

FUNCIONES PÚBLICAS – Servicio público – Naturaleza

[...] el numeral 23 del art. 150 de la Carta Política encargó al legislador de “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos” (art.150 numeral 23); atribución relevante en tanto marcó la distinción que trajo consigo el nuevo régimen de los servicios públicos para diferenciarlo de la función pública. Al respecto, la Corte Constitucional precisó que “no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público. El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado”.

SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Normativa – Regla general

La determinación de asignar a los servicios públicos domiciliarios un régimen propio, específico y especializado se concretó en la expedición de la Ley 142 de 1994 que, según las pautas trazadas en la Carta Política, definió un régimen de intervención, regulación y control en esta materia, separándolo del marco clásico de la función pública para dotar de autonomía el nuevo concepto del servicio público domiciliario.

[...] la Ley 142 de 1994, al definir el régimen de los actos y contratos de estas empresas, precisó también que los principios fijados en su título preliminar (artículos 1 a 13) corresponden a aquellos bajo los cuales se deben interpretar las normas sobre contratos; ello, en reconocimiento de que tales postulados conforman un elenco robusto de deberes, criterios, premisas y controles, que son propios de la actividad de los servicios públicos domiciliarios y son los que adecuan y se corresponden con sus fines.

A su turno, estableció que los actos y contratos de las entidades estatales que prestan tales servicios es el derecho privado. Y, para no dejar duda en torno a esta regla, hizo expresa mención sobre la no aplicación en estos casos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa (art. 3123). De modo que los actos contractuales emitidos por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se rigen por el derecho privado.

RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS – Ámbito constitucional – Naturaleza

El régimen de los servicios públicos y su especialidad se concreta desde el propio ámbito constitucional expresado en una estructura cuyas variables sólo atañen a estos servicios, y en la que uno de sus eslabones, no el único, corresponde a la aplicación del derecho privado para los actos y contratos de las ESP, como lo definió la ley en función de la particular arquitectura delineada por el constituyente.

Que el régimen aplicable a los actos y los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios sea el derecho privado, implica que comparten la naturaleza que tienen aquellos en el tráfico comercial propio del derecho común; es decir, se trata de un escenario donde no obran prerrogativas de poder público o de autoridad, que son las notas distintivas que dan lugar a la expedición de actos administrativos, precisión advertida por esta Colegiatura desde 1997, cuando señaló que “los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados, salvo los enunciados en el antecitado inc. 1 del art. 154 que serán materialmente actos administrativos”, y ratificada por la Sala Plena de esta Sección que, en providencia de unificación, manifestó que acogía dicha postura, pues “en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho.

PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD – Alcance – Objeto

[...] Bajo el régimen que se comenta, con fundamento en el postulado de la autonomía de la voluntad -eje central en que se edifica la institución de los contratos-, el ordenamiento jurídico reconoce a los sujetos la facultad de autorregular sus intereses y de dotar de efectos jurídicos vinculantes a tales actos dentro de los límites que impone la ley, el orden público y las buenas costumbres.

La afirmación de tal autonomía se expresa a través de la denominada libertad negocial o contractual, cuyo cimiento en la esfera constitucional se halla en los artículos 13 y 16 de la Carta Política; a partir de allí, con proyección en los diversos escenarios en que tiene desarrollo el derecho de los contratos, son las partes quienes determinan las reglas que van a regir sus acuerdos y la manera en que mejor se satisfacen sus intereses; se itera, en clave de los límites y preceptos superiores que demarcan tal potestad. En este contexto debe leerse la estipulación legal contenida en el artículo 1.602 del C.C. que consagra que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

[...] el principio de la autonomía de la voluntad, en tanto permite a los individuos definir si celebran o no un contrato y, de hacerlo, el alcance que éste tiene a través del pacto de estipulaciones específicas que determinan el objeto, derechos, obligaciones y deberes entre ellos. Esta premisa normativa no es sino el reconocimiento de que son las partes las llamadas a definir el ámbito y alcance de lo que esperan y ofrecen en un determinado acuerdo, pues al margen de los vicios que en sede de nulidad puedan presentarse, por su propia y libre determinación quedan unidas bajo un lazo o relación jurídica amparada por la fuerza coercible del derecho.

VOLUNTAD CONTRACTUAL – Autonomía de la voluntad – Finalidad

[...] cuando una entidad estatal celebra un contrato que se rige por las normas del derecho privado, es legalmente admisible que se pacten cláusulas cuya ejecución corresponda a una de ellas, aunque el ejercicio de tales facultades no tenga origen en una prerrogativa atribuida por ley a la contratante, sino en la libertad contractual en la que se fundamentó dicho acuerdo, de modo que si la entidad materializa las atribuciones unilaterales pactadas a través de éstos, se trata de actos contractuales y no administrativos.

En esta línea, conviene enfatizar que “[l]o que no puede pactarse es la facultad de proferir un acto administrativo ... [l]a liquidación unilateral del contrato mediante acto administrativo comporta el establecimiento de una potestad prevista solo para las entidades estatales en los contratos sujetos al estatuto de contratación pública, en los cuales se pueden expedir actos administrativos con fuerza ejecutoria en los que se establezca el saldo del contrato y se creen, de ser el caso, obligaciones patrimoniales a cargo del contratista; en la medida en que tales actos gozan de presunción de legalidad, le incumbe al Contratista la carga de desvirtuarla judicialmente”.

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Servicio Público – Aplicabilidad

El servicio público implica una ejecución material o técnica en aplicación de mandatos constitucionales y legales para satisfacer las necesidades sociales, y se desarrolla en un marco económico de libertad de empresa y competencia, aspecto que descarta, por regla de principio, atributos de poder. Bajo tal perspectiva, esta Corporación precisó que con la Carta Política de 1991 se superó “la noción ‘francesa’ de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública [en su contexto histórico y como género del poder del Estado] para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido”.

[...] De modo que como los servicios públicos domiciliarios versan sobre la prestación de una actividad en condiciones de libre mercado, no es viable la aplicación de tratos diferenciados o prerrogativas a favor de los agentes públicos; por ende, se establece el actuar de todos los prestadores en condiciones equiparables en un panorama en el que “está fuera de discusión que el esquema general y usual de prestación de los servicios públicos sea el de la competencia en el mercado”, pues allí no cabe el uso de potestades administrativas en lo usual de sus escenarios.

LIQUIDACIÓN UNILATERAL – Régimen especial – Contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios

[...] respecto de la liquidación unilateral en la que convergen los motivos de incumplimiento que mutuamente se atribuyen las partes, la Sala estima pertinente dejar delineados algunos elementos conceptuales que son propios de la liquidación de contratos sometidos al régimen especial que define la ley de servicios públicos domiciliarios y precisar su distinción respecto del procedimiento de liquidación previsto en la ley de contratación pública.

En aplicación de las normas que gobiernan los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, hay que señalar que la cláusula de liquidación tiene origen y corresponde a un pacto accesorio, de modo que no existe en el curso final del contrato una norma que les imponga llevar a cabo su realización, como si sucede bajo el EGCAP.

LIQUIDACIÓN CONTRACTUAL – Marco jurídico – Régimen privado – Fines

El procedimiento de liquidación contractual, como fue previsto desde la exposición de motivos de la Ley 80 de 199354, es un imperativo que sólo atañe al régimen de contratación pública, escenario en el cual el legislador impuso al juez, finalmente, acometer tal encargo.

Como el procedimiento de liquidación que estableció la ley de contratación pública corresponde al corte de cuentas del negocio jurídico en el que se incorpora el balance integral de lo acontecido a nivel técnico, económico y jurídico, y al ser el instrumento que define su estado de ejecución y cumplimiento pudiendo comprender los acuerdos, conciliaciones y transacciones para poner fin a las divergencias presentadas, se tiene que la función legal atribuida a la liquidación en el régimen público contractual obra como cierre integral y definitivo de todo tipo de relación surgida de la ejecución del contrato.

Por oposición a lo anterior, al acudir al régimen privado, tal procedimiento o fase de liquidación no existe como imperativo general, como tampoco se presume que está dotado de ese contenido. Bastaría recordar la connotación accesorio que tienen las cláusulas relacionadas con la liquidación del contrato para advertir la ausencia de un mandato legal en tal sentido y, por ende, la inexistencia de una ruta obligada para llegar a ese destino.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SALA PLENA

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación: 76001233100020060332003 (53.962)
Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.
Demandado: Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali –EMSIRVA E.S.P.-
Acción: Controversias contractuales

Temas: PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Se unifica la jurisprudencia sobre el régimen de los actos jurídicos contractuales

SENTENCIA

1. Sin advertir irregularidades que invaliden la actuación, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, procede a resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida el 12 de febrero de 2015 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que decidió la controversia relacionada con las pretensiones de incumplimiento y petición de liquidación judicial del contrato, y declaratoria de nulidad de los actos por medio de los cuales la ESP efectuó su liquidación e hizo efectiva la garantía de cumplimiento y la cláusula penal.
2. Mediante auto del 10 de noviembre de 2022, la Sala dispuso avocar el conocimiento del presente asunto con el fin de unificar su jurisprudencia.

I. ANTECEDENTES

3. La sentencia de primera instancia resolvió la siguiente controversia:

Pretensiones

4. AG Consultores Ambientales Ltda. solicitó acceder a las siguientes declaraciones y condenas¹ (transcripción literal):

***“PRIMERA:** Se condene a la EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO DE ASEO DE CALI – EMSIRVA E.S.P.-, a pagar en favor de la compañía Contratista una indemnización monetaria, en consideración tanto de los perjuicios como de los sobre costos que desequilibraron económicamente el contrato, conforme con lo que se demuestre en el proceso.*

¹ Incluidas las pretensiones relacionadas con la nulidad de la resolución por medio de la cual se efectuó la liquidación unilateral, y a que resolvió el recurso contra ésta, adicionadas en escrito del 6 de marzo de 2007 - Folio 321 del cuaderno 1

Radicación: 76001233100020060332003 (53.962)
Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.
Demandado: EMSIRVA E.S.P.
Asunto: Controversias contractuales

“SEGUNDA: *Por aun no haberse liquidado el contrato, también en razón y como consecuencia del incumplimiento de la Administración, se haga por ese Honorable Despacho la liquidación del contrato, en la cual se consignará en favor de la compañía contratista los siguientes conceptos:*

“Indemnización por el pago de costos directos de personal y/o funcionamiento, por la no liquidación del contrato, hasta la liquidación del mismo.

“TERCERA: *Con fundamento en lo declarado y como consecuencia del incumplimiento contractual en que incurrió la demandada, se condene a la EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO DE ASEO DE CALI – EMSIRVA E.S.P. al pago de una indemnización monetaria, en consideración a los perjuicios y a los sobre costos que desequilibraron económicamente a la compañía Contratista, conforme con lo que se establezca en el proceso.*

“CUARTA: *Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento por parte de la EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO DE ASEO DE CALI – EMSIRVA E.S.P., ese Honorable Despacho ordene hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el Contrato de Obra No. 161-2005 Cláusula: DÉCIMA OCTAVA.- suscrito entre las partes, a favor de la parte cumplida, es decir, el demandante, en la cuantía que se indica o en la que se sirva apreciar el Honorable Despacho Judicial conductor del proceso.*

“QUINTA: *Que todas las sumas de dinero que se le reconozcan a la compañía Contratista, sean pagadas con ajuste de valor, de conformidad con el artículo 178 del C.C.A., incluido el lucro cesante calculado como interés civil puro del 1.0% sobre los valores estimados, una vez actualizados desde las fechas de causación hasta la de la sentencia misma que dictamina el resarcimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 4to de la Ley 80 de 1993.*

“Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad contratante; la EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO DE ASEO DE CALI – EMSIRVA E.S.P.

“SEXTA: *Que se declare la **NULIDAD** de la Resolución GG- No. 01117 de Octubre 11 DE 2006, ‘POR LA CUAL SE EFECTUA LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DE UN CONTRATO Y SE HACE EFECTIVA LA GARANTIA UNICA DE CUMPLIMIENTO No. NC 128055 CONSTITUIDA POR UNA CONTRATISTA EN EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO, POR LA COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, CONDOR S.A.’*

“SEPTIMA: *Que se declare la **NULIDAD** de la Resolución No. GG-00033 de Enero 24 de 2007, ‘POR LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICION INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCION GG-No 01117 DEL 11 DE OCTUBRE DE 2006’.*

“OCTAVA: *Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de Restablecimiento del Derecho, se condene a EMSIRVA E.S.P. a pagar todos los perjuicios generados a AG CONSULTORES AMBIENTALES LTDA por la expedición de los actos administrativos demandados, de acuerdo a lo que se pruebe en el proceso”².*

Hechos relevantes

5. Emsirva E.S.P. abrió un concurso para seleccionar al contratista que ofreciera las mejores condiciones técnicas y económicas para el vaciado y tratamiento de 230.000 m³ de lixiviados almacenados en las lagunas del relleno transitorio de Navarro, el cual culminó con la suscripción del contrato de obra 161 de 2005.
6. La Fundación FES Social fungió como interventora del negocio jurídico, encargada de la elaboración del acta final de liquidación en el plazo estipulado.
7. El contrato tuvo que suspenderse en 4 ocasiones: (i) inicialmente porque el área predeterminada para la ejecución de las obras no podía ser utilizada; (ii) luego, por

² Folios 195 y 321 del cuaderno 1.

interrupciones en el fluido eléctrico; (iii) por falta del permiso de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca –CVC– para el vertimiento del lixiviado; y, (iv) por la necesidad de definir los parámetros bajo los cuales se realizaría la evaluación de los resultados para efectos del recibo final del contrato.

8. Durante la ejecución contractual, AG Consultores expresó su inconformidad frente a la exigencia de cumplimiento de condiciones no pactadas, tales como el vertimiento de agua bajo las normas de la CVC, circunstancia de la que se sirvió la contratante para no autorizar el pago de las actas de avance de obra³.

9. Al finalizar el contrato, la interventoría remitió un proyecto de acta de liquidación que desconocía los valores generados a favor del contratista por concepto de equipos instalados y obras ejecutadas. Al momento de presentación de la demanda -30 de agosto de 2006-, no se había alcanzado un arreglo sobre tales discrepancias, ni la sociedad actora había recibido comunicación para la entrega de los equipos y de las obras, y tampoco para la liquidación del negocio jurídico.

10. Con posterioridad a la presentación de la demanda⁴, mediante Resolución GG-01117 del 11 de octubre de 2006, Emsirva efectuó la liquidación unilateral del contrato de obra e hizo efectiva la cláusula penal y la póliza de seguro de cumplimiento, acto que fue confirmado vía recurso de reposición mediante la Resolución GG-00033 del 24 de enero de 2007.

Fundamentos de derecho

11. Adujo que por causas imputables a la ESP, relacionadas con permisos ante la CVC para realizar el vaciado de los lixiviados, se produjo mayor permanencia en obra que afectó el equilibrio económico del contrato; además, la contratante no pagó la totalidad de las actas parciales de obra, sólo lo hizo respecto del 54% del valor.

12. Ante las circunstancias referidas y la inobservancia de la cláusula *vigésima primera* del contrato -relativa a su liquidación- afirmó haber tenido que asumir mayores costos por gastos de personal y que éste debe ser liquidado en sede judicial, pidiendo la efectividad a su favor de la cláusula penal pecuniaria.

13. En la reforma de la demanda, sostuvo que la Administración no tenía competencia para liquidar unilateralmente el contrato una vez ocurrió la notificación del auto admisorio de la demanda.

Contestación Demanda

14. Emsirva propuso cuatro excepciones⁵:

³ Folio 213 del cuaderno 1.

⁴ Supuesto fáctico adicionado el 6 de marzo de 2007 (folios 322 y 323 del cuaderno 1).

⁵ Folios 380 a 416 del cuaderno 1.

- (i) *Falta de jurisdicción y competencia*, toda vez que le corresponde a la jurisdicción ordinaria conocer del presente litigio, en la medida que los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios están sometidos al derecho privado.
- (ii) *Inexistencia de la obligación*, por cuanto el informe final de liquidación revela que el contratista no alcanzó el objeto técnico pactado, entre otras razones, porque los equipos no proporcionaban los rendimientos esperados para cumplir el tratamiento de lixiviados. Se advirtieron discrepancias entre la liquidación realizada por el contratista y la interventoría y, pese a ello, el actor no se reunió con Emsirva para aclarar sus diferencias y suscribir el acta de liquidación.
- (iii) *Inexistencia de la obligación II*, consistente en que a Emsirva no le correspondía tramitar ante la CVC la autorización para tratamiento de lixiviados.
- (iv) *Excepción innominada*, en procura de la declaración de todos los medios exceptivos que resulten probados.

15. Emsirva llamó en garantía a Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales, así como a la Fundación para la Educación Superior –FES Social–, llamamiento que fue negado en ambos casos⁶.

Alegatos en primera instancia

16. Surtido el debate probatorio⁷, al alegar de conclusión, tanto Emsirva⁸ como AG Consultores⁹ ratificaron los argumentos expuestos en la demanda y su contestación.

17. El Ministerio Público guardó silencio.

Sentencia recurrida

18. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la nulidad de la Resolución GG-00033 del 24 de enero de 2007 (que resolvió el recurso de reposición contra la Resolución GG-01117 del 11 de octubre de 2006), y negó las demás pretensiones. Indicó que no se configuró la excepción de falta de jurisdicción y competencia,

⁶ El Tribunal, a través de auto del 5 de abril de 2010, negó dicha petición en relación con Cóndor S.A. y accedió llamar en garantía a la Fundación FES Social (folios 483 a 486 del cuaderno 3). FES Social recurrió en apelación y esta Corporación, en proveído del 19 de octubre de 2011 (folios 528 a 540 del cuaderno 3) la revocó, al considerar que la entidad demandada no aportó prueba sumaria del vínculo sustancial exigido en el artículo 54 del C. de P.C.

⁷ En auto del 2 de octubre de 2012 se abrió a pruebas el proceso –folios 485 y 486 del cuaderno 1–, providencia en la cual: (i) se tuvo como tales los documentos aportados tanto por AG Consultores Ambientales Ltda. como por Emsirva E.S.P. –folios 1 a 193, 244 a 291 y 336 a 375 del cuaderno 1–; (ii) se libró oficio a Emsirva E.S.P. para que aportara copia auténtica: (a) del contrato de obra 161 de 2005, (b) de los términos de referencia del concurso para el vaciado y tratamiento de lixiviados, (c) de la propuesta presentada por AG Consultores Ambientales Ltda., (d) de las actas parciales de obra, (e) de la Resolución GG -01117 de 2006 y (f) de la Resolución GG-00033 de 2007, documentos que fueron aportados por la entidad requerida y obran a folios 11 a 147 del cuaderno 4; (iii) se decretó la recepción de tres testimonios (no se practicaron, con ocasión de la inasistencia de los testigos –folios 1 a 4 del cuaderno 4); (iv) se decretó el interrogatorio de la Agente Especial delegada por la Superintendencia de Servicios Públicos ante Emsirva (no se practicó debido a su falta de comparecencia, folios 5 y 6 del cuaderno 4) y (iv) se negó el decreto de la inspección judicial a las obras pedida por la parte actora (decisión apelada por la demandante y, esta Colegiatura, en auto del 8 de mayo de 2017, la confirmó –folios 255 a 257 del cuaderno 5).

⁸ Folios 535 a 545 del cuaderno 1.

⁹ Folios 513 a 534 del cuaderno 1.

comoquiera que la Ley 1107 de 2006 estableció el criterio orgánico como supuesto para determinar los asuntos que le corresponde conocer a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y la accionada es una entidad pública.

19. Señaló que la liquidación del contrato está supeditada al vencimiento del término de caducidad de la acción contractual o a la notificación del auto admisorio de la demanda que busca su liquidación judicial. Como la entidad expidió la Resolución GG-00033 el 24 de enero de 2007, concluyó que actuó sin competencia en tanto dicho acto fue expedido con posterioridad a la fecha en que se notificó el auto admisorio de la demanda¹⁰.

20. Aunque el acto que liquidó el contrato y el que resolvió el recurso interpuesto constituyen “*una unidad jurídica*”, afirmó que al primero de ellos –Res. GG-01117 del 11 de octubre de 2006– le era aplicable el artículo 60 del CCA relativo al silencio administrativo negativo, quedando en firme al operar dicha figura jurídica sin haber sido cuestionado; mientras que el segundo acto –Res. GG- 00033 el 24 de enero de 2007– se profirió con falta de competencia, al haberse emitido luego de ocurrida la notificación del auto admisorio de la demanda, por lo que dispuso declarar su nulidad.

21. Sobre el incumplimiento contractual indicó que la demanda y su adición sólo señalaron como causa de anulación del acto de liquidación la incompetencia de la entidad para su expedición y, resuelto ese punto, el acto de liquidación del contrato había quedado incólume por lo que resultaba improcedente un pronunciamiento sobre las demás pretensiones de la demanda. Concluyó que: “*no habiéndose desvirtuado la legalidad del acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato, y sin que pueda realizarse un control abstracto de legalidad, dado que el juez no tiene la posibilidad de modificar las pretensiones del demandante, resulta improcedente el examen del señalado incumplimiento contractual y por ello habrán de negarse las demás pretensiones de la demanda*”.

Recurso de apelación

22. La parte actora solicitó revocar la sentencia de primer grado y que se acceda a sus pretensiones. Para el efecto, relató las razones del *a quo* para no incursionar en el análisis de las demás súplicas y formuló su disenso bajo los siguientes argumentos:

- (i) Cuestiona que el Tribunal se negara a hacer el examen del fondo de la demanda, ignorando que el material probatorio demuestra las circunstancias que alteraron el normal avance de ejecución contractual, reiterándolas: (i) falta de disponibilidad del área para la realización de las obras; (ii) falencias en el suministro de energía eléctrica; (iii) incumplimiento de la contratante en el trámite de los permisos requeridos ante la CVC para realizar el vaciado de los lixiviados, e (iv) incumplimiento en el pago de la remuneración, pues del 94% ejecutado sólo se le pagó el 54%.

¹⁰ En auto del 14 de noviembre de 2006, el *a quo* admitió la demanda y ordenó la notificación de dicha decisión a la entidad accionada y al Ministerio Público, lo cual aconteció el 15 de enero de 2007.

- (ii) Insistió en que las anteriores circunstancias y la falta de realización de la liquidación del contrato -para el momento de la presentación de la demanda- le generó costos por mayor permanencia, lo que condujo al *“desequilibrio económico del contrato y generando a su vez que la Empresa de Servicio de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P. incumpla no solo con los deberes que le imponen la Constitución sino las leyes y el mismo contrato”*¹¹.

Trámite en segunda instancia

23. Mediante auto del 10 de noviembre de 2022 la Sala avocó el conocimiento del presente asunto con el fin de unificar su jurisprudencia, trámite durante el cual la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE, en escrito del 17 de abril de 2023, manifestó su interés en intervenir en el proceso; petición que fue admitida en providencia del 21 de abril de 2023 por esta Sala¹².

II. CONSIDERACIONES

Objeto de la apelación

24. Conforme al artículo 357 del C. de P. C.¹³ que define la competencia del superior jerárquico en sede judicial, la *“apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella ...”*

25. La Sala debe precisar que como el recurso de alzada se dirigió a cuestionar la negativa del *a quo* de resolver los reproches de incumplimiento contra Emsirva S.A., y el único argumento del Tribunal es que no se desvirtuó la presunción de legalidad del que denominó *acto administrativo de liquidación unilateral*, resulta ineludible analizar si esa razón es justificativa de la abstención que cuestiona el apelante.

26. Lo anterior se explica en que la competencia atribuida al juez de segunda instancia acoge en su ámbito y dimensiones aquellos asuntos que guardan íntima relación con el *thema decidendi* de la apelación, esto es, los que se constituyen en presupuesto de análisis para resolver la censura y sin los cuales la decisión a adoptar resulta incompleta, incongruente, o se emite simplemente de manera formal; todo lo cual redundaría en una forma de vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia¹⁴ pues, como ocurre en el presente caso, el *a quo* negó el examen de todas

¹¹ Folio 599 del cuaderno principal.

¹² Por medio de la cual se resolvió el recurso de súplica instaurado por la ANDJE insistiendo en la procedencia de su intervención en este proceso. Índice 49 de SAMAI.

¹³ Aplicable al presente asunto por remisión normativa del artículo 267 del CCA que dispone: “ARTICULO 267. ASPECTOS NO REGULADOS: En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo. dado que la demanda fue presentada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011”. Normatividad vigente para el momento de presentación de la demanda que aconteció el 30 de agosto de 2006.

¹⁴ “El derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como ‘la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección

las demás pretensiones del actor por considerar que medió un acto administrativo que impide resolver lo pedido.

Ruta de análisis

27. Para estos efectos, la Sala avanzará considerando (i) la necesidad de unificación; (ii) el régimen de contratación y la naturaleza de los actos que, en este escenario, expiden las empresas de servicios públicos; (iii) la regla de unificación y, (iv) examinará el caso concreto.

Necesidad de unificación: la naturaleza del acto, el régimen aplicable y el medio de control que le corresponde

28. La Sala Plena de esta Sección ha venido ocupándose de determinar la naturaleza y mecanismos de control judicial frente a los actos que emiten las empresas de servicios públicos domiciliarios. En sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020, Radicado 25000232600020090013101 (42003) estableció que en el ámbito precontractual tales manifestaciones no son ni pueden ser tratadas como actos administrativos en virtud del régimen de derecho privado que las gobierna. Preciso que su enjuiciamiento no corresponde al medio de control de nulidad y restablecimiento sino al de reparación directa (responsabilidad *in contrahendo*).

29. La línea jurisprudencial debe proyectarse a los actos que se adopten en la ejecución de los contratos que celebran tales empresas, pues no hay camino distinto al de aplicar el régimen que el legislador les atribuyó y establecer su naturaleza y los mecanismos para su control judicial, con especial atención en este caso, en el denominado acto de liquidación y sus efectos, bajo el telón de fondo que su régimen impone.

30. Importa recordar que con diversas perspectivas, la jurisprudencia ha abordado el examen de los actos contractuales expedidos por las ESP siguiendo dos corrientes. En unos casos ha considerado que aun cuando dichos actos no tienen la connotación de administrativos, su ropaje es el que determina que el medio de control sea el de nulidad y restablecimiento del derecho; y, en otras ocasiones, ha analizado tales actos en clave de incumplimiento contractual.

31. Ante la uniformidad que este escenario reclama, y de cara a la solución del presente proceso, es conveniente y necesario establecer los criterios y dispositivos que surgen de aplicar el régimen de derecho común, con el fin de lograr univocidad entre la naturaleza del acto, el régimen aplicable y el medio de control que le corresponde.

o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes". Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso". Corte Constitucional, Sentencia C-279 del 15 de mayo de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

Régimen de contratación y naturaleza de los actos expedidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios

32. La Carta Política de 1991 al definir el modelo de Estado para Colombia determinó el conjunto de valores constitucionales a partir de los cuales se pretende asegurar a sus integrantes las bases de una convivencia pacífica¹⁵, y señaló que entre sus fines esenciales está “*servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*” (art. 2).

33. Diversos mecanismos, responsabilidades y garantías fueron incorporados en la nueva estructura que diseñó el constituyente, en cuyos postulados realzó el papel central de la economía y sus agentes en la consecución de tales propósitos. Para estos efectos estableció una relación entre los medios (económicos) y los fines perseguidos, que abrió paso a variadas alternativas ante la escasez de recursos y limitaciones de los organismos públicos, en procura de maximizar la satisfacción del bienestar general; en ese contexto contempló escenarios y formas de participación distintos a los que tradicionalmente eran utilizados por el Estado, pues al margen de su estructura orgánica definió la existencia de instrumentos que permiten la atracción de capitales y participación privada, en una articulación que se explica bajo la fórmula del *Estado Social de Derecho*.

34. El título XII de la Carta Política se encargó de definir el régimen económico de este modelo de Estado, el cual descansa en una plataforma de libertades -de empresa, de competencia y de iniciativa privada (art. 333)- que supone responsabilidades atadas a la función social que se atribuye a tales derechos. Al unir las finalidades constitucionales con las reglas económicas del sistema, se advierte que el rol del Estado fue redefinido en múltiples asuntos -pasando de prestador a garante, y/o regulador- en los términos del art. 334 ídem, que dispone:

“Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”.

35. De manera que bajo el actual modelo constitucional de los servicios públicos, el Estado retuvo las funciones de dirección e intervención, y conforme al capítulo relativo a “*LA FINALIDAD SOCIAL DEL ESTADO Y DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS*” le corresponde *asegurar* su prestación eficiente, sea que para ello participe directamente o no (art. 365), pues se trata de un régimen atado al servicio y no al criterio orgánico, y menos es relevante la naturaleza privada o pública del prestador.

36. El variado catálogo de servicios públicos (salud, educación, transporte, entre otros) explica que el constituyente asignó al legislador la definición del régimen de cada

¹⁵ V. gr., el respeto a la vida, la libertad, la igualdad, la dignidad humana y la participación democrática

uno de ellos en función de su especialidad, reservándose, en todos los casos, “la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios” (ib.). Puntualmente el art. 367 superior, y disposiciones subsiguientes, se refirió a los *servicios públicos domiciliarios* precisando que la ley definiría todos los aspectos relativos a su prestación, cobertura, calidad, financiación y régimen tarifario y, en este último, tendría en cuenta los criterios de solidaridad, costos y redistribución de ingresos. Además, señaló que encargaría a la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios del control de eficiencia sobre sus actividades.

37. En armonía con lo anterior, el numeral 23 del art. 150 de la Carta Política encargó al legislador de “[e]xpedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos” (art.150 numeral 23); atribución relevante en tanto marcó la distinción que trajo consigo el nuevo régimen de los servicios públicos para diferenciarlo de la función pública¹⁶. Al respecto, la Corte Constitucional precisó que “no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público. El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado”¹⁷.

38. La determinación de asignar a los servicios públicos domiciliarios un régimen propio, específico y especializado se concretó en la expedición de la Ley 142 de 1994¹⁸ que, según las pautas trazadas en la Carta Política, definió un régimen de intervención, regulación y control en esta materia, separándolo del marco clásico de la función pública para dotar de autonomía el nuevo concepto del servicio público domiciliario.

39. El carácter integral de este modelo de servicios revela que desde el pórtico constitucional fue necesario fijar los principios y sub regímenes que quedaban abonados como piezas de ese engranaje normativo (v. gr. la definición del régimen de protección de los usuarios, del régimen tarifario y el de contratación). Tales bases, llevadas al texto legal, determinan que este sistema esté cimentado en principios y criterios de calidad, eficiencia, cobertura, capacidad de pago, suficiencia financiera, solidaridad, redistribución, transparencia, economía, simplicidad, neutralidad, proporcionalidad, entre otros, que se explican en función de las actividades propias del

¹⁶ Es importante remarcar que se trata de conceptos autónomos y disímiles cuyo tratamiento ha oscilado en diversos vértices bajo el entendido que, en sentido amplio, la *función pública* alude a las actividades que desarrolla el Estado a través de sus entidades, ramas, órganos, agencias, y se liga al aspecto funcional de quien es considerado servidor público (art. 113, 122 y 123 de la C.P.); a partir de estas nociones hay posturas que afirman que la función pública y el servicio público confluyen cuando este último lo presta una entidad estatal; con todo, lo cierto es que se trata de dos figuras distintas con reconocimiento independiente en el ámbito constitucional y legal.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003. Dicha providencia afirma, a su vez, lo siguiente: “Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina^[52] y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público”

¹⁸ De todas maneras, la propia Ley 80 de 1993 fijó la necesidad de reconocer regímenes especiales en determinadas materias y sectores como respuesta a las particularidades de los mismos; de modo que en una labor normativa coherente y armónica se expidió, por un lado, el EGCAP (1993) y se avanzaba en legislar sobre los servicios públicos domiciliarios (1994). Muestra de lo anterior, es que en los artículos 33 y siguientes de la Ley 80 se hizo referencia al régimen especial en materia de telecomunicaciones y telefonía donde precisamente se discutió la calidad de servicios públicos domiciliarios, sentando las bases que a futuro servirían para la adopción de la Ley 1341 de 2009. En resumen, la misma Ley 80 de 1993 creó y reconoció regímenes especiales.

servicio público y sus finalidades, y a la cual se adosan estructuras de control y vigilancia de carácter legal y especialidad técnica, como la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y las Comisiones de Regulación respectivas; lo que afianza que se trata de un régimen de intervención de cara al papel y responsabilidades que asume el Estado¹⁹.

40. La autonomía de este régimen se explica, además, en que el legislador estableció que para resolver cualquier dificultad de interpretación o vacío sobre la aplicación de las disposiciones de servicios públicos a los que se refiere esa ley, o las demás que surjan de tal mandato, se acudirá a sus principios generales²⁰ sin distinguir si la prestación se hace a través de una entidad pública, privada o mixta²¹; de modo que todos los prestadores quedan sujetos en iguales condiciones a sus normas.

41. En la misma línea, la Ley 142 de 1994, al definir el régimen de los actos y contratos de estas empresas, precisó también que los principios fijados en su título preliminar (artículos 1 a 13) corresponden a aquellos bajo los cuales se deben interpretar las normas sobre contratos²²; ello, en reconocimiento de que tales postulados conforman un elenco robusto de deberes, criterios, premisas y controles, que son propios de la actividad de los servicios públicos domiciliarios y son los que adecuan y se corresponden con sus fines.

42. A su turno, estableció que los actos y contratos de las entidades estatales que prestan tales servicios es el derecho privado. Y, para no dejar duda en torno a esta regla, hizo expresa mención sobre la no aplicación en estos casos del Estatuto General

¹⁹ La Corte Constitucional precisó que la Ley 142 de 1994 “desarrolló los fines sociales de la intervención del Estado en la prestación de estos servicios para alcanzar los siguientes objetivos: garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; prestación eficiente; libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante; obtención de economías de escala comprobables; mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación; establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad”. Sentencia C-389 de 2002, MP. Clara Inés Vargas Hernández; reiterada en sentencia C-741 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁰ “ARTÍCULO 13. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES. Los principios que contiene este capítulo se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que esta u otras leyes se refieren, y para suplir los vacíos que ellas presenten”.

²¹ La Ley 142 de 1994 definió que las empresas de servicios públicos domiciliarios –ESP– son, entre otros, los sujetos habilitados para su prestación, en la forma y términos allí establecidos:

“ARTÍCULO 15. PERSONAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS. Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17”.

²² “ARTÍCULO 30. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN. Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios”.

de Contratación de la Administración Pública, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa (art. 31²³). De modo que los actos contractuales emitidos por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se rigen por el derecho privado.

43. Al encontrar que tal previsión era ajustada a la Carta Política, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad²⁴. En tal pronunciamiento precisó que *“el régimen de contratos organizado en la ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios que pueden ser prestados bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, etc. (ver artículo 15 de la ley). Entonces, la ley 80 de 1993 no podía cubrir a todas las personas en posibilidad de prestar los servicios públicos domiciliarios, por ello fue necesario dictar una reglamentación especial sobre la materia”* (subraya propia).

44. Dicha providencia permite corregir la superposición que una interpretación abierta o combinada, sin las precisiones de cada régimen, podía generar en materia de contratación, y al distinguir entre el objeto y ámbito de cada norma el alto tribunal constitucional concluyó en la especialidad que ostenta la ley de servicios públicos respecto del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Especialidad que se explica en la particularidad misma con que el constituyente diseñó el modelo de los servicios públicos y su prestación (art. 365 a 370), y bajo tales lineamientos asignó al legislador la tarea de expedir su régimen jurídico en función de los principios, sujetos y variables establecidos en el texto superior como plataforma única y particular de dicho encargo²⁵.

45. El régimen de los servicios públicos y su especialidad se concreta desde el propio ámbito constitucional expresado en una estructura cuyas variables sólo atañen a estos servicios, y en la que uno de sus eslabones, no el único, corresponde a la aplicación del derecho privado para los actos y contratos de las ESP, como lo definió la ley en función de la particular arquitectura delineada por el constituyente.

46. Que el régimen aplicable a los actos y los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios sea el derecho privado, implica que comparten la naturaleza que tienen aquellos en el tráfico negocial propio del derecho común; es decir,

²³ “ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa (...)”.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C- 066 de 1997.

²⁵ No es fortuito que la Constitución Política de 1991 dispusiera de manera separada que el órgano legislativo debía encargarse de expedir el estatuto general de contratación de la administración pública (inciso final del art. 150) y también que le correspondía expedir las leyes que regirían la prestación de los servicios públicos, como ya fue advertido (art. 150. 23), dedicando reglas específicas a la creación de este régimen entre ellas la dispuesta en el artículo 48 transitorio ib. que dispuso términos perentorios para que el Congreso de la República avanzara en la labor atinente a su regulación, y definiera *“lo relativo al régimen jurídico de los servicios públicos; a la fijación de competencias y criterios generales que regirán la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así como su financiamiento y régimen tarifario; al régimen de participación de los representantes de los municipios atendidos y de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten los servicios, así como los relativos a la protección, deberes y derechos de aquellos y al señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios”* lo que, sin duda, evidencia un régimen especial.

se trata de un escenario donde no obran prerrogativas de poder público o de autoridad, que son las notas distintivas que dan lugar a la expedición de actos administrativos, precisión advertida por esta Colegiatura desde 1997, cuando señaló que *“los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados, salvo los enunciados en el antecitado inc. 1 del art. 154 que serán materialmente actos administrativos”*²⁶, y ratificada por la Sala Plena de esta Sección que, en providencia de unificación, manifestó que acogía dicha postura²⁷, pues *“en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho”*^{28*29}.

47. La aplicación del derecho privado obra como regla general, sin perjuicio de que la misma ley autoriza a los prestadores de servicios públicos domiciliarios a incursionar en un ámbito normativo diverso, como ocurre *“(…) en las situaciones previstas en el artículo 33 (desarrollado por los artículos 56, 57, 116 y ss.); en materia contractual cuando el régimen de estos sea el derecho público y, en tal sentido se les aplique el Estatuto de Contratación Estatal (parágrafo del artículo 31, 39.1), contratos para la concesión de ASES (artículo 40), o limitado a lo relativo a cláusulas excepcionales (artículo 31). En materia precontractual, en cambio, no existe disposición legal alguna de la que se derive la posibilidad de expedir actos administrativos”*³⁰, o en aquellas otras hipótesis en las que previó el legislador estar en presencia de un acto administrativo³¹.

48. Bajo el régimen que se comenta, con fundamento en el postulado de la autonomía de la voluntad -eje central en que se edifica la institución de los contratos-, el ordenamiento jurídico reconoce a los sujetos la facultad de autorregular sus intereses y de dotar de efectos jurídicos vinculantes a tales actos dentro de los límites que impone la ley, el orden público y las buenas costumbres³².

²⁶ Providencia S-701 del 23 de septiembre de 1997.

²⁷ Estos actos como son el resultado del ejercicio de la autonomía negocial se subsumen dentro de la categoría de acto jurídico regulado por el derecho privado.

²⁸ Nota original: “Precisamente, sobre el principio de legalidad que debe regir las actuaciones de las empresas de servicios públicos domiciliarios, la Corte Constitucional ha señalado: ‘las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios carecen de la prerrogativa pública de imponer sanciones pecuniarias a los usuarios. Esa misma razón permite colegir que las decisiones por medio de las (cuales se) adoptan decisiones de esta naturaleza no constituyen actos administrativos, sino meras vías de hecho, las cuales son impugnables por medio de la acción de tutela, máxime cuando estén en juego los derechos fundamentales de los usuarios’. Corte Constitucional, Sentencia T-220 de 2005. Ver también Corte Constitucional, Sentencia T-558 de 2006”.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, radicación: 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003).

³⁰ Ibidem.

³¹ En atención a lo prescrito en la Ley 142 de 1994, las empresas prestadoras de servicios públicos profieren, a título de excepción, los siguientes actos administrativos:

a) Los actos que afectan la prestación del servicio o la ejecución de tal contrato, como: (i) actos de negativa del servicio, (ii) actos que ordenan la suspensión del servicio, (iii) actos que ordenan la terminación del contrato, y, (iv) actos que deciden el corte o la facturación –artículos 140, 141 y 154-.

b) Los actos que resulten del ejercicio de las facultades excepcionales de la Administración, impuestas o autorizadas por las Comisiones de Regulación -artículo 31-.

c) Actos para el uso del espacio público, ocupación temporal de inmuebles, promover la constitución de servidumbre o la enajenación forzosa de los bienes que se requieran para la prestación del servicio –artículos 33, 56, 57, 116, 117 y 118-.

d) Los actos que se expidan a raíz de concesiones para el uso de recursos naturales o del medio ambiente –artículo 39-.

e) Los relativos a la concesión de áreas de servicio exclusivo (ASE) –artículo 40-.

³² En sentencia C-341 de 2003 de la Corte Constitucional se indicó que a partir del principio de la autonomía de la

49. La afirmación de tal autonomía se expresa a través de la denominada libertad negocial o contractual, cuyo cimiento en la esfera constitucional se halla en los artículos 13 y 16 de la Carta Política; a partir de allí, con proyección en los diversos escenarios en que tiene desarrollo el derecho de los contratos, son las partes quienes determinan las reglas que van a regir sus acuerdos y la manera en que mejor se satisfacen sus intereses; se itera, en clave de los límites y preceptos superiores que demarcan tal potestad. En este contexto debe leerse la estipulación legal contenida en el artículo 1.602 del C.C. que consagra que *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

50. De modo que la concreción en este escenario de un negocio jurídico materializa el principio de la autonomía de la voluntad, en tanto permite a los individuos definir si celebran o no un contrato y, de hacerlo, el alcance que éste tiene a través del pacto de estipulaciones específicas que determinan el objeto, derechos, obligaciones y deberes entre ellos. Esta premisa normativa no es sino el reconocimiento de que son las partes las llamadas a definir el ámbito y alcance de lo que esperan y ofrecen en un determinado acuerdo, pues al margen de los vicios que en sede de nulidad puedan presentarse, por su propia y libre determinación quedan unidas bajo un lazo o relación jurídica amparada por la fuerza coercible del derecho.

51. De manera que son las partes quienes conocen y regulan sus intereses jurídicos y económicos, y así determinan la medida en la cual cada una debe actuar, ejecutar, abstenerse, ceder, o simplemente está en mejor posición de realizar determinada obligación o encargo; eso sí, y en cualquier caso, en beneficio mutuo de las partes, bajo el imperativo de la buena fe en materia contractual que impone actuar con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces, lo que confirma al contrato como contenedor de una estructura de balance de derechos, obligaciones e intereses que ellas mismas definen en un estatus de fidelidad negocial.

52. Tan precisa, directa y reveladora es la voluntad contractual como fuente de las obligaciones, que el legislador la revistió de carácter normativo al asignar efectos de ley al contrato; de esa manera las partes definen en unión y de común acuerdo todo el negocio jurídico incluyendo, si así lo convienen, la liquidación por parte de una de ellas, sin que se advierta en el ordenamiento jurídico algún impedimento para llegar a un pacto en tal sentido. Este tipo de acuerdos entre sujetos de derecho privado es válido, de manera que cuando la Administración funge como tal, es decir, cuando su actividad se sujeta a las normas de derecho civil o comercial, está en posibilidad de estipular estas cláusulas y las demás que autoriza el ejercicio de la autonomía de la voluntad, como cualquier otro sujeto que actúa en el ámbito de la *lex privata*.

voluntad las partes pueden: “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 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”.

53. Aunque este entendimiento es pacífico en la actual jurisprudencia, ello no siempre fue así. En lo que atañe al pacto de este tipo de cláusulas en contratos sometidos al derecho privado, esta Colegiatura sostuvo que las entidades estatales exceptuadas del estatuto de contratación pública no podían convenir tales estipulaciones, porque no contaban con la habilitación legal para hacerlo³³; sin embargo, la jurisprudencia recondujo esa postura para precisar que en tales casos, *“el pacto de cláusulas accidentales mediante las cuales se prevé el ejercicio de facultades tales como la terminación unilateral o la liquidación unilateral, entre otros se funda primordialmente de la autonomía dispositiva [por lo que] resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral o la liquidación unilateral del contrato, entre otros, siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraría el orden público”*³⁴.

54. De manera que cuando una entidad estatal celebra un contrato que se rige por las normas del derecho privado, es legalmente admisible que se pacten cláusulas cuya ejecución corresponda a una de ellas, aunque el ejercicio de tales facultades no tenga origen en una prerrogativa atribuida por ley a la contratante, sino en la libertad contractual en la que se fundamentó dicho acuerdo, de modo que si la entidad materializa las atribuciones unilaterales pactadas a través de éstos, se trata de actos contractuales y no administrativos³⁵.

55. En esta línea, conviene enfatizar que *“[l]o que no puede pactarse es la facultad de proferir un acto administrativo ... [l]a liquidación unilateral del contrato mediante acto administrativo comporta el establecimiento de una potestad prevista solo para las entidades estatales en los contratos sujetos al estatuto de contratación pública, en los cuales se pueden expedir actos administrativos con fuerza ejecutoria en los que se establezca el saldo del contrato y se creen, de ser el caso, obligaciones patrimoniales a cargo del contratista; en la medida en que tales actos gozan de presunción de legalidad, le incumbe al Contratista la carga de desvirtuarla judicialmente”*³⁶.

56. Como fruto de tal entendimiento, esta Corporación puntualizó que *“cuando una entidad estatal, regida por derecho privado, pacta una cláusula que confiere una facultad unilateral, al igual que ocurre con los privados, no debe entenderse nada diferente a que, en igual sentido, está habilitada para acudir a este tipo de pactos. Lo anterior pues, cada vez será más difícil entender cómo, aunque los privados puedan pactar este tipo de cláusulas, cuando la Administración se comporta como un privado más, ella no pueda celebrar estos mismos acuerdos”*³⁷; postura que ha venido siendo

³³ Sobre el particular, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de septiembre de 2013, expediente 25.681 y auto del 20 de febrero de 2014, expediente 45.310.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias: (i) del 19 de julio de 2017, expediente 57.934 y (ii) del 24 de agosto de 2016, expediente 41.783.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 19 de julio de 2017, expediente 57.934.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de julio de 2021, radicación 05001233200020000374501 (50289)

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de

reiterada³⁸ y bajo la cual es posible indicar que la naturaleza de los actos unilaterales que emite una entidad estatal en desarrollo de contratos regidos por el derecho privado, se afilia a la categoría de actos contractuales y no a la de actos administrativos³⁹. En estos términos, cuando una entidad pública está sometida al régimen de derecho común debe “actuar en las mismas condiciones que un particular, por lo cual no estaba habilitada para expedir un acto administrativo”⁴⁰, ni puede adjudicarse, por sí misma, competencias que son de rango legal⁴¹ -sin perjuicio de aquellas hipótesis en que el legislador ha autorizado de manera excepcional la posibilidad de que las ESP puedan expedir actos administrativos-.

57. Esta plataforma autoriza volver sobre las bases que explican la noción y elementos del acto administrativo, pues permite clarificar el mecanismo procesal que se corresponde con la naturaleza del acto objeto de examen, indicando, desde ahora, que si no se trata de un acto administrativo, aunque sí de un acto jurídico contractual, el medio de control de nulidad y restablecimiento no está disponible para efectuar su examen, aun como pretensión promovida en sede de controversias contractuales, pues su objeto se dirige a enjuiciar la presunción de legalidad que sólo acompaña a tales actos, los administrativos, atributo del que carecen los actos contractuales emitidos en desarrollo de negocios jurídicos sujetos al derecho común.

58. Sin pretender abarcar la universalidad conceptual existente en torno al acto administrativo, conviene recordar que éste tiene fuente en el desarrollo de la actividad jurídica de la Administración, caracterizado por tratarse de una declaración unilateral de voluntad generadora de efectos jurídicos mediante el nacimiento, reconocimiento, modificación o extinción de un derecho, situación jurídica, deber u obligación que, además, proviene del ejercicio de una prerrogativa de poder público de la Administración.

59. Al lado de esta noción, pero en perspectiva de sus elementos, se tiene que el acto administrativo se construye a través de factores relacionados con su existencia, esencia, validez y eficacia; en esta línea, se hace comprensible el análisis de los defectos vinculados a alguno de estos elementos y, de cara a su incidencia, se definen las consecuencias que el ordenamiento prescribe en punto a cada uno de ellos. Respecto de los elementos que se refieren a aquellos que son ineludibles, que se deben observar para que el acto nazca a la vida jurídica -sujeto, objeto, fin, forma, y motivo-, la jurisprudencia de esta Corporación ha abordado de manera prolífica el estudio de esta clasificación y sus efectos⁴².

junio de 2019, radicación 85001233100120080007601(39800).

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de noviembre de 2022, radicación 05001233100020110182401 (66700)

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de octubre de 2021, radicación 150012331000200002848-01 (36697).

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de septiembre de 2020, radicación 050012331000 200300985 01 (44707).

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de mayo de 2021, radicación 250002336000 201501315 01 (57822).

⁴² Refiriéndose al concepto de “acto inexistente”, de cara la ausencia de los elementos del acto administrativo, la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

“Noción ésta muy confusa, y a la cual se ha llegado mediante elaboración jurisprudencial, en la mayoría de los países. Y es materia de fondo su estudio amplio y detenido. El profesor Manuel María Díez, en su obra ‘El Acto

60. La noción de acto administrativo y sus elementos, también permite a la Sala ilustrar el escenario en que se ubica el *sub examine* pues los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, con indiferencia de si son entidades públicas, privadas o mixtas, no ostentan el carácter de administrativos⁴³, conclusión a la que se arriba por medio de la constatación de que en estos casos dichas empresas no actúan -por regla general- en ejercicio de prerrogativas de poder. Este contexto confirma que el atributo relacionado con el ejercicio de tales prerrogativas consustanciales a la expedición de actos administrativos, no se identifica con el que atañe al régimen contractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Se pasa a explicar.

61. El servicio público implica una ejecución material o técnica en aplicación de mandatos constitucionales y legales para satisfacer las necesidades sociales, y se desarrolla en un marco económico de libertad de empresa y competencia, aspecto que descarta, por regla de principio, atributos de poder. Bajo tal perspectiva, esta Corporación precisó que con la Carta Política de 1991 se superó “*la noción ‘francesa’ de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública [en su contexto histórico y como género del poder del Estado] para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido*”⁴⁴.

Administrativo' (Buenos Aires, 1956, página 311), señala que 'para que un acto sea considerado, debe contener los elementos que hacen a la existencia o inexistencia del mismo. Tales son el sujeto, el objeto y la forma. La falta de cualquiera de estos elementos esenciales trae aparejada la ausencia del mismo acto. En estos supuestos el acto no ha nacido, precisamente por falta de los elementos esenciales. Distinta es la situación en el supuesto de que hubiera vicios, defectos de forma, etc. En estos casos el acto habría nacido, aunque afectado por un vicio que podría dar lugar a su invalidez. La nulidad es un concepto jurídico, resulta de un obstáculo legal, la inexistencia deriva de un impedimento que está en la naturaleza misma de las cosas. Puede existir un acto al que le falta el elemento constitutivo y en este caso es absolutamente ineficaz y se considera que en ningún momento tiene vigencia.

Se cita como ejemplos de actos inexistentes (denominación defectuosa, contradictoria, rechazada por algunos expositores como Bielsa, pero que se ha ido abriendo camino sobre la base de que se trata de una inexistencia jurídica que transforma el acto en un simple hecho sin valor jurídico alguno), los realizados por el usurpador y en general, todos aquellos en los cuales falta uno de los elementos inherentes al acto, sujeto, objeto o forma. Según la afortunada expresión del citado tratadista, 'hay acto inexistente cuando el sujeto, objeto o voluntad no han sido condicionados en su creación por la legislación...'. Consejo de Estado, Sala Plena, providencia del 6 de junio de 1978, expediente 10.198, actor: Flota Mercante Gran Colombiana.

⁴³ Sobre este punto, se precisa que de conformidad con la Ley 142 de 1994 -artículo 32-, no sólo los actos contractuales de las ESP se rigen por el derecho privado sino también sus actos de administración; de manera que en ninguno de estos escenarios las empresas de servicios públicos emiten actos administrativos pues la normatividad especial en esta materia los sujetó a las normas civiles y comerciales, lo que incluye el ejercicio de su operación y de sus actos de gestión, al compás del régimen de libre competencia, mercado y libertad de empresa en el que desarrollan el giro de sus negocios. La citada norma dispone que salvo disposición legal en contrario “*la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce (...)*”.

Al respecto, esta Corporación ha precisado: “Las decisiones que son expresión de función administrativa (actos de poder), de conformidad con la ley, tienen como instrumento principal el acto administrativo. En cambio, frente a una manifestación de actividades propias de los particulares -industriales y comerciales, por ejemplo- (actos de gestión), no podría predicarse su existencia. Uno de los rasgos del «derecho administrativo de la libertad». Por ello, la Sala ha optado, recientemente, por reinterpretar el alcance de las decisiones adoptadas en supuestos «actos administrativos» por las entidades que se rigen sólo por el derecho privado, tanto en la fase previa al contrato como durante su ejecución, para analizar el fondo de la controversia, precisamente por tratarse de actos de gestión”.

Sentencia del 21 de octubre de 2021, rad. 150012331000200002848-01 (36697), Sección Tercera, Subsección C.
⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 13 de mayo de 2004, radicación 50001-23-31-000-2003-00020-01(AP).

62. De modo que como los servicios públicos domiciliarios versan sobre la prestación de una actividad en condiciones de libre mercado, no es viable la aplicación de tratos diferenciados o prerrogativas a favor de los agentes públicos; por ende, se establece el actuar de todos los prestadores en condiciones equiparables en un panorama en el que “*está fuera de discusión que el esquema general y usual de prestación de los servicios públicos sea el de la competencia en el mercado*”⁴⁵, pues allí no cabe el uso de potestades administrativas en lo usual de sus escenarios.

63. Este aserto conduce a la Sala a reafirmar, en concordancia con la armonía y reconocimiento del régimen al cual están sometidos los contratos de las ESP, en la ausencia de uno de los requisitos esenciales para tener por configurado un acto administrativo en sus actos jurídicos contractuales, esto es, el ejercicio de una prerrogativa de poder; aseveración que desarrolla lo expresado en sentencia de unificación de esta Sala⁴⁶ que afirmó que éstos constituyen actos jurídicos más no administrativos, y pone de presente que las manifestaciones que las ESP profieren bajo la órbita contractual -siempre que no se configuren las excepciones que dan lugar a ello- deben examinarse bajo las normas que los rigen y los institutos que su naturaleza les impone.

64. Por consiguiente, resulta opuesto a su naturaleza asignarles el carácter administrativo ante sus profundas distancias, pues ello significa negar su propia condición, lo que desdice abruptamente del régimen al cual están sometidos; de modo que así se presenten o sean nombrados sus actos como administrativos, es definitivo que no corresponden a tal categoría, ni la adquieren por la fuerza de su sola denominación⁴⁷.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de junio de 2011, radicación 11001-03-26-000-2005-00067-00(32018).

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, radicación 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003).

⁴⁷ Un breve recuento jurisprudencial sobre la materia da cuenta del tratamiento que se le ha otorgado a los actos de las ESP, al analizarlos, en unas ocasiones, como actos administrativos y en otras bajo la óptica de actos que no tienen esa connotación. En relación con el primero de los análisis, se observa que (i) mediante sentencia de la Subsección B del 17 de marzo de 2021, radicación 25000-23-26-000-2006-02001-01 (38237), se puso de presente que como la entidad no estaba facultada para hacer uso de una “*cláusula exorbitante*”, pues el contrato se regía por el derecho privado, ni se cumplían los requisitos necesarios para que su inclusión resultara forzosa, la ESP no tenía competencia para expedir los actos administrativos demandados con los cuales se declaró la caducidad del negocio jurídico respectivo, razón por la cual se declaró su nulidad en tanto la entidad decidió autohabilitarse y ejercer una facultad que no tenía; (ii) mediante sentencia del 19 de junio de 2020, radicación 05001-23-31-000-2007-02467 01 (46589), la Subsección A declaró la nulidad de las resoluciones que declararon unilateralmente el incumplimiento del contrato y la ocurrencia de un siniestro, pues aunque el negocio jurídico estaba sometido al régimen del derecho común, lo cierto es que las resoluciones acusadas debían ser expulsadas del ordenamiento dado que sobre las mismas obraba la presunción de legalidad que quedó desvirtuada en sede judicial; así, se declaró la configuración del vicio de falta de competencia el cual recayó sobre la decisión de la entidad de declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y aplicar de manera directa y también unilateral las sanciones pecuniarias estipuladas en el acuerdo de voluntades; (iii) la misma Subsección en sentencia del 19 de junio de 2020, radicación 68001-23-31-000-2005-00914-02 (64471), declaró la nulidad de los actos que liquidaron unilateralmente un contrato, por considerar fundado el cargo de falta de competencia ya que se trataba de un contrato sujeto al derecho privado celebrado con una ESP; y (iv) mediante sentencia del 19 de junio de 2019 de la Subsección B, radicación 85001-23-31-001-2008-00076-01(39800), se indicó que la ESP no contaba con la facultad de declarar unilateralmente el siniestro, pues sus actos y contratos se rigen por el derecho privado, escenario que condujo a la Sala a acceder a acceder a la pretensión de declarar la nulidad, pues la contratante no contaba con la habilitación legal para expedir actos administrativos, y fueron adoptados sin competencia y en desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

Respecto de la segunda forma de analizar los actos de las entidades no sujetas al derecho privado, se advierten las sentencias: (i) de la Subsección B del 18 de noviembre de 2021, radicación 73001-23-31-000-2011-00785-02 (57537), donde se consideró que el acta de liquidación unilateral no es un acto administrativo, y por lo tanto su

65. Lo dicho conduce a que no sea procedente, por regla general, el examen judicial de los actos contractuales de las ESP como se hace frente a los actos administrativos. Entonces, si se advierte que el acto sometido a verificación no fue proferido en ejercicio de prerrogativas administrativas, esto es, no es un acto administrativo, resulta un contrasentido analizarlo como tal, dejando de lado el verdadero examen que demanda la solución definitiva del conflicto.

66. De manera que las ESP en el marco de su contratación: (i) están sometidas al régimen de derecho privado, (ii) sujetas a la ley especial de los servicios públicos domiciliarios, y (iii) no ostentan prerrogativas de poder (con las excepciones previstas en la ley); de manera que los actos que se adoptan en desarrollo de su actividad contractual, no adolecen de los vicios que se predicen de los actos administrativos, entre estos, *v. gr.* el de falta de competencia, pues ante la inexistencia de competencias administrativas -se itera, con las excepciones de ley- no se podrá desencadenar tal consecuencia. Esta visión hace concordante su régimen con el medio de control procedente, en tanto (iv) conduce a que los reproches que se hagan respecto de los actos emitidos en el ámbito contractual se definan bajo el mecanismo sustancial y adjetivo concordante a la naturaleza, régimen y elementos del acto, y con ellos, del conflicto que se lleva ante la jurisdicción.

Unificación de la jurisprudencia

67. Basado en las anteriores premisas, cuyos fundamentos servirán para la decisión que se adoptará en esta sentencia, se fija la siguiente regla de unificación:

(i) Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial. Por tal razón, para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación.

(ii) En los asuntos pendientes de solución bajo los que se hubiere solicitado la nulidad de tales actos por considerarlos actos administrativos, no podrá declararse la inepta demanda ni los jueces pueden inhibirse de emitir una decisión de fondo. En garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y la aplicación del principio *iura*

nulidad no podía demandarse, “[e]n este caso lo procedente para discutir los asuntos relacionados con la liquidación unilateral es demandar el incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, como efectivamente hizo...”; y (ii) de la Subsección A, del 12 de diciembre de 2022, radicación 85001-23-33-000-2017-00074-02 (66.729), al señalar que los actos demandados al ser producidos por la entidad para la administración y el desarrollo de su objeto social se rigen por el derecho privado y no son actos administrativos; por ende, resulta improcedente la exigencia de elevar una pretensión de nulidad en su contra para desvirtuar su legalidad. “En tales condiciones, el debate en torno a los efectos nocivos que puedan derivarse del acta de liquidación unilateral expedida ... habrá de ventilarse mediante las demás pretensiones del medio de control de controversias contractuales dirigidas a atacar su contenido desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, en orden a establecer si el ejercicio de la facultad unilateral satisfizo los alcances de las cláusulas convenidas para su implementación o estas fueron desbordadas o inobservadas”.

novit curia, se debe adecuar e interpretar la demanda y reconducirla para fallarla de fondo, conforme a la presente unificación.

Caso concreto

68. Con el fin de elaborar una argumentación precisa y libre de confusión, se nombrarán los actos con el mismo término de denominación indicado por Emsirva ESP, a saber, *Resolución*, sin que ese título implique por sí solo desconocer que tales manifestaciones de voluntad no constituyen actos administrativos, sino actos jurídicos de naturaleza contractual frente a los cuales no es predicable una presunción de legalidad, ni los demás atributos de los actos administrativos, así como tampoco las cargas para su impugnación en sede judicial (*v. gr.* petición expresa de nulidad, identificación del vicio del acto, concepto de violación).

69. En la sentencia apelada, el Tribunal, tomando como presupuesto que el contrato celebrado estaba regulado en su integridad por la Ley 80 de 1993, declaró la nulidad de la Resolución GG-00033 del 24 de enero de 2007, por medio de la cual se resolvió un recurso (contra el acto de liquidación unilateral) por considerarlo un acto administrativo que quedó viciado por incompetencia temporal, dado que su expedición fue posterior a la notificación del auto admisorio de la demanda. Seguidamente, razonó que el acto de liquidación unilateral proferido antes de ese momento, la Resolución GG-01117 del 11 de octubre de 2006, quedó en firme al haber operado el silencio administrativo negativo, y ese acto ficto no había sido demandado.

70. Bajo este presupuesto, al pronunciarse sobre el estudio de las pretensiones de incumplimiento, el *a quo* concluyó que *“la demanda y su aclaración y corrección, solo señalan como causa de anulación del acto de liquidación la incompetencia de la entidad para su expedición, y que resuelto el asunto ..., ha quedado incólume el acto de liquidación unilateral del contrato proferido por la entidad contratante EMSIRVA ESP y por ello improcedente el pronunciamiento sobre las demás pretensiones de la demanda que corresponden a la contenidas en la demanda inicial sobre incumplimiento del contrato...”*⁴⁸. La demandante -como ya se indicó-, se alzó contra esta decisión cuestionando la negativa del Tribunal de estudiar el incumplimiento demandado; en su recurso reprochó que sus pretensiones no habían sido estudiadas y definidas, reiterando los incumplimientos de EMSIRVA, por lo que pidió *“acceder a todas y cada una de las pretensiones de la acción de controversia contractual (sic)... y revocar en su integridad el fallo proferido por el Tribunal ...”*⁴⁹. Con estas bases, la Sala pasa a analizar el caso objeto del *sub examine*.

71. La empresa demandada fue creada bajo la denominación de Empresa de Servicios Varios Municipales de Cali “EMSIRVA” como un establecimiento público del orden municipal, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propio, constituida mediante el Acuerdo 101 de 1966, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, el cual fue modificado por el Acuerdo 113 de 1987.

⁴⁸ Folio 580 c. ppal. segunda instancia.

⁴⁹ Folio 599 del c. ppal. segunda instancia.

72. Atendiendo el mandato contenido en la Ley 142 de 1994 que determinó que las empresas que estuvieren prestando servicios públicos debían convertirse en una empresa industrial y comercial del Estado o en una sociedad por acciones, EMSIRVA transformó su naturaleza en una “*Empresa Industrial y Comercial del Municipio de Servicios Públicos Domiciliarios E.S.P. EMSIRVA E.S.P.*”, mediante Acuerdo 8 de 1996, proferido por el Concejo Municipal de Cali, cuyo objeto se limitó al ejercicio de las funciones del servicio público de aseo domiciliario.

73. En orden a dicha transformación y al ámbito de los servicios comprendidos en su objeto, resulta innegable que es una empresa sujeta al marco normativo consagrado en la Ley 142 de 1994 que imponen la aplicación del régimen de derecho privado para los contratos que celebra y los actos que profiere en desarrollo de su actividad.

74. En esa medida, el contrato 161 suscrito el 31 de agosto de 2005 entre Emsirva ESP y AG Consultores Ambientales Ltda., que tenía por objeto la ejecución de “*las obras para el vaciado y tratamiento de 230.000m³ de lixiviados almacenados en las lagunas del Relleno Sanitario Transitorio de Navarro*”⁵⁰ se rigió por las normas del derecho común, régimen del cual se colige, como consecuencia necesaria, que los actos expedidos por Emsirva, Resoluciones GG-01117 del 11 de octubre de 2006 y GG-00033 del 24 de enero de 2007, no son actos administrativos, aunque sí son actos jurídicos contractuales conforme se ha explicado al exponer las bases de las reglas de unificación. Este aserto se soporta, además, en el tenor literal del contrato en el que se precisó: “*CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA.- El presente contrato se celebra previo cumplimiento del procedimiento establecido en la resolución No. 006 de agosto 12 de 1996 y se sujeta en todo a las normas del derecho privado*”⁵¹ que es expresión fidedigna del régimen especial ya descrito (se subraya).

75. De aquí que la Sala no comparta la conclusión del *a quo* acerca de que era ineludible demandar la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución GG-01117 de 2006 y el “acto ficto” que la confirmó, para así desatar los reproches relativos al incumplimiento contractual. Esta exigencia no distinguió el régimen de los actos y contratos de la demandada. La naturaleza de los actos jurídicos bajo los que EMSIRVA dijo liquidar el contrato no impedía estudiar los incumplimientos aducidos por la actora pues, bien por el contrario, se presentaban en contraste con la posición de aquella, en tanto fueron los motivos aducidos en la declaratoria de incumplimiento. Negar su estudio bajo la premisa de que eran actos administrativos no demandados en nulidad por razones distintas a las de la incompetencia temporal, desdice de su régimen, sin mencionar que aún, en el equivocado escenario de asignarles tal tratamiento, no resultaba pertinente declarar la nulidad de uno de ellos para sustituirlo por un acto ficto y, a partir de allí, negar el acceso a la administración de justicia de la demandante.

76. Con esta perspectiva, atendiendo las obligaciones y deberes que imponen al juez la aplicación del principio de *iura novit curia*, y soportada en la regla de unificación atrás

⁵⁰ Folio 13 del cuaderno 4.

⁵¹ Folio 232 cuaderno de pruebas 3

explicada, la Sala analizará las resoluciones como actos jurídicos contractuales sometidos al derecho privado, examinando los postulados negociales que controvierten las partes -incumplimientos- y si hay lugar o no a efectuar los reconocimientos pretendidos. En este ejercicio la Sala dictará sentencia dentro de los límites de la controversia, sin comprometer el derecho del actor a obtener la tutela judicial efectiva de todas sus pretensiones, pues al final de cuentas la demandante alega que su contratante incumplió el contrato y que el resultado de la ejecución del negocio jurídico, en clave de las cuentas finales, debió arrojar un saldo a su favor incluida la cláusula penal, cuya efectividad reclama por reputarse contratista cumplido frente a quien le incumplió; mientras que la demandada, en el acto que liquidó el contrato, invocó los mismos hechos y circunstancias atribuyendo la condición de incumplido al contratista -por lo que hizo efectiva la cláusula penal y el amparo de cumplimiento de la póliza de seguro-.

77. Puntualmente, respecto de la liquidación unilateral en la que convergen los motivos de incumplimiento que mutuamente se atribuyen las partes, la Sala estima pertinente dejar delineados algunos elementos conceptuales que son propios de la liquidación de contratos sometidos al régimen especial que define la ley de servicios públicos domiciliarios y precisar su distinción respecto del procedimiento de liquidación previsto en la ley de contratación pública.

78. En aplicación de las normas que gobiernan los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, hay que señalar que la cláusula de liquidación tiene origen y corresponde a un pacto accesorio, de modo que no existe en el curso final del contrato una norma que les imponga llevar a cabo su realización, como si sucede bajo el EGCAP.

79. El núcleo de este razonamiento parte de recordar que la Ley 80 de 1993 estableció que los contratos a los que aplica este estatuto *“se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”*⁵², base que gravita en la construcción de reglas especiales para la protección del interés general que inspira los contratos del Estado. Con esta mira, el legislador se ocupó de expedir normas relacionadas con los procedimientos de selección del contratista, el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades, las potestades excepcionales, y *la liquidación del contrato*, entre otras materias.

80. De este catálogo de previsiones especiales hace parte la *etapa* de liquidación de los contratos, actuación que a través de fases sucesivas está dirigida a la determinación del estado de cumplimiento de los contratos estatales sometidos al EGCAP, y que comparten las características señaladas por la ley (art. 60 de la Ley 80 de 1993⁵³).

⁵² Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

⁵³ La Ley 80 de 1993 regula expresamente cuatro aspectos que son aplicables a las entidades que están sometidas a ese estatuto, pues en los demás se aplican las disposiciones civiles y comerciales: *“(i) capacidad: dentro de la cual están las inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés, los consorcios y uniones temporales -que pueden celebrar contratos sin ser personas jurídicas- y el registro único de proponentes; (ii) la selección objetiva, que abarca los procedimientos de selección de contratistas (que bien podría en el futuro mirarse más como una materia de derecho de la competencia); (iii) algunos aspectos relativos a su ejecución como el manejo de riesgo y las potestades excepcionales y (iv) los mecanismos de solución de controversias”* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

81. Este panorama, junto con el marco normativo que hace distinción entre el régimen de derecho público y el de derecho privado, permite advertir la existencia de una etapa de liquidación de origen legal que es exclusiva del primero de ellos y que en su itinerario involucra la potestad unilateral de liquidación y la intervención del juez -ya sea para controvertir la presunción de legalidad de tales determinaciones, o para reprochar la omisión de dicho deber-. Se trata de un procedimiento que no es extensivo o aplicable a los contratos sometidos al derecho privado, pues además de que no son compatibles por su origen, atributos, objeto y finalidades, no existe una previsión o un tratamiento análogo que así lo disponga bajo las normas del derecho común.

82. Para explicar lo anterior, viene bien precisar que lo que ocurre en la etapa de liquidación de los contratos sometidos al EGCAP, según la época, pero con reconocimiento constante en la jurisprudencia, es que en caso de no lograr de mutuo acuerdo tal cometido es deber de la Administración efectuar la liquidación en una decisión que goza de presunción de legalidad (acto administrativo). Con este rumbo, para controvertir las determinaciones adoptadas, y a ruego de parte, se acude al juez de la legalidad ante quien se pretende derribar tal presunción; en caso de que este pedido prospere, el juez deberá pronunciarse efectuando la liquidación definitiva del contrato estatal, si así fue petitionado.

83. En este punto debe recordarse que el contenido del acto liquidatorio en el marco del contrato estatal regulado por el EGCAP se proclama como algo más que el finiquito de una relación inter partes, pues se encuadra en el procedimiento contractual definido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 que impone incorporar y hacer mención expresa de **“los acuerdos, conciliaciones y transacciones (...) para poner fin a las divergencias presentadas”**. Por ello, de no lograrse tal acuerdo, corresponderá a la entidad pública contratante liquidar el contrato de manera unilateral en línea con la realización de los principios superiores anotados, evitando el escenario de la latencia e indefinición, incluso si para ello se requiere, seguidamente, la intervención del juez para lograrlo.

84. El procedimiento de liquidación contractual, como fue previsto desde la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993⁵⁴, es un imperativo que sólo atañe al

Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de octubre de 2020, radicación 47001233100020070041501 (41.277).

⁵⁴ “La liquidación es el procedimiento a través del cual una vez concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto relacionado con su ejecución. Como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, se trata de un trámite cuyo objetivo primordial consiste en determinar quién le debe a quién, qué o cuánto le debe, y por qué se lo debe, todo lo cual, como es apenas obvio, supone que dicho trámite únicamente procede con posterioridad a la terminación del contrato.

Para facilitar el cabal cumplimiento de ese objetivo, el proyecto establece en su artículo 52 un término supletivo dentro del cual se debe llevar a cabo la liquidación, cuando el mismo no se defina en el pliego de condiciones o términos de referencia (artículo 24, numeral 5). El aludido término supletivo se contará a partir de la finalización normal del contrato o de la terminación del mismo, pretendiendo con ello que su trámite se adelante de una manera ágil, oportuna y expedita. (...) Finalmente, el artículo 53 del proyecto contempla la procedencia de la liquidación unilateral cuando el contratista no se presenta al trámite respectivo o cuando no se logra acuerdo sobre el contenido de la liquidación, casos estos en los cuales y siguiendo los lineamientos del estatuto anterior, la entidad puede efectuarla directa y unilateralmente mediante acto administrativo sujeto a los recursos legales pertinentes”. Pág. 40 de la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993.

régimen de contratación pública, escenario en el cual el legislador impuso al juez, finalmente, acometer tal encargo.

85. Como el procedimiento de liquidación que estableció la ley de contratación pública corresponde al *corte de cuentas* del negocio jurídico en el que se incorpora el balance integral de lo acontecido a nivel técnico, económico y jurídico, y al ser el instrumento que define su estado de ejecución y cumplimiento pudiendo comprender los acuerdos, conciliaciones y transacciones para poner fin a las divergencias presentadas, se tiene que la función legal atribuida a la liquidación en el régimen público contractual obra como cierre *integral y definitivo* de todo tipo de relación surgida de la ejecución del contrato.

86. Por oposición a lo anterior, al acudir al régimen privado, tal procedimiento o fase de liquidación no existe como imperativo general, como tampoco se presume que está dotado de ese contenido. Bastaría recordar la connotación accesorio que tienen las cláusulas relacionadas con la liquidación del contrato para advertir la ausencia de un mandato legal en tal sentido y, por ende, la inexistencia de una ruta obligada para llegar a ese destino.

87. Valga decir que en estos casos, como la liquidación es fruto de las estipulaciones acordadas por las partes, éstas se comprometen a intentar concertar el balance del negocio jurídico como protagonistas de lo acontecido en el itinerario contractual, se trata de una obligación en que el papel central se mantiene en la autonomía de la voluntad y en el principio de libertad negocial, a partir del cual, son ellas quienes en ese momento definen si se logra o no un arqueo concertado y el alcance del mismo.

88. A su vez, si lo pactado es o subsidiariamente corresponde a una cláusula de liquidación unilateral bajo el derecho común, el resultado de tal gestión sigue siendo parte de una obligación contractual en cabeza de quien fue designado para realizar dicho encargo, en los términos en que tal autorización fue conferida.

89. Con las precisiones sobre la naturaleza jurídica de EMSIRVA y la liquidación del contrato, al revisar la naturaleza y estructura del negocio jurídico *sub lite*, se advierte que corresponde a un *contrato de obra* –conforme al régimen de derecho común al que está sometido– el cual está regulado en el Código Civil bajo el capítulo de “LOS CONTRATOS PARA LA CONFECCION DE UNA OBRA MATERIAL”. A partir del artículo 2053 del citado compendio, el legislador precisó las características y elementos que permiten diferenciar la naturaleza y alcance que puede revestir este negocio jurídico⁵⁵, así como definió, entre otros aspectos, las reglas vinculadas a la determinación del precio (art. 2054 C.C.) y fijó algunas premisas asociadas a la asunción de riesgos por

⁵⁵ Dispone la norma en cita, lo siguiente: “ARTICULO 2053. <NATURALEZA DE LA CONFECCION DE UNA OBRA MATERIAL>. Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra. Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no. Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento. Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.”

pérdida de la cosa (art. 2054 C.C.) y a su ejecución debida (art. 2059 C.C.). En cuanto a su fase conclusiva, constata la Sala que para este tipo contractual no hay una norma que disponga que las partes deben agotar una etapa de liquidación, y que haya lugar a que una de ellas pueda hacerlo unilateralmente, por lo que tales aspectos quedaron librados a la autonomía de la voluntad.

90. Al descender al caso concreto se observa que tanto Emsirva ESP⁵⁶ como AG Consultores Ambientales Ltda.⁵⁷, tenían la capacidad de acordar las cláusulas que consideraran convenientes para su cabal ejecución; de esta forma, como ley para las partes, establecieron una estructura de derechos y obligaciones, así como facultades y deberes en orden a la realización de sus mutuas prestaciones.

91. Entre ellas, pactaron la cláusula *Vigésima Primera*, que denominaron: liquidación, determinando que una vez terminado el contrato, por cualquier motivo, se procedería a su liquidación. En ésta acordaron la oportunidad y forma de hacerlo, las etapas, sujetos y actuaciones que cada una debía realizar para intentar lograr tal liquidación y, además, se acordó como facultad contractual de la empresa contratante, que el gerente o delegado, en caso de no lograrse un mutuo acuerdo sobre la liquidación del contrato, dejara constancia de las diferencias presentadas entre las partes en el proyecto de acta de liquidación; de persistir el desacuerdo quedaba autorizado a definir qué sumas la empresa reconocía deberle al contratista y efectuar la consignación de tal suma en un banco. Así, bajo el contrato se pactó lo siguiente:

“VIGÉSIMA PRIMERA.- LIQUIDACIÓN.- Una vez terminado el contrato por cualquier motivo, se procederá a su liquidación, para lo cual se obrará de la siguiente forma: 1) El contrato deberá liquidarse dentro del término de un (1) mes contado a partir de su terminación, 2) El Interventor y el contratista realizarán una revisión del servicio prestado con el fin de verificar valores finalmente ejecutados, pagados y por pagar, 3) Dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación del contrato deberá quedar por escrito el resultado del balance de los servicios prestados, cantidades pagadas y por pagar y en general todo lo que resuma la situación de la prestación del servicio, 4) Si no es posible llegar a un acuerdo entre el Interventor y el CONTRATISTA, el asunto será remitido al Gerente General o a quien el haya delegado para el efecto, para que dentro de los diez (10) días calendario siguientes adelante con el CONTRATISTA el respectivo acuerdo. En el evento que entre el Gerente o su delegado y el Contratista no haya acuerdo o si éste no comparece, el Gerente o su delegado dejará constancia en el proyecto de acta de liquidación de las diferencias presentadas con el contratista o la inasistencia de éste. Si en esta última etapa no se llega a ningún acuerdo, EMSIRVA E.S.P. dentro de los diez (10) días siguientes informará al CONTRATISTA que está disponible el dinero del pago a su favor, si a ello hubiere lugar, de lo que se considere se debe al contratista. En caso de que el contratista no acepte el pago EMSIRVA E.S.P. a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes efectuará el depósito judicial en el BANCO AGRARIO. Se entiende que EL CONTRATISTA al firmar

⁵⁶ En el Acuerdo 8 de 1996, proferido por el Concejo Municipal de Cali, se estableció que Emsirva en desarrollo de su objeto “podrá celebrar y ejecutar todos los actos y contratos relacionados con su objeto y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivados de su existencia y sus actividades, de conformidad con lo establecido en la ley” –artículo 5-. Al respecto, se reitera que a dicha empresa le fue encomendada la prestación del servicio público de aseo domiciliario en el municipio de Cali, el cual incluye “la recolección de residuos, principalmente sólidos, con los componentes, modalidades, clases y sus actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento, recuperación y disposición final de tales residuos; recolección que se adelantará especialmente en la ciudad de Santiago de Cali, incluido el barrido y limpieza de áreas públicas”.

⁵⁷ En el certificado de existencia y representación legal de esta sociedad se plasmó como parte de las actividades que desarrollan su objeto las de “... d) realización de proyectos de ingeniería en las áreas descritas: diseño y construcción: acueductos, alcantarillados, plantas de tratamiento de agua potable, aguas residuales, domésticas e industriales ... m) caracterización de vertimientos de líquidos. n) disposición de desechos sólidos” (folio 3 del cuaderno 1).

este contrato autoriza esta consignación. Lo pactado aquí, sin perjuicio de los derechos que tiene EL CONTRATISTA de iniciar las acciones judiciales pertinentes. En el evento que al verificar este procedimiento de liquidación, resulte el contratista a deber a EMSIRVA E.S.P. se procederá inmediatamente al cobro judicial de lo debido o a hacer efectivas las pólizas si el contratista no realiza el pago inmediatamente a EMSIRVA E.S.P. PARAGRAFO I.- Los términos que se establecen en esta cláusula para efectos de la liquidación final se contarán de forma continua, los días serán calendario, advirtiendo que las partes de común acuerdo y por escrito pueden renunciar a dichos términos total o parcialmente. PARAGRAFO II: El hecho que se liquide el contrato no aminora la responsabilidad del CONTRATISTA ante posibles reclamaciones de terceros, ni impide a EMSIRVA E.S.P. perseguir y repetir contra el CONTRATISTA en tales casos, en el evento que él no salga al saneamiento de la respectiva situación”⁵⁸.

92. A través de la referida regla se acordó que ante el desacuerdo o falta de comparecencia del contratista, en relación con el “*resultado del balance de los servicios prestados, cantidades pagadas y por pagar y en general todo lo que resuma la situación de la prestación del servicio*”, el gerente procedería a definir los saldos y a consignarlos. Y, en el evento que este ejercicio arrojará saldos a favor del contratista convinieron efectuar su consignación si éste era renuente en su recepción y, en caso inverso, a iniciar el cobro de lo debido o hacer efectivas las pólizas correspondientes.

93. En la cláusula *Trigésima*, las partes al referirse a la *terminación anormal* del contrato, convinieron que ante el incumplimiento la parte cumplida podía dar por terminado el contrato informando sobre tal decisión a la otra e indicando las causas; en esta hipótesis se procedería a liquidar el contrato dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a aquél en el que la incumplida recibiera tal comunicación. En esta cláusula, se definieron otras hipótesis que conducían a dar fin al contrato anticipadamente por parte de Emsirva, como eran: (i) razones del servicio; (ii) no dar cumplimiento a los requisitos para la ejecución del contrato; y, finalmente, (iii) el incumplimiento de pago frente a obligaciones del sistema general de seguridad social y parafiscales.

94. Citando las aludidas previsiones negociales (cláusulas 21 y 30), Emsirva expidió la Resolución GG-01117 del 11 de octubre de 2006, a través de la cual dispuso lo siguiente (se transcribe literal, incluidos eventuales errores):

“ARTÍCULO PRIMERO: Liquidar Unilateralmente el contrato de obra No. 000161 de 2005, celebrado el 31 de agosto de 2005, con la firma AG CONSULTORES AMBIENTALES LTDA, ... cuyo objeto es ejecutar las obras de vaciado y tratamiento de 230000 m3 de lixiviados almacenados en las lagunas del Relleno Sanitario Transitorio de Navarro.

“ARTICULO (sic) SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se reconozca y pague la suma de **NUEVE MILLONES QUINIENTOS SEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$9.506.758.00)**, saldo a favor del CONTRATISTA, de conformidad con los argumentos dados en los numerales 10 y 11 de esta Resolución.

“ARTICULO (sic) TERCERO: Hacer efectiva la Garantía única en Favor de la Entidad Estatal, constituida por la firma AG CONSULTORES AMBIENTALES LTDA, en el Amparo de cumplimiento, en la Póliza No. NC 128055, expedida por la Compañía de Seguros Generales CONDOR S.A., el 31-08-2005, póliza que fue modificada mediante certificados No. NC161254 (solicitud No. CO173558) de la fecha 02-09-2005; y No. NC 278127, (solicitud No CO173558), de la fecha 13-03-2006; en cuantía de DOSCIENTOS OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA Y SEIS Cvos (\$208.800.474,96), correspondiente al veinte por ciento (20%) del valor total del

⁵⁸ Folio 6 del cuaderno 4.

contrato, con una vigencia igual a la del contrato contada a partir de la fecha de emisión de la póliza y cuatro meses más.

“ARTICULO (sic) CUARTO: Imponer al CONTRATISTA la cláusula penal, establecida en la cláusula Décima Octava (18º) del Contrato No. 000161-2005, en cuantía de DOSCIENTOS OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA Y SEIS Cvos (\$208.800.474,96), correspondiente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, suma que deberá ser cancelada a favor de la entidad CONTRATANTE”⁵⁹.

95. Al cotejar el contenido obligacional de la cláusula de liquidación -21- y lo definido por la contratante, particularmente en lo que tiene que ver con el artículo segundo, Emsirva contaba con la facultad contractual para hacerlo y podía examinar la existencia o no de saldos a favor de alguna de las partes, decisión que en todo caso podía ser discutida por la contratista ante la advertencia de que la contratante hubiere valorado erróneamente el estado negocial.

96. Se precisa que el contrato terminó por el vencimiento del plazo, hipótesis que en sus consecuencias liquidatorias estaba regulada enteramente en la cláusula vigésima primera, de manera que la cita que se hizo en aquella resolución alusiva a la *cláusula trigésima* sólo podría ser entendida en función de la aspiración que tuvo Emsirva de hacer efectivas las demás determinaciones atinentes a la efectividad de la cláusula penal y la póliza de seguros, como finalmente aconteció en los numerales tercero y cuarto de la Resolución GG- 01117 del 11 de octubre de 2006, ya transcritos.

97. AG Consultores Ambientales Ltda. solicitó que se declarara que Emsirva ESP incumplió las obligaciones que asumió en el contrato 161 de 2005, pero no elevó pretensiones cuestionando el ejercicio de la referida facultad para declarar la terminación anticipada del contrato soportada en la cláusula 30. Frente a la efectividad de la cláusula penal y la póliza de seguro, tampoco elevó un cargo distinto al de cuestionar que se habían hecho efectivas en un acto adoptado con posterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda. Esta última circunstancia aparece doblemente acreditada para la Sala, pues (i) la demanda fue anterior a la Resolución GG-0117, y cuando el actor reformó la demanda para cuestionarla, (ii) se limitó a reprochar la competencia temporal para expedir tal acto y el que resolvió el recurso presentado contra aquella, alegando que ya se había notificado el auto admisorio de la demanda; así lo entendió el Tribunal en la sentencia, no lo cuestionó el demandante en su recurso, y lo corrobora la Sala en esta instancia.

98. Planteado lo anterior, de cara a los límites trazados en las pretensiones de la demanda y el recurso interpuesto contra la decisión del Tribunal, se impone circunscribir el examen del *sub lite* a determinar el acierto de las bases de la liquidación del contrato, en clave del incumplimiento que el contratista atribuye a su contraparte -circunstancias que trastocaron la normal ejecución del contrato y le generaron perjuicios por mayor permanencia en obra-, a saber: a) la disponibilidad para el uso del área destinada para las obras a realizarse; b) el restablecimiento del suministro de energía; c) la concesión de los permisos ante la CVC para realizar el vaciado de los lixiviados; y, d) falta de definición de los parámetros bajo los cuales se haría la evaluación de los trabajos, lo cual incidió en que, según afirmó, pese a que ejecutó cerca del 94% del objeto, la empresa solo le pagó la suma correspondiente al 54% del mismo.

⁵⁹ Folio 252 del c. 1.

95. El objeto del contrato *sub examine* correspondía a la ejecución de las obras “*para el vaciado y tratamiento de 230.000 m3 de lixiviados almacenados en las lagunas del Relleno Sanitario Transitorio de Navarra*”⁶⁰. Asimismo, se estipuló que el negocio se ejecutaría en atención a “*los estudios, diseños, proyectos, planos y especificaciones que EMSIRVA E.S.P. considere de aplicación*”⁶¹, para lo cual el contratista debía aportar los equipos ofrecidos en su propuesta y el personal necesario para cumplir con la prestación acordada. Se convino, igualmente, que hacían parte del referido negocio jurídico “*los términos de referencia, la solicitud de oferta, la propuesta y sus anexos*”⁶².

96. Para el cumplimiento de lo pactado, AG Consultores Ambientales Ltda. asumió las siguientes obligaciones:

“**a)** Ejecutar las obras para el vaciado y tratamiento de 230.000 m3 de lixiviados almacenados en las lagunas del Relleno Sanitario Transitorio de Navarra, de acuerdo con las especificaciones suministradas por EMSIRVA E.S.P., a los precios unitarios y en los términos que señala este contrato y de conformidad con la propuesta presentada por EL CONTRATISTA y la invitación con sus anexos que hacen parte integral del contrato. **b)** Ejecutar la obra con los requerimientos técnicos solicitados en la invitación y los consignados en la propuesta presentada por el contratista, en lo que fue aceptada por EMSIRVA E.S.P. **c)** Ejecutar e inspeccionar continuamente las obras contratadas, de conformidad con la propuesta, a fin de garantizar que se cumpla el objeto del contrato. **d)** Elevar por escrito a la Interventoría las dudas o aclaraciones necesarias para el cumplimiento del contrato ... **g)** Cumplir con las instrucciones, determinaciones, cambios o modificaciones a los diseños y/o especificaciones que sean necesarias, cuando así convenga para la buena marcha de los trabajos y la óptima ejecución del proyecto, a criterio de EMSIRVA E.S.P.”⁶³.

97. A su vez, la empresa contratante adquirió, entre otras, las siguientes obligaciones: “**1-** Tomar las medidas necesarias para garantizar al CONTRATISTA el cumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato. **2-** Pagar al CONTRATISTA el precio por el valor del contrato en la forma pactada”.

98. El contratista, en los términos de la cláusula cuarta del contrato⁶⁴, se comprometió a ejecutar las obras por el sistema de precios unitarios, los cuales estaban integrados por los siguientes ítems, en las cantidades establecidas en la propuesta – 230.000 para cada aspecto–: 1) ingeniería, diseño, ensamble de equipos; 2) acondicionamiento de sitio, red hidráulica y eléctrica, obras civiles; 3) tratamiento primario avanzado en laguna de oxidación de lixiviados: homogenización, floculación, óxido reducción, clarificación, precipitación de sólidos suspendidos, métodos físico químicos, recirculación o similares aplicados en sitio; y 4) tratamiento secundario para el cumplimiento de las normas de vertimiento de residuos líquidos de la CVC, garantizado con niveles finales aceptables de DBO, DQO, SST, metales pesados y patógenos, entre otros.

99. Inicialmente, se pactó que el objeto del contrato sería ejecutado en un período de 120 días calendario, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio,

⁶⁰ Folio 13 del cuaderno 4.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Cláusula trigésima segunda, folio 15 del cuaderno 4.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Folio 32 del cuaderno 4.

hecho que tuvo lugar el 15 de septiembre de 2005⁶⁵, por lo cual el plazo de ejecución habría de vencer el 12 de enero de 2006; sin embargo, éste se suspendió en tres oportunidades: (i) la primera, el 22 de noviembre de 2005⁶⁶, reanudado el 6 de diciembre siguiente⁶⁷, (ii) la segunda, el 21 de diciembre de esa misma anualidad⁶⁸, cuyo reinicio aconteció el 20 de febrero de 2006⁶⁹ y (iii) la tercera, ocurrida el 15 de marzo de 2006⁷⁰, por el término de 45 días con reinicio el 12 de mayo de ese año, fecha en la cual se completaron los 120 días de plazo establecido.

100. Además, en los términos de referencia de la invitación –anexo 3– se estableció la siguiente metodología o plan de trabajo para el desarrollo y control del proyecto:

“ - Se requiere un primer paso que es la elaboración de una ingeniería de detalles, fabricación y ensamble de equipos unos en la fábrica y otros en sitio, con un tiempo estimado de 4 semanas, con entregas parciales.

“ – Paralelamente se harán las obras de adecuación en sitio y ubicación de los servicios de energía, agua, protecciones contra terceros etc. Para esta fase se requiere un tiempo estimado, (sic) de 4 semanas.

“- Una Tercera etapa consiste en la iniciación del pretratamiento de los estanques de lixiviados almacenados, donde se requieren tiempos de recirculación y pretratamiento de 4 semanas; luego de este pretratamiento, se inicia el proceso final, al enviar estas aguas a la planta estacionaria, para un tratamiento final hasta su vertimiento”⁷¹.

101. En conclusión, en desarrollo del contrato 161 de 2005, AG Consultores Ambientales Ltda. se obligó a lograr unos resultados que fueron claramente definidos y delimitados, razón por la cual la Sala debe valorar si acontecieron las circunstancias que impidieron el normal transcurso del contrato y que versan sobre los incumplimientos mutuamente endilgados por las partes, y de allí establecer si son atribuibles a la empresa demandada como lo indicó la parte actora con repercusión sobre la liquidación del contrato.

La disponibilidad de uso del área destinada para las obras a realizarse

102. En relación con este aspecto, la sociedad actora manifestó que se dificultó el inicio de las obras puesto que el área prevista para ello estaba siendo utilizada por Emsirva para construir un vaso de almacenamiento de residuos sólidos.

103. Mediante comunicación 001-2005 del 15 de septiembre de 2005⁷², es decir, el mismo día en que se suscribió el acta de inicio, la contratista le solicitó a Emsirva a través de la Interventoría -Fundación FES Social-, la disponibilidad para el uso del área aledaña a las instalaciones del relleno donde, en otra época, funcionaron los sistemas de pruebas para el tratamiento de lixiviados, ya que la planta de tratamiento sería ubicada en esa zona, en una parte de sus instalaciones.

⁶⁵ Folio 13 del cuaderno 2.

⁶⁶ Folio 90 del cuaderno 1.

⁶⁷ Folio 93 del cuaderno 1.

⁶⁸ Folio 108 del cuaderno 1.

⁶⁹ Folio 110 del cuaderno 1.

⁷⁰ Folios 114 y 115 del cuaderno 1.

⁷¹ Folio 104 del cuaderno 4.

⁷² Folio 60 del cuaderno 1.

104. Por medio de comunicación 002-2005 del 16 de septiembre de 2005⁷³, AG Consultores indicó, como de manera verbal le manifestaron, que el área predeterminada para la ubicación del sistema de tratamiento iba a ser utilizada por la empresa para construir el vaso para el almacenamiento aludido, y requería la asignación del sector comprendido entre la Laguna de Pulimento y la Gran Laguna 1 y la adecuación de acceso carretable hasta la parte alta de esta zona.

105. Luego, a través de la comunicación 003-2005 del 14 de octubre de 2005, la sociedad demandante señaló que en reunión del 3 de ese mismo mes y año, recibió *“en campo la zona de los trabajos, donde se instalará la Planta de Tratamiento”*⁷⁴. Asimismo, el 29 de octubre siguiente, la contratista afirmó que *“la adecuación del sitio donde se instalarán los equipos y la construcción de obras civiles e hidráulicas están en proceso de terminación y se espera tenerla lista para el 29 de octubre. En estas obras hemos tenido retrasos, primero por la demora en la definición del área por parte de Emsirva E.S.P., la cual fue entregada el 3 de octubre y de otra parte la alta pluviosidad ha dificultado el acondicionamiento del sitio”*⁷⁵.

106. Lo anterior demuestra que sí existió un retardo en la entrega del área requerida para la instalación de la planta de tratamiento pues ello debía ocurrir al momento de la firma del acta de inicio de la obra, o sea desde el 15 de septiembre de 2005, pero sucedió hasta el 3 de octubre de esa anualidad dado que la empresa modificó el lugar inicialmente previsto para tal fin; no obstante, y sin el propósito de desconocer dicha demora, lo cierto es que ésta no denota la envergadura requerida para asignar la declaratoria de incumplimiento del pacto a la empresa, en atención a los efectos que en realidad reportó al adecuado transcurso del negocio jurídico.

107. Constata la Sala que la indicada tardanza no paralizó el inicio de las tareas encomendadas al contratista pues de forma paralela a la realización de las labores para la adecuación del sitio de la obra, AG Consultores debía adelantar los trabajos tendientes a la recepción, fabricación y ensamble de los equipos requeridos, cometido que podía desarrollar desde la fábrica o desde el mismo lugar de ejecución del contrato y que adelantó durante ese lapso, puesto que ella misma señaló que *“todos los equipos necesarios para el tratamiento de lixiviados se llevan preensamblados al relleno sanitario de Navarro, donde se acoplan y montan en línea”*⁷⁶.

108. Así las cosas, no hay evidencia de que la demora en la entrega del área dispuesta para la obra hubiera generado un impacto o repercusión seria en el avance de la prestación pactada, al menos eso es lo que revelan las pruebas aportadas por el actor dado que, al margen de ésta, la contratista pudo adelantar otras labores primordiales para el cumplimiento del objeto, sin que demostrara en el proceso, *v. gr.*, que hubiese tenido que asumir el costo de alquiler de maquinaria que por esta causa se viera paralizada, o personal cesante destinado exclusivamente a adelantar actividades *en el sitio de las obras*, o cualquier situación que hiciera evidencia de un

⁷³ Folios 61 y 62 del cuaderno 1.

⁷⁴ Folio 65 del cuaderno 1.

⁷⁵ Folios 73 y 74 del cuaderno 1.

⁷⁶ Comunicación 004-2005, del 21 de octubre de 2005 (folio 73 del cuaderno 1).

real perjuicio sufrido con el desfase inicial, lo cual no se constata con el simple transcurso del tiempo sino con la acreditación cierta y cuantificable del perjuicio irrogado. Contrario a ello, se observa que si bien el contratista hizo expresión de tal retraso también subrayó su capacidad de ir realizando la actividad de preensamble para luego llevar los equipos al relleno sanitario, sin manifestación de que se le hubiese generado una pérdida o afectación susceptible de restitución o resarcimiento.

109. Además, como se verá adelante, las razones de desencuentro en torno al logro del propósito buscado con la suscripción del negocio jurídico no tuvieron relación con esa tardanza al inicio de su ejecución, sino con la inobservancia de unas obligaciones principales del contrato; por lo que ese retardo, finalmente, no influyó de forma relevante en el cabal cumplimiento del objeto convenido.

Las fallas en el suministro de energía eléctrica

110. AG Consultores Ambientales Ltda. indicó que se alteró la normal ejecución del negocio con ocasión de problemas técnicos con el suministro del fluido eléctrico que llegaba a las instalaciones de la planta de tratamiento de lixiviados.

111. Sobre este aspecto, se observa en el expediente que el 21 de noviembre de 2005 mediante comunicación 008-2005, la contratista pidió la suspensión contractual en los siguientes términos:

“Atentamente solicitamos se suspenda temporalmente el contrato 161-2005 por un periodo (sic) de treinta (30) días, debido a que tenemos problemas técnicos con el suministro de fluido eléctrico, que llega a las instalaciones de la Planta de Tratamiento de Lixiviados.

“La calidad de la energía es imprescindible en esta etapa de ajuste del proceso, ya que las variaciones de voltaje y amperaje nos generan distorsiones que no nos permiten obtener datos confiables para obtener los resultados de coagulación requeridos. Para subsanar este inconveniente técnico debemos construir e instalar transformadores rectificadores de corriente que trabajen con neutro variable”⁷⁷.

112. Atendiendo la solicitud referida, a través de acta suscrita del 22 de noviembre de 2005 -primera suspensión- las partes acordaron pausar las obras con motivo de las “... interrupciones del fluido eléctrico ocasionados (sic) por las fuertes lluvias que han incidido en el normal desarrollo de las actividades”⁷⁸. Su reanudación aconteció el 6 de diciembre de 2005 luego de “que fueron superados los inconvenientes técnicos que generaron la suspensión del contrato”⁷⁹.

113. La instalación del suministro de energía, en conjunto con todas las tareas vinculadas a esta actividad, hacía parte de las obligaciones contractuales que fueron estipuladas con el fin de poner en funcionamiento la planta de tratamiento, toda vez que la contratista se comprometió a realizar “las obras de adecuación en sitio y ubicación

⁷⁷ Folio 89 del cuaderno 1.

⁷⁸ Folio 90 del cuaderno 1.

⁷⁹ Folio 93 del cuaderno 1.

de los servicios de energía ...”⁸⁰. En esa medida, la elaboración de los trabajos necesarios para poner en marcha este servicio correspondía a la sociedad actora que, además, conocía las exigencias de funcionamiento en lo relativo al voltaje y amperaje de los equipos que aportó para la realización del objeto contractual.

114. Por ende, lo que se observa es que la aludida suspensión contractual tuvo como propósito acordar con el contratista un lapso para que superara el inconveniente técnico advertido respecto al suministro del fluido eléctrico, encargo que no puede trasladarse a la empresa contratante pues corresponde a una de las obligaciones del contratista en orden al funcionamiento de la planta de tratamiento; tal obligación es consistente con la conducta del contratista quien ante la vicisitud ocurrida manifestó ofrecer solución a través de transformadores, sin expresar que ello escapara al alcance de sus trabajos o le implicara costos por fuera de lo pactado.

115. De manera que se trataba de un riesgo que la contratista asumió y que se comprometió ejecutar en el camino de lograr el objeto convenido; por tanto, no son de recibo para la Sala las alegaciones relativas al supuesto incumplimiento de la contratante relacionados con la estabilización de la energía, comoquiera que la instalación de los medios necesarios para ello no hacía parte de los compromisos adquiridos bajo el contrato, ni era parte de sus responsabilidades. Además, vale resaltar que el objeto del pedimento de la sociedad actora se centró en un supuesto de incumplimiento contractual por problemas técnicos en el suministro de energía, el cual, como se explicó, le incumbía a AG Consultores Ambientales Ltda. en atención al marco obligacional bajo el que se comprometió, más no como un hecho sobreviniente que modificara la economía del negocio jurídico.

La concesión de los permisos ante la CVC⁸¹ para realizar el vaciado de los lixiviados

116. La parte actora afirmó que la demandada le exigió el cumplimiento de condiciones no pactadas, como el vertimiento de los lixiviados tratados en observancia de las normas de la CVC, circunstancia que utilizó la contratante como fundamento para no autorizar el pago de las actas de avance de obra, lo que le generó unos sobre costos por mayor permanencia.

117. En relación con esta alegación, la Sala se anticipa en manifestar que no le asiste razón a la demandante, toda vez que en los documentos que integran el pacto suscrito, la sociedad contratista de manera expresa se comprometió a cumplir con las normas ambientales establecidas por la CVC para el vertimiento de residuos líquidos.

118. En efecto, como se plasmó párrafos atrás, en la cláusula trigésima segunda del contrato se convino que hacían parte de éste “*los términos de referencia, la solicitud de oferta, la propuesta y sus anexos*”. Así, en las condiciones del proceso de selección se indicó que el propósito del concurso era “*realizar un tratamiento rápido de los lixiviados*

⁸⁰ Folio 104 del cuaderno 4.

⁸¹ Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca.

*acumulados y tramitar un permiso de vertimientos ante la CVC, obteniéndose así, una capacidad de acumulación de unos 8 meses por cada laguna vaciada*⁸². A su vez, en el plan de trabajo previsto en los referidos términos, se indicó que la tercera etapa incluía un *“tratamiento final hasta su vertimiento”*⁸³ y en el anexo 4, contentivo de las cantidades de obra, se indicó que el tratamiento secundario se realizaba *“para el cumplimiento de las normas de vertimiento de residuos líquidos de la CVC, garantizado niveles finales aceptables de DBO, DQO, SST ...”*⁸⁴.

119. En su propuesta, AG Consultores Ambientales Ltda. manifestó al respecto lo siguiente:

“Debido al poco espacio disponible para la construcción de lagunas y a la necesidad de contar con un volumen disponible para acumular los efluentes nuevos, como los efluentes tratados, se ha solicitado a AG CONSULTORES AMBIENTALES LTDA. presentar una propuesta para realizar un tratamiento rápido de los lixiviados acumulados y tramitar un permiso de vertimientos, ante la CVC, obteniéndose así, una capacidad de acumulación de unos 8 meses por cada laguna vaciada (...)

*“Esta obra se ejecutará con tecnología de última generación, con equipos propios y de alta eficiencia, garantizando el cumplimiento de los parámetros ambientales solicitados por la CVC Ambiental para el vertimiento de residuos líquidos”*⁸⁵ (se subraya).

120. Igualmente, vale precisar que la falta de los aludidos permisos ambientales ocasionó la segunda suspensión del contrato ocurrida el 21 de diciembre de 2005, comoquiera que en dicha acta se consignó que el cese en la ejecución de las obras estaba motivado *“por falta del permiso de vertimiento y la autorización de la CVC Ambiental para llevar a cabo el vertimiento del lixiviado tratado contenido en la Laguna 1 y Laguna de Pulimento. Se requiere entonces de tiempo prudencial para superar esta situación con el fin de lograr el objeto de la obra”*⁸⁶.

121. Analizados los anteriores medios probatorios, observa la Sala que el tratamiento de los lixiviados hasta alcanzar su vertimiento constituyó un propósito esencial del contrato, en donde la tarea de obtención de los permisos ambientales requeridos para realizar dicho vertimiento, al tenor de los diferentes documentos contractuales aludidos, estaba a cargo de la empresa seleccionada para celebrar el contrato.

122. El anterior entendimiento se corrobora en la propuesta de AG Consultores Ambientales Ltda., pues allí, de forma clara y explícita, indicó que su ofrecimiento se circunscribía al tratamiento rápido de los lixiviados y al trámite del permiso de vertimientos ante la CVC, razón por la cual se concluye que la contratista sí se comprometió no sólo a cumplir las normas requeridas ante la autoridad ambiental para el vertimiento de las aguas, sino a tramitar los permisos requeridos para ello.

⁸² Folio 9 del cuaderno 1.

⁸³ Folio 28 del cuaderno 1.

⁸⁴ Folio 31 del cuaderno 1.

⁸⁵ Folio 36 del cuaderno 1.

⁸⁶ Folio 108 del cuaderno 1.

123. Así las cosas, no tienen eco los argumentos aducidos por la contratista respecto del reproche así elevado contra el contratante, pues en los términos y documentos referidos, y de manera explícita en su misma propuesta, el contratista se comprometió a cumplir con las normas requeridas por la CVC y a tramitar el permiso exigido ante dicha entidad como elementos inherentes e intrínsecos a la finalidad y objeto del contrato, ejecución de las obras “*para el vaciado y tratamiento de 230.000 m3 de lixiviados ...*”.

124. De hecho, la inobservancia en el acatamiento de las normas ambientales derivó en un incumplimiento esencial o importante del negocio jurídico⁸⁷, en tanto no se logró uno de los principales objetivos del contrato, esto es, que en el tratamiento final de los residuos líquidos se lograran los niveles requeridos por las normas ambientales para obtener la autorización de su vertimiento; de nada serviría la ejecución de unas obras y su recibo, si éstas no contaban con las autorizaciones ambientales para su puesta en marcha, de cara a los fines del contrato. Así, este incumplimiento sustancial de las prestaciones pactadas derivó en la falta de pago total del objeto convenido, en los términos que a continuación se desarrollan.

Falta de pago de la totalidad de la obra ejecutada

125. Al respecto, AG Consultores Ambientales Ltda. manifestó que, pese a que ejecutó aproximadamente el 94% de la obra, la entidad solo le pagó el 54% del valor del contrato. Señaló que la entidad dejó de pagar las facturas de venta 2176 y 2181, correspondientes, la primera, al pago del acta de avance de obra No. 2, por un valor de \$194'436.480 y, la segunda, por concepto del acta de avance de obra No. 3, por la suma de \$220'669.335⁸⁸.

126. Sobre el particular, en el acta de recibo final de la obra, la interventoría realizó la relación de avance de la obra, en virtud del cual indicó el siguiente balance económico⁸⁹:

RESUMEN DEL AVANCE DE OBRA		
VALOR DEL CONTRATO	\$	1.044'002.374,80
VALOR ANTICIPO (40%)	\$	417.600.950,00
VALOR EJECUTADO ACTA 1	\$	243.398.595,00 ^e
VALOR AMORTIZACIÓN ANTICIPO ACTA No 1	\$	97.359.438,00
VALOR PAGADO ACTA No 1	\$	146.039.157,00
VALOR TOTAL EJECUTADO POR LIQUIDACIÓN	\$	573.146.865,00 ^f
VALOR TOTAL PAGADO A CONTRATISTA	\$	563.640.107,00
SALDO A PAGAR ACTA FINAL	\$	9.506.758,00

⁸⁷ “... cuando se hace referencia a la esencia del contrato, esta no puede ser entendida, respecto de los requisitos de validez del mismo para su perfeccionamiento, sino respecto del interés que tenía el acreedor afectado y de las expectativas que se frustran en razón al incumplimiento, se hace referencia entonces al incumplimiento que afecta sustancialmente el interés económico del contrato, frustra su realización y el resultado esperado (Vidal Olivares, 2010, pág. 476)” (consultar en: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/download/1270/1006/>).

⁸⁸ Folios 112, 113 y 116 a 119 del cuaderno 1.

⁸⁹ Folios 166 a 168 del cuaderno 1.

127. Como sustento del anterior balance, Emsirva aludió a los siguientes informes rendidos por la interventoría, reseñados en el acta de reunión del 9 de octubre de 2006, y luego incorporados en el acto de liquidación, así:

*“... el citado contrato presentó varios inconvenientes frente a su ejecución y cumplimiento, los cuales fueron puestos en conocimiento de Emsirva ESP según comunicaciones así: ... **2. Marzo 23 de 2.006** ... mediante la cual se le informa sobre los primeros resultados de las pruebas de laboratorio a los lixiviados tratados y la autorización de cancelación de la primera acta de obra de \$146'039.157 después de la amortización de \$97'359.438; además del requerimiento al contratista de optimizar los procesos de tratamiento de tal manera que los próximos resultados de laboratorio signifiquen un avance tal que indique que se cumplirá con la normatividad vigente. **3. Abril 28 de 2.006** ... en la cual se informaba sobre la solicitud de pago e invocación de incumplimiento en los pagos de parte de Emsirva hacia AG Consultores, mediante la presentación a la interventoría de dos nuevas actas de obra por \$194'436.480 y \$220'669.335, las cuales fueron rechazadas por la interventoría a cargo de FES, pues se consideraba que las mismas no cumplían con los requisitos contractuales en cuanto a resultados satisfactorios en las tomas de pruebas de muestras a los lixiviados ya tratados tal como lo solicita la normatividad vigente para estos casos ... **5. Junio 9 de 2006** ... mediante la cual se remite el informe final de la interventoría, se informa sobre el vencimiento del plazo contractual y se comunica el incumplimiento del objeto técnico del contrato por parte de AG Consultores. Igualmente se remite el inventario de los equipos entregados en la fecha por AG Consultores que incluye las anotaciones sobre las diferencias entre el contratista y la interventoría en cuanto a la liquidación final, solicitándosele a EMSIRVA ESP dar cumplimiento a lo pactado en la cláusula vigésima del contrato en cuanto a solución de controversias”⁹⁰.*

128. Por su parte, la contratista señaló que no compartía el referido cuadro de avance, dado que la interventoría no incluyó (i) un sistema de aireación mixto, compuesto por soplador tipo vortex 3 hp o su equivalente, (ii) 2 electrodos que se desprendieron de la barcaza en el momento de realización del inventario, (iii) 4 unidades de filtros -en el inventario solo se contabilizaron 2, a pesar de que se instalaron 6 unidades- y (iv) sólo les fue reconocido 1 unidad de clarificación, cuando existían 3 unidades en la obra. Tales discrepancias en los ítems incluidos en el inventario arrojaban, a su juicio, un saldo a favor del contratista por la suma de \$245'495.537⁹¹.

129. Al examinar el expediente, encuentra la Sala que carece de fundamento probatorio la aseveración esgrimida por la actora, puesto que sólo obra el balance remitido por la contratista a la empresa al momento de promover la liquidación bilateral del negocio jurídico, al que acompañó de fotocopias que contenían unos registros fotográficos de los equipos⁹², las cuales no constituyen elemento de convicción suficiente, comoquiera que las imágenes aportadas no son nítidas, se trata de fotocopias a blanco y negro, y de baja definición, que no permiten constatar que los bienes que allí aparecen sean los equipos reclamados por la demandante, y no es posible determinar sus características e identificación, ni corroborar el año y tampoco el lugar en que fueron tomadas, como tampoco su autor.

130. Hay que mencionar que tanto el *a quo*⁹³ como esta Colegiatura⁹⁴ -en sede de apelación- negaron el decreto y práctica de la inspección judicial solicitada por el

⁹⁰ Folios 14 y 15 del cuaderno 2.

⁹¹ Folios 177 a 184 del cuaderno 1.

⁹² Folios 144 a 154 del cuaderno 1.

⁹³ Folios 485 y 486 del cuaderno 1.

⁹⁴ Folios 255 a 257 del cuaderno 5.

demandante para verificar los equipos instalados por la contratista y el porcentaje de obra ejecutado, al considerar que aquella no resultaba útil para tal determinación de cara al tiempo transcurrido desde la ejecución de la obra hasta ese entonces, pues no permitiría concluir lo ejecutado, ni el momento en que pudieron surgir variaciones, extravíos, etc.; con todo, ese no era el único medio de convicción del que se podía valer la actora para acreditar sus pretensiones.

131. Así, por ejemplo, podía aportar las actas de entrega de los equipos identificados y debidamente suscritas por la interventoría, junto con sus manuales, garantías o cualquier medio de convicción que permitiera dilucidar sus componentes y especificaciones, o insistir en el decreto de los testimonios que a su juicio resultaban conducentes y útiles para revelar y dar fe sobre la manera en que se ejecutó la obra y los equipos utilizados para tal fin; herramientas que, al lado de cualquier otra -recuérdese la libertad con que cuentan las partes en este aspecto- podrían acreditar lo alegado por la actora. No obstante, su ausencia salta a la vista en el asunto de la referencia, sin que le corresponda al juez cubrir dichas falencias demostrativas por constituir una carga atribuida a las partes del proceso con el fin de probar los supuestos de hecho en que fundamentan sus súplicas.

132. Lo anterior se explica en la estructura misma del proceso, en el cual se contemplan ciertas cargas, además de deberes y obligaciones, para contribuir al conocimiento que requiere el juez para desatar el litigio. Precisamente, en punto a las cargas procesales la doctrina ha subrayado su carácter eminentemente potestativo y precisa, a la vez, que su omisión puede desencadenar consecuencias desfavorables a quien las incumple; al respecto, ha indicado que *“la carga funciona, diríamos, à double face; por un lado, el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar, de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla en el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones. Así configurada, la carga es un imperativo del propio interés”*⁹⁵.

133. En suma, ante una llana manifestación del demandante de que la interventoría no tuvo en cuenta en el inventario del acta de recibo final y balance de obra los equipos y elementos atrás mencionados, no es posible concluir que tales sucesos se encuentran probados, puesto que ninguna de las partes del contrato goza de una prerrogativa que permita tener por ciertos los supuestos que señala en su demanda y, contrario a ello, la ley establece una regla de juicio que ata la comprobación de tal hipótesis a la actividad demostrativa que deriva de la utilización oportuna de los diversos medios de convicción; razón por la cual no es procedente realizar un juicio de responsabilidad por un presunto incumplimiento contractual, huérfano de prueba sobre la supuesta falta de inclusión por parte de la interventoría de: un sistema de aireación mixto, dos electrodos que se desprendieron de la barcaza en el momento de realización del inventario, cuatro unidades de filtros y dos unidades de clarificación, dada la precariedad que se evidencia

⁹⁵ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición; Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958, p. 211 a 213.

de la fotocopia de unas fotos -que fue lo aportado- por lo que, en consecuencia, no es posible acceder a tal petición.

134. Asimismo, en los términos de los informes de interventoría -también vertidos en el acto de liquidación-, la entidad se negó a pagar dos actas de obra argumentando que el tratamiento de los residuos líquidos no cumplió con la normativa ambiental. Sobre este aspecto, vale resaltar que en la cláusula octava del negocio -forma de pago- se estipuló que Emsirva pagaría *“el valor del contrato por medio de liquidaciones parciales que siempre constará (sic) en actas, de acuerdo al avance del contrato, amortizando el porcentaje del anticipo”*. A su vez, en el anexo 3 de los términos de referencia del proceso de selección, parte integrante del negocio jurídico -como ya se vio-, se precisó que *“la medida para el pago del contrato será el metro cúbico de lixiviado **extraído, tratado y descargado a los cuerpos de agua natural** existentes en la zona. El pago se hará de acuerdo con el precio unitario acordado entre contratista e interventoría”*⁹⁶ (se resalta)

135. En esta misma línea, en el acta de reunión del 9 de octubre de 2006, atrás referida, la entidad indicó que no había lugar al pago de las actas de obra número 2 y 3, dado que *“no cumplan con los requisitos contractuales en cuanto a resultados satisfactorios en las tomas de pruebas de muestras a los lixiviados ya tratados tal como lo solicita la normatividad vigente para estos casos”*⁹⁷.

136. Entonces, como se desarrolló en párrafos previos, el cumplimiento del objeto del contrato estaba atado a la observancia de la normativa ambiental, con el propósito de descargar los residuos líquidos tratados en las fuentes hídricas dispuestas para tal fin y, con ello, liberar el espacio de almacenamiento de las lagunas de Emsirva. De manera que, para lograr el cometido pactado, la contratista debía acogerse a las citadas previsiones, con el fin de alcanzar los criterios de calidad previstos en éstas y obtener el pago acordado al vaciar los metros cúbicos de lixiviados tratados.

137. Desde el Decreto Ley 2811 de 1974 se estableció que al Estado le corresponde garantizar la calidad del agua para consumo humano, y en general, para las demás actividades en que su uso es necesario, para lo cual le compete *“determinar, previo análisis físico, químico y biológico, los casos en que debe prohibirse, condicionarse o permitirse el vertimiento de residuos, basuras, desechos y desperdicios en una fuente receptora”*⁹⁸ y, en virtud de lo previsto en la Ley 99 de 1993 a las Corporaciones Autónomas Regionales, como lo es la CVC para el departamento del Valle del Cauca, les atañe ejercer las funciones de evaluación, control y seguimiento ambiental de los usos del agua, lo cual comprende el vertimiento de sustancias o recursos líquidos a ésta, a través de *“... la expedición de las respectivas licencias ambientales, permisos, concesiones, autorizaciones y salvoconductos”*⁹⁹.

⁹⁶ Folio 119 del cuaderno 4.

⁹⁷ Folio 14 del cuaderno 2.

⁹⁸ Artículo 134 del Decreto Ley 2811 de 1974.

⁹⁹ Artículo 31 de la Ley 99 de 1993.

138. A su turno, el Decreto 1594 de 1984¹⁰⁰ –“*Por el cual se reglamenta parcialmente el Título I de la Ley 09 de 1979, así como el Capítulo II del Título VI - Parte III - Libro II y el Título III de la Parte III Libro I del Decreto 2811 de 1974 en cuanto a usos del agua y residuos líquidos*”- reguló los vertimientos líquidos o cualquier descarga líquida hecha a un cuerpo de agua o a un alcantarillado, y para el efecto estableció los criterios de calidad que debe mantener el recurso hídrico así como los requisitos específicos que se deben alcanzar para todo vertimiento a un cuerpo de agua¹⁰¹, los cuales son objeto de verificación por la Entidad Encargada del Manejo y Administración del Recurso - EMAR¹⁰²-, mediante el permiso que soliciten los responsables de vertimientos líquidos provenientes de sitios de disposición final de residuos sólidos¹⁰³.

139. Al examinar el avance del convenio comercial, constata la Sala que la entidad canceló la primera acta parcial de obra¹⁰⁴ al verificar el cumplimiento del 100% de ejecución de los dos primeros ítems de pago -constituidos por: 1) ingeniería, diseño, ensamble de equipos, y 2) acondicionamiento de sitio, red hidráulica y eléctrica, obras civiles-; sin embargo, como se vio, se abstuvo de cancelar las actas de avance 2 y 3 cuyo pago se pidió mediante las facturas 2176 y 2181¹⁰⁵, al advertir que la contratista no alcanzó el vertimiento de la totalidad de los metros cúbicos presupuestados.

¹⁰⁰ Para la época de suscripción del contrato, acontecida el 31 de agosto de 2005, estaba vigente el referido decreto, el que fue derogado con posterioridad, a través del Decreto 3930 de 2010.

¹⁰¹ “ARTÍCULO 72. *Todo vertimiento a un cuerpo de agua deberá cumplir, por lo menos, con las siguientes normas:*

Referencia	Usuario existente	Usuario nuevo
pH	5 a 9 unidades	5 a 9 unidades
Temperatura	£ 40°C	£ 40°C
Material flotante	Ausente	Ausente
Grasas y aceites	Remoción ³ 80% en carga	Remoción ³ 80% en carga
Sólidos suspendidos, domésticos o industriales	Remoción ³ 50% en carga	Remoción ³ 80% en carga
Demanda bioquímica de oxígeno:		
Para desechos domésticos	Remoción ³ 30% en carga	Remoción ³ 80% en carga
Para desechos industriales	Remoción ³ 20% en carga	Remoción ³ 80% en carga

¹⁰² Con la expedición de la Ley 99 de 1993 les fue asignado a las Corporaciones Autónomas Regionales el objeto de ejecutar “... las políticas, planes, programas y proyectos sobre medio ambiente y recursos naturales renovables, así como dar cumplida y oportuna aplicación a las disposiciones legales vigentes sobre su disposición, administración, manejo y aprovechamiento, conforme a las regulaciones, pautas y directrices expedidas por el Ministerio del Medio Ambiente”.

¹⁰³ “ARTÍCULO 120. *Los siguientes usuarios, entre otros, también deberán obtener los permisos de vertimiento y autorizaciones sanitarias correspondientes:*

- a) Todas las municipalidades;
- b) Los responsables de vertimientos líquidos no puntuales;
- c) Los responsables de vertimientos líquidos provenientes del lavado de instalaciones y naves aéreas de fumigación;
- d) Los responsables de vertimientos líquidos provenientes de sitios de disposición final de residuos sólidos;
- e) Los responsables de vertimientos líquidos provenientes de puertos aéreos, marítimos, fluviales y lacustres, así como de clubes náuticos;
- f) Los responsables de vertimientos líquidos provenientes de cuarteles y bases de las fuerzas militares que no estén conectados a la red de alcantarillado público;
- g) Los responsables de vertimientos líquidos provenientes de almacenamiento de materias primas;
- h) Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que recolecten, transporten, traten o dispongan residuos líquidos provenientes de terceros.

¹⁰⁴ Acta visible a folios 123 a 125 del cuaderno 4.

¹⁰⁵ Folios 112 a 113 y 116 a 117 del cuaderno 1.

140. De modo que como la descarga de las aguas tratadas constituía un requisito ineludible para alcanzar el ítem 4 de pago, esto es, tratamiento secundario para el cumplimiento de las normas de vertimiento de residuos líquidos de la CVC garantizado con niveles finales aceptables de DBO, DQO, SST, metales pesados y patógenos, y la sociedad actora no logró los criterios de calidad exigidos por la autoridad ambiental para el vertimiento de los lixiviados tratados, la Sala considera fundado el no pago de las últimas actas de avance obra conforme a lo pactado en el negocio jurídico, conducta que acató el principio de normatividad (artículo 1602 del Código Civil), toda vez que las partes expresamente indicaron que *“la medida para el pago del contrato será el metro cúbico extraído, tratado y descargado”* (se subraya), razón por la cual no hay lugar a considerar que la empresa incumplió el acuerdo negocial al no cancelar las sumas correspondientes a las últimas actas de obra.

Mayor permanencia por falta de liquidación

141. Incrustada en la pretensión segunda de la demanda inicial se solicitó *“el pago de costos directos de personal y/o funcionamiento, por la no liquidación del contrato, hasta la liquidación del mismo”*. Sobre esta pretensión la única mención que se hace en los hechos de la demanda se limita a mencionar que la falta de liquidación del contrato *“... le está generando al contratista unos perjuicios y sobrecostos que desequilibran económicamente el contrato”*. Ninguna mención adicional en tal escrito o en el que reformó la demanda incorporando nuevos hechos se efectuó sobre la indemnización así reclamada.

142. De manera concreta la Sala recaba en que uno de los principales elementos de la responsabilidad contractual reside en la acreditación del daño. Bajo el expediente y, además, según el recuento hecho de las pruebas solicitadas y decretadas por el propio Tribunal en la sentencia recurrida, no obra medio de prueba o convicción que acredite los costos reclamados por la no liquidación del contrato. En este sentido, no basta simplemente expresar la existencia de un daño sino que se impone que éste se haya configurado y esté respaldado en material de prueba necesario y suficiente para avanzar en su análisis. Tampoco el paso del tiempo, a la llana, es factor suficiente y constitutivo de un perjuicio, en tanto el actor es el llamado a cumplir con la carga de la prueba para sostener su petición.

143. Por esta razón, la pretensión de indemnización por costos directos de personal y funcionamiento por demora en la liquidación del contrato, será negada; sin que haya lugar a

144. Corolario delo anterior y en atención a lo expuesto a lo largo de esta providencia, la Sala negará las súplicas insistidas en la apelación.

145. Finalmente, se precisa que tampoco prospera la pretensión de liquidación judicial del negocio jurídico en estudio, pues sobre la efectuada por EMSIRVA no hay reproches que formular conforme a las pretensiones de la demanda que acaban de ser estudiadas, relativas a los incumplimientos sobre los que versaron las súplicas.

Costas

146. En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

III. PARTE RESOLUTIVA

147. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala Plena de la Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en los términos señalados en esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia del 12 de febrero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la cual quedará de la siguiente manera:

“PRIMERO. NIEGUENSE las pretensiones de la demanda, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas

TERCERO. En firme esta decisión, procédase a su archivo”

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Presidente

(con aclaración de voto)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

WILLIAM BARRERA MUÑOZ

(con aclaración de voto)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

(con salvamento de voto)

Radicación: 76001233100020060332003 (53.962)
Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.
Demandado: EMSIRVA E.S.P.
Asunto: Controversias contractuales

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
(con salvamento de voto)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
(con salvamento de voto)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ
(con aclaración de voto)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
(con aclaración de voto)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.



vf