

REGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACION – Equilibrio económico

[...] , a los contratos estatales especiales sometidos al derecho privado no les resultan aplicables las normas relacionadas con el equilibrio económico del contrato, pues estas fueron establecidas por el legislador para los contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En consecuencia, la pretensión 2.4.10 relacionada con la ruptura del equilibrio económico debe ser negada, así como la pretensión consecuencial contenida en el numeral 2.4.11.

Ahora bien, si, como se ha hecho en otras oportunidades, se analizan las pretensiones con base en las normas propias del derecho privado, podría darse aplicación al artículo 868 del Código de Comercio sobre excesiva onerosidad sobrevenida. Sin embargo, así analizadas las pretensiones de la demanda también deben ser negadas, puesto que la disposición de derecho privado solamente permite el examen de prestaciones de futuro cumplimiento.

REAJUSTES a PRECIOS DEL CONTRATO – Ruptura del equilibrio económico

Este punto, al igual que el anterior, fue presentado por el recurrente en el acápite relativo al desequilibrio económico del contrato, institución que no es aplicable a este contrato, y tampoco resultan aplicables las normas relativas a revisión de precios de que trata El Estatuto, como el artículo 4-4 y 4-8 de la Ley 80 de 1993. Pese a ello, para realizar un estudio de fondo sobre la materia, resulta necesario recordar que el contrato se pactó “mediante el sistema de precios unitarios, sin fórmula de reajuste, (...)”. Como la ha advertido esta subsección, la elección de la modalidad de pago, o de remuneración de cada una de las obligaciones, implica una asignación de obligaciones y riesgos entre las partes¹⁴. En el caso se trata de un contrato que fue pactado expresamente sin fórmula de reajuste y no puede el juez entrar a contrariar, por su voluntad, lo acordado por las partes. Por lo tanto, en ausencia de la posibilidad de revisar judicialmente el contrato en el contexto de la ruptura del equilibrio económico, o de la excesiva onerosidad de que trata el artículo 868 del Código de Comercio, y pactado expresamente en el contrato que no habría reajuste de precios, se deben negar tales pretensiones



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

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 25 de mayo de 2023

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandadas: Empresas Públicas de Cundinamarca ESP
Referencia: Controversias contractuales

Temas: controversias contractuales – nulidad de acto de liquidación ESP falta de competencia para liquidar unilateralmente a través de acto administrativo contrato estatal especial

Síntesis: un demandante solicitó, entre otras pretensiones, la nulidad de los actos que declararon el incumplimiento y la liquidación del contrato, en un contrato sometido al derecho privado.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia proferida el 8 de noviembre de 2017 por la Sección Tercera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹, que declaró la caducidad de algunas pretensiones y negó las demás pretensiones de la demanda².

Contenido: 1. Antecedentes. 2. Consideraciones. 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante. 1.2. Posición de la parte demandada. 1.3. Sentencia de primera instancia. 1.4. Recurso de apelación.

1.1. Posición de la parte demandante

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer del presente asunto, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en un proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

² La parte resolutoria de esa decisión se transcribe a continuación:

PRIMERO: Declarar la caducidad de las pretensiones relativas a la nulidad de las Resoluciones 069 y 121 de 2011, por lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Condenar en costas de esta instancia a la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$6.084.300, a favor de la parte demandada.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación de conformidad.

(...)

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

1. El Consortio Pantano de Arce II (en adelante el Consorcio) presentó **demanda**³, en ejercicio del medio de control de **controversias contractuales**, en contra del Departamento de Cundinamarca y de Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP, con las siguientes **pretensiones** (se transcribe):

2.4.1. *Se declare que el CONTRATANTE incumplió el CONTRATO DE OBRA No SOP-A-248-2007, impidiendo la ejecución del mismo en el término establecido para ello, de acuerdo con el cronograma de obra por las siguientes circunstancias:*

No entregar al CONTRATISTA de obra todos los estudios previos, planos, diseños completos y adecuados para ejecutar el contrato en los términos establecidos en el mismo.

No entregar al CONTRATISTA al momento de suscribirse el acta de inicio, todos los permisos necesarios para la ejecución de la obra, tal como el permiso para disponer del material de excavación.

No entregar al CONTRATISTA oportunamente los predios necesarios para la ejecución de la obra.

No pagar las actas parciales dentro del tiempo establecido para ello en el CONTRATO DE OBRA No SOP-A-248-2007.

No realizar la actualización y reajuste de precios del contrato, en tanto que el mismo no se ejecutó durante los años 2007 y 2008, por causas imputables a la parte CONTRATANTE.

No comunicar mediante escrito al CONTRATISTA la aprobación de rediseños y variaciones de los diseños necesarios para la ejecución de la obra, ni entregar los diseños y/o planos corregidos para la ejecución de la obra.

No pronunciarse oportunamente sobre la prórroga del contrato solicitada por el CONTRATISTA, para lo cual se suspendió el contrato, ni pronunciarse tampoco sobre la solicitud de suspensión de fecha 10 de diciembre de 2010 con el fin de análisis el informe (sic) presentado por la UNIVERSIDAD NACIONAL.

Por no pronunciarse oportunamente frente a las solicitudes hechas por el CONTRATISTA, sobre el cambio de diseños, errores en los planos y la topografía, adición del contrato por el incremento de precios, ejecución de obras adicionales.

2.4.2. *Se declare que la entidad CONTRATANTE incumplió con sus obligaciones derivadas de los principios de economía y planeación por:*
No contar con planos y diseños completos y adecuados que correspondieran a las condiciones reales del terreno, por lo que se hizo necesario rediseñar la presa.

No contar con los permisos y licencias necesarias para la ejecución del objeto contractual, ni haber adquirido los predios necesarios para la ejecución de la obra al momento de suscribirse el acta de inicio.

2.4.3. *Se declare que la entidad CONTRATANTE por intermedio del INTERVENTOR, recibió la totalidad de la tubería que se obligaba el CONTRATISTA a suministrada.*

2.4.4. *Que se declare que son nulas las resoluciones 069 de 2011 y 121 de 2011 por las cuales se declara el incumplimiento del contrato y se resuelve el recurso de reposición, en tanto que se fundamentaron en cargos y material probatorio no puesto en conocimiento del CONTRATISTA al momento de la citación a la audiencia de incumplimiento violando el debido proceso, por no tener en cuenta todas las circunstancias fácticas en que se desarrolló la ejecución del contrato, por desconocer el principio de proporcionalidad de la sanción, por ser incompetente EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA SA, para declarar el incumplimiento, por falsa motivación.*

2.4.5. *Que se declare que es nula la resolución 15 de febrero de 2012 mediante la cual se liquida el contrato, por haberse proferido sin vencerse el término para la liquidación bilateral, por falsa motivación al desconocer la totalidad de la obra ejecutada, la totalidad de tubería recibida por la entidad CONTRATANTE, por desconocimiento de los*

³ El 20 de junio de 2014, F. 1-129 del cuaderno 1.

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

propios actos, por violar los límites de la facultad de liquidar, por violar la buena fe y la confianza legítima, entre otros.

2.4.6. Que se declare que la ENTIDAD CONTRATANTE causó un daño antijurídico al CONTRATISTA por la declaración arbitraria del INCUMPLIMIENTO.

2.4.7. Que en caso de haberse producido un desembolso en favor de EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA SA por concepto de las sanciones impuestas a CONSORCIO PANTANO DE ARCE II, con anterioridad a la sentencia, se condene a devolverlas con la respectiva corrección monetaria e intereses.

2.4.8. Que se declare que el CONSORCIO PANTANO DE ARCE II legalizó la totalidad del anticipo invertido en el contrato.

2.4.9. Que se ordene pagar a título de daño emergente a favor de los integrantes del CONSORCIO PANTANO DE ARCE II el valor de (\$1.814.615.746) (...) o la suma que se llegara a probar dentro del proceso, en razón de (...) \$75.608.989,42 mensuales por concepto de gastos de administración sobre 24 meses de mayor permanencia (...).

2.4.10. Que se declare que en desarrollo del CONTRATO DE OBRA No SOP-A-248-2007, se produjo la ruptura del equilibrio económico del contrato como consecuencia del incumplimiento del contrato, la indebida planeación del contrato a cargo de la entidad, debido a la falta de estudios y diseños adecuados para ejecutar la obra contratada, debido a la falta de permisos para ejecutar la obra, debido a la falta de adquisición oportuna de los predios, por el incremento de los precios dentro del término de ejecución del contrato, por el incremento de la mano de obra dentro de la ejecución del contrato, por la mayor permanencia, por el no reajuste y/o revisión de precios teniendo en cuenta que el CONSORCIO PANTANO DE ARCE II realizó su oferta comercial tomando en cuenta que la misma se ejecutaría en los años 2007 a 2008.

2.4.11. Como consecuencia de lo anterior se ordene pagar en favor de los miembros del CONSORCIO PANTANO DE ARCE II la suma de la que resultase probada en el proceso a título de restablecimiento del derecho del equilibrio económico, equivalente al valor de la revisión y/o reajuste de precios, del pago de las obras adiciones (sic) y las mayores cantidades de obra, a los intereses por el retardo en el pago de las actas parciales.

2.4.12. Que se declare que el CONSORCIO PANTANO DE ARCE II ejecutó obras por valor de \$4.373.682.919 o la cantidad que se demostrase en el proceso.

2.4.13. Que se declare que EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA es responsable de la disminución patrimonial que ha sufrido el demandante debido a la arbitrariedad de la ENTIDAD CONTRATANTE al decretar el INCUMPLIMIENTO y se declare que es responsable de la pérdida de la utilidad esperada del contrato.

2.4.14. Que se ordene pagar a favor de los miembros de la EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA, como indemnización por la pérdida de la utilidad esperada, el valor establecido en la propuesta como utilidad del contrato, equivalente a (...) \$213.484.205.

2.4.15. Que se condene a pagar los perjuicios materiales que se demuestren en el proceso, ocasionados al CONSORCIO PANTANO DE ARCE II y a sus miembros por la declaratoria de incumplimiento.

2.4.16. Que se ordene pagar a favor de los miembros del CONSORCIO PANTANO DE ARCE II, los frutos civiles, intereses moratorios a que hubiere lugar, por las sumas señaladas en estas pretensiones.

2.4.17. Se ordene que las sumas reconocidas a favor del CONSORCIO PANTANO DE ARCE II deberán actualizarse o corregirse monetariamente, a fin de que se compensen los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero (inflación) entre la época de la causación del daño y la fecha del pago efectivo (...).

2.4.18. Que se liquide judicialmente el CONTRATO SOP-A-248-2007 y se incluya dentro de dicha liquidación (...) el valor actualizado de las indemnizaciones a que tiene derecho (...).

2.4.19. Que se condene a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA, incluidas las agencias en derecho (sic), en la cantidad que determine el señor magistrado.

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

2.4.20. *Que para el caso en que EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA no diere cumplimiento inmediato a la sentencia (...) se les condene al pago de los intereses sobre el monto de la condena líquida, señalados en el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo." (fls. 140 – 144 cdno. 1 – mayúsculas fijas y negrillas originales).*

2. La parte demandante basó sus pretensiones, en síntesis, en los siguientes **hechos**:

3. 1) El Consorcio y el Departamento celebraron un contrato de obra, el 27 de agosto de 2007, con el objeto de ejecutar la "construcción acueducto y alcantarillado en los municipios de Cundinamarca (construcción embalse pantano de arce II)". El contratista se obligó a ejecutar el contrato de conformidad con las especificaciones suministradas por la Secretaría de Obras Públicas. El valor del contrato era de \$5.660.000.000. La modalidad de pago se pactó bajo el sistema de precios unitarios sin reajuste. El plazo de ejecución acordado era de 12 meses.

4. 2) Durante la ejecución se presentaron eventos que retrasaron la ejecución de las labores, entre ellos los siguientes:

- Diferencias entre los estudios y diseños suministrados por la entidad y la realidad del terreno y la obra.
- Fue necesario analizar y verificar el replanteo del muro de la presa, para verificar la existencia de errores en la topografía que soportaba el diseño entregado por el Departamento.
- El 24 de enero de 2008 se dejó constancia que una vez realizado el levantamiento topográfico se pudo evidenciar que "los planos del diseñador est[ba]n corridos". Por lo tanto, se hizo necesario adecuarlos a la realidad topográfica.
- El contratista solicitó, el 1 de febrero de 2008, hacer el cambio del botadero de escombros, ya que el predio previsto para ello no había sido adquirido por el municipio de Subachoque.
- El 5 de febrero de 2008 se evidenciaron nuevas inconsistencias en los diseños, esta vez relacionadas con la cota del nivel del agua.
- Entre el 14 de febrero y el 8 de marzo de 2008 el contratista no pudo adelantar sus labores por las condiciones climatológicas.

5. 4) La interventoría, mediante la comunicación SOP-A-248-2007, de 25 de abril de 2008 reconoció que los diseños tenían inconsistencias. La más relevante era "la topografía sobre la cual se diseñó tenía inconsistencias". Como consecuencia de los errores reseñados, se hizo necesaria la ejecución de obras adicionales.

6. 5) La interventoría solicitó al Departamento la revisión y actualización de los diseños.

7. 6) Tras la revisión de la interventoría, en relación con los diques, las cantidades de obra aumentaban en más del 300% frente a lo presupuestado originalmente.

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

8. 7) El interventor solicitó la adición del plazo de ejecución en 10 meses y la adición del valor en \$3.998.950.595.

9. 8) Para julio de 2008, el retraso en la ejecución de la obra era evidente como consecuencia de los hechos anteriores, y el contratista no podía avanzar por la falta de diseños adecuados.

10. 9) El contrato fue cedido por el Departamento el 14 de noviembre de 2008 a Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P.

11. 10) Para el 14 de noviembre de 2008, y a un mes de que culminara el plazo de ejecución, no se había decidido sobre las solicitudes de adición y prórroga realizadas en abril de 2008.

12. 11) Las partes modificaron el plazo de ejecución del contrato en las siguientes ocasiones:

- a. Se suscribió el acta de suspensión 1 de 2008 por un plazo de 47 días calendario, para analizar los aspectos técnicos pendientes.
- b. Las partes suspendieron el plazo de ejecución, el 26 de enero de 2009, por 94 días, porque la entidad no había realizado el análisis técnico, jurídico y financiero que sustentó la suspensión 1 del contrato. Además, el municipio de Subachoque no había adelantado la compra de los predios para la zona de inundación y los destinados al botadero.
- c. El 30 de abril de 2009 se suscribió un adicional en plazo al contrato de obra, por un término de 5 meses a partir de esa fecha.
- d. El término de ejecución se prorrogó, en el acta de suspensión 4, una vez más por 30 días. Con ello, el término de ejecución se reiniciaría el 18 de noviembre de 2009, y la fecha de terminación sería el 14 de diciembre de 2009.
- e. El 9 de diciembre de 2009, se suscribió el acta 5 de suspensión del contrato, el reinicio se daría el 9 de febrero de 2010, y la terminación de la fase de ejecución el 14 de febrero de 2010.
- f. Las partes suscribieron el acta de suspensión 6, por término de 58 días, con reinicio el 7 de abril de 2010, y terminación el 12 de abril de 2010.
- g. El 7 de abril de 2010 se suscribió el acta de suspensión 7, con reinicio el 7 de mayo de 2010, y nueva fecha de terminación el 12 de mayo de 2010.
- h. El 7 de mayo de 2010 se celebró otra suspensión del contrato, con reinicio el 9 de junio de 2010 y terminación el 14 de julio de 2010.
- i. El 11 de junio de 2010 se celebró la prórroga 2 al contrato, por un término de 5 meses.
- j. El 10 de agosto de 2010 se llevó a cabo una audiencia de verificación de adelanto de obra y se solicitó una

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

reprogramación para que el reinicio se diera el 2 de septiembre de 2010.

13. 12) El 24 de agosto de 2010, la Empresa determinó que el contrato había sido incumplido *“sin haber iniciado procedimiento alguno para declarar”* el incumplimiento.

14. 13) El 9 de noviembre de 2010, previa citación del Consorcio, se llevó a cabo una audiencia de incumplimiento parcial.

15. 14) El contrato fue, después de ello, objeto de nuevas suspensiones:
a. El 10 de noviembre de 2010 se suspendió la ejecución del contrato por término de 1 mes.
b. El 10 de diciembre de 2010, por término de un mes.
c. El 10 de enero de 2011 por término de 21 días. La fecha de reinicio sería el 31 de enero y la de terminación el 4 de febrero de 2011.

16. 15) Mediante la Resolución 69 de 7 de abril de 2011 se declararon el incumplimiento y ocurrencia del siniestro de indebido manejo e inversión del anticipo del contrato de obra.

17. 16) Mediante la Resolución 121 de 13 de junio de 2011 se confirmó en todas sus partes la Resolución 69 de 2011.

18. 17) Mediante la Resolución 15 de 21 de febrero de 2012 se liquidó unilateralmente el contrato.

19. En el acápite denominado razones de derecho, el demandante alegó que la entidad contratante incumplió el contrato, y que se generó una ruptura del equilibrio económico del contrato. Además, sostuvo que: se había violado el deber de planeación contractual, contemplado en la Ley 80 de 1993; se configuró una ruptura del equilibrio económico del contrato, lo que fundamentó en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en este contexto explicó que existían una mayor permanencia en obra que debía ser remunerada y que debía realizarse una revisión y reajuste de precios; existió una violación al debido proceso, contexto en el cual arguyó que no se habían respetado los mínimos de este derecho fundamental, y, además, la competencia temporal se había excedido por haberse declarado el incumplimiento fuera del plazo de ejecución. En este mismo aparte indicó los perjuicios consideró haber sufrido por el actuar de la demandada.

20. Finalmente, en un acápite denominado *“otros argumentos a tener en cuenta. De las Cláusulas exorbitantes en la contratación, del incumplimiento y la competencia de Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. para imponerlas”*, el demandante alegó que esa empresa *“no contaba con esta potestad legal”* pues esa empresa *“solo puede contratar*

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

bajo las normas de derecho privado". Este argumento fue objeto de mayor desarrollo, además, en la subsanación de la demanda.

1.2. Posición de la parte demandada

21. El Departamento **contestó la demanda**⁴ y solicitó que se negaran las pretensiones. Los argumentos pueden resumirse de la siguiente manera:

22. El contratista se comprometió a asumir las mayores o menores cantidades de obra del contrato a los precios inicialmente pactados. Además, era responsable por los ajustes y modificaciones a los diseños.

23. En el contrato, las partes acordaron que el contratista conocía las condiciones sociales, políticas, topográficas, de orden público, geográficas y económicas de la región donde se desarrolló el proyecto. Adicionalmente, debía conocer de todos los riesgos inherentes a él.

24. El contrato fue cedido a las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. En consecuencia, esa entidad asumió todas las obligaciones y derechos derivados del contrato.

25. Los ajustes a los diseños y la falta de compra de los predios no tenían la entidad suficiente para que el contratista no pudiera ejecutar la obra o para que incurriera en las mayores cantidades de obra.

26. Un informe de la Universidad Nacional demostró que la entidad pagó obras que el contratista no ejecutó.

27. Con base en lo anterior, presentó las excepciones de: "*falta de legitimación pasiva en la causa*", "*inexistencia de incumplimiento de los principios*", "*inexistencia del rompimiento del equilibrio económico del contrato*", y la excepción que denominó "*innominada*".

28. La empresa **contestó la demanda**⁵ y solicitó que se negaran las pretensiones. Las excepciones y los argumentos que las sustentan fueron, en síntesis, los siguientes:

29. La acción estaba caducada en relación con las pretensiones de nulidad de los actos que declararon el incumplimiento.

30. La demanda es inepta por falta de requisitos formales, en particular porque no se cumplió con los requisitos formales relacionados con los fundamentos de derecho de la anulación.

⁴ Folio 390 a 408 del cuaderno 2.

⁵ Folio 534 a 608 del cuaderno 2.

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

31. No se vulneró el debido proceso, pues el acto se podía expedir después de transcurrido el plazo de ejecución del contrato.

32. No existió una falta de planeación de la entidad contratante, lo cual se demostraría en el proceso. No hubo falla de los diseños y el retraso en la adquisición de predios no fue la causa que impidió la ejecución del contrato. Sobre el punto recordó que la Universidad Nacional encontró que el contratista había cobrado mayores cantidades de obra que no fueron ejecutadas. Además, afirmó que el avance de las obras no era de 53%, sino cercano al 11%. Igualmente, sostuvo que la obligación de adquirir el predio no estaba en cabeza de la demandada, sino del municipio de Subachoque.

33. No se configuró la ruptura del equilibrio económico del contrato. Sobre esto puso de presente que en las actas de suspensión se indicó que ellas no generaban reajuste de precios.

1.3. Trámite relevante en primera instancia y Sentencia recurrida

34. En la audiencia celebrada el 26 de febrero de 2016, el Tribunal declaró prospera la excepción de falta de legitimación pasiva en la causa, pues estaba probado que había cedido su posición contractual. La parte demandante apeló esa decisión, pues se reclamaba responsabilidad por falta de planeación, lo que ocurrió antes de la cesión.

35. En esa misma audiencia, se negó la excepción de caducidad formulada por las ESP, pues se declaró que el término de caducidad debía contabilizarse desde la liquidación del contrato. La parte demandada apeló esta decisión porque consideró que la caducidad respecto de los actos de incumplimiento debía contabilizarse separadamente desde su ejecutoria. Estas dos decisiones fueron incorporados a este expediente mediante el auto de 11 de julio de 2019, la Sala decidirá en esta Sentencia los recursos pendientes de decisión en virtud de lo normado por el inciso 6 del artículo 323 del CGP.

36. El 8 de noviembre de 2017, la Sección Tercera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió **Sentencia**⁶, en la cual se declaró la caducidad de la acción en relación con las pretensiones de nulidad de las resoluciones de incumplimiento y se negaron las demás pretensiones. La decisión fue adoptada, en síntesis, con base en los siguientes argumentos:

37. Los actos que declararon el incumplimiento fueron expedidos después de la finalización del plazo de ejecución y se trata de actos independientes.

⁶ Folios 1359-1374.

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

Luego, el término para que opere la caducidad debió contarse desde su ejecutoria.

38. Sobre el régimen jurídico del contrato, el tribunal decidió que, en este contrato de obra, como consecuencia de la Resolución CRA 293 de 2004, la entidad tenía las potestades derivadas de las cláusulas excepcionales y su ejercicio debía regirse por la Ley 80 de 1993.

39. En lo relativo al incumplimiento, el tribunal sostuvo que las pretensiones estaban caducadas. En consecuencia, no podía declararse el incumplimiento de la entidad, pues los actos en los cuales se declaró el incumplimiento del contratista se encontraban en firme y se presumían legales.

40. En relación con la liquidación unilateral, el juez sostuvo que no era nula, pues se ejerció la facultad en el término autorizado por la Ley 1150 de 2007.

41. Sobre la falsa motivación de los actos sostuvo que el reconocimiento de obras en las actas parciales no era óbice para declarar el incumplimiento. Además, era un deber de la entidad revisar las cantidades de obra efectivamente ejecutadas, una vez terminado el plazo de ejecución del contrato.

42. La entidad no se extralimitó en el acto de liquidación, toda vez que hizo el balance del contrato. En la liquidación, adicionalmente, se ordenó el reintegro de algunas sumas de dinero, pero no se multó al contratista, ni se "ejecutó la cláusula penal".

43. Finalmente, sobre las mayores cantidades de obra, el tribunal puso de presente que el contratista pactó que no se generarían costos adicionales, desequilibrio, ni ajuste de precios, y, en adición, no dejó salvedades en las modificaciones.

44. A continuación, se puede leer la parte resolutive de la Sentencia recurrida (se transcribe):

PRIMERO: Declarar la caducidad de las pretensiones relativas a la nulidad de las Resoluciones 069 y 121 de 2011, por lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Condenar en costas de esta instancia a la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$6.084.300, a favor de la parte demandada. 14/11/2010

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación de conformidad.

(...)

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

1.4. Recurso de apelación

45. La parte demandante presentó **recurso de apelación**⁷ en contra de la Sentencia de primera instancia. Los argumentos, en síntesis, fueron:

46. Este contrato se liquidó unilateralmente, por lo que correspondía contar la caducidad de todas las pretensiones desde ese momento, de conformidad con lo normado por el artículo 164 del CPACA.

47. Insistió en la falta de competencia de la empresa para usar facultades excepcionales en un contrato sometido al derecho privado. Además, insistió en los argumentos relacionados con la falta o indebida motivación y la violación de las normas en que los actos debían fundarse.

48. En adición, reiteró que había habido incumplimientos y ruptura del equilibrio económico del contrato. Particularmente, insistió en los argumentos de la violación al deber de planeación contractual por la deficiencia de los estudios y diseños, la no entrega de la totalidad de los predios, y la falta de permisos y el principio de economía por no conservarse el valor intrínseco de su remuneración, el no pago de la mayor permanencia en obra y la no revisión y reajuste de precios. Todos los argumentos del apelante se fundaron en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo. 2.2. Sobre la condena en costas.

2.1. Análisis sustantivo

49. La Sala revocará la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pues no comparte que la caducidad de la acción para solicitar la nulidad de los actos que declararon el incumplimiento del contrato deba contarse de manera independiente a la del acto que liquidó el contrato (2.1.1). Los actos administrativos demandados serán anulados, puesto que fueron expedidos sin competencia, ya que el contrato estaba sometido a un régimen de derecho privado (2.1.2 y 2.1.3), por lo cual debe ordenarse el restablecimiento del derecho (2.1.4). La Sala negará las pretensiones de la demanda relacionadas con las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues no son aplicables a este contrato (2.1.5). En adición, se negarán las pretensiones relacionadas con los incumplimientos de la entidad, pues no están demostrados (2.1.6).

50. La Sala pone de presente que debe decidir, en virtud de lo normado por el inciso 6 del artículo 323 del CGP, las dos apelaciones pendientes de

⁷ Folios 1382-1418 del cuaderno principal.

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

decisión. En el aparte 2.1.1 se estudiará lo relativo a la caducidad de la acción, con lo cual se decide la apelación de la demandada sobre el punto. En turno, en el numeral 2.1.2 se analizará lo relativo a la cesión y sus efectos, con lo cual se confirmará la decisión de la falta pasiva de legitimación del Departamento.

2.1.1. Caducidad del medio de control. Conteo único de conformidad con el supuesto aplicable del artículo 164-2-j

51. En relación con la caducidad del medio de control, esta debe contarse según lo normado por el artículo 164 del CPACA. En el caso resulta aplicable el supuesto del numeral 2, literal j)-iv) de esa disposición, según el cual el término para que opere la caducidad es de dos años y debe contarse así: “[e]n los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe”. Por lo tanto, contrario a lo afirmado por el tribunal, no había operado el fenómeno de la caducidad para las pretensiones de nulidad de los actos que declararon el incumplimiento, ya que el término debe contarse a partir de la ejecutoria del acto de liquidación, con independencia de si se demandó ese acto o actos administrativos expedidos con anterioridad como los que declaraban el incumplimiento del contratista.

2.1.2. Régimen jurídico del contrato. Contrato celebrado por una entidad estatal y cedido a una ESP. Las prerrogativas públicas y su carácter intransferible por acuerdos contractuales. La inaplicabilidad de las normas sobre cláusulas excepcionales de la Ley 142 de 1994

52. El contrato que dio origen al litigio fue celebrado entre el Departamento de Cundinamarca y el Consorcio Patano Arce II. Por lo tanto, de conformidad con lo normado por el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 se trata de un contrato estatal. En relación con el régimen jurídico de este contrato, al momento de su celebración, existen dos alternativas. En primer lugar, podía tratarse de un contrato sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en virtud de que es un contrato celebrado por un Departamento, con lo cual se verifica el factor subjetivo de aplicación del Estatuto del mencionado artículo 2. Una segunda posibilidad se refiere a que se tratara de un contrato excluido de la aplicación del Estatuto, como consecuencia de que su objeto se encontraba comprendido en el supuesto del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, según el cual “[l]os contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Lo anterior, se aclara, exigiría la demostración de que el Departamento prestaba el servicio público.

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

53. Pese a lo anterior, independientemente del régimen jurídico que tenía este contrato en el momento de su celebración, existe un aspecto fundamental que no puede perderse de vista: el contrato fue cedido por el Departamento a una ESP. Por lo tanto, este contrato, a partir de su cesión, tuvo un régimen jurídico de derecho privado de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994. Ello es así, como consecuencia de que ni la Ley ni la Constitución disponen expresamente que ese contrato tiene un régimen distinto del derecho privado y, en esa medida, este se rige “*exclusivamente por las reglas del derecho privado*”.

54. La Sala no pierde de vista el artículo 895 del Código de Comercio, al tenor del cual “*la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato*”. Una lectura desprevenida de esa norma podría llevar a pensar que la cesión de un contrato celebrado por una entidad estatal, sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, implica también la cesión de las potestades excepcionales contenidas en la Ley 80 de 1993; pues ellas hacen parte de los “*privilegios y beneficios legales*”.

55. No obstante, esta lectura debe ser descartada, pues el propio artículo 895 del Código de Comercio preceptúa que la cesión “*no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes*”. Las potestades excepcionales que otorga el Estatuto General de Contratación a las entidades estatales, para algunos contratos, son prerrogativas públicas y en tanto tales intransferibles. Lo anterior, ha sido denominado por esta corporación como el “*principio de innegociabilidad del ejercicio de las potestades públicas*”⁸ y se deriva, directamente, de que en un Estado de derecho no existen prerrogativas públicas tácitas, ni competencias implícitas, y, menos aún, es posible que las entidades estatales a las cuales han sido otorgadas estas competencias las transfieran, sin previa y expresa autorización legal, a un tercero. En otras palabras, una cesión de la posición contractual no puede implicar la transferencia de prerrogativas públicas que deben tener origen o habilitación legal expresa.

56. La anterior consideración revela el carácter derogatorio que, en ocasiones, tiene el derecho administrativo en relación con el derecho común. En este caso el principio de legalidad, tal y como se entiende en el derecho administrativo, impide entender que el artículo 895 del Código de Comercio puede interpretarse de manera tal que la cesión implique, también, la traslación de potestades excepcionales a una empresa sin una habilitación legal previa y expresa.

57. El inciso segundo del artículo 32 de la Ley 142 de 1994 otorgó la competencia a las Comisiones de Regulación de hacer obligatoria la

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de junio de 2000, expediente 16973.

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

inclusión de cláusulas excepcionales “en ciertos tipos de contratos”, y de facultar de manera previa, en los demás, a los prestadores. Esta competencia fue ejercida por la CRA (entre otras) a través de la Resolución CRA 293 de 2004. Con base en ello, resta analizar los argumentos presentados por el tribunal en el sentido de que las potestades excepcionales se derivaban de la Resolución CRA 293 de 2004. En ese sentido, el juez colegiado de primera instancia sostuvo que *“dicha comisión dispuso que todas las personas (naturales y jurídicas) prestadoras de los servicios de agua potable y saneamiento básico o de las actividades complementarias de los mismos deberán pactar las cláusulas exorbitantes descritas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, entre otros, en los contratos de obra, evento en el que, es aplicable el estatuto general de contratación pública”*.

58. Al respecto resulta indispensable hacer notar que la Resolución CRA 293 de 2004 en su artículo 1-b disponía que las cláusulas debían pactarse en los contratos de obra, pero el postulado normativo completo indicaba que ello sería así *“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”*.

59. En el expediente no fue posible encontrar los antecedentes que llevaron a considerar necesaria la inclusión de las cláusulas excepcionales, como tampoco corroborar que de haberse incumplido el contrato ello hubiera podido traer como consecuencia *“necesaria y directa”* la interrupción del servicio público. Para la Sala, contrario a lo sostenido por el tribunal, la tipología del contrato de obra aislada de las consecuencias de su incumplimiento y sin atención a sus precisos antecedentes, no es suficiente para concluir que las cláusulas excepcionales debían pactarse en el contrato. En consecuencia, no está demostrado que el régimen de este negocio jurídico era el Estatuto General de Contratación bajo el entendido de que resultaba aplicable el inciso 2 del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, reglamentado por la CRA mediante la Resolución 293 de 2004.

60. La Sala también debe decidir sobre la falta pasiva de legitimación del Departamento, que fue declarada en primera instancia por el Tribunal, Auto cuya apelación se encuentra pendiente de decisión. Sobre el punto, se pone de presente que la cesión, como se indicó anteriormente, tiene por efecto transferir los derechos y obligaciones de un contrato y, en ausencia de la reserva de no liberar al cedente de que trata el artículo 893 del Código de Comercio, el Departamento transfirió todos los derechos y obligaciones derivados del Contrato, con lo cual, como lo decidió el Tribunal, existe falta de legitimación pasiva en la causa⁹.

⁹ En ese sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 17 de marzo de 2021, Exp. 39970; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 1 de marzo de 2023, Exp. 57281.

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

2.1.3. Efectos del régimen jurídico de derecho privado sobre la posibilidad de expedir actos administrativos: falta de competencia

61. A la luz del régimen jurídico del contrato, de derecho privado, y sin una habilitación expresa del ordenamiento para proferir los actos administrativos de declaratoria de incumplimiento y liquidación unilateral del contrato, es evidente que la ESP no tenía competencia para expedir esos actos administrativos. Por lo mismo, las Resoluciones 69 de 2011 y 121 de 2011, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento, y 15 de 2012, por medio de la cual se liquidó el contrato, serán declaradas nulas, pues fueron expedidas sin competencia.

62. La Sala considera relevante hacer notar que en la demanda el contratista hizo una alusión expresa a la falta de competencia de la entidad para expedir tanto los actos de declaratoria de incumplimiento, como los de liquidación unilateral. Sobre el particular, es importante recordar que en la subsanación de la demanda se indicó, específicamente sobre el acto de liquidación que “en el ejercicio de las potestades contractuales la administración está ceñida a la aplicación de las normas constitucionales, legales y contractuales que restringen su competencia”, lo anterior, sumado a las alegaciones generales sobre el régimen jurídico, permiten concluir sobre la falta de competencia de la ESP para expedir ese acto administrativo.

2.1.4. El restablecimiento del derecho consecuencia de la nulidad de los actos de liquidación y declaratoria de incumplimiento

63. Como restablecimiento del derecho, en relación con la nulidad de las resoluciones que declararon el incumplimiento y la ocurrencia del siniestro de indebido manejo e inversión del anticipo, se ordenará, en caso de haber sido pagada, la devolución de la suma de \$566.000.000; que debían ser cancelados en virtud de haberse hecho efectiva la cláusula penal pecuniaria en los artículos primero y segundo de la Resolución 69 de 7 de abril de 2011, confirmada en todas sus partes por la Resolución 121 de 13 de junio de 2011.

64. Como restablecimiento del derecho, respecto de la nulidad de la resolución que liquidó el contrato, se ordenará, en caso de haber sido pagado, la devolución del “reembolso” equivalente a \$3.514.540.172, que el Consorcio Pantano Arce II debía reintegrar a la ESP de conformidad con lo ordenado por el artículo segundo de la Resolución 15 de 21 de febrero de 2012.

65. Se pone de presente que no se ordenará, de manera independiente, el restablecimiento relacionado con la declaratoria del siniestro de indebido manejo e inversión del anticipo, que se había ordenado en el artículo 4 de la Resolución 69 de 2011, puesto que los efectos económicos de esta decisión se encuentran comprendidos en la Resolución 15 de 21 de febrero

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

de 2012. En contraposición, se ordenará la devolución del valor de la cláusula penal pecuniaria, ya que este monto no se incluyó en el balance efectuado en la Resolución que liquidó el contrato.

2.1.5. Efectos del régimen jurídico de derecho privado sobre las alegaciones del demandante relacionadas con normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

66. Como lo ha señalado en diversas oportunidades esta corporación¹⁰, a los contratos estatales especiales sometidos al derecho privado no les resultan aplicables las normas relacionadas con el equilibrio económico del contrato, pues estas fueron establecidas por el legislador para los contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En consecuencia, la pretensión 2.4.10 relacionada con la ruptura del equilibrio económico debe ser negada, así como la pretensión consecencial contenida en el numeral 2.4.11.

67. Ahora bien, si, como se ha hecho en otras oportunidades, se analizan las pretensiones con base en las normas propias del derecho privado, podría darse aplicación al artículo 868 del Código de Comercio sobre excesiva onerosidad sobrevenida. Sin embargo, así analizadas las pretensiones de la demanda también deben ser negadas, puesto que la disposición de derecho privado solamente permite el examen de prestaciones de futuro cumplimiento. Sobre este asunto esta Subsección ha explicado (se transcribe):

"67. La excesiva onerosidad sobrevenida tiene una lógica distinta al desequilibrio económico, pues pretende remover, a futuro, las dificultades que se le presenten a una de las partes de un contrato durante su ejecución. Por esto, el artículo 868 del Código de Comercio exige que las circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato, deben alterar una "prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes". Esto guarda coherencia con las potestades que otorga al juez el inciso segundo de ese artículo, pues este autoriza a ordenar el reajuste o la terminación del contrato; órdenes que no tendrían sentido en relación con una prestación ejecutada o un contrato terminado.

68. Respecto de esta norma, Hinestroza sostuvo: "se concluye que quien ya pagó, logró sortear las dificultades que se le oponían y, por lo mismo, no cuenta con razones valederas para volver sobre hechos cumplidos. (...) de modo que si la demanda de reajuste o terminación se introduce luego de ejecutada la prestación devenida más onerosa, ya no existe sujeta materia para la actividad judicial, pues no hay contrato que cambiar, u obligación que reajustar, pues todo concluyó por cumplimiento-pago".

69. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha señalado "[b]ien se advierte del factum normativo, que la revisión versa sobre «la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes», esto es, no cumplida ni

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 23 de noviembre de 2022, Exp. 66661; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 16 de agosto de 2022, Exp. 63489; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 2 de marzo de 2022, Exp. 63168; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 8 de septiembre de 2021, Exp: 58235; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de abril de 2021, Exp. 48962; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 10 de febrero de 2021, Exp. 47068

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

extinguida. La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles. Menester el vigor del contrato, y que la obligación no sea exigible, haya cumplido, ejecutado o agotado"¹¹.

68. En el contrato que dio lugar a las reclamaciones no existen prestaciones de futuro cumplimiento que puedan ser objeto de revisión o terminación judicial en aplicación del artículo 868 del Código de Comercio. En virtud de lo anterior, las pretensiones del demandante relacionadas con el desequilibrio económico del contrato serán negadas.

69. Igualmente, por razones similares, se negará la pretensión 2.4.2 en la cual se solicitó que se declarara que la entidad incumplió sus obligaciones relacionadas con el principio de economía y planeación. Las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo las excepciones expresamente previstas en el ordenamiento jurídico, no son aplicables a los contratos estatales sometidos a regímenes jurídicos distintos de ese instrumento normativo. Por tanto, las reglas derivadas del principio de economía y del deber de planeación contenidas en el Estatuto y la jurisprudencia que se refiere a esas disposiciones no resulta relevante para la resolución de este caso, como consecuencia de que, como se indicó, el régimen jurídico del contrato es el derecho privado y las normas contenidas en el Estatuto no pueden extenderse por fuera del ámbito de aplicación previsto por el legislador.

70. Ahora bien, lo anterior no obsta para que esos reparos relacionados con los estudios y documentos previos se analicen como incumplimientos del contrato, tal y como lo solicitó el demandante en su pretensión 2.4.1, lo cual se hará en el numeral siguiente de esta Sentencia.

2.1.6. Incumplimientos alegados por el contratista

71. El apelante concentró los motivos de inconformidad en los siguientes aspectos que serán analizados de manera independiente para juzgar si está demostrado que la entidad incumplió alguna obligación. Los demás incumplimientos alegados en la demanda, en la medida en que no fueron objeto de apelación, no serán estudiados nuevamente por la Sala, pues carece de competencia para ello de conformidad con lo normado por el artículo 320 del CGP. Por lo tanto, se analizarán los incumplimientos relacionados con la deficiencia de los estudios y documentos previos (2.1.6.1.), la no entrega oportuna de los permisos y los predios necesarios para la ejecución del contrato (2.1.6.2), el no pago de las mayores cantidades de obra (2.1.6.3), y la no realización de los reajustes y actualizaciones de precios del contrato, pues este no se ejecutó en el periodo inicialmente acordado (2.6.1.4)

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 8 de septiembre de 2021, Exp: 58235.

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

2.1.6.1. Entrega de todos los estudios previos, planos, diseños completos y adecuados para ejecutar el contrato en los términos establecidos en el mismo

72. En relación con esta pretensión relacionada en el numeral 2.4.1, el contratista no identificó la obligación incumplida. Además, revisado el contrato no se encontró ninguna obligación relacionada con la entrega de los documentos referidos en esta pretensión, ni la calidad que debían tener estos. No obstante, en la cláusula segunda las partes pactaron que *“el contratista se obliga a realizar el objeto del presente contrato, de acuerdo a las especificaciones suministradas por la Secretaría de Obras Públicas, a la descripción, características y especificaciones de los precios unitarios, en los términos que señala este contrato y de conformidad con el pliego de condiciones de la licitación y con la propuesta presentada por el contratista, documentos que forman parte integrante del presente contrato”*.

73. Según el texto del contrato, la entidad debía suministrar las especificaciones de la obra. En consecuencia, en aplicación de los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, se entiende que la entidad se obligó a suministrar dichos documentos de conformidad con la calidad media de las prácticas del sector correspondiente y, de cualquier manera, con la adecuación y suficiencia necesaria para que el contratista pudiera *“realizar el objeto del contrato”*. Así las cosas, de acuerdo con esta obligación derivada de la buena fe, la información suministrada por la entidad debía estar conforme con las prácticas del sector en términos de suficiencia y calidad y, en consecuencia, para demostrar un incumplimiento el demandante debía acreditar que la información no satisfizo esos estándares¹².

74. No obstante, en el expediente no obra ninguna prueba que demuestre que los estudios previos, planos, y diseños no fueron adecuados y completos, o que no se encontraban de conformidad con los estándares técnicos requeridos. En el expediente obran dos dictámenes periciales relacionados con la evaluación de la mayor permanencia en obra, la estimación de reajustes y revisiones, estimación de mayores cantidades de obra, y valoración de otros estudios sobre volúmenes de excavación, entre otros¹³. Sin embargo, estas pruebas técnicas no analizaron la calidad de los estudios y documentos previos o su consistencia. Por lo cual deben negarse las pretensiones.

2.1.6.2. No entrega oportuna de los permisos y los predios necesarios para la ejecución del contrato

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 23 de noviembre de 2022, Exp. 66661

¹³ Cuadernos 13, 14, 15 y 16.

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

75. El demandante, en relación con la entrega oportuna de predios y permisos tampoco identificó la obligación que consideraba incumplida. Revisado el contrato, no fue posible encontrar una obligación de la entidad en este sentido. No obstante, una vez más, esta puede entenderse como una obligación para la entidad derivada de los mandatos de los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

76. El demandante planteó a lo largo del proceso que la no entrega de los permisos y la adquisición de predios afectó gravemente la ejecución del contrato. Sin embargo, estas afirmaciones desprovistas de pruebas que las respalden no permiten dar por demostrados los incumplimientos que se le imputan a la entidad demandada. Una vez más, es evidente que el esfuerzo probatorio del demandante se centró en demostrar los efectos de unos presuntos incumplimientos, pero sin haber demostrado el incumplimiento de la entidad que habría generado tales perjuicios. Por lo tanto, también se negará esta pretensión.

2.1.6.3. No pago de las mayores cantidades de obra

77. El recurrente planteó su cargo relacionado con el no pago de las mayores cantidades de obra en el acápite relativo al desequilibrio económico. Como se explicó, tal institución propia del Estatuto General de Contratación no tiene cabida en un contrato sometido al derecho privado y, en caso de estudiarse como una excesiva onerosidad sobreviniente, del artículo 868 del Código de Comercio, deberían negarse por las razones abordadas en el acápite 2.1.5 de esta decisión. De otro lado, si se estudian tales pretensiones como incumplimientos del contrato, encuentra la Sala que tampoco pueden prosperar, pues se pactó que las mayores cantidades debían ser autorizadas por la entidad contratante. En el párrafo primero de la cláusula tercera se pactó, entre otros, que *“el contratista, no podrá ejecutar mayores cantidades de obra, sin el visto bueno del respectivo Secretario o Suscripción del respectivo contrato adicional o modificatorio, según el caso”*. Por lo tanto, en ausencia de las autorizaciones a que hace referencia esta cláusula, no es posible declarar el incumplimiento de la entidad.

2.1.6.3. No realización de los reajustes y actualizaciones de precios del contrato, pues este no se ejecutó en el periodo inicialmente acordado

78. Este punto, al igual que el anterior, fue presentado por el recurrente en el acápite relativo al desequilibrio económico del contrato, institución que no es aplicable a este contrato, y tampoco resultan aplicables las normas relativas a revisión de precios de que trata El Estatuto, como el artículo 4-4 y 4-8 de la Ley 80 de 1993. Pese a ello, para realizar un estudio de fondo sobre la materia, resulta necesario recordar que el contrato se pactó *“mediante el sistema de precios unitarios, sin fórmula de reajuste, (...)”*. Como la ha advertido esta subsección, la elección de la modalidad de

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

pago, o de remuneración de cada una de las obligaciones, implica una asignación de obligaciones y riesgos entre las partes¹⁴. En el caso se trata de un contrato que fue pactado expresamente sin fórmula de reajuste y no puede el juez entrar a contrariar, por su voluntad, lo acordado por las partes. Por lo tanto, en ausencia de la posibilidad de revisar judicialmente el contrato en el contexto de la ruptura del equilibrio económico, o de la excesiva onerosidad de que trata el artículo 868 del Código de Comercio, y pactado expresamente en el contrato que no habría reajuste de precios, se deben negar tales pretensiones.

2.2. Sobre la condena en costas

79. De conformidad con el artículo 188 del CPACA y el numeral 1 del artículo 365 del CGP, no se condenará en costas, pues el recurso de apelación prosperó.

3. DECISIÓN

80. 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,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la Sentencia proferida el 8 de noviembre de 2017 por la Sección Tercera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar disponer:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución 69 de 2011, por medio de la cual "se declara el incumplimiento y la ocurrencia del siniestro de indebido manejo e inversión del anticipo del Contrato de Obra No. SOP-A-248-2007" y la Resolución 121 de 2011, por medio de la cual "se resuelven unos recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 69 de 7 de abril de 2011", proferidas por las Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución 15 de 2012, por medio de la cual "se liquida unilateralmente el Contrato de Obra Pública No SOP-A-248-2007", proferida por las Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP.

TERCERO: CONDENAR, en caso de que se haya pagado por el Consorcio, a las Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP al pago de \$566.000.000 cancelados en virtud de haberse hecho efectiva la cláusula penal pecuniaria.

CUARTO: CONDENAR, en caso de que se haya pagado por el Consorcio, a las Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP al pago de \$3.514.540.172 entregados a título de reembolso, de conformidad con lo ordenado por el artículo 2 de la Resolución 15 de 2012.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 28 de abril de 2021, Exp. 52085; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 26 de enero de 2022, Exp. 64897.

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777)
Demandante: Consorcio Pantano Arce II
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca
ESP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca parcialmente la Sentencia

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada, lo cual incluirá la suma de 6 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de agencias en derecho.

SEGUNDO: CONFIRMAR la decisión de 26 de febrero de 2016, mediante la cual el Tribunal declaró la falta de legitimación pasiva en la causa del Departamento de Cundinamarca.

TERCERO: NO CONDENAR en costas esta instancia.

Por Secretaría, una vez ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Salvamento de voto

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA