Si el contratista rehúsa o descuida cualquier orden escrita del interventor, éste notificará, por escrito, al contratista, sobre el incumplimiento del contrato, señalando específicamente cuales fueron las omisiones o infracciones. Si es el caso, en dicha comunicación el interventor indicará los ítems bajo los cuales Las Empresas harán los pagos correspondientes de las obras ordenadas por él.”

En todo caso, la cláusula 45 del pliego de condiciones previó que “cualquier reclamo relacionado con el contrato por razones de tipo administrativo, técnico, legal o de cualquier otro orden” debía informarse por escrito a la entidad contratante, “dentro de los treinta (30) días siguientes a la primera ocurrencia del hecho motivo del reclamo, señalando claramente y en detalle sus bases; vencido este término quedará entendido que el contratista renuncia al derecho de establecer cualquier reclamación por dicho hecho contra Las Empresas”.

No obstante lo anterior, para la Sala resulta claro que la lectura de esta estipulación debe hacerse teniendo en cuenta que el contratista sólo puede presentar su reclamación una vez tiene pleno conocimiento del hecho que la suscita y de las consecuencia que deriva de él, pues es en este momento en que adquiere los elementos suficientes para elevar su reclamo e, incluso, para acceder al “acuerdo directo entre las partes” de que habla la mencionada cláusula o negarse a él.

Se trata de una especie de debido proceso para el trámite de objeciones y reclamos, que le permite al contratista comunicarse directamente con la entidad contratante, cuando existiere inconformidad en la actuación del interventor, el cual es válido en aras de organizar y reglamentar la relación contractual, por supuesto, siempre que no se trate de situaciones en las que el contratista estaba en imposibilidad de ejercer este derecho, bien sea porque no había previsto o no había podido conocer la insatisfacción, o no se había manifestado la irregularidad que da lugar a la objeción.

Ahora bien, pese a las estipulaciones pactadas para regular la comunicación entre la entidad contratante y su contratista, la Sala encuentra que no obra en el plenario prueba alguna que otorgue certeza sobre el ejercicio del contratista de estas facultades o de las faltas del interventor o de la entidad contratante frente a esta obligación. Contrario sensu, se estableció que tanto la entidad contratante como el interventor contribuyeron en la propuesta de fórmulas negóciales que llevaran al contratista a alcanzar el valor facturado que alcanzara sus aspiraciones contractuales.

Y la misma suerte sigue al cargo según el cual la Resolución No. 206201 que declaró la caducidad adolece de **falsa motivación (concepto de violación 3.4)**, pues bajo la consideración de la Sala los argumentos expuestos en el acto administrativo son suficientes para acreditar el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en cabeza del contratista, la gravedad de la misma y la interrupción del contrato, pues el mismo contratista admite el retraso en el pago de los salarios y prestaciones del personal por él contratado y las varias suspensiones que obstruyeron su ejecución.

Ahora bien, no es cierto, como lo afirman los demandantes, que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 exige para la declaratoria de caducidad que se haya producido una interrupción del servicio de acueducto o alcantarillado por un lapso no inferior a 24 horas o que se hayan reducido los niveles de calidad del agua por debajo de los estándares exigidos por las autoridades competentes, en cuyo efecto basta con verificar el texto de la mencionada norma:

“Artículo 31. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.”

No obstante, el requerimiento argumentado por los demandantes sí se encuentra previsto en la Resolución 01 de 1995 del antiguo Ministerio de Desarrollo Económico, en donde se dice que “se entiende por interrupción en la prestación de los servicios de Acueducto y Alcantarillado, la no disponibilidad de los servicios en forma permanente o temporal por un término no menor a veinticuatro (24) horas continuas, derivada del incumplimiento del contrato; (…) y por reducción en la calidad del agua, cuando por efectos del incumplimiento del contrato, no es posible para la empresa cumplir con los parámetros establecidos en las normas expedidas por las autoridades competentes”.

Sin embargo, debe preverse que la exigencia de estarse ante la interrupción en la prestación del servicio público en los términos antes definidos, no es exigible en el momento de imposición de la caducidad sino frente al a justificación de la inclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos suscritos por las empresas prestadoras del servicio.

Y finalmente, tampoco encuentra la Sala acreditado que la declaratoria de caducidad haya tenido su causa en el incumplimiento provocado por la propia entidad pública contratante o, dicho en otras palabras, no está demostrado que la entidad contratante haya provocado el incumplimiento que dio lugar a la declaratoria de caducidad del contrato No. 11108207.

En síntesis, la Sala negará la nulidad del acto administrativo demandado, en razón a que su presunción de legalidad no ha quedado desvirtuada.

No obstante, resta recordar que la declaración de caducidad se estipuló como constitutiva del siniestro por incumplimiento, de manera que da lugar a la efectividad de la póliza de cumplimiento.

**10.5 Nulidad de la liquidación unilateral del contrato**

Pese a que la liquidación de los contratos se encuentra regulada por los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, nada impide que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, tal como lo son los contratos celebrados por Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, las partes en ejercicio de la autonomía dispositiva o negocial puedan convenir su ejercicio, siempre y cuando dicha estipulación no vaya en contra de normas imperativas, no se encuentre expresamente prohibida por la Ley y, por supuesto, que con su ejercicio no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales.

Ahora bien, debe preverse que la liquidación unilateral del contrato si bien es una facultad legal, no es de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común, ya que la Ley 80 no la enlista como tal en sus artículos 14 y siguientes que se refieren al ejercicio de dichas potestades.

Con otras palabras, resulta totalmente válido que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, las partes convengan que ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, siempre y cuando que esa posibilidad haya sido prevista y autorizada dentro del pliego de condiciones o acordada en el mismo contrato, que no vaya en contra de normas de carácter imperativo[[230]](#footnote-230), y que no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales.

En consecuencia, si los contratos de la Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios se rigen por regla general por el derecho privado y si la facultad de liquidar unilateralmente el contrato no es una potestad excepcional sino un acto de autonomía dispositiva o negocial, **se sigue entonces que en estos casos el acto de liquidación unilateral del contrato, no es un acto administrativo sino un acto de estirpe negocial.**

Luego, si lo que ocurre es que en un contrato celebrado por una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, que se rige por normas de derecho privado, las partes convienen que ante la falta de acuerdo la entidad lo liquide unilateralmente, esa estipulación es válida, así como también los diferentes actos que se expidan para hacerlo, siempre y cuando que no exista norma que lo prohíba y no afecte la prestación del servicio público o el interés general.

En el caso de autos, la Sala encuentra acreditado que los puntos 39 y 50 de condiciones regularon lo concerniente a la liquidación del contrato, previendo la liquidación unilateral, cuando ella no fuera posible mediante un acuerdo mutuo, y tales estipulaciones quedaron recogidas en el contrato suscrito entre Ariel Aguirre y la EPM., de manera que, contrario a lo señalado por el A quo, la Sala encuentra que dichas estipulaciones son válidas y no atentan contra el ordenamiento jurídico, por supuesto, siempre que el ejercicio de la facultad establecida para liquidar el contrato se lleve a cabo con el lleno de las formas y requisitos convencionales.

Con relación a la liquidación unilateral del contrato obran los siguientes elementos de prueba:

**- 13/02/2002[[231]](#footnote-231):** El Gerente de Aguas de la E.P.M. puso en conocimiento del contratista el acta de finiquito y reconocimiento del contrato No. 1108207, de cuyo contenido se extrae:

“PRIMERA: A) Finiquito. De conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones y especificaciones del contrato, las partes proceden de mutuo acuerdo con la liquidación y finiquito del contrato. B) Reconocimiento. Mediante el presente convenio se hace el siguiente reconocimiento al contratista por desequilibrio contractual, la cual se valoró en la de ochenta y cinco millones de pesos ($85.000.000.oo) que corresponde al menor valor recibido por administración y por utilidad, dado que la ejecución de la obra llegó al setenta punto cuarenta y tres por ciento (70.43%), es decir, que al 25 de agosto de 2001, fecha hasta la cual el contratista venía ejecutando la obra en forma regular, y teniendo en cuenta que el valor del AIU corresponde al treinta y cinco por ciento (35%) de los costos totales, de los cuales el veintiocho por ciento (28%) equivale a la Administración, el valor total por Administración no remunerada es de setenta y dos millones ciento veinte mil pesos m.l. ($72.120.000.oo) y por concepto de menor utilidad percibida por el contratista respecto a la AIU, la suma de doce millones ochocientos ochenta y cinco millones de pesos ($12.880.000.oo) para un total de ochenta y cinco millones de pesos ($85.000.000.oo). SEGUNDA: Plazo. El plazo contractual fue fijado en quinientos cuarenta y cinco días, contados a partir de la fecha de iniciación indicada por el Área de Distribución Acueducto Zona Sur, el 17 de julio de 2000, pero el contratista suspendió unilateralmente las obras el día 28 de septiembre de 2001, es decir que el plazo total trabajado fue de cuatrocientos treinta y nueve (439) días, lo que permite concluir que el contratista incumplió el plazo del contrato. (…) CUARTA: Valor final del contrato: El valor final del mismo ascendió a un mil ciento setenta y ocho millones doscientos un mil trescientos setenta y cuatro pesos con 11/100 m/c ($1.178.201.374.11) discriminados así:

Valor obra contractual pagada: $1.088.787.528.10

Valor obra contractual por pagar: $1.087.608.81

Valor reajustes pagados: $51.646.830.01

Valor reajustes por pagar: $8.988.468.70

Reajustes anticipo pagado: $9.276.306.85

Valor obra extra pagada: $18.414.631.64

Valor final del contrato: $1.178.201.374.11

QUINTA: Sumas a cargo de cada una de las partes. Las Empresas le adeudan a El Contratista: a) por obra contractual por pagar la suma de un millón ochenta y siete mil seiscientos ocho pesos con 81/100 m.l ($1.087.608.81); b) por reajustes por pagar la suma de ocho millones novecientos ochenta y ocho mil cuatrocientos sesenta y ocho pesos con 70/100 m.l. ($8.988.468.70); y c) por concepto del reconocimiento descrito en el literal b) de la cláusula primera de esta acta, la suma de ochenta y cinco millones de pesos ($85.000.000.oo). El valor total que Las Empresas le adeuda a El Contratista es la suma de noventa y cinco millones setenta y seis mil setenta y siete pesos con 51/100 m/c ($95.076.077.51). B) EL CONTRATISTA adeuda a LAS EMPRESAS: a) por concepto de daños a las redes de acueducto y alcantarillado y por materiales suministrados por LAS EMPRESAS y no reintegrados por el contratista la suma de noventa y un millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil setecientos sesenta y dos pesos ($91.464.762.00); b) Por cuenta por cobrar número 5994824-04 del 12 de julio de 2001, correspondiente al valor de los medidores no devueltos por el contratista, la suma de cincuenta y siete millones ochocientos treinta y cuatro mil novecientos cuarenta y siete pesos con 72/100 m.l ($57.834.947.72); c) Por anticipo por amortizar OB100076 la suma de setenta y dos millones cuatrocientos diez mil novecientos noventa y siete pesos m.l ($72.410.997.00);d) por daño en acometida de energía en la calle 14-71 -14 Medellín, la suma de sesenta y siete mil ochocientos diecinueve pesos m.l ($67.819.00); e) por cláusula penal pecuniaria correspondiente al diez por ciento (10%) del valor del contrato la suma de doscientos tres millones ciento veinte mil trescientos dieciséis pesos con 90/100 ml. ($203.120.316.90). Conforme a lo anterior el contratista adeuda a Las Empresas la suma de cuatrocientos veintiocho millones doscientos cinco mil setecientos ochenta y dos pesos con 26/100 ml. ($428.205.782.26).

(…)

C) COMPENSACIÓN DE CUENTAS: Una vez efectuada la compensación de cuentas entre las partes, resulta un saldo a favor de Las Empresas por valor de trescientos treinta y tres millones ciento veintinueve mil setecientos cuatro pesos con 79/100 ml. ($333.129.704.79). PARAGRAFO: El contratista se obliga a cancelar el valor adeudado dentro de los ocho (8) días siguientes a la suscripción de la presente acta. (…) SEPTIMA. Exoneración de responsabilidad. El contratista declara que no tiene ninguna reclamación a las Empresas en virtud de las obligaciones a cargo de esta Entidad con motivo del contrato 1108207 y de la presente acta. En consecuencia, ambas partes declaran que con los pagos efectuados por Las Empresas se encuentran a paz y salvo entre sí. Se excluyen las reclamaciones que de conformidad con las disposiciones legales tiene derecho a hacer las Empresas por los vicios de construcción de acuerdo con las reglas 3ª y 4ª del Artículo 2060 del Código Civil y demás disposiciones concordantes. (…)”.

**07/03/2002:** El contratista Ariel Aguirre Ocampo, se pronunció sobre el acta diseñada por la E.P.M., mediante las siguientes observaciones:

“1.- La menor facturación del contrato ya reconocido por la Entidad no podía tasarse en $85.000.000.oo por cuanto hasta la declaratoria de caducidad, esta ascendía a la suma de $323.726.758.oo

2.- Se debía reconocer las indemnizaciones por incumplimiento de los contratos de trabajo suscritos para la ejecución del negocio jurídico; y los valores dejados de percibir como consecuencia de la declaratoria de caducidad, la cual ascendía a la suma de $187.515.309.oo, teniendo en cuenta que faltaban 106 días para finalizar la relación contractual.

3.- El término del contrato no era de 439 días sino de 545 días.

4.- Si bien es cierto que se canceló la suma de $1.088.787.528,10 por obra contractual, a la fecha no se había cancelado la suma de $43.088.560, valor este que fue retenido por orden de la interventoría.

5.- Se debía reconocer la suma de $27.364.943.00 por concepto de obras extras y adicionales.

6.- Se indemnizara al contratista por concepto del hurto de medidores."

- **30/04/2002**[[232]](#footnote-232)**:** Ante el desacuerdo en la liquidación bilateral del contrato, el Gerente de Aguas de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P por medio de la Resolución No. 237201 resolvió:

“**Artículo 1.** Liquidar unilateralmente el contrato No. 11108207 celebrado entre Las Empresas Públicas de Medellín E.S.P y Ariel Aguirre Ocampo para el cambio de medidores y tapas para cajas de medidores, corte y reinstalación de acometidas y construcción de acometidas de acueducto y alcantarillado en diferentes zonas atendidas por el sistema de acueducto de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P, zona sur, grupo 3, la cual quedará así:

**a) Plazo de ejecución y recibo de las obras:** El plazo contractual fue fijado en quinientos cuarenta y cinco (545) días solares, contados a partir de la fecha de iniciación indicada por el área distribución acueducto zona sur, el 17 de julio de 2000, pero el contratista suspendió unilateralmente las obras el día 28 de septiembre de 2001, es decir que el plazo total trabajado fue de cuatrocientos treinta y nueve (439) días, (…).

**b) Valor total del contrato:** El valor total de la obra contractual fue de dos mil treinta y un millones doscientos tres mil ciento sesenta y nueve pesos m.l ($2.031.203.169.oo) y el valor final del mismo ascendió a un mil ciento setenta y ocho millones doscientos un mil trescientos setenta y cuatro pesos m.l ($1.178.201.374.11), discriminados así:

Valor obra contractual pagada: $1.088.787.528.10

Valor obra contractual por pagar: $1.087.608.81

Valor reajustes pagados: $51.646.830.01

Valor reajustes por pagar: $8.988.468.70

Reajustes anticipo pagado: $9.276.306.85

Valor obra extra pagada: $18.414.631.64

**Valor final del contrato: $1.178.201.374.11**

**c. Sumas a cargo de cada una de las partes: 1) Las Empresas le adeudan a El Contratista.** Las Empresas le adeudan al contratista la suma de noventa y cinco millones setenta y seis mil setenta y siete pesos con 51/100 m.l ($95.076.077.51), según la siguiente relación:

Reajustes por pagar: $8.988.468.70

Obra contractual por pagar: $1.087.608.81

Reconocimiento: $85.000.000.oo

Total por pagar al contratista: $95.076.077.51

**2) El contratista adeuda a Las Empresas.** El contratista le adeuda a Las Empresas la suma de trescientos sesenta y cinco millones setecientos cincuenta y ocho mil seiscientos noventa pesos con 26/100 m.l ($) los cuales se discriminan así:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Tubería peAlPe de ½  | 3.795.25  | 4.300.00 | 16.319.575.00  |
| Conectores para tubería  | 179.00 | 15.500.00  | 2.774.500.00  |
| Uniones para tubería  | 10.00  | 14.500.00  | 145.000.00  |
| Llaves de acera  | 84.00  | 10.800.00 | 907.200.00  |
| Llaves de contención  | 46.00  | 10.800.00  | 496.800.00  |
| Llaves de incorporación  | 65.00  | 13.750.00  | 894.750.00  |
| Collares de derivación 2” y 3”  | 90.00  | 9.750.00  | 877.500.00  |
| Collares de derivación 4” y 6”  | 101.00 | 12.000.00  | 1.212.000.00  |
| Collares de derivación 8”, 10” y 12”  | 30.00  | 33.000.00  | 990.000.00  |
| Filtros de 1”  | 30.00  | 25.150.00  | 754.500.00  |
| Filtros de 1 ½”  | 2.00 | 53.300.00  | 106.600.00  |
| Cuentas por cobrar número 5994824-04  |  |  | 57.834.947.72  |
| Anticipo por amortizar OB 1000076  |  |  | 72.410.997.00  |
| Reajuste del anticipo por amortizar  |  |  | 3.306.939.64  |
| Cláusula penal pecuniaria (10%)  |  |  | 203.120.316.90  |
| Publicación en prensa de la resolución de caducidad  |  |  | $3.608 064.00 |
| **Total por cobrar al contratista**  |  |  | **$365.758.690.26**  |

**d) Cruce de cuentas:** Una vez efectuada la compensación de cuentas entre las partes, resulta un saldo a favor de Las Empresas por valor de doscientos setenta millones ochenta y un mil novecientos ochenta y ocho pesos con 75/100 m.l. ($270.682.612.75), suma que el contratista deberá cancelar a Las Empresas.

**e) Modificación de amparos de la garantía única:** De conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones y especificaciones, el contratista deberá ajustar los valores asegurados de los amparos de pago de salarios y prestaciones sociales y de estabilidad de las obras, que hacen parte de la garantía única, los cuales deberán tener una vigencia de tres años cada uno a partir de la fecha en que se suspendieron las obras, es decir, el 28 de septiembre de 2001. (…)”.

Como fundamento de su decisión, Empresas Públicas de Medellín – EPM E.S.P manifestaron:

“(…) **5.-** Que las Empresas mediante oficio 994358 del 13 de febrero de 2002, le remitió a El Contratista el finiquito del contrato, para su firma con la presentación de los paz y salvos de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores que laboraron en el contrato, el cual no fue devuelto. En dicho finiquito las Empresas le hicieron el reconocimiento al contratista por desequilibrio económico, citado en el numeral anterior.

**6.-** Que por lo anterior, mediante el presente convenio se hace el siguiente reconocimiento al contratista por desequilibrio contractual, correspondiente a la suma de ochenta y cinco millones de pesos ml. ($85.000.000.00), equivalente a setenta y dos millones ciento veinte mil pesos m.l. ($72.120.000.00) por la administración no remunerada y la suma de doce millones ochocientos ochenta mil pesos ($12.880.000.00) por menor utilidad percibida por el contratista respecto a la menor ejecución de obra.

(…)”.

**- 2/05/ 2002[[233]](#footnote-233):** La Resolución anterior fue notificada al demandante**.**

**- 14/05/2002**[[234]](#footnote-234)**:** El contratista Ariel Aguirre Ocampo interpuso recurso de reposición contra el anterior acto administrativo, con fundamento en los siguientes argumentos:

“**El numeral 6º.** En este numeral la interventoría presenta el reconocimiento que en su concepto tiene como finalidad que el contratista recupere el detrimento económico sufrido por el desequilibrio presentado durante la ejecución del contrato.

Esto quiere decir que es un hecho indiscutible que sí se presentó un desequilibrio.

Luego la controversia entre las partes es otra: A cuánto asciende y cuáles fueron sus consecuencias:

En relación con la cuantía de reconocimiento económico a que tiene derecho el contratista, es evidente que las cifras están alejadas, pues la interventoría considera que son ochenta y cinco millones de pesos ($85.000.000.oo), mientras que el contratista estima su perdida en más de cuatrocientos millones de pesos ($400.000.000.oo).

Esta discusión es importante, pues si el desequilibrio asciende a lo señalado por el contratista, ello puede explicar el incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales.

No obstante, esta discusión no pudo darse por varias razones:

- Primero, porque el interventor nunca quiso discutir las cifras del contratista y nunca detalló el análisis que le permitía llegar a un valor de ochenta y cinco millones de pesos ($85.000.000.oo).

- Segundo, porque cuando el contratista se negó a aceptar la propuesta del interventor, su respuesta fue la declaración de caducidad del contrato, decisión que justificó en la parálisis de las obras, pero que realmente se produjo por el desequilibrio y por la retención de las actas 13 y 14.

En consecuencia, la Entidad debe comparar el análisis del interventor y del contratista, pues esta es la única manera de dar respuesta a los recursos presentados, y adicionalmente debe estudiar si la declaratoria de caducidad podía hacerse en las condiciones en que se hizo, es decir, colocando al contratista en un estado de indefensión, no solamente porque fue una sorpresa, sino especialmente porque la parálisis fue el resultado lógico de las decisiones del interventor.

(…)

**Numeral 7º.** La liquidación unilateral representa un procedimiento extremo que solamente puede arbitrarse cuando no exista acuerdo entre las partes para efectos de hacer una liquidación bilateral del contrato. Esto quiere decir que debe darse una respuesta a los planteamientos realizados por el contratista, toda vez que de lo contrario se cometería una arbitrariedad.

Sería tanto como decir que al Estado no le obligan las razones presentadas por el particular, conclusión totalmente absurda frente a nuestro orden jurídico.

**En conclusión** la liquidación unilateral realizada ignora al contratista como parte integrante del proceso administrativo que ella representa, con lo cual además se vulnera el derecho al debido proceso, toda vez que las peticiones que éste presenta tienen que ser debidamente respondidas, no simplemente ignoradas.

(…)

**EN RELACIÓN CON LA PARTE RESOLUTIVA**

(…)

**En segundo lugar,** es claro que la Contraloría responsabilizó al Interventor de las consecuencias económicas derivadas del hurto de materiales de que fue víctima el contratista. También es un hecho claro que el interventor asumió dicha responsabilidad.

Luego no puede incluirse dentro de la liquidación la cuenta de cobro No. 5994824-04 de 12 de julio de 2001, de la cual se cita un valor de $57.834.947.72, cuando en realidad fue por un total de $96.671.700.00 total al que ascendían solamente los medidores hurtados.

(…)”.

**- 29/05/2002**[[235]](#footnote-235)**:** La Compañía Suramericana de Seguros interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 236801 de 29 de abril de 2001 con fundamento en los siguientes motivos:

1.- **Error de hecho en el motivo del acto administrativo recurrido:**

“3.1.1.- Estimamos que se ha configurado un error de hecho en los considerandos Nros. 3, 4, 5 y 6 del Acto Administrativo impugnado por cuanto no corresponden a la realidad contractual las afirmaciones de EPM en el sentido de que se produjo un abandono de las obras por parte del contratista, de que el supuesto abandono y la disminución de recursos del contrato le haya sido atribuible a este y de que el desequilibrio económico presentado en la ejecución contractual – desequilibrio reconocido por la propia EPM – corresponda a la suma que allí se plasmó.

(…)

De otra parte, el motivo de hecho examinado tampoco corresponde a la realidad, si consideramos que el mecanismo adoptado por EPM de compensar obra contractual no ejecutada con obra extra y adicional, no constituía una herramienta eficaz para recomponer el equilibrio financiero del contrato, roto desde el inicio, advertido e informado desde el inicio a EPM; ésta se negó reiteradamente a analizar con seriedad y juicio las alternativas de solución propuestas por el contratista a fin de corregir el rumbo del contrato, y por el contrario optó por tomar determinaciones que sólo constituyeron paliativos pero no remedios de fondo a la difícil situación del contrato.

Y es que la Entidad Pública a ello estaba particularmente obligada, puesto que la causa del desequilibrio le es imputable, ya que él diseñó los pliegos de condiciones correspondientes al proceso de selección adelantado para la escogencia del contratista – pliegos en los cuales se establecieron las cantidades de obra – tampoco consultó la realidad económica y social de la ciudad, puesto que en palabras de las propias EPM, las solicitudes de acueducto se redujeron sustancialmente por causa de la recesión económica del país, afectando los ítems más importantes del contrato y en consecuencia disminuyeron sustancialmente la facturación del contratista.

(…)

3.1.2.- (…)

En cuanto a los errores de hecho y de derecho en los motivos invocados en la caducidad, en efecto, y de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, que modifica el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, el régimen contractual de las entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios será el derecho privado por regla general.

(…)

Frente a esta regulación, cabe insistir en el hecho de que si bien, en gracia de discusión, pudiera haberse presentado un incumplimiento del contratista, éste no ocurrió por causa a él imputable, sino a las EPM, puesto que los cálculos que fundaron las cantidades de obra previstas en el pliego y en el contrato, fallaron clamorosamente, sin que de forma oportuna e idónea, la entidad pública hubiere acudido, según reiteradas y múltiples solicitudes del contratista, a restablecer la ecuación financiera del contratista, afectada gravemente por el cálculo errado de la Entidad contratante.

Las medidas que se adoptaron, además de tardías, no constituyeron el instrumento adecuado para solucionar las nefastas consecuencias económicas del yerro en el que se había incurrido, de forma tal que en algunos casos, ellas sólo fueron un paliativo de la situación, y en otros eventos, la agravaron.

La declaratoria de caducidad no procede entonces, cuando el incumplimiento del contratista es provocado por la propia entidad pública del contratante; en estos eventos, la **excepción del contrato no cumplido** es la aplicable para proteger el derecho lesionado del co contratista particular, siendo ello así, se advierte, el error de derecho que en los motivos del acto acusado incurrió la contratante. (…)”.

2.- **No era procedente la declaratoria de caducidad del contrato No.11108207 y en consecuencia la liquidación de dicho negocio jurídico** por cuanto no se dio cumplimiento a lo previsto en la Resolución No. 01 de 1995.

3.- **Existía vicio de nulidad por error de derecho** por cuanto de una parte no era procedente la afectación del amparo de anticipo ni de cumplimiento, en los términos que se expresan en la Resolución recurrida por cuanto con relación a lo solicitado por concepto de anticipo, no existió ni un uso ni una apropiación indebida de los dineros anticipados al contratista para la ejecución del contrato; y con relación al amparo de cumplimiento, por cuanto fueron Las Empresas Públicas de Medellín las que incumplieron el contrato.

4.- **Desviación de poder** toda vez que Las Empresas Públicas de Medellín no dictaron el acto administrativo en cuestión atendiendo las finalidades previstas en el ordenamiento superior, sino para continuar, como sucedió con la caducidad ocultando la realidad del contrato, esto es, el yerro en el cálculo de las cantidades de obra a ejecutar.

5.- **Violación de la Ley** en la medida que la demandada no adoptó su conducta a los legítimos mandatos de la buena fe, por cuanto su obrar no fue recto y leal con el contratista que confiando que se había iniciado un proceso de negociación y de arreglo directo de las diferencias con su contratante, fue sorprendido por ésta con la declaratoria de caducidad.

- **8/07/2002**[[236]](#footnote-236)**:**  El Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín – EPM E.S.P por medio de la Resolución No. 251102 de por confirmó el acto administrativo No. 237201 de **30 de abril de 2002** mediante el cual se liquidó de manera unilateral el contrato No. 1108207, con fundamento en los siguientes argumentos:

1.- Con relación a los argumentos presentados por el señor Ariel Aguirre Ocampo en su escrito de reposición, el ente demandado manifestó:

1.1.- **En cuanto a la negativa de las Empresas Públicas de Medellín – EPM E.S.P de liquidar el contrato bilateralmente, está le manifestó:**

“Es verdad lo manifestado por el contratista en el sentido de que se le envió el proyecto de acta de liquidación bilateral, y que además éste presentó observaciones a la misma mediante comunicación radicada con el No. 01277307 del 8 de marzo de 2002, pero lo relativo a la no respuesta a las mismas carece de veracidad, ya que a pesar de que contra el proyecto de liquidación no procede recurso alguno, el día 14 de mayo de 2002, mediante escrito radicado con el No. 1009526, las Empresas dieron respuesta a las inquietudes presentadas en la comunicación referida (…)”.

1.2.- **Respecto al reconocimiento solicitado por la parte actora por obra extra en instalaciones con brecha compartida,** la E.P.M. ratificó lo expresado en la comunicación No.959735 de 25 de julio de 2001, en la que le manifestaron al señor Aguirre Ocampo que dicha solicitud carecía de fundamentos.

1.3.- **Con relación al no entendimiento planteado por el contratista respecto al descuento hecho por la Entidad demandada por concepto de medidores y otros elementos hurtados con violencia, esta última le manifestó:**

“En varias ocasiones se ha planteado la misma situación por parte del contratista, y en esas mismas se le ha respondidoen el sentido de que si la interventoría no exigió una póliza que amparara el riesgo de hurto de los elementos suministrados por Las Empresas para el normal desarrollo del contrato, es un hecho ajeno al mismo, que no exonera al contratista de su responsabilidad, es decir, como depositario de esos bienes debía velar por el cuidado y uso de ellos y al final del contrato debería reintegrarlos en caso de no utilizarlos. (…)”.

1.4.- **Desacuerdo con la liquidación propuesta por no reconocer el monto adeudado por concepto de desequilibrio económico del contrato No. 1108207, el ente demandado sostuvo:**

“Ante la solicitud de reconsiderar el monto ofrecido por Las Empresas como reconocimiento por el desequilibrio económico sufrido por el contratista, es importante tener en cuenta lo manifestado en la Resolución 219407 del 30 de noviembre de 2002, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución 206201 del 3 de octubre de 2002, la cual declaró la caducidad del contrato, que el reconocimiento ofrecido por la Entidad equivale a la parte correspondiente a la Administración y a la utilidad dejadas de percibir por la menor facturación dada en el contrato. Además no podemos olvidar que la Resolución que declaró la caducidad y por ende la que dio por terminado el contrato, está debidamente ejecutoriada por cuanto el recurso interpuesto contra ella también fue resuelto en su debida oportunidad.

(…)

Ante la solicitud del contratista del reconocimiento inmediato por un desequilibrio económico, se le respondió que éste sólo podía ser evaluado a la terminación del contrato, dado que por las características de estos contratos donde las cantidades de obra son aproximadas y el valor final del mismo es el resultado de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por el valor unitario aceptado en la propuesta; y dado que durante la ejecución del contrato pueden existir situaciones y circunstancias que afecten el desarrollo del mismo en forma favorable o desfavorable, es por ello que sólo al finalizar el contrato globalmente puede analizarse si existió o no un desequilibrio económico.

(…)

La suma de ochenta y cinco millones de pesos m.l ($85.000.000.oo) ofrecida al contratista como reconocimiento por el desequilibrio económico corresponde a la administración y a la utilidad dejadas de percibir por la menor facturación que se dio en el contrato, situación que nada tiene que ver con la declaratoria de caducidad del mismo, la cual obedeció a la parálisis de los trabajos por parte del contratista”.

1.5.- **Ante la inconformidad presentada por el contratista respecto al hecho de que las decisiones tanto de la caducidad como de la liquidación unilateral del contrato, no se surtieron con funcionarios diferentes al interventor y a la abogada designada para el contratista, el Ente demandado manifestó:**

“Es importante recordar que en ningún momento las recusaciones a las que se refiere el contratista fueron debidamente solicitadas, al respecto el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante sentencia de tutela del 21 de noviembre de 2001 se pronunció sobre este mismo tema y respecto a los mismos funcionarios: “y realmente esas solicitudes no constituyen propiamente una recusación de las reguladas en el artículo 30 del C.C.A sin estar sustentada dicha petición en argumentos jurídicos, como serían las distintas causales legales para la “recusación” sino en desacuerdos de interpretación”, dicha sentencia fue confirmada en todas sus partes por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 14 de febrero de 2002”.

 2.- En cuanto a los argumentos esgrimidos por la Compañía de Seguros, la E.P.M. manifestó:

“No es cierto lo que afirma la recurrente sobre la posibilidad de interponer la excepción de contrato no cumplido, entiéndase éste como imputable a las Empresas, reiteradamente se ha dicho que el contratista incumplió con las obligaciones del contrato, lo que determinó su caducidad. Y como se manifestara en el numeral anterior, la obra compensada no obedeció a mecanismos tendientes a recomponer el “supuesto desequilibrio económico”, sino que al presentarse obra extra y adicional, estas tenían que ser atendidas para poder continuar con el normal desarrollo del contrato, y al existir disponibilidad en la certificación presupuestal que dio origen al contrato no era necesario en ese momento ampliar dicha certificación.

Es verdad que en la liquidación unilateral no se hizo referencia a que la disminución de los recursos del contrato hayan ocasionado la suspensión como mínimo por 24 horas en la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, pero no se puede olvidar que la referencia al cumplimiento de la norma CRA, no tiene que ser parte de la liquidación, porque esta sólo debe ser una etapa donde se acuerdan los ajustes, revisiones, reconocimientos y transacciones a que haya lugar, en otras palabras se hace un balance de las prestaciones a cargo de cada una de las partes.

Respecto a la motivación requerida por la Resolución 01 de 1995, como esencial para la inclusión de las cláusulas exorbitantes, esta fue debidamente sustentada en el pliego de condiciones y especificaciones del contrato, en el numeral 49 del mismo el cual reza “… en consecuencia, motivan la inclusión de éstas cláusulas las solicitudes de la comunidad para acceder a los servicios o para mejoramiento de los mismos y los actos que realizan Las Empresas para cumplirlas tales como: estudios, diseños, interventoría y los procesos de contratación relacionados con la ejecución de estos, así como las experiencias en contratos de similar naturaleza que han tenido las Empresas, en la medida en que le han causado perjuicios por el incumplimiento de algunos contratistas en la entrega tardía o no entrega de suministros que se les han encargado, afectándose la prestación de servicios.

No es de recibo la afirmación de la recurrente respecto a que existe vicio de nulidad por la improcedencia al afectar los amparos de anticipo y de cumplimiento, ya que aunque no existió una indebida apropiación de los dineros que le fueron anticipados al contratista, éstos son dineros que pertenecen a la Entidad y como su nombre lo dice son un anticipo, un préstamo para que el contratista pueda sufragar los costos iniciales en la ejecución del contrato, y que de ser cobrados porque en el momento de declararse la caducidad el dinero anticipado no se había amortizado en su totalidad y su cobro en manera alguna puede configurar un enriquecimiento sin causa, porque como puedo yo enriquecerme cobrando mi propio dinero?

Ahora bien, el amparo de cumplimiento debe hacerse efectivo por lo tantas veces reiterado, el contratista incumplió con las obligaciones del contrato al abandonar las obras, lo paralizó, razón por la cual también debe hacerse efectiva la cláusula penal pecuniaria, ya que se pactó en el pliego de condiciones y especificaciones de la CD 003617 que dio origen al contrato 1108207 (…).

Al liquidar cualquier contrato se tienen en cuenta tanto las sumas a favor como en contra de cada una de las partes, pero por ningún motivo se cruza un valor en forma particular contra el valor de una garantía, por ello lo que se dijo en el numeral 2 literal c de la resolución de liquidación es que existía una cuenta por cobrar a favor de Las Empresas por los materiales hurtados al contratista, es decir, una acreencia a favor de la entidad contratante, la que luego se descontó del total del valor que la misma le adeudaba al contratista entre las cuales se contempló el reconocimiento. Igualmente se descontó de dicho valor lo concerniente al costo de la publicación en presa, es decir, ninguno de estos rubros fueron imputados ni al amparo de anticipo ni al de cumplimiento.

No existió desviación de poder en la expedición del acto administrativo (caducidad) que las Empresas dictaron, pues dicha Resolución obedeció concretamente a la aplicación de la Ley 80 de 1993, y por lo tanto, en ningún momento se pretendió ocultar errores no existentes sino como se dijo, se dio por el abandono de las obras objeto del contrato por parte del contratista que determinó la parálisis del mismo.

La confianza legítima a la que hace alusión el recurso, no fue violada en ningún momento, ya que si bien es cierto existió un proceso de negociación entre las Empresas y el contratista con el fin de llegar a un acuerdo beneficioso para ambas partes y poder cumplir con el objeto del contrato, también lo es el hecho de que el contratista suspendió las actividades lo cual obligó a Las Empresas a tomar la decisión de declarar la caducidad.

(…)”.

Para pasar a resolver los cargos que se imputan contra la legalidad del acto administrativo que liquidó el contrato No. 11108207, aunque en el recurso de reposición interpuesto por el contratista contra la Resolución No. 237201 de **30 de abril de 2002**, éste expuso como razones de inconformidad el reconocimiento de $85.000.000.oo de pesos por concepto de desequilibrio del contrato, debe preverse que en la demanda de nulidad impetrada contra el mencionado acto administrativo no se expuso ningún cargo en contra de dicho reconocimiento, de donde resulta forzoso inferir que el demandante, finalmente, aceptó dicho reconocimiento y en este respecto la legalidad del acto no fue cuestionada.

Asimismo la Sala quiere resaltar que el contratista no demandó el acta de liquidación en cuanto a los conceptos correspondientes a anticipo ni el descuento del valor de los elementos hurtados el 5 de abril de 2001.

Por el contrario , sólo fue la Compañía Suramericana de Seguros quien adujo que las Resoluciones por medio de las cuales la entidad demandada liquidó unilateralmente el contrato estuvieron soportadas bajo una falsa motivación (**3.4 Falsa motivación**) por cuanto, **en primer lugar**, no existía razón alguna para hacer efectivo el amparo del anticipo, puesto que no se presentó una apropiación indebida de los dineros que le fueron anticipados al contratista; **en segundo lugar,** la póliza de seguros no amparaba la pérdida de elementos que sufrió el contratista durante la ejecución del contrato y los cuales EPM estaba cobrando en las resoluciones de liquidación, sin hacer la salvedad de que tales cifras no pueden ser cobradas a la Suramericana; y, **en tercer lugar,** en la medida que la expedición de los actos de liquidación, estuvieron basados en una declaratoria de caducidad manifiestamente ilegal.

En atención a lo anterior, la Sala pasa a resolver los cargos invocados como fundamento de la falsa motivación alegada. Para empezar, con relación al argumento según el cual la liquidación unilateral del contrato estuvo basada en una declaratoria de caducidad manifiestamente ilegal, la Sala quiere recordar que los cargos invocados contra la legalidad de las resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad administrativa del contrato, fueron desatados en el punto 10.4 de estas consideraciones, en donde se concluyó que la nulidad aducida no fue procesalmente acreditada y, en consecuencia, la presunción de legalidad que ampara a dichos actos administrativos continúa incólume. En razón a lo cual no habrá lugar a entablar un nuevo pronunciamiento sobre este asunto.

Ahora bien, con relación al cargo según el cual el acto que liquidó el Contrato No. 1108207 se encuentra viciado por falsa motivación, porque no existía razón alguna para hacer efectivo el amparo del anticipo, puesto que no se presentó una apropiación indebida de los dineros que le fueron anticipados al contratista, es de anotar que no es un hecho discutido en el proceso que la entidad contratante entregó al contratista la suma de $203,120,317.oo, a título de anticipo, consistente en el 10% del valor del contrato, los cuales debían amortizarse y reajustarse mes a mes.

Sin embargo, en la liquidación unilateral del contrato, la administración encontró que a la finalización del mismo, la cual tuvo lugar por declaratoria de la caducidad del contrato, que a su vez se dio por el incumplimiento del contratista en las obligaciones salariales y prestacionales adquiridas con el personal empleado en la ejecución del contrato que estaba generando paralizaciones en la obra, el contratista había dejado de ejecutar la suma de $72.410.997.oo, correspondientes al anticipo, lo que generó un valor por concepto de reajuste de $3.306.934.64.

Al efecto debe preverse que los dineros entregados a un contratista a título de anticipo, no pasan a ser de su propiedad, pues apenas lo son a título de mera tenencia como quiera que tales dineros se entregan al contratista para que inicie la ejecución del objeto contractual, de manera que el contratista los recibe a título de administrador y no de propietario, en razón a lo cual aquello que no se haya amortizado debe ser devuelto a la entidad.

Con relación a anticipo, el pliego de condiciones, así como el contrato, estipularon lo siguiente:

21.1 **ANTICIPO.** Las Empresas entregarán al Contratista, en calidad de anticipo, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor inicial del contrato. El valor del anticipo se entregará al Contratista dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de aprobación del amparo de correcta inversión y amortización del anticipo, establecido en la garantía única del contrato y/o del recibo de la factura de cobro correspondiente, lo último que ocurra, con el lleno de los requisitos reglamentarios por parte del Contratista.

Las Empresas reajustarán el valor del anticipo entre el día de cierre del proceso de contratación y la fecha en que el Contratista reciba dicho anticipo en uno con ocho por ciento (1.8%) del valor del anticipo, por cada mes y proporcionalmente, por cada fracción de mes, que transcurra entre las fechas antes mencionadas. Este reajuste será constante y no acumulable, como se muestra en el siguiente ejemplo:

(…)

Este anticipo, excepto su reajuste, se deducirá de las cuentas mensuales por obra ejecutada, excluyendo las cuentas por reajuste de precios que se paguen al contratista y en la misma proporción, o sea el quince por ciento (15%) del valor de las actas. En la última cuenta se harán los ajustes necesarios para deducir el saldo pendiente por amortizar. Igualmente se tendrá en cuenta que la suma que se entregue como reajuste del anticipo no tiene que ser reintegrada por el contratista, salvo el caso en que éste no ejecute, total o parcialmente el contrato por alguna circunstancia, pero éste está en la obligación de ampliar la cuantía de la correcta inversión y oportuno reintegro del anticipo, en una suma igual a la del reajuste”.

Así las cosas, de acuerdo con el pliego de condiciones las pólizas debían amparar no solo la correcta inversión del anticipo, sino también la amortización que se hiciera del mismo, de modo que la parte no amortizada se encuentra cobijada por el amparo de la póliza.

Adicionalmente debe preverse que dentro de los amparos contemplados en la póliza No. 0368298-8, expedida por la compañía Suramericana de Seguros, se incluyó el amparo del anticipo, el cual “cubre a las Entidades Estatales Contratantes contra el uso o apropiación indebida que el contratista haga de los dineros o bienes que se le hayan anticipado para la ejecución del contrato”, dentro de lo cual, necesariamente, debe entenderse incluida la no amortización del anticipo, pues no amortizar el anticipo equivale a apropiarse indebidamente de él, toda vez que aquella parte que corresponda a la proporción del contrato no ejecutada debe ser devuelta a la administración con el correspondiente reajuste, como también lo estipuló e pliego de condiciones.

Así las cosas, no le asiste razón a la Compañía Suramericana de Seguros cuando afirma que el acto administrativo que liquidó el Contrato No. 1108207 se encuentra viciado por falsa motivación, porque no existía razón alguna para hacer efectivo el amparo del anticipo, puesto que no se presentó una apropiación indebida de los dineros que le fueron anticipados al contratista.

Por el contrario, la Sala reitera que dentro del amparo de la póliza debe entenderse incluido el valor del anticipo no amortizado y su correspondiente reajuste y, en consecuencia, procederá a negar el cargo expuesto en este sentido.

Finalmente, en lo que respecta a la falsa motivación porque la póliza de seguros no amparaba la pérdida de elementos que sufrió el contratista durante la ejecución del contrato y los cuales EPM cobró en las resoluciones de liquidación, sin hacer la salvedad de que tales cifras no pueden ser cobradas a la Suramericana, la Sala considera que dentro de los amparos contemplados por la póliza No. 0368298-8, se encuentra:

“1.3.- AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

El amparo de cumplimiento del contrato cubre a las Entidades Estatales Contratantes contra los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado. Este amparo comprende las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva.”

En este sentido la Sala encuentra que es un hecho cierto que la pérdida de los equipos hurtados se dio cuando estos se encontraban en poder del contratista, quien tenía la obligación de custodiar y cuidar tales elementos e, incluso, garantizar la destinación para la cual fueron suministrados por la entidad contratante, esto es, el uso en la ejecución del contrato, de manera que cualquier inobservancia de esta prestación conlleva un incumplimiento de las obligaciones contractuales, por lo que si los elementos desaparecieron en poder del contratista, la perdida le resulta imputable a título de incumplimiento y en este sentido debe entenderse comprendido dentro del amparo de cumplimiento estipulado en el contrato de seguro.

Ahora bien, pese a lo anterior, la Sala prevé que la Resolución No. 387905 de fecha 23 de junio de 2004[[237]](#footnote-237), por medio del cual se declaró el siniestro por incumplimiento del contratista, dentro de los rubros cobrados a la Aseguradora no incluyó los valores correspondientes al pago de los equipos hurtados y sólo hizo recaer el siniestro sobre el valor de la cláusula penal y la amortización del anticipo, como se observa en la siguiente cita:

“**Artículo 1º.-** Declarar la realización del riesgo de incumplimiento del contrato 1108207 por parte del señor Ariel Aguirre Ocampo por la declaratoria de caducidad, por causas imputables al contratista, tal como se detalló en la parte motiva de esta Resolución.

**Artículo 2º.-** Como consecuencia de la declaratoria de riesgo a que se refiere el artículo anterior, Las Empresas harán efectiva la cláusula penal que corresponde al diez por ciento (10%) del valor total del contrato equivalente a la suma de doscientos tres millones ciento veinte mil trescientos dieciséis pesos con 90/100 ml. ($203.120.316.90). Igualmente se hará efectivo el amparo de anticipo por valor de sesenta y siete millones quinientos sesenta y dos mil doscientos noventa y cinco pesos con 85/100 m.l ($67.562.295.85) que faltó por amortizar. Tanto la cláusula penal como el amparo de anticipo están garantizados con la póliza No. 0368298 – 8 y sus certificados de modificación expedidos por la Compañía Suramericana de Seguros S.A., garantías que Las Empresas harán efectivas.

(…)”.

Como fundamento de su decisión, el Ente demandado manifestó:

“(…) 5. Que el contrato se liquidó mediante la Resolución 237201 del 30 de abril de 2002, en el que Las Empresas reconocieron que adeudaban al contratista la suma de noventa y cinco millones setenta y seis mil setenta y siete pesos con 51/100 ml. ($95.076.077.51), los cuales se imputaron a los siguientes conceptos:

1. Por materiales y equipos $25.477.425.00

2.- Cuenta por cobrar número 59994824-04 del 12 de julio de 2001 $57.834.947.72

3.- Reajuste del anticipo por amortizar $3.306.939.64

4.- Publicación en prensa de la Resolución de caducidad $3.608.064.00

5.- Anticipo por amortizar OB 1000076 $4.848.701.15

6.- Que una vez efectuada la compensación de cuentas pendientes entre las partes, quedó un saldo pendiente por pagar a favor de Las Empresas por un valor de doscientos setenta millones seiscientos ochenta y dos mil seiscientos doce pesos con 75/100 ml ($270.682.612.75), suma que el Contratista debe cancelar a Las Empresas y que corresponde a:

1. Cláusula penal pecuniaria (10%) $203.120.316.90

2.- Faltante de anticipo por amortizar OB 1000076 $67.562.295.85”.

Así las cosas, pese a que en el ajuste de cuentas efectuado mediante la liquidación unilateral del contrato se dijo que el contratista adeudaba a la entidad contratante la suma de $365.758.690.26, el siniestro sólo se declaró por la suma de $270.682.612.75, correspondientes al valor de la cláusula penal ($203.120.316.90) y amortización del anticipo ($67.562.295.85), valores estos amparados por la póliza No. 0368298-8 expedida por la Compañía Suramericana de Seguros.

Dicho esto, es evidente que no procede ningún cargo en contra de la Resolución por medio de la cual se declaró el siniestro y se hizo efectiva la póliza No. 0368298-8, ni en contra de la liquidación elaborada por la entidad demandada.

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

**R E S U E L V E**

**REVOCAR** la sentencia proferida el 17 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Antioquia[[238]](#footnote-238), dentro de los expedientes No. 2002 – 3635 y 2003 – 4466, por los motivos expuestos en esta providencia. Y en su lugar dispone:

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS**

**Magistrado**

**Salvó voto**

**GUILLERMO SANCHEZ LUQUE**

**Magistrado**

**Aclaró voto**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente**

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**PACTO EXPRESO DE RESOLUCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** - Improcedencia

Frente al “pacto expreso de resolución unilateral del contrato” persisten algunos interrogantes sobre su viabilidad, no solo desde la regulación del derecho común, sino de la que es propia de la contratación estatal. Como la Sala no debió reflexionar sobre este asunto, pues era ajeno a la decisión, constituye *obiter dictum.* En todo caso, dadas las circunstancias del caso, para mí es claro que un pacto de esta naturaleza no es procedente en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios. En efecto, con arreglo al artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, los contratos de las entidades estatales que prestan los servicios públicos no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Con todo, el inciso segundo del citado artículo 31 de esa ley facultó a las Comisiones de Regulación para hacer obligatoria, por vía general, la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos y también autorizó a las comisiones para facultar, previa consulta expresa por parte de los operadores, que se incluyan en los demás. En tal virtud, no resulta posible que las partes, en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, pacten en favor de la entidad pública una facultad de resolución expresa del contrato, sin la autorización de la respectiva comisión de regulación. Además, en caso de que medie dicha autorización, -ya sea por vía general o para un contrato específico - lo procedente será la inclusión de las potestades excepcionales previstas en el estatuto de contratación.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente:** **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 05001-23-31-000-2003-04466-02(56562)**

**Actor: ARIEL AGUIRRE OCAMPO - SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**

**Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN - EPM**

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

CONTRATACIÓN EN SERVICIOS PÚBLICOS-Su régimen es de derecho privado. OBITER DICTUM-PACTO EXPRESO DE RESOLUCIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO PACTO DE CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN CONTRATOS EN SERVICIOS PÚBLICOS - Se requiere autorización por vía general o para un caso particular, de las Comisiones de Regulación. PACTO EXPRESO DE RESOLUCIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO - No procede en contratación en servicios públicos.

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque comparto la decisión adoptada en la providencia del 20 de febrero de 2017, que revocó la sentencia impugnada y negó la nulidad de los actos administrativos de multas, caducidad y liquidación del contrato, me permito aclarar voto.

En el fallo se afirma que es posible que en un contrato, suscrito por una empresa de servicios públicos, se pacten mecanismos para sancionar el incumplimiento, tales como la *“terminación unilateral”* (f. 29)

Frente al “pacto expreso de resolución unilateral del contrato” persisten algunos interrogantes sobre su viabilidad, no solo desde la regulación del derecho común, sino de la que es propia de la contratación estatal. Como la Sala no debió reflexionar sobre este asunto, pues era ajeno a la decisión, constituye *obiter dictum.*

En todo caso, dadas las circunstancias del caso, para mí es claro que un pacto de esta naturaleza no es procedente en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios.

En efecto, con arreglo al artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, los contratos de las entidades estatales que prestan los servicios públicos no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Con todo, el inciso segundo del citado artículo 31 de esa ley facultó a las Comisiones de Regulación para hacer obligatoria, por vía general, la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos y también autorizó a las comisiones para facultar, previa consulta expresa por parte de los operadores, que se incluyan en los demás.

En tal virtud, no resulta posible que las partes, en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, pacten en favor de la entidad pública una facultad de resolución expresa del contrato, sin la autorización de la respectiva comisión de regulación. Además, en caso de que medie dicha autorización, -ya sea por vía general o para un contrato específico - lo procedente será la inclusión de las potestades excepcionales previstas en el estatuto de contratación.

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**DECRETO DE CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO** - Improcedencia

Considero que había lugar a declarar la nulidad de las resoluciones No 206201 de 3 de noviembre de 2001 y 219407 del 30 de noviembre de 2001 por medio de las cuales se decretó la caducidad del contrato No 1108207 suscrito entre Ariel Aguirre Ocampo y las Empresas Públicas de Medellín, - EPM-, por las siguientes razones: Aunque la demandada principal estaba autorizada para pactar la cláusula de caducidad, considero que al momento de su aplicación no se hizo, como era debido, una interpretación de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, a la luz del muy exigente alcance que el artículo 1º de la Resolución ministerial No 01 de fecha 18 de mayo de 1995 le confiere a los supuestos de “interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de Acueducto, Alcantarillado y Aseo” o de “reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes”. Además, considero que el estado de ejecución a la fecha en que se decretó la caducidad (30 de noviembre de 2001) difícilmente podía amenazar la prestación del servicio en los términos de la resolución antedicha, si se considera que tres (3) meses antes, el 25 de agosto de 2001, el estado de avance de ejecución era del (70.43%), y que a la fecha en que se tomó tal determinación, aún restaban cuarenta y nueve (49) días para el vencimiento del plazo de 545 días pactado para su total ejecución. La drástica decisión adoptada resulta Menos explicable si se toma en consideración que las cantidades estimadas de obra se distanciaron negativamente de las realmente demandadas del contratista durante la ejecución del contrato en atención a “la disminución de solicitudes presentadas por la comunidad, ante la situación económica” que atravesaba el país.

**LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO** - Competencia legal

La liquidación unilateral se adoptó, en el presente caso, en atención a la existencia de una cláusula que la autorizaba con independencia de la caducidad. Al punto, consiento con la mayoría en que la liquidación unilateral de contrato no es expresión de una cláusula exorbitante a términos del estatuto contractual. Sin embargo, pienso que en esta materia se hace necesario diferenciar entre el acta de liquidación unilateral y el acta de liquidación bilateral, pues esta recoge la materialización inmediata de un acuerdo de voluntades, total o parcial, al tanto que aquella es producto del ejercicio de un privilegio reservado a uno de los extremos subjetivos del contrato (calificado por demás), cuyo alcance desborda el simple inventario del estado final de ejecución contractual, para dar lugar, eventualmente, a la creación o declaración de obligaciones a cargo del co-contratante, aún contra su voluntad; obligaciones que el sujeto pasivo sólo puede resistir en sede judicial, al tanto y entre tanto que el sujeto activo calificado puede obtener su cumplimiento forzado. Este tipo de privilegios, en cuanto permiten crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones correlativas por la sola voluntad de uno de los contratantes, mediante actos unilaterales que per se prestan mérito ejecutivo (artículos 68-4, C.C.A y 297.3 CPACA), sin necesidad de acudir para ello al Juez, coloca al sujeto privilegiado en una situación, sino propia y exclusiva, por lo menos, muy próxima a la que reserva el artículo 64 del C.C.A., para el titular de la función administrativa…Estas exigencias dan cuenta, a mi modo de ver, de razones para pensar que la liquidación unilateral funge más como una competencia legal que como producto válido del acuerdo de voluntades. Así se puede inferir, no sólo del carácter remedial y supletorio que tiene frente a la imposibilidad del acuerdo liquidatario, sino de la limitación temporal que la ley rectora de la contratación estatal establece para el ejercicio de este privilegio por la administración, a términos de obligarle a ir ante el Juez a solicitar la liquidación del contrato en caso de fenecimiento del término previsto para la liquidación unilateral. Con todo, aún si se siguiera la tesis que considera que este tipo de cláusula es de curso válido en el contrato de derecho privado, como expresión del principio de la autonomía privada, ello no obsta, a juicio de este Magistrado, para que la jurisdicción ejerza un control de validez sobre la misma, en consideración a las limitaciones que derivan de los requerimientos del orden público, concepto este que en el marco de un Estado Social de Derecho **no puede entenderse rigurosamente asimilado al conjunto de leyes imperativas** (criterio de flexibilidad que se impone hoy en el análisis del concepto de orden público), sino que debe adaptarse a las cambiantes circunstancias sociales y económicas propias de cada tiempo y lugar.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente:** **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 05001-23-31-000-2003-04466-02(56562)**

**Actor: ARIEL AGUIRRE OCAMPO - SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**

**Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN - EPM**

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

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala, expongo a continuación los motivos que me separan de la decisión adoptada por la mayoría al momento de decidir los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de primera instancia:

1. Considero que había lugar a declarar la nulidad de las resoluciones No 206201 de 3 de noviembre de 2001 y 219407 del 30 de noviembre de 2001 por medio de las cuales se decretó la caducidad del contrato No 1108207 suscrito entre Ariel Aguirre Ocampo y las Empresas Públicas de Medellín, - EPM-, por las siguientes razones:

Aunque la demandada principal estaba autorizada para pactar la cláusula de caducidad, considero que al momento de su aplicación no se hizo, como era debido, una interpretación de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, a la luz del muy exigente alcance que el artículo 1º de la Resolución ministerial No 01 de fecha 18 de mayo de 1995 le confiere a los supuestos de “interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de Acueducto, Alcantarillado y Aseo” o de “reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes”.

Además, considero que el estado de ejecución a la fecha en que se decretó la caducidad (30 de noviembre de 2001) difícilmente podía amenazar la prestación del servicio en los términos de la resolución antedicha, si se considera que tres (3) meses antes, el 25 de agosto de 2001[[239]](#footnote-239), el estado de avance de ejecución era del (70.43%), y que a la fecha en que se tomó tal determinación, aún restaban cuarenta y nueve (49) días para el vencimiento del plazo de 545 días pactado para su total ejecución.

La drástica decisión adoptada resulta Menos explicable si se toma en consideración que las cantidades estimadas de obra se distanciaron negativamente de las realmente demandadas del contratista durante la ejecución del contrato en atención a “la disminución de solicitudes presentadas por la comunidad, ante la situación económica” que atravesaba el país.

1. Considero que debió decretarse la nulidad de las resoluciones 237201 del 30 de abril de 2002 y 251102 del 8 de julio de 2002, por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato.
2. Primero, porque si bien esta liquidación es consecuente con la aplicación de la cláusula de caducidad, injustificada como encuentro la sanción, tampoco encuentro, por consecuencia, fundamento para la liquidación unilateral.
3. Pero más allá de esto, la liquidación unilateral se adoptó, en el presente caso, en atención a la existencia de una cláusula que la autorizaba con independencia de la caducidad. Al punto, consiento con la mayoría en que la liquidación unilateral de contrato no es expresión de una cláusula exorbitante a términos del estatuto contractual. Sin embargo, pienso que en esta materia se hace necesario diferenciar entre el acta de liquidación unilateral y el acta de liquidación bilateral, pues esta recoge la materialización inmediata de un acuerdo de voluntades, total o parcial, al tanto que aquella es producto del ejercicio de un privilegio reservado a uno de los extremos subjetivos del contrato (calificado por demás), cuyo alcance desborda el simple inventario del estado final de ejecución contractual, para dar lugar, eventualmente, a la creación o declaración de obligaciones a cargo del co-contratante, aún contra su voluntad; obligaciones que el sujeto pasivo sólo puede resistir en sede judicial, al tanto y entre tanto que el sujeto activo calificado puede obtener su cumplimiento forzado.

Este tipo de privilegios, en cuanto permiten crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones correlativas por la sola voluntad de uno de los contratantes, mediante actos unilaterales que per se prestan mérito ejecutivo (artículos 68-4, C.C.A y 297.3 CPACA), sin necesidad de acudir para ello al Juez, coloca al sujeto privilegiado en una situación, sino propia y exclusiva, por lo menos, muy próxima a la que reserva el artículo 64 del C.C.A., para el titular de la función administrativa.

En este sentido, ya se ha dicho: “Liquidación unilateral, la cual, como su nombre lo indica, no corresponde a una actuación negocial o conjunta de las partes del contrato sino a una decisión que adopta la entidad estatal contratante sin necesidad de contar con la voluntad o con el consentimiento del respectivo contratista particular, modalidad a la cual habrá lugar en los eventos y con las exigencias establecidas para esos casos por la ley…”[[240]](#footnote-240).

Estas exigencias dan cuenta, a mi modo de ver, de razones para pensar que la liquidación unilateral funge más como una competencia legal que como producto válido del acuerdo de voluntades. Así se puede inferir, no sólo del carácter remedial y supletorio que tiene frente a la imposibilidad del acuerdo liquidatario, sino de la limitación temporal que la ley rectora de la contratación estatal establece para el ejercicio de este privilegio por la administración, a términos de obligarle a ir ante el Juez a solicitar la liquidación del contrato en caso de fenecimiento del término previsto para la liquidación unilateral.

Con todo, aún si se siguiera la tesis que considera que este tipo de cláusula es de curso válido en el contrato de derecho privado, como expresión del principio de la autonomía privada, ello no obsta, a juicio de este Magistrado, para que la jurisdicción ejerza un control de validez sobre la misma, en consideración a las limitaciones que derivan de los requerimientos del orden público, concepto este que en el marco de un Estado Social de Derecho **no puede entenderse rigurosamente asimilado al conjunto de leyes imperativas** (criterio de flexibilidad que se impone hoy en el análisis del concepto de orden público), sino que debe adaptarse a las cambiantes circunstancias sociales y económicas propias de cada tiempo y lugar.

De otro lado, conviene recordar la relación genitiva que existe entre la autonomía privada y los principios de libertad e igualdad, principios de raigambre constitucional en relación con el corpus de derechos fundamentales; remembranza imperativa en un Estado Social de Derecho, y útil para la realización de los fines de protección que persigue el orden público al servicio de la parte más débil en la relación de conmutatividad, como manifestación práctica de la igualdad, tarea que concierne especialmente al Juez en tiempos marcados por el predominio de grandes conglomerados económicos y centros de poder que se reservan en su cotidianidad la preparación del clausulado contractual y que gozan, en general, por ésta y por otras razones no menos significativas, de una posición privilegiada en los mercados, tanto como en las relaciones jurídicas bilaterales. Tal es la interpretación que ha de hacerse hoy de los artículos 15 y 16 del código civil, en concordancia con el principio general del abuso del derecho incorporado al ordenamiento positivo por la jurisprudencia en desarrollo de la norma del artículo 8 de la ley 153 de 1887, y en armonía con los artículos 1, 2, 13 y 33 de la Constitución Política.

1. Con el mayor respeto me separo, también, de algunas de las consideraciones que se hacen en el capítulo intitulado “**el régimen contractual de derecho privado y la inclusión de cláusulas accidentales que regulen el incumplimiento contractual”,** en cuanto se encaminan a abonar en nuestro país y en el ámbito de los contratos de derecho privado, la validez de las cláusulas de terminación unilateral de tales contratos por incumplimiento, sin necesidad de intervención judicial, a despecho de y aún con apoyo en la preceptiva de los artículos 1602 y 1546 del código civil, y 870 del código de comercio.

Al punto conviene recordar que la terminación unilateral del contrato por incumplimiento, sin intervención judicial y en obedecimiento a una autorización convencional, no se encuentra prevista en nuestra legislación *ius privatista*[[241]](#footnote-241), y es extraña a nuestra doctrina en la materia*.* Las razones que se aducen en la doctrina para sustento de la vigencia de la imperativa intervención del juez “encuentran su sustento en la necesaria coherencia del sistema y en la necesidad de ajustarse al espíritu que anima la reglamentación de la autonomía privada en los códigos”[[242]](#footnote-242), ordenado como se encuentra a la garantía del *pacta sunt servanda,* a la consecuencia con la consensualidad genitiva del contrato, a la conservación de la igualdad entre los contratantes y a la proscripción de toda forma de justicia por mano propia.

En otras latitudes, aunque no sin dificultades, se ha abierto paso la tesis contraria, que es la que se expone en el *obiter* de la sentencia materia de este salvamento, y tal avance” ha tenido buen suceso, entre otras razones, por la necesidad de imprimir celeridad al tráfico económico en el contexto del libre comercio.

Empero, este tipo de extrapolación no debería llevarse a cabo sin una debida consideración de nuestra realidad social y económica y en estrecha relación con un adecuado entendimiento del concepto jurídico indeterminado del “orden público”. Por tanto, en sociedades que acusan alta asimetría social a despecho de lo cual se abren al libre comercio, resulta aconsejable que este tipo de innovaciones jurídicas se abran paso en medio del debate propio del trabajo del legislador (reforma al código civil y al código de comercio), además, porque con ello se lograría una normativa general rectora de un “debido proceso” para la adopción de tales decisiones en el marco de relaciones patrimoniales de derecho privado en las que se hace cada vez más palmaria la posición dominante (que de suyo no es reprochable) de grandes centros económicos, traducida como suele hallarse, en la asunción de facto de prerrogativas en el monopolio de la preparación del clausulado contractual y en la consiguiente suscripción de contratos de adhesión que comportan la sujeción del extremo débil de la relación a los intereses de su contratante.

En esos términos me permito con todo respeto dejar sentado mi salvamento de voto.

*Fecha ut supra.*

**JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS**

1. Fls.1138-1145 C.P [↑](#footnote-ref-1)
2. Fls.1146-1162 C.P [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls.1131-1137 C.P [↑](#footnote-ref-3)
4. Fls.1111-1130 C.P [↑](#footnote-ref-4)
5. Fls.1565-1871 C.1 del Exp.: 2002- 3635 [↑](#footnote-ref-5)
6. Fls.1-48 C.1 del exp.: 2003-4466 [↑](#footnote-ref-6)
7. La presente pretensión se adicionó mediante escrito de reforma a la demanda de 6 de julio de 2005 (Fls.449-451 C.2 del exp. 2003-4466) y fue admitida por medio de auto de 10 de agosto de 2005. (Fls. 474 -475 C.2 del exp. 2003-4466) [↑](#footnote-ref-7)
8. Fls.1-48 del exp.: 2003-4466 [↑](#footnote-ref-8)
9. Fls.1566-1647 C.1 del exp.: 2002-3635 [↑](#footnote-ref-9)
10. Fls.2219-225 C.2 del Exp. 2002-3635 y 390-391 C.2 del Exp.2003- 4466 [↑](#footnote-ref-10)
11. Fls.2254 C.2 del Exp.2002-3635 y 391 C.1 del Exp.2003-4466 (respaldo) [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls.2272-2326 C.2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-12)
13. Fls.458-469 C.2 del Exp.2003-4466 [↑](#footnote-ref-13)
14. Fls.482-487 C.2 del Exp. 2003-4466 [↑](#footnote-ref-14)
15. Al respecto, la presente pretensión fue corregida en este sentido mediante escrito de 20 de octubre de 2006. (Fls.497-498 C.2 del Exp.2003-4466), la cual fue admitida mediante auto del 17 de julio de 2007. (Fls.499 C.2 del Exp. 2003-466) [↑](#footnote-ref-15)
16. Fls.496 C.2 del Exp. 2003-4466 [↑](#footnote-ref-16)
17. Fls.499 C.2 del Exp. 2003-4466 (respaldo) [↑](#footnote-ref-17)
18. Fls.2327 C.2 del Exp. 2002-3636 y 502 C.2 del Exp.2003-4466. [↑](#footnote-ref-18)
19. Fls.550-551 C.2 del Exp. 2003-4466 [↑](#footnote-ref-19)
20. Fls.1059 C.2 del Exp.2003-4466 [↑](#footnote-ref-20)
21. Fls.1060 – 1087 C.2 del Exp. 2003-4466 [↑](#footnote-ref-21)
22. Fls.1111-1130 C.P [↑](#footnote-ref-22)
23. Fls.1131-1137 C.P [↑](#footnote-ref-23)
24. Fls.1138-1145 C.P [↑](#footnote-ref-24)
25. Fls.1146-1162 C.P [↑](#footnote-ref-25)
26. Fls.1177 C.P [↑](#footnote-ref-26)
27. Fls.1179 C.P [↑](#footnote-ref-27)
28. Fls.1180-1191 C.P [↑](#footnote-ref-28)
29. Fls.1192-1200 C.P [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 28 de mayo de 2015. Exp.37.197 [↑](#footnote-ref-30)
31. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La figura del contrato administrativo”, ob., cit. [↑](#footnote-ref-31)
32. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-32)
33. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-33)
34. En relación con la especialidad del derecho de los servicios públicos véase CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-066 de 1997. [↑](#footnote-ref-34)
35. ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 65-68. [↑](#footnote-ref-35)
36. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 13 de abril de 2011, expediente 37423. [↑](#footnote-ref-36)
37. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-37)
38. ARIÑO ORTIZ, Gaspar (e tal), *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1997, pp.19 ss. [↑](#footnote-ref-38)
39. CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de septiembre 23 de 1997, expediente S-701. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado ha resumido todo el problema del régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos en los siguientes términos: “[…] los esquemas clásicos: derecho público igual jurisdicción administrativa y derecho privado igual jurisdicción ordinaria, han perdido fuerza en nuestro sistema, tal como se infiere de la interpretación, entre otras, de las Leyes 80 de 1993 y 142 de 1994. En conclusión: a) Los actos y contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria...c) Así mismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulado en los artículos 128 y ss y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las comisiones de regulación, en las cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción administrativa (artículo 31 inciso 2), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas...e) Los contratos especiales enunciados en el artículo 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el artículo 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa […]”. [↑](#footnote-ref-39)
40. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-40)
41. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-41)
42. Este problema ya había sido resuelto por la Corte Constitucional, incluso con anterioridad a la claridad legislativa que hoy nos brinda la Ley 689 de 2001, al respecto señalo la corporación en la sentencia 066 de 1997 lo siguiente: En efecto, pretende la ley objeto de control someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. No es otro el objetivo del envío que el artículo 31 de la ley 142 de 1994 hace, en tratándose de contratos celebrados por dichas empresas, al parágrafo 1° del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la primera ley citada disponga otra cosa. En igual forma y directamente, el artículo 32 de la misma ley deja en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan lo contrario, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas…Pero independientemente de la anterior discusión doctrinal sobre qué debe ser objeto de normas del derecho público o del derecho privado, considera la Corte que esa sola apreciación no puede constituir base suficiente para declarar la inexequibilidad del régimen establecido por el legislador para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en vista de que la norma constitucional que los organiza no lo determina expresa y menos privativamente. Al respecto, simplemente el Constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas, etc. Luego, el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la ley 142 y entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad Superior...Tampoco desbordó el legislador la competencia dada por el Constituyente para expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública, toda vez que el régimen de contratos organizado en la ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios que pueden ser prestados bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, etc. (ver artículo 15 de la ley). Entonces, la ley 80 de 1993 no podía cubrir a todas las personas en posibilidad de prestar los servicios públicos domiciliarios, por ello fue necesario dictar una reglamentación especial sobre la materia y ésta nada tiene que ver con el inciso final del artículo 150 de la Carta, sino con los artículos 365 y 367 de la misma, directos depositantes de tal facultad en el legislador. Lo dicho anteriormente sirva para destruir el argumento que pretende la inconstitucionalidad de las normas objeto de control por violación del artículo 333 de la Constitución, pues si bien éste guarda relación con el tema tratado en tanto se refiere a la iniciativa privada, libre competencia económica, no abuso de posiciones dominantes y alcance de la libertad de empresa frente al interés social y el ambiente, se reitera que, por razón de su especialidad, la constitucionalidad de tales tópicos debe examinarse a la luz de los artículos 365 y siguientes arriba enunciados, relativos a los servicios públicos y particularmente a los domiciliarios, y no tanto a otros con incidencia tangencial, no obstante el control de constitucionalidad integral que a esta Corte compete. Más cuando el artículo 333 citado no constituye un catálogo de cuanto los particulares pueden o no hacer, para que sea razonable la interpretación dada por el actor. Así mismo, lo relativo a la posibilidad de que las Comisiones de Regulación, de acuerdo con los artículos 31 y 35 de la ley 142 de 1994, determinen de manera general la inclusión facultativa u obligatoria de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos y la celebración de licitaciones públicas u otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes, cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios requieran bienes o servicios provistos por terceros. Dice el actor que tales disposiciones son inconstitucionales, pues "el legislador de la ley 142 de 1994 le creó al Presidente de la República, para que la ejerciera a través de las Comisiones de Regulación, una COMPETENCIA para, so pretexto de ejercer "el control, la inspección y vigilancia" de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, REGLAMENTAR la GESTION CONTRACTUAL en dichas entidades. Sin embargo, ni expresa ni tácitamente dicha COMPETENCIA encuentra asidero en el artículo 370 de la Constitución Política". En verdad, tal competencia no la dispone expresamente el artículo 370 Superior, pero en parte alguna la Constitución prohíbe que las Comisiones de Regulación dicten normas de carácter general que, no obstante no ser leyes, puedan constituir el parámetro objetivo por el actor reclamado. Así, teniendo en cuenta que las Comisiones de Regulación derivaron esa competencia directamente de la ley y ésta fue facultada por los artículos 365 y 367 de la Constitución para organizar lo relativo a los servicios públicos en general, y a los domiciliarios en particular, lo cual incluye, desde luego, la posibilidad de desarrollar dentro del marco legal lo referente a los contratos de manera independiente de la ley 80 de 1993, como tantas veces se ha sostenido en este pronunciamiento, no es admisible el cargo imputado por el actor, en razón a que no existe el traslado de competencias del legislador al Presidente de la República, sino que se trata, se repite, de una facultad atribuida por el legislador directamente a las Comisiones de Regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y en la ley. [↑](#footnote-ref-42)
43. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-43)
44. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de abril 20 de 2005, expediente 23835. Esta posición doctrinal ha sido históricamente reiterada y aún hoy se mantiene intacta como una verdad incontrovertible que genera seguridad jurídica y que no puede ser desconocida por ningún operador o interprete de las normas sobre servicios públicos domiciliarios. Precisamente en reciente providencia del H. Consejo de Estado se indicó sobre este tema lo siguiente: “La anterior cita muestra como la Ley 142 de 1994 previó situaciones específicas, sobre casos en los cuales el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública era aplicable a los contratos de empresas de servicios públicos, no sin antes advertir que la generalidad de la norma, es que la Ley 80 de 1993 no es aplicable a las empresas estatales que presten servicios públicos. Al tomar en conjunto los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, se tiene que existe una regla general sobre las normas aplicables a las empresas de servicios públicos, seguida por unas excepciones a la regla, las cuales se encuentran diseminadas en otras disposiciones de la Ley 142. Para una mejor compresión de lo expuesto, se observa que: La regla general indica que los actos y contratos de las empresas de servicio público -incluido su constitución- se someterán a las reglas de derecho privado (Art. 32), sin importar que las mismas sean de carácter público (Art. 31 Inc. 1°). la excepción a la regla general se inicia con la posibilidad de incluir forzosamente cláusulas exorbitantes en los contratos celebrados por cualquier empresa de servicios públicos (Art. 31 Inc. 2°). Otras excepciones a la regla se encuentran diseminadas a lo largo de la Ley 142 (Arts. 39, 44.4, 154 entre otros) La sola interpretación sistemática de las normas en mención, arroja la solución legal al problema de competencia sometido a la consideración de la Sala, pues se entiende que la generalidad de las normas aplicables al tipo de contrato demandado, son las reglas de derecho privado”. [↑](#footnote-ref-44)
45. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-45)
46. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-46)
47. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-47)
48. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-48)
49. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de junio 10 de 2004., expediente 24764. “A pesar de que la ley 80 enmarcó los contratos en una sola categoría, en el parágrafo 1º del art. 32 determina que los contratos de los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que "correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social" no están sujetos a las disposiciones de ese régimen de contratación y "se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades". Sobre esa disposición, la sala plena de esta corporación señaló que los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal "no sólo no serán estatales en los términos del estatuto general de contratación pública, sino que sus conflictos no deberán dirimirse por la jurisdicción administrativa cuando actúen bajo la forma de establecimiento de crédito, compañía de seguros o de entidad financiera y siempre que el objeto del contrato corresponda al giro ordinario de su actividad propia. Esos contratos estarán así regulados por las normas legales aplicables a la actividad financiera de crédito o seguros, como, por ejemplo, el estatuto orgánico del sistema financiero, el código de comercio, el código civil, etc. El juez será el ordinario civil, que es el natural de la clase de conflictos originados en contratos propios de esas actividades". [↑](#footnote-ref-49)
50. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-50)
51. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-51)
52. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 30 de septiembre de 2004, expediente 25453. Sobre la magnitud de este cambio legislativo se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Se advierte que esta ley aclaró la confusión que había con la remisión que el original artículo 31 hacía al parágrafo 1º del art. 32 de la ley 80 de 1993, en cuanto señaló expresamente que los contratos celebrados por las entidades estatales que prestan servicios públicos, no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De otra parte, corrigió la imprecisión en que incurrió el art. 31 de la ley 142, que había sido puesto de presente por esta Sección al señalar que cuando se incluían cláusulas exorbitantes "todo lo relativo a tales cláusulas" se regía, en cuanto fuera pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y "los actos" en los que se ejercitaran esas facultades estaban sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual significaba que sólo se regía por la ley 80 de 1993 y se sometía a la jurisdicción administrativa lo relativo a las cláusulas y los actos en los que se ejercitaran los poderes exorbitantes. Es claro que la ley 689 de 2001 expresamente asigna a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el control de los contratos que contengan cláusulas exorbitantes y el de los contratos que celebren las entidades territoriales con las empresas del sector.” [↑](#footnote-ref-52)
53. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-53)
54. Ahora bien, la Superintendencia de Servicios Públicos al ser consultada sobre el régimen de contratación que le es aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, señaló que a estas no les son exigibles las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación Estatal, conforme a lo consagrado en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. Adicionalmente, estableció que “la norma general está representada por la aplicación del régimen de derecho privado, salvo en los casos en que como se dijo anteriormente, en el contrato se dé aplicación a los mecanismos excepcionales previstos en los artículos 31 y 35 de la ley de servicios públicos. Es importante tener en cuenta que, si bien es cierto que el régimen de actos y contratos de las empresas de servicios públicos es de derecho privado salvo las excepciones previstas en la Ley 142 de 1994, ello no significa que en los procesos de contratación que se celebren no deban observarse los principios de transparencia y de libre concurrencia, ya que conforme lo dispone el artículo 30 ídem, las normas sobre contratos que contiene la Ley 142 de 1994 se interpretarán y aplicarán de acuerdo con los principios del Título Preliminar de la misma, en la forma que mejor garantice la libre concurrencia de oferentes y que mejor impida los abusos de posición dominante”. SUPERINTENDECIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. Concepto jurídico No.624 de octubre 8 de 2010, en [[www.superservicios.gov.co](http://www.superservicios.gov.co/)]. [↑](#footnote-ref-54)
55. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-55)
56. Por otra parte, si bien es cierto que en los contratos de prestación de servicios domiciliarios celebrados por la administración y regidos sólo por el derecho privado, “no se cuestiona la posibilidad de que las partes pacten la cláusula de multas o la cláusula penal, dado que tales estipulaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad son de uso común y válidas en dicho régimen, no lo es menos que la administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994”. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Exp: 21.178. [↑](#footnote-ref-56)
57. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-57)
58. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-58)
59. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-59)
60. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. Indica la disposición que *“*[…] De conformidad con lo que disponga el Estatuto de Contratación Administrativa, las entidades del sector no exigirán a los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, requisitos y condiciones distintos a los requeridos a los oferentes de bienes y servicios extranjeros […]*”*. [↑](#footnote-ref-60)
61. **ARTICULO****209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. [↑](#footnote-ref-61)
62. **ARTÍCULO** **2.** Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley. [↑](#footnote-ref-62)
63. **ARTÍCULO** **3.** Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.

En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado.( **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Suprema de Justicia)**

En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos.

En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley.

En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales.

Estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.

Las autoridades deberán observar estrictamente los principios consagrados en este artículo al expedir los reglamentos internos de que tratan los artículos 1º de la Ley 58 de 1982 y 32 de este código. [↑](#footnote-ref-63)
64. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. “[…] Determina de manera perentoria la disposición que “[…] En la interpretación y aplicación de esta ley, se tendrán en cuenta los mandatos constitucionales, los principios, fines y disposiciones establecidas en la ley, los principios generales del derecho, los postulados que rigen la función administrativa y las normas que regulan la conducta de los servidores públicos […]”. [↑](#footnote-ref-64)
65. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. [↑](#footnote-ref-65)
66. Artículo 1501 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-66)
67. NAVIA ARROLLO Felipe, Terminación Unilateral del Contrato de Derecho Privado - Revista de Derecho Privado No. 14 -2008 Universidad Externado de Colombia, pág. 36. [↑](#footnote-ref-67)
68. Art. 1882. El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él.

Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales. [↑](#footnote-ref-68)
69. Artículo 1983. Desistimiento del contrato por incumplimiento en la entrega. Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios.

Habrá lugar a esta indemnización aun cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe que podía arrendar la cosa; salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o provenga de fuerza mayor o caso fortuito. [↑](#footnote-ref-69)
70. Artículo 1984. Mora en la entrega. Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, es constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicio.

Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito. [↑](#footnote-ref-70)
71. Art. 973. El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.

En ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo, sin dar aviso al consumidor como se prevé en el artículo precedente. [↑](#footnote-ref-71)
72. Artículo 1325. Justas causas para dar por terminado el mandato. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial:

1) Por parte del empresario:

a) El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley;

b) Cualquiera acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario;

c) La quiebra o insolvencia del agente, y

d) La liquidación o terminación de actividades;

2) Por parte del agente:

a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales;

b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente;

c) La quiebra o insolvencia del empresario, y

d) La terminación de actividades. [↑](#footnote-ref-72)
73. Artículo 2185. Desistimiento por incumplimiento del mandante. El mandante que no cumple por su parte aquello a que es obligado, autoriza al mandatario para desistir de su encargo. [↑](#footnote-ref-73)
74. Artículo 1279. Revocación total o parcial del mandato. El mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso sólo podrá revocarse por justa causa. [↑](#footnote-ref-74)
75. Artículo 1420. Efectos de la mora en el pago. La mora en el pago del precio en la forma convenida, dará lugar la terminación del contrato, quince días después de ser exigido por escrito su cumplimiento por el banco. [↑](#footnote-ref-75)
76. MOLINA MORALES Ranfer, La Terminación Unilateral del Contrato por Incumplimiento – Revista de Derecho Privado No. 17-2009 Universidad Externado de Colombia, pág. 80-88. [↑](#footnote-ref-76)
77. MOLINA MORALES Ranfer, con cita de Christophe Paulin. La clause résolutoire, París, lgdj, 1996, 6. [↑](#footnote-ref-77)
78. MOLINA MORALES Ranfer, con cita de Cécile Chabas. L´inexecution licite du contrat, París, lgdj, 2002, 158: “La gravedad del comportamiento de una de las partes puede justificar que la otra parte ponga fin de manera unilateral al contrato por su cuenta y riesgo (á ses risques et périls), un derecho de hacerse justicia y de defenderse a posteriori. El derecho positivo permite en efecto algunas veces a una de las partes prevenir la ocurrencia de un daño o anticiparse al comportamiento de su contratante. La ruptura es necesaria. No se trata de hacerse justicia puesto que ninguna falta ha sido todavía cometida” [↑](#footnote-ref-78)
79. MOLINA MORALES Ranfer, artículo citado, pág. 88. [↑](#footnote-ref-79)
80. Ghestin, Jamin, Billiau, Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin. Les effets du contrat, l.g.d.j., 3e édition, Paris, 2001, p. 659. [↑](#footnote-ref-80)
81. NAVIA ARROLLO Felipe, artículo citado, Pag. 56. [↑](#footnote-ref-81)
82. Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 24 de agosto de 2016, Exp. 41.783, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E) [↑](#footnote-ref-82)
83. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias de 19 de octubre de 2015. Exp.48061 y de 29 de abril de 2016. Exp.48.965 [↑](#footnote-ref-83)
84. F. HINESTROSA. Tratado de las obligaciones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237 [↑](#footnote-ref-84)
85. Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil [↑](#footnote-ref-85)
86. Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibídem. [↑](#footnote-ref-86)
87. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de julio de 2013, Expediente 25131; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 26 de marzo de 2014, Expediente 22831, Sentencia del 16 de octubre de 2014, Expediente 24.809, entre otras. [↑](#footnote-ref-87)
88. J. O. Santofimio Gamboa, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III, Primera Edición Noviembre de 2004, Editorial Universidad Externado de Colombia, Pág. 235. [↑](#footnote-ref-88)
89. Ibídem, Pág. 236 [↑](#footnote-ref-89)
90. Ibídem. Pág. 236. [↑](#footnote-ref-90)
91. Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia del 13 de junio de 2013, Exp. 23.730, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-91)
92. Art. 1618 del C.C. [↑](#footnote-ref-92)
93. Art. 1619 del C.C. [↑](#footnote-ref-93)
94. Art. 1620 del C.C. [↑](#footnote-ref-94)
95. Art. 1621 del C.C. [↑](#footnote-ref-95)
96. Art. 1622 del C.C. [↑](#footnote-ref-96)
97. Art. 1624 del C.C. [↑](#footnote-ref-97)
98. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 6 de mayo de 2015. Exp. 35.766 [↑](#footnote-ref-98)
99. Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio *“Esta definición representa una importante modificación frente al régimen anterior del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 61 a 6520), en el que la caducidad se encontraba establecida por la ocurrencia de varios supuestos establecidos en causales que no reflejaban la esencia de este instituto, pues, además de proceder por el incumplimiento de las obligaciones del contratista del que se derivaran consecuencias que hicieran imposible la ejecución del contrato o causaran perjuicios a la entidad pública contratante (art. 62 - f), podía declararse por la muerte o la incapacidad física permanente del contratista, o su interdicción judicial, o la disolución de la persona jurídica contratista, o su incapacidad financiera”* [↑](#footnote-ref-99)
100. Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencias de 7 de abril de 1978, Exp. 1.870; 3 de marzo de 1994, Exp. 7.223; 15 de marzo de 2001, Exp. 13.415, 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031 y de Subsección C, sentencia de 21 de febrero de 2011, Exp. 16.105, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-100)
101. Ley 80 de 1993. Artículo 18. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. (…) [↑](#footnote-ref-101)
102. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de junio de 2014, exp. 29203. Igualmente véase, de la misma Sala, el fallo de 21 de febrero de 2011, exp. 16105 donde se puntualizó:

“El ejercicio de este poder excepcional supone una decisión motivada que sea el resultado de un procedimiento administrativo en el que se haya garantizado el debido proceso.

De otro lado, la entidad estatal estará imposibilitada para declarar la caducidad del contrato si ha puesto al contratista en situación de incumplimiento o si no ha cumplido con las obligaciones que previamente estaban a su cargo.

Esta imposibilidad se ha hecho derivar de la facultad que tiene el contratista, en ciertas circunstancias, de invocar en su favor la excepción de contrato no cumplido

Una de tales circunstancias es precisamente cuando corre a cargo de la entidad estatal la entrega previa de terrenos, planos, levantamientos topográficos, etc.

Puede acontecer sin embargo que en el contrato concurran incumplimientos mutuos, esto es que haya inejecución de las prestaciones tanto de la entidad contratante como del contratista.

En este supuesto habrá que distinguir quién ha debido cumplir primero y aún en este evento deberá subdistinguirse si a pesar de tener que cumplir primero una de las partes, la otra con su conducta ha generado la confianza en su co-contratante de que a pesar de ese incumplimiento previo, ella de todas maneras está presta y decidida a cumplir con lo suyo pues hará lo necesario para este efecto.

Si esto último ocurre y la parte que generó la confianza finalmente no ejecuta las prestaciones a su cargo, quedará también incursa en incumplimiento, a pesar de que la otra haya debido cumplir primero, porque su comportamiento creó una situación digna de ser protegida a la luz de los postulados de la buena fe.

Ahora, esto que se acaba de afirmar cobra más trascendencia si se tiene en cuenta el interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos mediante un contrato estatal.” [↑](#footnote-ref-102)
103. Fls.86 C1 exp. 2003-4466 [↑](#footnote-ref-103)
104. SANTOFIMIO Gamboa Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo – Acto Administrativo, 4 Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003. Son 5 los elementos claves para llegar a la conclusión de que existe un acto administrativo: (i) la expresión o manifestación concreta de la administración; (ii) la expresión unilateral del querer de la administración; (iii) el ejercicio de la función administrativa mediante la declaración de la voluntad de la administración; (iv) que su contenido material equivalga al ejercicio de una función administrativa así provenga de cualquiera de los órganos del poder público o de particulares. (v) que posea la fuerza suficiente para decidir y crear situaciones jurídicas a partir de su contenido, de manera que esta se configura como la característica reveladora o de mayor importancia. [↑](#footnote-ref-104)
105. Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, sentencia 16.105 del 21 de febrero de 2011, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-105)
106. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre de 1971, C. P.: Eduardo Aguilar Vélez, *ace*, t. lxxxi, n.os 431 y 432, 1971, p. 130. [↑](#footnote-ref-106)
107. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general, y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares...”. [↑](#footnote-ref-107)
108. Nos enseña que los “... servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad...”. [↑](#footnote-ref-108)
109. Señala como uno de los principios rectores de la función administrativa el del “Interés general”. [↑](#footnote-ref-109)
110. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 6 de abril de 2000, C. P.: Olga Inés Navarrete Barrero, exp. 5373: “Encuentra la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sentado doctrina de los elementos del acto administrativo, y sostiene que existen ciertos elementos esenciales, de los cuales depende su validez y eficacia. Esos elementos son los siguientes: órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma”. [↑](#footnote-ref-110)
111. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 13 de diciembre de 2016. Exp.45215 [↑](#footnote-ref-111)
112. Ibídem, p. 54-55. [↑](#footnote-ref-112)
113. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2011, p. 137. [↑](#footnote-ref-113)
114. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Ibíd., p. 60 “es indudable que el principio de legalidad ha evolucionado nuevamente, esta vez de la mano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual se traduce de manera inexorable en la ampliación de las fronteras del bloque de legalidad. Dicho cambio sustancial es el resultado directo e inmediato de las obligaciones internacionales que ha asumido Colombia en las últimas décadas, con el fin de proteger la dignidad humana, como razón de ser de toda organización estatal democrática en la que se promueve el desarrollo dentro de un ambiente de absoluto respeto por los derechos humanos”. [↑](#footnote-ref-114)
115. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-150 de 1993, SU-620 de 1996, T-249 de 2011 [↑](#footnote-ref-115)
116. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Op., cit., pp. 72-74. [↑](#footnote-ref-116)
117. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-788 de 2002. [↑](#footnote-ref-117)
118. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-983 de 2010. [↑](#footnote-ref-118)
119. Todas estas garantías han sido objeto de estudio por la jurisprudencia constitucional, que las ha clasificado según el momento en que se deban proteger. En palabras de la Corte Constitucional, el derecho al debido proceso administrativo está amparado por dos tipos de garantías, las mínimas previas, que son aquellas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras; y de otro lado las garantías mínimas posteriores, que se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa. Ibídem. En este sentido véase también la Sentencia C-089 de 2011. [↑](#footnote-ref-119)
120. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de junio de 2010, Expediente: 16367, Sentencia del 30 de marzo de 2011, Expediente 20917 y Sentencia del 26 de julio de 2011, Expediente: 21318 C.P.: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-120)
121. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 21 de marzo de 2012. [↑](#footnote-ref-121)
122. En un caso donde la administración aplicó la caducidad a un contratista, expresó la Corte Constitucional sobre este derecho -sentencia SU-219 de 2003-: “Por todo lo anterior resulta explicable por qué el Constituyente de 1991 extendió el deber del debido proceso a las actuaciones administrativas; la forma debida se impone como exigencia general de protección de los intereses de los administrados. Es preciso que los órganos del Estado observen un procedimiento riguroso, en la formación y expedición de los actos administrativos, sean ellos de carácter general o de contenido particular y concreto.” (Negrillas fuera de texto) [↑](#footnote-ref-122)
123. En sentencia T-352 de 1996 la Corte Constitucional consideró lo siguiente sobre el tema: “Del debido proceso en las actuaciones administrativas hace parte la sujeción de la administración a las reglas propias del trámite respectivo. Cuando la ley señala unos determinados elementos integrantes de la actuación, en especial si son en beneficio del administrado o han sido instituidos en garantía de sus derechos, y la administración omite cumplirlos, viola el debido proceso y compromete la validez de los actos que sean resultado de la actuación viciada. Atañe a la jurisdicción Contencioso Administrativa, en principio, definir esa validez, si bien, de manera extraordinaria, cuando la decisión que adopten los jueces administrativos puede resultar apenas formal y teórica, es decir carente de idoneidad y aptitud para la efectiva protección de los derechos fundamentales, o en casos de perjuicio irremediable, cabe la acción de tutela en lo que respecta al imperio de los preceptos constitucionales para el caso concreto.” (Negrillas fuerza de texto) [↑](#footnote-ref-123)
124. Dispone el art. 28 CCA. “DEBER DE COMUNICAR. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

“En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.” [↑](#footnote-ref-124)
125. Entre otras cosas, la aplicación del CCA al procedimiento contractual, y los demás que se deriven de él, se fundamenta en el art. 77&$ de la ley 80: “DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición C638 y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.” (Negrillas fuera de texto) [↑](#footnote-ref-125)
126. Discurre la Corte al respecto, en la sentencia T-796 de 2006, del siguiente modo: “6.1. En esta oportunidad las sociedades… consideran que el Invías incurrió en una vulneración a sus derechos fundamentales, al resolver los recursos de reposición interpuestos contra los actos administrativos que liquidaron unilateralmente el contrato de concesión N° 388/97, pues no se les permitió objetar el dictamen pericial decretado por la administración, y en el cual se basó la liquidación del contrato. Si bien solicitaron su aclaración o complementación, los peritos se negaron a ello, y además, tampoco se les corrió traslado de dicha respuesta dada por los peritos.(…)

“A juicio de la Sala, como lo consideraron los jueces de instancia, la anterior situación trasgrede el derecho fundamental al debido proceso en cabeza de las sociedades…, por cuanto no pudieron contradecir el dictamen pericial. En primer lugar, los peritos se negaron a aclarar o complementar el dictamen pericial rendido sin que la administración hiciera nada al respecto, pues ni exigió que los peritos cumplieron con su deber ni corrió traslado a las partes para que pudieran pronunciarse objetándolo por error grave, en los términos del numeral 4° del artículo 238 del C.P.C., norma que se aplicaba al caso concreto dadas las razones desarrolladas en la parte dogmática de esta providencia.

(…)

“Así las cosas, no existe razón válida para que el Invías no haya corrido traslado a la respuesta de solicitud de aclaración o complementación al dictamen pericial que elevaron las sociedades accionantes en escrito radicado ante la entidad el 9 de agosto de 2005 (folio 143 a 146 del cuaderno de primera instancia), sin importar en qué sentido lo hayan hecho los peritos, y que en el caso concreto se traduce en la negativa de proferir la aclaración. Por lo que el Invías al resolver los recursos de reposición, pretermitiendo el mencionado trámite, desconoció el derecho al debido proceso de las sociedades actoras, máxime cuando se trataba de un caso en que los peritos se negaron a la aclaración o complementación solicitada sin que al respecto la administración tampoco tomara alguna decisión.” [↑](#footnote-ref-126)
127. Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 22 de octubre de 2015, Exp. 48.061, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-127)
128. Aunque el artículo 1603 sólo expresa que “deberán ejecutarse”, el entendimiento es que el deber de buena fe objetiva comprende todo el iter contractual. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-128)
129. Sobre el desacierto en que incurrió el legislador colombiano al introducir en esta norma la expresión “exenta de culpa” vid.: M. L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. En: Revista de Derecho Privado No. 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; M. L. NEME VILLARREAL. La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. En: Revista de Derecho Privado No. 18, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-129)
130. Sobre el principio de planeación ésta subsección expresó: “Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-130)
131. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-131)
132. Ibídem. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-132)
133. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 22043. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-133)
134. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-134)
135. Esta postura se encuentra consolidada de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Al respecto ver: sentencia del 23 de junio de 1992, Exp. 6032; Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, Expediente 18080; Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087. y sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27648. [↑](#footnote-ref-135)
136. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección. Sentencia de 4 de diciembre de 2016. Exp.51489 [↑](#footnote-ref-136)
137. Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15.119, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-137)
138. Artículo 32 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-138)
139. Artículo 27. [↑](#footnote-ref-139)
140. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de junio de 2011, Expediente 18836. [↑](#footnote-ref-140)
141. “Artículo 4°. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (…) 3°. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato. (…) 8°. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa, Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios. (…) [↑](#footnote-ref-141)
142. Artículo 5° De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 30.de esta ley. Los contratistas: 1°. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas, Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato. (…) [↑](#footnote-ref-142)
143. Artículo 27. De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia que se trate” [↑](#footnote-ref-143)
144. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119... (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-144)
145. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433... (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-145)
146. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011, Expediente 18080. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-146)
147. Esta postura es de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Ver sentencia proferida el 23 de junio de 1992, Exp. 6032. [↑](#footnote-ref-147)
148. Fls.86 C1 exp. 2003-4466 [↑](#footnote-ref-148)
149. Fls.4-156 del anexo 1 del Exp.: 2002- 3635 [↑](#footnote-ref-149)
150. Fls.161-162 del anexo 1 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-150)
151. Fls. 832-844 C.2 del exp. 2003-4466 [↑](#footnote-ref-151)
152. Fls.998 C.2 del exp. 2003-4466 [↑](#footnote-ref-152)
153. Fls.1872-1874 y 1919-1921 C.1 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-153)
154. Fls. 336- 337 anexo 1 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-154)
155. Fls.341 anexo 1 del Exp.2002-3635 [↑](#footnote-ref-155)
156. Fls.486-497 anexo 1 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-156)
157. Fls.583-584 y 593-594 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-157)
158. Fls.595-596 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-158)
159. Fls.603-611 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-159)
160. Fls.618-619 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-160)
161. Fls.620-621 anexo 2 del Exp. 2002- 3635 [↑](#footnote-ref-161)
162. Fls.627-633 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-162)
163. Fls.735-751 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-163)
164. Fls.765-767 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-164)
165. Fls.762-764 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-165)
166. Fls.770-772 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-166)
167. Fls.776-780 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-167)
168. Fls.781-783 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-168)
169. Fls.785-794 del anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-169)
170. Fls.795-797 del anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-170)
171. Fls.785-794 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-171)
172. Fls.808-810 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-172)
173. Fls.811-814 del anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-173)
174. Fls.815-817 del anexo 2 del Exp. 2002- 3635 [↑](#footnote-ref-174)
175. Fls.1875-1877 C.1 y 825-827 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-175)
176. Fls.831-839 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-176)
177. Fls.855-861 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-177)
178. Fls.1380-1389 anexo 3 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-178)
179. Fls.1878-1880 C.1 y 872-874 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-179)
180. Fls.917-918 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-180)
181. Fls.902-905 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-181)
182. Fls.1889-1890 C.1, 919-920 y 1033-1034 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-182)
183. Fls.1891-1892 C.1 y 922 del anexo 2 del Exp. 2002 -3635 [↑](#footnote-ref-183)
184. Fls.1892-1900 C.1 y 923-931 del anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-184)
185. Fls.932-933 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-185)
186. Fls.1901-1909 C.1 y 936-952 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-186)
187. Fls.953-954 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-187)
188. Fls.1910 C.1, 955 anexo 2 del Exp. 2002-3635 y 89 C.1 exp.2003-4466 [↑](#footnote-ref-188)
189. Fls.1911-1915 C.1 y 1004-1008 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-189)
190. Fls.1916-1917 C.1, 1009-1010 anexo 2 del Exp. 2002-3635 y 87 -88C.1 exp. 2003-4466 [↑](#footnote-ref-190)
191. Fls.1013-1027 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-191)
192. Fls.1028-1032 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-192)
193. Fls.1918-1920 C.1 y 1035-1037 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-193)
194. Fls.1921-1927 C.1 y 1039-1052 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-194)
195. Fls.1054-1062 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-195)
196. Fls.486-497 anexo 1 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-196)
197. Fls.595-596 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-197)
198. Fls.618-619 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-198)
199. Fls.547-548 anexo 1 del EXP. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-199)
200. Fls.549-552 anexo 1 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-200)
201. Fls.554- 55 anexo 1 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-201)
202. Fls.556-557 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-202)
203. Fls.560-569 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-203)
204. Fls.578-579 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-204)
205. Fls.616-617 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-205)
206. Fls.713 -714 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-206)
207. Fls.715-731 anexo 2 del Exp.2002-3635 [↑](#footnote-ref-207)
208. Fls.732-733 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-208)
209. Fls.768-769 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-209)
210. Fls.798-802 del anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-210)
211. Fls.804-805 del anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-211)
212. Fls.813 A-814 A anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-212)
213. HINESTROSA Fernando, Tratado de las Obligaciones, Concepto, estructura y Vicisitudes, Ed. Universidad Externado de Colombia 2008, pág. 777. [↑](#footnote-ref-213)
214. HINESTROSA Fernando, obra en cita, pág. 775. [↑](#footnote-ref-214)
215. Fls.549-552 anexo 1 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-215)
216. Fls.706-707 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-216)
217. Fls.812A anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-217)
218. Fls.847-854 y 979-985 anexo 2 del exp. 2002 - 3635 [↑](#footnote-ref-218)
219. Fls.934- 935 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-219)
220. Fls.956 - 972 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-220)
221. Fls.1918-1920 C.1 y 1035-1037 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-221)
222. Fls.1250-1251 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-222)
223. Fls.1252 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-223)
224. Fls.1253 -1255 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-224)
225. Fls.1928-1931 C.1 del Exp.2002-3635 [↑](#footnote-ref-225)
226. Fls.1072 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-226)
227. Fls.1073-1196 anexo 2 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-227)
228. Fls.1933-1947 C.1 del Exp.2002-3635 [↑](#footnote-ref-228)
229. Fls.1219 anexo 2 del Exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-229)
230. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 17 de octubre de 2012, Expediente: 22.220. [↑](#footnote-ref-230)
231. Fls.1394-1397 anexo 3 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-231)
232. Fls.1979-1982 C.1 del Exp. 2002 – 3635 [↑](#footnote-ref-232)
233. Fls.1437 Anexo 3 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-233)
234. Fls.1459-1472 anexo 3 del exp. 2002-3635 [↑](#footnote-ref-234)
235. Fls.296-321 C.1 exp. 2003-4466 [↑](#footnote-ref-235)
236. Fls.1983-1999 C.1 del Exp.2002-3635 [↑](#footnote-ref-236)
237. Fls.492-493 C.4 exp. 2003-4466 [↑](#footnote-ref-237)
238. Fls.1111-1130 C.P [↑](#footnote-ref-238)
239. Ver numeral 2 pg. 81 de la Sentencia de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-239)
240. Sentencia nº 63001-23-31-000-2000-00024-01 de Consejo de Estado - Sección Tercera, de 29 de Abril de 2015 [↑](#footnote-ref-240)
241. NAVIA ARROYO, Felipe. “la terminación unilateral del contrato de derecho privado” en Revista de Derecho Privado No 14, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 38 y ss. En este trabajo se muestra que, ni siquiera con relación al pacto comisorio calificado que contempla el artículo 1937 del código civil para la compraventa, puede inferirse la existencia de una autorización para la resolución unilateral, sin intervención judicial del contrato por causa del incumplimiento del comprador, puesto que al permitir que el comprador incumplido haga subsistir el contrato “pagando el precio, en las veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación de la demanda”, obliga a suponer la intervención judicial. [↑](#footnote-ref-241)
242. Ib. Pg. 45. [↑](#footnote-ref-242)