

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL – Enriquecimiento sin causa – Constitución política – Artículo 90 – Ley 142 de 1994

[...] La controversia con fundamento en el enriquecimiento sin causa, lo cierto es que en la práctica declaró la responsabilidad contractual de la empresa demandada y la condenó al pago de perjuicios contractuales, de allí que la Sala no estudiará o analizará los recursos de apelación desde la teoría de la prohibición de enriquecimiento injustificado, sino a partir de los postulados del artículo 90 de la Constitución Política, en concordancia con las normas establecidas en la Ley 142 de 1994.

CONSORCIOS – Uniones Temporales – Ley 80 de 1993 – Artículo 7 – Contratos estatales

[...] El artículo 7 de la Ley 80 de 1993 determina qué se entiende por consorcio y unión temporal “para los efectos de esa ley”, no cabe duda alguna de que el principio o postulado de la autonomía de la voluntad que rige el derecho privado permite que los particulares se sometan a distintas formas contractuales o asociativas con independencia de que estén o no tipificadas en el ordenamiento jurídico, pues, los límites que encuentran los particulares en ejercicio de su voluntad son el respeto por el orden público y las buenas costumbres⁴, y que no estén prohibidas por la ley.

[...] En este punto es importante precisar que la figura asociativa de los consorcios y las uniones temporales, pese a estar consagrada en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, no es exclusiva de esa normativa, pues, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad las partes pueden asociarse o vincularse con base en esas modalidades para la celebración de contratos estatales regidos tanto por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como aquellos de régimen exceptuado, es decir, suscritos con fundamento en las normas del derecho privado.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B**

Bogotá, DC, siete (7) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Radicación: 81001-23-33-000-2009-00039-01 (52.300)
Actor: CONSTRUCCIONES Y SUMINISTROS LA VORÁGINE LTDA
Demandado: MUNICIPIO DE ARAUCA Y EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ARAUCA (EMSERPA SA ESP)
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA

Síntesis: la sociedad Construcciones y Suministros La Vorágine, miembro del Consorcio Mejoramiento Ambiental, demanda al municipio de Arauca y a la Empresa de Servicios Públicos de Arauca (Emserpa SA ESP) para que le paguen los valores adeudados correspondientes a mayores cantidades de obra ejecutadas en virtud del contrato de obra no. 069 de 2006. El municipio sostiene que existe falta de legitimación en la causa por pasiva; por su parte, la empresa demandada aduce que no ordenó la realización de esas actividades al consorcio contratista y que, por consiguiente, las mismas carecen de soporte contractual. El tribunal de primera instancia accedió las pretensiones de la demanda porque se acreditó que las obras fueron ejecutadas con el aval de la entidad contratante y la interventoría del negocio jurídico. Inconformes con la decisión, el litisconsorte necesario y las entidades demandadas interpusieron sendos recursos de apelación.

Temas: falta de legitimación en la causa por pasiva – principio de relatividad de los contratos – requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial – falta de agotamiento respecto de una entidad demandada / mayores cantidades de obra avaladas por la entidad contratante – principio de planeación – principio de buena fe objetiva – prohibición de atentar contra los actos propios.

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por el litisconsorte necesario y las entidades demandadas en contra de la sentencia de 9 de abril 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca mediante la cual se resolvió lo siguiente:

“FALLA

PRIMERO. DECLÁRASE patrimonialmente responsable, en solidaridad, al municipio de Arauca y a la Empresa de Servicios Públicos de Arauca (Emserpa SA ESP), por el detrimento patrimonial sufrido por la empresa Construcciones y Suministros La Vorágine Ltda, en razón de las cantidades de obra realizadas como fruto de la ejecución del contrato de obra número 069 del 27 de enero de 2006, por las consideraciones realizadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDÉNASE al municipio de Arauca y a la Empresa de Servicios Públicos de Arauca (Emserpa SA ESP) al pago de trescientos veinticinco millones quinientos seis mil doscientos cincuenta pesos moneda legal colombiana (\$325'506.250) debidamente indexadas conforme a la fórmula jurisprudencial a que se hizo referencia.

TERCERO. EJECUTORIADA esta providencia, se ordena a la Secretaría, desanotar en los libros radicadores, devolver los gastos del proceso si los hubiere y enviar las copias correspondientes al Ministerio Público para lo de su cargo; posteriormente se archivará el proceso”.

I. ANTECEDENTES**1. La demanda**

Mediante escrito del 2 de septiembre de 2009 (fls. 1 a 25 cdno. 1), el Consorcio Mejoramiento Ambiental, a través de apoderado judicial (fl. 26 cdno. 1), presentó demanda de controversias contractuales contra el municipio de Arauca y la Empresa de Servicios Públicos de Arauca SA ESP (Emserpa SA ESP) para que se acceda a las siguientes pretensiones:

“Primero. Declarar que entre la Empresa de Servicios Públicos de Arauca SA ESP (Emserpa SA ESP) y el Consorcio Mejoramiento Ambiental existió el contrato estatal no. 069 del 27 de enero de 2006 cuyo objeto fue la implantación y ejecución del plan de contingencia cierre del botadero a cielo abierto y transición a relleno sanitario fase 1 del municipio de Arauca y el departamento de Arauca, por un valor de seiscientos sesenta y cinco millones quinientos treinta y cuatro mil ochocientos ochenta y un pesos (\$665'534.881).

Segundo. Declarar la existencia de mayores cantidades de obra ejecutadas en cumplimiento del objeto previsto en el contrato no. 069 de enero de 2006, suscrito entre el Consorcio de Mejoramiento Ambiental y la Empresa de Servicios Públicos de Arauca SA ESP (Emserpa SA ESP) y solidariamente el municipio de Arauca, actividades desarrolladas en el relleno sanitario del municipio de Arauca, las cuales no fueron canceladas por el contratante generando un incumplimiento parcial, situación que generó un desequilibrio económico del contrato a expensas del exiguo patrimonio del demandante.

Tercero. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a la Empresa de Servicios Públicos de Arauca SA ESP (Emserpa SA ESP) y solidariamente al municipio de Arauca a pagar las mayores cantidades ejecutadas por el Consorcio Mejoramiento Ambiental cuantificadas en un valor de trescientos veinticinco millones ochocientos sesenta y siete mil novecientos setenta y seis pesos (\$325'867.976) correspondientes principalmente a la actividad de extendida de residuos sólidos, subbase granular, descapote capa vegetal, suministro e instalación de arena de río, arcilla para impermeabilización, concreto y a la construcción de chimeneas, obras contratadas y necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, de acuerdo al contrato 069.

Cuarto. Como consecuencia de las anteriores condenas se orden a la Empresa de Servicios Públicos de Arauca SA ESP (Emserpa SA ESP) y solidariamente el municipio de Arauca el pago de intereses moratorios a la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, a partir de la fecha de liquidación del contrato hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de los dineros adeudados (...)" (fls. 7 y 8 cdno. 1)¹.

Los fundamentos fácticos de la demanda son, en síntesis, los siguientes:

- 1) El Tribunal Administrativo de Arauca profirió sentencia que puso fin a un proceso de acción popular mediante la cual ordenó el cierre inmediato del botadero de basuras a cielo abierto y la puesta en marcha de una planta de manejo de residuos sólidos en el municipio de Arauca (Arauca).
- 2) El 14 de diciembre de 2005, el municipio de Arauca y la Empresa de Servicios Públicos de Arauca SA ESP (Emserpa SA ESP) suscribieron el convenio no. 036 cuyo objeto consistió en la *"implantación y ejecución del plan de contingencia cierre del botadero a cielo abierto y transición a relleno sanitario fase I del municipio de Arauca"*, por valor de \$665'534.952.
- 3) El 27 de enero de 2006 la Empresa de Servicios Públicos de Arauca SA ESP (Emserpa SA ESP), previo proceso de invitación pública, suscribió el contrato no. 069 con el Consorcio Mejoramiento Ambiental Arauca cuyo objeto consistió en la *"implantación y ejecución del plan de contingencia cierre botadero a cielo abierto y*

¹ La demanda se inadmitió a través de auto del 10 de septiembre de 2009 (fls. 305 a 308 cdno. 1), motivo por el cual se corrigió oportunamente para indicar que la parte actora era la sociedad Construcciones y Suministros La Vorágine Ltda en calidad de empresa integrante del Consorcio Mejoramiento Ambiental y se allegó el nuevo poder otorgado (fl. 314 cdno. 1); adicionalmente, se reformó un hecho de la demanda para sostener, expresamente, que todas las sumas reclamadas fueron dineros sufragados en efectivo y *"pertenecientes exclusivamente al patrimonio de la sociedad Construcciones y Suministros La Vorágine Ltda"* (fl. 311 cdno. 1).

transición a relleno sanitario fase 1 del municipio de Arauca”, por un valor de \$665’534.881.

4) Una vez iniciada la ejecución del contrato se encontró una gran cantidad de basuras acumuladas que se tuvieron que remover para despejar el área de trabajo; en ese momento se encontraba trabajando en el lugar una máquina retroexcavadora contratada por el municipio pero esta se averió, razón por la cual el consorcio ejecutó esa actividad con la respectiva autorización de la empresa contratante.

5) Posteriormente, por orden de Emserpa SA ESP se ordenó el mejoramiento de una vía de acceso al basurero municipal de Arauca; sin embargo, ese camino estaba ubicado en un predio que no pertenecía al municipio, por lo cual se autorizó la construcción de una nueva vía de ingreso pero ya en predios de propiedad de la entidad territorial.

6) El 23 de marzo de 2006, el consorcio contratista solicitó al ingeniero interventor del contrato la necesidad de reajustar las cantidades y las actividades de obra; esta circunstancia quedó consignada en el acta del comité de obra del 20 de abril de 2006, documento en el cual el gerente de Emserpa SA ESP reconoció expresamente que el consorcio venía ejecutando ítems que no se encontraban en el contrato, pero que *“eran de carácter necesario para el desarrollo del proyecto y por ende contaban con su anuencia”* (fl 4 cdno. 1).

7) Mediante acta no. 014 del 27 de noviembre de 2007, el comité de conciliación de Emserpa SA ESP consideró que no era procedente acceder a la solicitud de reconocimiento y pago de mayores cantidades de obra ejecutadas, toda vez que la empresa no contaba con recursos presupuestales para sufragar los gastos adeudados por ese concepto.

8) El 28 de noviembre de 2007, el contrato 069 de 2006 se liquidó bilateralmente por las partes; en el acta se dejó consignado que el contratista solicitó el reconocimiento y pago de mayores cantidades de obra ejecutadas por valor de \$325’867.976, correspondientes, principalmente, a la extendida de residuos sólidos, a la subbase granular, descapote de la capa vegetal, el suministro e instalación de

arena de río, arcilla para la impermeabilización y, construcción de una vía para garantizar el acceso permanente al área del relleno sanitario.

Como fundamentos jurídicos de la demanda la parte actora invocó los artículos 1, 2, 6, 13, 90, 124 y 209 de la Constitución Política; 3, 4, 5, 26, 27, 28, 41, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993; y, 1502, 1602, 1603 y 1618 del Código Civil, adujo que ejecutó el contrato de buena fe y que la entidad contratante incumplió sus obligaciones negociales por el hecho de rehusarse a pagar las mayores cantidades de obra ejecutadas y, en consecuencia, por permitir que se rompiera el equilibrio económico del contrato en desmedro del consorcio.

2. La admisión y la contestación de la demanda

1) La demanda se admitió en auto del 1º de octubre de 2009 (fl. 358 y 359 cdno. 1) y se ordenó su notificación a las entidades demandadas y al Ministerio Público.

2) El municipio de Arauca se opuso íntegramente a las pretensiones formuladas, indicó que no estaba legitimado en la causa por pasiva, pues, su acción *“solo estuvo encaminada a transferir los recursos a Emserpa SA ESP a través del convenio no. 036 de 2005, para que se cumpliera por parte de Emserpa los requerimientos hechos por Corporinoquía”* (fls. 372 a 377 cdno. 1).

3) Emserpa SA ESP impugnó las súplicas de la demanda (fls. 388 a 405 cdno. 1) con fundamento en el siguiente razonamiento:

a) El contratista no demostró cuáles fueron las mayores cantidades de obra que pretende reclamar y, además, en el acta de liquidación final del contrato no precisó en forma clara y exacta las mismas.

b) En la demanda se afirma que la sociedad demandante sufragó con dineros propios los valores correspondientes a las mayores cantidades de obra; no obstante, en los comprobantes de egreso se puede verificar que los pagos los efectuó el Consorcio Mejoramiento Ambiental.

c) La parte demandante no agotó el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial, a ese trámite compareció exclusivamente el Consorcio Mejoramiento Ambiental y no la sociedad actora.

3. Los alegatos de conclusión

1) Por auto de 20 de marzo de 2013, el Tribunal Administrativo de Arauca admitió la vinculación del señor Jorge Alberto Ramírez Espinosa como litisconsorte necesario de la parte demandante (fls. 8 a 16 cdno. 2).

2) Vencido el período probatorio dispuesto en providencia de 25 de marzo de 2010 (fl. 481 a 483 cdno. 1), el tribunal de primera instancia mediante auto del 4 de mayo de 2012 corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fls. 579 y 580 cdno. 1).

3) El municipio y la empresa demandados reiteraron los argumentos expuestos y contenidos en los escritos de contestación de la demanda (fls. 582 a 593 y 594 a 601 cdno. 1).

4) La parte actora sostuvo que en este caso concreto no se requería la celebración de un contrato adicional por tratarse de *“actividades relacionadas con el objeto inicialmente contratado”* (fl. 604 cdno. 1) y, agregó que, contrario a lo sostenido por el extremo demandado, sí se agotó el requisito de procedibilidad por cuanto el representante legal del Consorcio Mejoramiento Ambiental es también el representante legal de la sociedad Construcciones y Suministros La Vorágine Ltda, empresa esta última que junto con otra sociedad integraron el referido consorcio (fls. 602 a 612 cdno. 1).

4) El agente delegado del Ministerio Público en primera instancia solicitó denegar las súplicas de la demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, en tanto que la sociedad demandante debió acudir a la audiencia de conciliación y no solo el Consorcio Mejoramiento Ambiental (fls. 614 a 630 cdno. 1).

4. La sentencia de primera instancia

El 9 abril de 2014 el Tribunal Administrativo de Arauca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (fls. 696 a 711 cdno. ppal.); los fundamentos de la providencia apelada son los siguientes:

- 1) En cuanto a la carencia del requisito de procedibilidad para ejercer la acción, es preciso tener en cuenta la sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, expediente 1997-03930, en la cual la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que los consorcios y las uniones temporales pueden ser sujetos procesales y concurrir al juicio; en este caso concreto, el agotamiento del requisito de procedibilidad lo agotó el representante legal del consorcio, razón por la cual se entiende surtido respecto de todos sus integrantes.
- 2) En aplicación del principio *iura novit curia*, el régimen de responsabilidad que se aplica para resolver el caso concreto es el del enriquecimiento sin causa.
- 3) La entidad contratante con su comportamiento propició la ejecución de obras adicionales, con el agravante de que algunas eran absolutamente necesarias para el cumplimiento del contrato ya que, era imposible realizar las labores del relleno sanitario sin contar con una vía de acceso so pena de un eventual incumplimiento por parte del contratista.
- 4) Del acervo probatorio se desprende que la entidad contratante y el municipio demandado sabían de la necesidad de realizar obras adicionales, el interventor aprobó los mencionados trabajos para dar viabilidad al contrato y así lo informó a la entidad contratante, pues, en su criterio, eran labores prioritarias para poder llevar a cabo el objeto contractual.
- 5) A diferencia de lo que aducen las entidades demandadas, el contratista no actuó de forma unilateral, pues, hizo las propuestas necesarias para la modificación del contrato y la empresa contratante estuvo dispuesta a pagar por las actividades, tanto así que nombró un perito evaluador para su cálculo.
- 6) Las sumas a título de condena se reconocen con exclusividad a la empresa Construcciones y Suministros La Vorágine Ltda, por cuanto en el proceso se estableció que esta sociedad fue la encargada de realizar las obras adicionales reclamadas, puesto que compró los materiales y contrató el personal para la ejecución de las mismas, circunstancia por la cual no se ordena el pago en favor del señor Jorge Alberto Ramírez Espinosa en la condición de integrante del Consorcio Mejoramiento Ambiental, sin perjuicio de las acciones judiciales que puedan presentarse entre los dos miembros de esa modalidad asociativa contractual.

5. Los recursos de apelación

Inconformes con la decisión, el litisconsorte necesario y las entidades demandadas interpusieron sendos recursos de apelación los cuales fueron concedidos por auto del 26 de agosto de 2014 (fls. 899 a 901 cdno. ppal.) y admitidos por esta Corporación en providencia del 25 de septiembre de 2015 (fls. 926 y 927 cdno. ppal.).

5.1 La apelación del litisconsorte necesario

Los fundamentos del recurso de apelación del litisconsorte necesario de la parte actora (fls. 720 a 724 cdno. ppal.) son, en resumen, los siguientes:

- 1) El tribunal no realizó una valoración integral del material probatorio, concretamente, del documento de constitución consorcial en el cual se pactó que el señor José Omar Díaz Flores -representante legal tanto del consorcio como de la sociedad demandante- estaría facultado no solo para representar al consorcio, sino también para comprar los materiales, contratar al personal de la obra y realizar las tareas de gestión contractual.
- 2) En el mencionado documento se acordó, además, que los valores correspondientes a la utilidad derivada de la ejecución del contrato se distribuirían de la siguiente manera: 66% para el señor Jorge Alberto Ramírez Espinosa y 34% en favor del señor José Omar Díaz Flores.

5.2 La apelación del municipio de Arauca

Los motivos de inconformidad de la entidad territorial (fls, 713 a 719 cdno. ppal.) son los que se resumen a continuación:

- 1) El Consorcio Mejoramiento Ambiental solo agotó el requisito de procedibilidad frente a la Empresa de Servicios Públicos de Arauca SA ESP (Emserpa SA ESP) y no respecto del municipio.
- 2) En el acta de liquidación bilateral se dejó consignada una salvedad genérica, por lo cual resulta improcedente la reclamación efectuada en sede judicial dado que los

motivos de inconformidad deben quedar contenidos de forma clara, expresa, concreta y específica.

3) El municipio de Arauca no suscribió el contrato 069 de 2006, de modo que la entidad que debe responder patrimonialmente por cualquier tipo de reclamación o pretensión económica es Emserpa SA ESP.

5.3 La apelación de Emserpa SA ESP

La impugnación de la empresa oficial de servicios públicos domiciliarios se soportó (fls. 792 a 805 cdno. ppal.) en las siguientes razones de inconformidad:

1) El consorcio no es una persona jurídica capaz de responder en juicio, de allí que la audiencia de conciliación adelantada ante el Procurador 52 Judicial II Administrativo de Arauca sea ineficaz y no pueda producir efectos jurídicos, razón por la cual no se agotó el requisito de procedibilidad establecido en la Ley 1285 de 2009 y reglamentado en el Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009.

2) La sociedad demandante actúa de mala fe al solicitar el reconocimiento y pago de obras supuestamente ejecutadas, la entidad contratante nunca autorizó mayores cantidades de obra ni lo hizo a través de la interventoría.

3) Emserpa SA ESP nunca desatendió el principio de planeación, porque los terrenos estaban a disposición del contratista para la realización de las obras y ninguna de las afirmaciones que se indican en la demanda fueron demostradas en el proceso, debido a lo cual no se incumplió ni desequilibró el contrato celebrado entre las partes.

6. El trámite de segunda instancia

Mediante auto de 24 de junio de 2016 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión en esta instancia y al Ministerio Público para rendir concepto (fl. 946 cdno. ppal.).

El municipio demandado reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fls. 947 y 949 cdno. ppal.)

Por su parte, el agente delegado del Ministerio Público ante esta Corporación solicitó modificar la sentencia apelada para, de un lado, mantener la declaración de responsabilidad de las entidades demandadas y, de otra parte, establecer que el valor de la condena debe ser pagado a los integrantes del consorcio en “*proporción a su porcentaje de participación en el contrato*” (fls. 951 a 963 cdno. ppal.).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala resuelve el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión², 2) análisis del caso concreto, 3) conclusión general y 4) condena en costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

El centro de la controversia consiste en determinar si resulta viable el eventual reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obras ejecutadas con ocasión del desarrollo del contrato no. 069 de 2006 o, por el contrario, si las mismas fueron adelantadas sin el conocimiento y autorización de la empresa demandante.

La Sala modificará la sentencia apelada, en primera medida para declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el municipio demandado; en segundo lugar, mantener la condena decretada en primera instancia en contra de la empresa de servicios públicos demandada y, por último, ordenar que el pago de las sumas por concepto de condena sean pagadas de forma proporcional a la sociedad demandante y el litisconsorte necesario por activa, de conformidad con el documento de constitución del Consorcio Mejoramiento Ambiental allegado al proceso.

2. Análisis del caso concreto

1) En primer lugar, la Sala advierte que el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial fue agotado por el Consorcio Mejoramiento Ambiental

² La demanda se presentó de forma oportuna el 2 de septiembre de 2009, por cuanto el 28 de noviembre de 2007 las partes liquidaron bilateralmente el contrato 069 de 2006 (fls. 134 y 135 cdno. 1).

según da cuenta el acta que obra de folio 272 a 280 del cuaderno uno del expediente³; por consiguiente, por haber comparecido el representante legal del consorcio -quien funge, igualmente, como representante legal de la sociedad demandante- es preciso concluir que el requisito de procedibilidad se cumplió no solo respecto del consorcio sino también frente a los integrantes del mismo, esto es, la sociedad Construcciones y Suministros La Vorágine Ltda y el señor Jorge Alberto Ramírez Espinosa.

En este punto es importante precisar que la figura asociativa de los consorcios y las uniones temporales, pese a estar consagrada en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, no es exclusiva de esa normativa, pues, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad las partes pueden asociarse o vincularse con base en esas modalidades para la celebración de contratos estatales regidos tanto por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como aquellos de régimen exceptuado, es decir, suscritos con fundamento en las normas del derecho privado.

Así mismo, debe advertirse que, si bien el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 determina qué se entiende por consorcio y unión temporal *“para los efectos de esa ley”*, no cabe duda alguna de que el principio o postulado de la autonomía de la voluntad que rige el derecho privado permite que los particulares se sometan a distintas formas contractuales o asociativas con independencia de que estén o no tipificadas en el ordenamiento jurídico, pues, los límites que encuentran los particulares en ejercicio de su voluntad son el respeto por el orden público y las buenas costumbres⁴, y que no estén prohibidas por la ley.

Esta es la razón por la cual los particulares pueden celebrar contratos atípicos o innominados, es decir, tipologías negociales que no han sido previamente definidas

³ Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera – Sala Plena, sentencia de unificación de 25 de septiembre de 2013, expediente 19.933, MP Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ *“La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación (...) Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel”*. Corte Constitucional, sentencia C-934 de 2013, MP Nilson Pinilla Pinilla.

por el legislador, siempre que respeten, se insiste, el orden público y las buenas costumbres (v gr *joint venture*).

Así las cosas, la Sala estima que los particulares pueden asociarse, válidamente, a través de consorcios o uniones temporales para presentar propuestas, ejecutar contratos estatales de régimen exceptuado y acudir directamente al proceso judicial, a partir de un argumento *a fortiori* (*ad maior ad minus* – de mayor a menor o quien puede lo más puede lo menos); en otras palabras, si el legislador permitió esa forma asociativa en los contratos de Ley 80 de 1993 -negocios con mayores formalidades- resultaría ilógico que no la avalara en los contratos que se rigen, única y exclusivamente, por el derecho privado, dado que si la intención del legislador era prohibirla tendría que estar señalada de forma expresa esa circunstancia.

En ese contexto, es igualmente relevante anotar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido capacidad procesal a los consorcios y uniones temporales para acudir directamente a través de su representante legal a los litigios laborales⁵.

En suma, la Sala reconoce que la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación de esta Corporación del 25 de septiembre de 2013, expediente 19.933 puede hacerse extensiva a los contratos estatales de régimen exceptuado sin que pueda establecerse un óbice para que los consorcios o uniones temporales puedan celebrar este tipo de negocios jurídicos y, en consecuencia, puedan acudir directamente al proceso contencioso administrativo a través de su representante legal.

Ahora bien, la conciliación prejudicial solo se surtió en relación con la Empresa de Servicios Públicos de Arauca SA ESP (Emserpa SA ESP), motivo por el cual le asiste razón al municipio recurrente, pues, frente a esta entidad no puede predicarse el agotamiento del referido requisito (fls. 272 a 280 cdno. 1).

En ese orden de ideas, la Sala modificará la sentencia apelada para declarar probadas las excepciones propuestas por el municipio de Arauca (*i*) de falta de

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 10 de febrero de 2021, expediente SL676-2021, (57.957), MP Iván Mauricio Lenis Gómez.

agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial y, (ii) de ausencia de legitimación en la causa por pasiva, esta última en la medida en que el contrato de obra no. 069 de 27 de enero de 2006 fue suscrito, única y exclusivamente, entre Emserpa SA ESP -en calidad de empresa contratante- y el Consorcio Mejoramiento Ambiental -contratista- (fls. 42 a 47 cdno. 1), razón por la cual respecto del municipio de Arauca se predica el principio de relatividad del contrato, según el cual los negocios jurídicos solo producen efectos frente a quienes los suscriben y no es posible a través suyo comprometer a terceros, a menos que estos consientan con posterioridad o que los acuerdos estén coligados⁶, eventos que no se presentaron en este caso concreto.

Así las cosas, el municipio demandado no es el llamado a discutir o controvertir las pretensiones de la demanda sobre la base de considerar que no celebró el contrato estatal de obra no. 069 de 2006 y, por lo tanto, no puede ser analizada su eventual responsabilidad patrimonial contractual frente a hechos que le son inoponibles, pues, provinieron de una persona jurídica distinta que cuenta con autonomía presupuestal y patrimonio propio, esto es, la empresa oficial de servicios públicos Emserpa SA ESP, con independencia de que entre esta última y la entidad territorial se haya perfeccionado un convenio interadministrativo para el giro de recursos con los cuales se financiaría la ejecución del contrato estatal de obra.

2) La responsabilidad patrimonial contractual de Emserpa SA ESP puede ser analizada desde la perspectiva del artículo 90 de la Constitución Política en concordancia con las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil, porque el régimen del contrato estatal de obra no. 069 de 2006 es el derecho privado de conformidad con lo previsto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, toda vez que Emserpa SA ESP suscribió el citado negocio jurídico con el Consorcio Mejoramiento Ambiental y, además, frente a aquella, tal como se indicó previamente, sí se agotó el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial.

⁶ *“De esta manera, y en los términos del artículo 1602 del Código Civil, los contratos públicos y privados, en principio, solo producen efectos entre quienes los suscriben, de allí que los terceros quedan protegidos por el ordenamiento para que frente a ellos no surjan obligaciones —pero tampoco derechos— no consentidas. Esto significa que los efectos de los contratos son relativos, en el sentido de que solo vinculan a las partes, no a terceros; claro está que esta regla tiene excepciones”* Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2014, expediente 26.550.

3) A diferencia de lo señalado por el tribunal de primera instancia, la Sala analizará la controversia planteada desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial contractual, esto es, la obligación de reparar integralmente un daño imputable a la entidad demandada, debido a que las mayores cantidades de obra objeto de reclamación judicial no constituyen objetos contractuales adicionales sino, actividades previstas en el contrato inicial y cuya alteración o modificación fue necesaria e indispensable para el cumplimiento del negocio jurídico suscrito entre las partes⁷, cuyo objeto consistió, específicamente, en *“implantación y ejecución del plan de contingencia cierre del botadero a cielo abierto y transición a relleno sanitario fase I del municipio de Arauca”* y cuyo valor establecido a precios unitarios ascendió a la suma de \$665´534.952 (fls. 42 a 47 cdno. 1).

Lo anterior por cuanto, si bien el *a quo* dijo resolver la controversia con fundamento en el *enriquecimiento sin causa*, lo cierto es que en la práctica declaró la responsabilidad contractual de la empresa demandada y la condenó al pago de perjuicios contractuales, de allí que la Sala no estudiará o analizará los recursos de apelación desde la teoría de la prohibición de enriquecimiento injustificado, sino a partir de los postulados del artículo 90 de la Constitución Política, en concordancia con las normas establecidas en la Ley 142 de 1994.

En relación con este punto de la controversia debe observarse que la noción de *mayores cantidades de obra* no es propia o exclusiva del derecho público o de la contratación estatal regida por la Ley 80 de 1993, en tanto se trata de una figura de responsabilidad contractual que resulta perfectamente aplicable a las controversias regidas por el derecho privado, tal como ocurre en este caso concreto.

⁷ En los contratos suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada es aquella que fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución por factores endógenos o exógenos a la relación contractual, circunstancia por la cual la prestación se prolonga sin que exista modificación del objeto contractual; *contrario sensu*, las obras adicionales o complementarias son actividades no previstas en el contrato inicial; no obstante, se requieren para la obtención y cumplimiento de su objeto contractual, razón por la cual para su reconocimiento es necesario, en principio, la celebración de un contrato adicional o modificadorio. El reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias exige haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante, mediante actas y contratos modificadorios o adicionales, según el caso. Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de agosto de 1987, expediente 3886 y sentencias de 9 de mayo de 1996, expediente 10.151, sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente 15.469 y, sentencia de 23 de abril de 2008, expediente 16.491.

4) En relación con el tema de prueba de este asunto concreto, al proceso se allegaron, entre otros, los siguientes medios de convicción que dan cuenta de que la entidad estatal contratante conocía y autorizó la ejecución de las mayores cantidades de obra necesarias para el cumplimiento del referido objeto contractual:

a) Una carta suscrita por el consorcio contratista y dirigida al interventor de la obra para informarle acerca de la necesidad de ejecutar mayores cantidades de obra so pena de imposibilidad de cumplir con el objeto contractual pactado (fl. 99 y 100 cdno. 1).

b) El acta elaborada por el contratista y el interventor en la cual se describieron las mayores cantidades de obra y el valor de las mismas por un total de \$325'506.250 (fls. 102 cdno. 1); las obras complementarias consistieron, concretamente, en (i) la extendida de residuos sólidos y el suministro e instalación de arcilla para la impermeabilización del botadero clausurado, (ii) la aplicación de subbase granular en la vía de acceso y el descapote de la capa vegetal para proteger el terraplén y garantizar que la vía de acceso se mantenga en niveles adecuados y, finalmente, (iii) la instalación de una segunda capa arena de río para proteger los elementos del equipo de trabajo de los lixiviados.

c) La autorización de las mayores cantidades de obra por parte del comité de obras de Emserpa SA ESP con fecha 20 de abril de 2006 (fls. 105 a 107 cdno. 1); en este documento se consignó expresamente lo siguiente: *“Al respecto el Gerente de Emserpa ESP ordena que se dé prioridad al trámite del acta de modificación de cantidades”* (fl. 107 cdno. 1).

d) El acta del 12 de julio de 2007 del comité de conciliación de Emserpa SA ESP en la cual se consignó *“En cuanto al punto dos, relacionado con el análisis de la solicitud de conciliación presentada por el Consorcio Mejoramiento Ambiental representado legalmente por (...) el comité en pleno acepta la sugerencia del gerente en el sentido de realizar solicitud de peritación a una firma externa con el fin de que se logre determinar las presuntas mayores cantidades de obra que pide el contratista sean reconocidas”* (fls. 127 y 128 cdno. 1).

e) El acta de liquidación bilateral de 28 de noviembre de 2007, a través de la cual se hizo el balance general y el corte de cuentas del contrato no. 069 de 2006; en este documento el consorcio contratista dejó la correspondiente salvedad en relación con la falta de reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra ejecutadas correspondientes a la *“extendida de residuos sólidos existentes al momento de ejecutar el contrato y la aplicación de la subbase granular de la vía de acceso, actividades necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, por valor de \$325´506.250”* (fls. 134 y 135 cdno. 1).

f) El informe final de interventoría de abril de 2007, en el cual se dejó consignada la realización de mayores cantidades de obra para el cumplimiento del contrato (fls. 217 a 234 cdno. 1) en los siguientes términos: *“el contratista ha presentado una solicitud de reconocimiento y pago de obras adicionales ejecutadas por valor de \$325´506.250, correspondientes principalmente a la extendida de residuos sólidos y a la construcción de una vía para garantizar el acceso permanente en el área del relleno sanitario y a la fecha está siendo estudiada por el comité de conciliación de la empresa, toda vez que fue autorizada en el acta de comité de obra de 20 de abril de 2006”* (fl. 229 cdno. 1).

g) El testimonio rendido ante el tribunal de primera instancia por el ingeniero Diego Alexander Morales Fagua, interventor del contrato de obra no. 069 de 2006; el declarante en relación con las mayores cantidades de obra reclamadas puntualizó:

“Este contrato tenía unas cantidades de obra que no se le pudieron reconocer al contratista y que eran necesarias para cumplir con el objeto del contrato, el movimiento de residuos sólidos y la subbase de la vía de acceso, inclusive en el acta de liquidación se dejó una nota, debido a que Emserpa no tenía la disponibilidad presupuestal para cancelarle eso al contratista (...) Eso se dejó constancia en el acta de recibo final, yo le liquido hasta donde alcanzó la plata, pero de las cantidades se dejó constancia, eso se le hizo conocer en su momento al gerente de esa época de Emserpa que era el señor (...) que existían unas mayores cantidades de obra y para poder continuar con el objeto del contrato y se tenía la intención de realizar la adición del contrato pero al final no se pudo realizar, porque no había ni registro ni disponibilidad presupuestal” (fls. 41 a 45 cdno. 2).

5) Del acervo probatorio recaudado se desprende que la interventoría y Emserpa SA ESP autorizaron al contratista expresamente la realización de mayores cantidades de obra necesarias para la ejecución del contrato de obra 069 de 2006

consistentes, específicamente, en la remoción o extendida de residuos sólidos existentes al momento de ejecutar el contrato y la aplicación de la subbase granular de la vía de acceso, actividades necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, por valor de \$325'506.250.

En este caso concreto, el daño antijurídico consistente en la falta de reconocimiento y pago de mayores cantidades de obra es imputable o atribuible a la entidad demandada a título de desconocimiento al principio de buena fe objetiva y, concretamente, del subprincipio de la prohibición de atentar contra los actos propios (*“venire contra factum proprium non valet”*).

Resulta incontestable que Emserpa SA ESP actuó en contra del principio de buena fe, concretamente de la buena fe objetiva⁸ que impone una serie de deberes positivos y de abstención a los sujetos contratantes, entre ellos el de lealtad y respeto; del principio de buena fe contractual, y se desprenden una serie de subprincipios, reglas y subreglas que sirven para determinar la hermenéutica del derrotero previo y posterior a la celebración al negocio jurídico (v gr el principio de lealtad, la regla del *“venire contra factum proprium”*, y el principio de información, entre otras).

En suma, la empresa demandada incumplió el contrato de obra 069 de 2006 en la medida en que autorizó la ejecución de mayores cantidades de obra y, posteriormente, se rehusó al reconocimiento y pago de las mismas, comportamiento a todas luces contrario a la buena fe contractual que rige todo negocio jurídico de conformidad con los artículos 1603 del Código Civil y 873 del Código de Comercio.

6) Finalmente, la Sala modificará la sentencia apelada para reconocer que la condena por concepto de pago de mayores cantidades de obra debe efectuarse por la empresa demandada de acuerdo con el porcentaje de participación de los integrantes del Consorcio Mejoramiento Ambiental, según lo convenido

⁸ *“La buena fe implica el respeto a la palabra empeñada, la escrupulosa y sincera observancia de las promesas y de los pactos, la veracidad y la constancia en los compromisos asumidos. En cuanto tal, se compendia en la constantia et veritas y en el fit quod dicitur a que alude Cicerón, lo que supone una relación igualitaria regulada por un acto de compromiso”*. NEME Villareal, Martha Lucía *“Venire contra factum proprium. Prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe”* en: *“Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa”*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Tomo III, Bogotá, 2003.

expresamente en el documento de constitución de esta modalidad o forma asociativa contractual.

Por consiguiente, la Sala actualizará la condena (indexación) para reflejar su valor presente y, posteriormente, determinará las sumas que le corresponden a cada consorciado de conformidad con su participación en la distribución de utilidades pactada en el documento de constitución del consorcio.

Para la actualización de la condena se empleará la fórmula de indexación, según la cual:

$$RA = \$VH \times \frac{\text{IPC final – (índice vigente de junio de 2023)}}{\text{IPC inicial (índice vigente acta de liquidación bilateral)}}$$

$$RA = \$325'506.250 \times \frac{133,78}{64,51}$$

RA=\$675'030.633.

Por último, la condena deberá ser pagada de la siguiente manera según el documento de constitución del Consorcio Mejoramiento Ambiental:

“El consorcio está integrado por:

| <i>Nombre</i> | <i>Participación</i> |
|---|----------------------|
| <i>Construcciones y Suministros La Vorágine Ltda</i> | <i>34%</i> |
| <i>Jorge Alberto Ramírez Espinosa</i> <i>cdno. 1).</i> | <i>66%” (fl. 39</i> |

3. Conclusión general

La Sala confirmará la declaración de responsabilidad contractual adoptada en la sentencia de primera instancia, porque se acreditó que la sociedad demandante y el litisconsorte necesario, en calidad de integrantes del Consorcio Mejoramiento Ambiental, ejecutaron mayores cantidades de obra para el cumplimiento del contrato de obra no. 069 de 2006, sin que su valor hubiera sido pagado por Emserpa SA ESP, a pesar de haber contado con su conocimiento y aval.

La decisión impugnada será modificada para señalar que la condena decretada deberá ser pagada en favor de la sociedad demandante y el litisconsorte Jorge

Alberto Ramírez Espinosa en los términos de su participación establecida en el documento de constitución del Consorcio Mejoramiento Ambiental.

4. Condena en costas

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –que modificó el artículo 170 del CCA– determina que solo habrá lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado con temeridad o mala fe dentro del proceso; en el presente asunto no hay lugar a la imposición de costas y agencias en derecho toda vez que no existe prueba de que la parte vencida hubiese obrado de esa forma.

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

FALLA:

1º) Modifícase la sentencia de 9 de abril de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, la cual queda así:

PRIMERO. DECLÁRASE probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial propuestas por el municipio de Arauca.

SEGUNDO. DECLÁRASE patrimonialmente responsable la Empresa de Servicios Públicos de Arauca (Emserpa SA ESP), por el detrimento patrimonial sufrido por la empresa Construcciones y Suministros La Vorágine Ltda en razón de las mayores cantidades de obra realizadas como fruto de la ejecución del contrato de obra número 069 de enero de 2006.

SEGUNDO. CONDÉNASE a la Empresa de Servicios Públicos de Arauca (Emserpa SA ESP) al pago de seiscientos setenta y cinco millones treinta mil seiscientos treinta y tres pesos (\$675'030.633), los cuales deberán ser cancelados así: el 34% de la condena en favor de la sociedad Construcciones y Suministros La Vorágine Ltda y el 66% de la condena en favor del señor Jorge Alberto Ramírez Espinosa.

TERCERO. Deniéngase las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. Dar cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

2º) Abstiénese de condenar en costas en esta instancia procesal.

Expediente No. 81001-23-33-000-2009-00039-01 (52.300)

Actor: Construcciones y Suministros La Vorágine Ltda

Medio de control de controversias contractuales-sentencia de segunda instancia

3º) Ejecutoriada la presente sentencia, por Secretaría de la Sección **devuélvase** el expediente al tribunal de origen para lo de su cargo, previas las respectivas constancias secretariales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Sala
Magistrado
Aclara voto

(Firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

(Firmado electrónicamente)
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
Salva voto

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