

CONCILIACION - Generalidades / APROBACION DEL ACUERDO CONCILIATORIO - Requisitos / ACUERDO CONCILIATORIO - Requisitos de aprobación

De conformidad con el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, pueden conciliar, total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial, las personas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. El juez para aprobar el acuerdo, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: Que no haya operado el fenómeno de la caducidad (artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998). Que el acuerdo conciliatorio verse sobre derechos de contenido particular y económico, disponibles por las partes (artículo 59 de la Ley 23 de 1991 y 70 de la Ley 446 de 1998). Que las partes estén debidamente representadas y que los representantes tengan capacidad para conciliar. Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (artículo 65 A de la Ley 23 de 1991 y artículo 73 de la Ley 446 de 1998). La conciliación en el derecho administrativo es un importante mecanismo para la composición de litigios y para la descongestión de despachos judiciales con el fin de asegurar un eficaz acceso a la Administración de Justicia, tal y como lo ordenan el Preámbulo y los artículos 2 y 229 de la Constitución Política. Pero, esta consideración, como ya lo tiene determinado de antaño esta Sección, no puede conducir a la aprobación judicial mecánica de las conciliaciones de las partes, sin parar mientes en la indebida utilización que se pueda hacer de esta institución y en las defraudaciones que, por su aplicación, se puedan producir al tesoro público, comoquiera que la conciliación, como fuente reguladora de conflictos, supone la legalidad de este negocio jurídico, en tanto que la posibilidad de disponer de los intereses estatales debe ajustarse rigurosamente al ordenamiento vigente y, por ello mismo, exige previa homologación judicial. Nota de Relatoría: Ver auto de 10 de noviembre de 2000, Exp. 18298; Auto de 13 de octubre de 1993, Exp.16298, Auto 30 de septiembre de 1999; Auto de 7 de febrero de 2002; Exp. 20801; Auto de diciembre 12 de 2001; Auto de 13 de octubre de 1993; Exp.16298; Auto 30 de septiembre de 1999.

ACCION CONTRACTUAL - Generalidades / ACCION CONTRACTUAL - Término de caducidad. Cómputo

La acción escogida por la demandante fue la de controversias contractuales, establecida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), y de acuerdo con la cual es viable incoar y conocer por esta vía procesal diferentes súplicas a condición de que tengan por origen un contrato, es decir, puede esta acción comprender conjuntamente pretensiones que persigan la declaratoria de incumplimiento del contrato, la nulidad de los actos que se expidan con motivo del mismo y el resarcimiento patrimonial correspondiente, sin que ello comporte una indebida acumulación, tal y como se solicita en el petitum de la demanda del sub examen. Para las acciones relativas a los contratos cuya controversia sea objeto de conocimiento y solución por parte de esta Jurisdicción, "...el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento..." (numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.), computo sujeto, entre otras, a las siguientes reglas: (...) De los ordinales transcritos del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., se infiere que para contabilizar el término de dos años para intentar las acciones contractuales, es necesario distinguir entre aquellos contratos que deben ser liquidados y los que no requieren de liquidación; así, cuando se trata de

contratos en los cuales no se debe liquidar el conteo comienza desde la terminación por cualquier causa y, en cambio, en el caso de que deba efectuarse la liquidación, el plazo se cuenta desde la fecha en que se suscribe la respectiva acta si es de mutuo acuerdo, o desde la fecha en la cual queda en firme el acto mediante el cual la administración la realiza unilateralmente. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 2 de mayo de 2007, Exp. 16211, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

CONCILIACION - Derechos renunciables / ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR - Conciliación. Efectos económicos / CONCILIACION - Efectos económicos del acto administrativo particular

Como el conflicto emana de la ejecución de un contrato bilateral, oneroso y conmutativo celebrado en virtud de la autonomía privada, dirimir y solucionar entre las partes contratantes la controversia en torno al alcance de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones del mismo, sea en forma heterocompositiva o autocompositiva como la conciliación materia de estudio, involucra la disposición y afectación de derechos e intereses subjetivos, de contenido crediticio o personal, con una proyección patrimonial o económica, y que, por lo mismo, resultan renunciables (arts. 15, 1495, 1602 del C.C.). Igualmente, se advierte que se persigue la nulidad de unos actos unilaterales y particulares que se dicen administrativos expedidos en desarrollo de la relación contractual, cuyas consecuencias patrimoniales son susceptibles de este mecanismo de autocomposición de conflictos, según lo dispuesto por el artículo 71 de la Ley 446 de 1998, el cual establece que “[c]uando medie acto administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado”.

CONCILIACION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - Finalidad / CONTRATO ESTATAL - Conciliación / ACUERDO CONCILIATORIO - Homologación judicial / HOMOLOGACION JUDICIAL - Acuerdo conciliatorio

Si bien la conciliación propende por la descongestión de la Administración de Justicia y por la composición del conflicto a través de una solución directa acordada por las partes, no lo es menos que todo acuerdo conciliatorio debe ser verificado por el juez, quien para aprobarlo debe establecer que éste sea legal y no resulte lesivo al patrimonio público. Y en esta tarea el juez, ante quien se somete a consideración el acta donde consta el acuerdo conciliatorio, debe realizar las valoraciones correspondientes que le permitan concluir si la conciliación se ajusta a la ley. O lo que es igual, la conciliación en el derecho administrativo -y por ende en controversias contractuales del Estado- como solución alternativa de conflictos, debe estar precedida, conforme el pensamiento uniforme y reiterado de la Sala, de un estudio jurídico comprensivo de las normas jurídicas y de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso, pues al comprometer recursos del erario es claro que su disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios, sino que amerita el cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley. En tales condiciones se tiene que la conciliación contencioso administrativa como instituto de solución directa de conflictos, construida a partir de la capacidad dispositiva de las partes y cuya bondad -tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia-, como fórmula real de paz (en tanto borra las huellas negativas del conflicto) y como instrumento de descongestión de los despachos judiciales, está suficientemente demostrada, no puede convertirse en un procedimiento expedito para manejar a su arbitrio el tema de la contratación pública. Este control en modo alguno supone por parte de esta instancia un pre-juzgamiento, sino que su tarea se circunscribe a la revisión del acuerdo

conciliatorio en orden a verificar su entera sujeción al ordenamiento jurídico. La conciliación supone, entonces, que la solución adoptada por las partes para poner fin al litigio sea ajustada a derecho, y si no es así el juez tiene la obligación de improbarla. Por lo mismo, la conciliación sólo produce efecto hasta tanto el juez contencioso imparte su aprobación, en otros términos, para su eficacia jurídica requiere de homologación judicial. Nota de Relatoría: Ver Auto de 16 de marzo de 2005, Exp. 27.921; Auto de 16 de marzo de 2005, Exp. 27921; Exp. 15872, Auto de 20 de mayo de 1999; Exp. 7633, Auto de 5 de febrero de 1993; Exp. 14919, Auto de 22 de octubre de 1998; Exp. 16116, Auto de 29 de junio de 2000; Exp. 17219, Auto de 10 de agosto de 2000; Auto de 29 de junio de 2000; Exp. 20925, Auto de 7 de marzo de 2002.

APROBACION DEL ACUERDO CONCILIATORIO - Pruebas / CONCILIACION - Acto administrativo. Efectos / ACTO ADMINISTRATIVO - Conciliación. Revocatoria

La aprobación del acuerdo conciliatorio depende de la fortaleza probatoria que lo sustenta, habida cuenta de que el juez, además de llegar a la íntima convicción de su fundamentación jurídica, tal y como se señaló, debe inferir que no resulte lesivo del patrimonio público. Nótese que, acorde con las voces del artículo 73 in fine de la Ley 446 de 1998 (que incorporó el artículo 65 A. de la Ley 23 de 1991, compilado por el artículo 60 del Decreto 1818 de 1998), el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en “las pruebas necesarias”, esto es, contar con el debido sustento probatorio. De otra parte, en desarrollo del artículo 71 de la Ley 446 de 1998, una vez conciliados los efectos patrimoniales de un acto administrativo se entenderá revocado, en forma tal que no se requiere la decisión de la entidad de retirar el acto del ordenamiento jurídico, siempre y cuando se dé alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo. Causales estas que aplicadas al proceso conciliatorio, tienen todas el carácter de juicio de legalidad, esto es, que el análisis que se realice de los supuestos consagrados en el precepto transcrito, pese al entendimiento que prima facie se pudiera inferir respecto de los 2 y 3, resulta evidente que el estudio de las mismas se circunscribe al terreno del derecho y no al ámbito de conveniencia, dado que, como se explicó, el Juez es de legalidad y no de oportunidad y, por lo tanto, aún en el caso de las citadas causales 2 y 3 del artículo 69 del C.C.A. se tratan de conceptos jurídicos indeterminados que no escapan de la órbita de control legal, como corolario del principio de legalidad propio en el Estado de Derecho. Nota de Relatoría: Ver Exp. 17219, Auto de 10 de agosto de 2000; Exp. 16758, Auto de 9 de marzo de 2000; Exp. 16116, Auto de 29 de junio de 2000; Exp. 22232, Auto de 22 de enero de 2003.

JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - Criterio orgánico / EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Régimen contractual / EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Acto. Contrato. Derecho privado / ACTO DE EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Derecho privado / CONTRATO DE EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Derecho privado.

Excepciones

Para poder determinar la legalidad del acuerdo conciliatorio, debe precisar la Sala la naturaleza del contrato fuente de la controversia que se pretende solucionar por las partes a través de la conciliación y el régimen de derecho aplicable para la época de su celebración, análisis que se realizará con independencia de la discusión respecto de la jurisdicción competente para dirimir las controversias de los contratos que celebren las entidades estatales que prestan servicios públicos, ya zanjada por la Ley 1.107 de 2006, que modificó el artículo 82 del C.C.A. y según la cual recae por la naturaleza pública de las mismas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Con este propósito, se observa que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y

ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ, E.S.P. es una empresa industrial y comercial del Distrito Capital y de servicios públicos domiciliarios, naturaleza jurídica que sujeta su actividad a las disposiciones de la Ley 142 de 1994. En síntesis, de acuerdo con las mencionadas normas y el alcance que de las mismas otorgó esta Corporación en los pronunciamientos que anteceden, es claro que: i) los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, determinaron que los actos y contratos de las prestadoras de servicios públicos de naturaleza estatal se encuentran regidos por el derecho privado, salvo las excepciones previstas en la misma ley; ii) cuando el artículo 31 estableció que los contratos que celebraran dichas entidades estatales de servicios públicos a los que se refiere esa ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirían por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los sustrajo del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; iii) empero, de la anterior regla general se exceptuaron, entre otros, aquellos contratos en los cuales las comisiones de regulación ordenen la inclusión obligatoria de cláusulas exorbitantes o la autoricen previa consulta, en cuyo caso todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de lo Jurisdicción Contencioso Administrativo. Nota de Relatoría: Ver Auto de 8 de febrero de 2007, Expediente Ni. 30903, C.P. Enrique Gil Botero; Concepto radicado número 704 de 19 de julio de 1995, C.P. Roberto Suárez Franco; Auto de 23 de septiembre de 1997, Rad. S-701, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

RESCISION - Concepto / NULIDAD - Concepto / LESION ENORME - Rescisión

El vocablo rescisión, que significa dejar sin efecto un contrato o una obligación (del latín rescindere: rasgar o romper), en el derecho colombiano se utiliza como expresión de la nulidad, esto es, para designar el fenómeno del aniquilamiento del contrato por este concepto y en otros eventos la ley alude a ella para designar la nulidad relativa. También se hace referencia a la rescisión para ciertos contratos bilaterales y onerosos (venta o permuta de bienes inmuebles), cuando una de las partes por efecto del mismo ha sufrido una lesión patrimonial notoriamente desproporcionada a lo que él por su parte se obligó, prevista en nuestra legislación bajo el nombre de lesión enorme en los términos del artículo 1946 del C.C., a cuyo tenor “El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme”, fenómeno que se constituye en un vicio objetivo del negocio jurídico. Igualmente se menciona la expresión “rescisión” en varios contratos para dar a entender su terminación, como en el de arriendo en el que se consagra como un derecho del arrendatario ante el mal estado de la cosa (1990 C.C.); o en el contrato de renta vitalicia en el que se prohíbe su petición (art. 2294); o su procedencia en el contrato de transacción por error en la persona con la cual se transa (art. 2479 C.C.); o en el contrato comercial celebrado en interés contrapuesto y manifiesto por el representante (art. 838 del C. Co.); o en el contrato de seguro (art. 1059 C. Co.); o en materia de derechos de autor cuya legislación permite la utilización de la figura al editor por el incumplimiento del autor en cuanto a la fecha y forma de entrega de los originales de la obra, o al autor por la falta de cumplimiento del editor en el pago de las regalías a que tiene derecho, o aquella rescisión de “pleno derecho” en los supuestos que regulan el evento en que el editor adquiere del autor una participación temporal o permanente en todos o en algunos de los derechos económicos del autor (arts. 114, 132 y 138 de la Ley 23 de 1982); incluso en disposiciones administrativas se alude a esta expresión frente a los contratos, como por ejemplo, a propósito de las cancelaciones y de los actos sin cuantía para liquidaciones notariales (art. 39 Resolución 1700 de la Superintendencia de Notariado y art. 8 del Decreto 1428 de 2000).

CONDICION RESOLUTORIA EXPRESA - Rescisión del contrato / RESCISION DEL

CONTRATO - Condición resolutoria expresa / PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA - Contrato ley para las partes

En el entendido de que el contrato de obra fuente del conflicto que es materia de acuerdo conciliatorio, se le aplica la regulación jurídica del derecho privado, es decir, las disposiciones civiles y comerciales correspondientes, advierte la Sala que la estipulación del mismo que hace referencia a una “rescisión” del contrato no se enmarca en los eventos antes citados, sino que se trata de una cláusula que establece una condición resolutoria expresa en el contrato; es decir, la expresión usada en la misma fue equívoca, pero mirada bajo como condición expresa constituye un modo especial de extinción de las obligaciones. Ciertamente es que el artículo 1602 del Código Civil, establece que los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales; con otras palabras, consagra el principio “lex contractus, pacta sunt servanda”, que supone el carácter obligatorio para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato celebrado que no esté afectado por vicio de invalidez; no obstante, en virtud de este mismo principio y como corolario de la autonomía de la voluntad de las partes, el contrato bien puede modificarse o extinguirse si éstas así lo convienen, excepciones que proceden según las estipulaciones y cláusulas del contrato y que encuentran en el pacto de una condición resolutoria expresa una de sus modalidades. En efecto, una de las formas en que las partes pueden alterar los efectos finales del contrato válidamente celebrado y prever un efecto extintivo de las obligaciones que emanen del mismo, es a través de una condición expresa cuya ocurrencia destruye el vínculo derivado del negocio jurídico; es decir, las partes son libres para subordinar la eficacia del contrato a un hecho o suceso futuro e incierto, negativo o positivo, cuya verificación resuelva el contrato y extinga las obligaciones pendientes.

CONTRATO DE COMPRAVENTA - Cláusula resolutoria por incumplimiento. Pacto comisorio / CLAUSULA RESOLUTORIA POR INCUMPLIMIENTO - Contrato de compraventa. Pacto comisorio / PACTO COMISORIO - Cláusula resolutoria por incumplimiento. Contrato de compraventa / PACTO COMISORIO SIMPLE - Concepto / PACTO COMISORIO COMPLEJO - Concepto / OBLIGACION CONDICIONAL - Concepto / CONDICION SUSPENSIVA - Concepto / CONDICION RESOLUTIVA - Concepto

Para el caso del contrato de compraventa la cláusula resolutoria del mismo por causa de incumplimiento se denomina pacto comisorio, cuyos efectos se regulan en los artículos 1935 y 1937 del Código Civil. Según la primera norma -1935-, en virtud del pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta (pacto comisorio simple); y según la segunda -1937-, si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda (pacto comisorio calificado). Así mismo, el artículo 1530 del Código Civil, establece que la obligación condicional es la que depende de una condición -"pendente conditione"-, de un acontecimiento futuro e incierto, que puede suceder o no. La obligación condicional está supeditada al acontecimiento futuro e incierto que constituye la condición, y queda subordinada a dicho acontecimiento, permaneciendo en suspenso hasta que él se realice, o resolviéndose según ocurra o no. De manera que, la condición puede ser suspensiva o resolutoria; la primera “suspende la exigibilidad de un derecho” mientras se cumple, en tanto que la segunda “extingue un derecho” con su cumplimiento (art. 1536 C.C.). Nota de Relatoría: Ver Sentencia 5 de diciembre de 2006, Rad. 13750, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

CONDICION RESOLUTORIA EXPRESA - Efecto extintivo. Opera de pleno derecho / RESOLUCION DEL CONTRATO - Efecto

La condición resolutoria expresa opera de pleno derecho desde que ella se cumple sin decisión judicial y la parte así lo declara a la otra y extingue las obligaciones pendientes del contrato sometido bajo esa condición. El hecho de que se controvierta ante el juez su ocurrencia no limita este efecto extintivo, dado que el pronunciamiento judicial es meramente declarativo, y es la voluntad de las partes la que hace obrar por su iniciativa la disolución del vínculo contractual; el juez "...[v]erifica solamente si los hechos pertinentes se han realizado, y si los hechos han sido de la manera prestablecida. Pero la resolución no la pronuncia, es decir, no nace por su declaración en la sentencia...". En resumen, la Cláusula 59 del contrato, reúne las características de pacto de condición resolutoria expresa, porque: a) cualquiera de las partes podía rescindir (sic) el contrato por incumplimiento grave [esto es, declarar la resolución por el cumplimiento de la condición]; b) cada uno de los eventos para ello constituyen un hecho futuro e incierto; y c) su ocurrencia y la declaración o información por una parte a la otra hacía desaparecer el vínculo jurídico. En efecto, una vez se presenta alguna de las hipótesis contempladas en la Cláusula 59, se comienza un proceso resolutorio en el que el acreedor se encuentra facultado para analizar la situación y decidir si continúa con interés en el cumplimiento del contrato, pese a no estar él totalmente ejecutado; es decir, ante el incumplimiento grave por la parte deudora de una prestación del contrato en virtud de los supuestos de hecho convenidos para su procedencia, queda al arbitrio del acreedor de esa prestación el derecho a persistir en la relación contractual y el cumplimiento del contrato o de resolverlo con base en la causales establecidas; en otros términos, en este evento el acreedor goza de la facultad de decidir si mantiene su derecho al cumplimiento o extingue los efectos contractuales mediante la resolución. En conclusión, en estos casos como el pactado en la Cláusula 59 se está en presencia de una condición resolutoria expresa, casual o mixta; y también meramente potestativa en tanto la parte acreedora puede renunciar al derecho que el contrato le confiere para resolverlo.

EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Revisión de precios / TEORIA DE LA IMPREVISION - Concepto / REVISION DE PRECIOS - Equilibrio económico del contrato / PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL - Cláusula de revisión de precios

La ruptura de la ecuación financiera de cualquier contrato puede verse alterada por actos o hechos de uno de los contratantes, como cuando uno de ellos no cumple con las obligaciones derivadas del contrato; o por factores exógenos a las partes del negocio o "teoría de la imprevisión", que involucra circunstancias extraordinarias, imprevisibles y sobrevivientes al nacimiento del contrato y no imputables a una de las partes; es decir, externas al contrato pero con incidencia en él, todas ellas con características y requisitos propios para su configuración puestas en la situación concreta negocial. Para la Sala, en verdad, dicha cláusula, dada su naturaleza y connotación de prevenir un desequilibrio financiero del contrato y su ruptura, debe ser aplicada durante el desarrollo del mismo, pues la inaplicación de la misma o la aplicación tardía al final de la ejecución del contrato podría provocar una excesiva onerosidad para el cocontrante en el cumplimiento de sus obligaciones, colocándolo en una situación o posición de inequidad contractual que bien puede llevar a impedir su ejecución o causar trastornos o dificultades para su cumplimiento y graves repercusiones económicas en la ecuación de la relación. Y es que la estipulación tendiente al reconocimiento de nuevos precios por virtud de trabajos ejecutados en mayores cantidades a las originalmente previstas en el contrato y su cumplimiento en el tiempo debido, es una manifestación de los principios de buena fe e igualdad contractual (art. 1603 C.C.), principios de estricta aplicación en los contratos conmutativos y en

particular en aquellos de ejecución periódica y que se proyectan en el tiempo. Además de lo anterior, en el caso concreto, una interpretación sistemática y en conjunto de las estipulaciones (art. 1622 del C.C.) permite concluir que la Cláusula 38 debía ser aplicada durante la ejecución del contrato y no una vez finalizado el plazo contractual, dado el procedimiento fijado para su aplicación; en efecto, en la Cláusula 39 se señaló que todas las variaciones deberían incluirse por el contratista en los programas actualizados; y la Cláusula 40, permitía al Gerente de Obra solicitar al Contratista cotizaciones para la ejecución de la variación, e incluso si este decidía que la urgencia de la variación no permitía obtener y analizar una cotización sin demorar trabajos, no se proporcionaría ninguna y la variación sería un evento compensable. Por lo tanto, la entidad contratante se encontraba en la obligación de aplicar la Cláusula 38.1 durante el desarrollo del contrato y no al final del mismo y al no aplicarla el equilibrio financiero del Contrato SF-01-7000-0106-96 de 20 de noviembre de 1996 se menoscabó en detrimento de los intereses legítimos de la contratista y por causa del comportamiento contractual de la entidad demandada, lo que además corrobora la justificación alegada por la contratista según la cual el retardo presentado en la finalización de la obra dentro del plazo contractual se debió a esta circunstancia y cuya incidencia se refleja en los perjuicios tasados por los peritos en el dictamen pericial que se analizó.

RESCISION UNILATERAL - Incumplimiento grave. Inexistencia / LIQUIDACION UNILATERAL - Incumplimiento grave. Inexistencia / INCUMPLIMIENTO GRAVE - Liquidación unilateral. Inexistencia / EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Liquidación unilateral del contrato. Ilegal

Cabe precisar que las decisiones de “rescisión” y “liquidación” unilaterales adoptadas por la entidad prestadora de servicios públicos deben entenderse y ser analizadas desde la óptica del derecho privado, toda vez que es el régimen jurídico aplicable al Contrato SF-01-7000-0106-96 de 20 de noviembre de 1996. En este sentido, la entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios se encontraba obligada a respetar las estipulaciones del contrato que determinaban la viabilidad y procedencia de dichas determinaciones, por ser ley para las partes, de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil. Sin embargo, observa la Sala que las pruebas que reposan en el expediente, demuestran que no hubo un incumplimiento grave por parte de la contratista, presupuesto sine qua non para la procedencia de las aludidas decisiones unilaterales, habida cuenta de que fue el incumplimiento de la contratante, que consistió en exigir mayores cantidades de obra -en particular de tubería 12”- sin aplicar oportunamente la Cláusula 38.1 del contrato, lo que originó un rompimiento del equilibrio financiero del mismo, según se determinó en el dictamen pericial, y que ocasionó el retardo en la ejecución de las prestaciones de la contratista dentro del plazo establecido. En estas circunstancias, estaba vedado a la entidad contratante “rescindir” en forma unilateral el contrato y, en consecuencia, también liquidarlo, pues por sabido se tiene que en los contratos bilaterales no puede operar la resolución del contrato por incumplimiento (sea por condición expresa o tácita) a favor de la parte que sin razón y con falta al contrato a su turno se ha sustraído del cumplimiento de sus obligaciones y, por ende, se encuentra en situación de incumplimiento. Con otras palabras, cuando se incumpliera en forma “grave” el contrato por la contratista, ante este supuesto pactado como condición resolutoria expresa, estaba la entidad en libertad de resolver el contrato o insistir en su cumplimiento con el correspondiente pago de liquidación de daños y perjuicios acordada en él, opción que podía ejercitar siempre que a su vez hubiera satisfecho o cumplido sus prestaciones contractuales, porque cuando hubiera dejado de cumplir con lo pactado, en la forma y tiempo debidos, la inexecución o el retardo de la contratista en el cumplimiento de sus obligaciones determinada por la insatisfacción de aquél en las suyas, se encontraría justificada, situación que,

por tanto, impedía tomar esas decisiones unilaterales, so pena de infringir el propio contrato (cláusula 59) y la ley (arts. 1602, 1603, 1609 del C.C. y 871 del C. Co.). Además, la controversia que se presentara entre las partes en relación con la ocurrencia de este modo de extinguir el contrato (condición resolutoria expresa), su alcance y los efectos (pagos, indemnizaciones, restituciones mutuas, entre otras), debía ser dirimida por el Juez del contrato o en forma directa y bilateral por las propias partes en virtud de la autonomía de la voluntad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil siete (2007)

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00072-01(31838)

Actor: SOCIEDAD SADEICO S.A.

Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA

Referencia: ACCION CONTRACTUAL - APROBACION DE CONCILIACION JUDICIAL

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora Sociedad Sadeico S.A., contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 28 de julio de 2005, el cual será revocado.

Mediante el auto apelado, el a quo improbo la conciliación prejudicial, por considerar que el acuerdo no estaba fundado en los medios de prueba suficientes que permitieran inferir que el mismo no es contrario a la ley, ni lesiona el patrimonio público.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 19 de diciembre de 2000, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales establecida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la sociedad SADEICO S.A., formuló demanda en contra de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. (EAAB- ESP), para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Que son nulas las resoluciones Nos. 1066 de 14 de septiembre de 1998 y 1507 de 11 de diciembre de 1998, por medio de las cuales se rescinde el contrato No. SF-1-01-7000-0106-96 celebrado entre la firma SADEICO S.A. y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, cuyo objeto es la construcción del alcantarillado sanitario para el barrio el Palmar I, II, III; alcantarillado pluvial para los barrios El Palmar I, II, III, El Muelle y San Antonio Norte; y acueducto del barrio el Palmar I, II, III; se declara la realización del riesgo de incumplimiento; se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria y se hace efectiva la póliza única de seguro de cumplimiento, la primera; y la segunda, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad SADEICO S.A., confirmándose en todas sus partes la resolución No. 1066 antes mencionada, respectivamente.

“SEGUNDA: Que son nulas las resoluciones Nos. 1291 de 2 de diciembre de 1999 y 0146 de 18 de febrero de 2000, por medio de las cuales se liquida unilateralmente por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP el contrato No. SF-1-01-700-0106-96 suscrito el 20 de noviembre de 1996 entre dicha entidad y la sociedad SADEICO S.A., cuyo objeto es la construcción del alcantarillado sanitario para el barrio el Palmar I, II, III; alcantarillado pluvial para los barrios El Palmar I, II, III, El Muelle y San Antonio Norte; y acueducto del barrio el Palmar I, II, III, la primera, y la segunda por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad SADEICO S.A., confirmándose en todas sus partes la resolución 1291 antes mencionada, respectivamente.

“TERCERA: Declárese que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP incumplió el contrato No. SF-1-01-7000-0106-96 suscrito el 20 de noviembre de 1996 entre dicha entidad y la sociedad SADEICO S.A., cuyo objeto es la construcción del alcantarillado sanitario para el barrio el Palmar I, II, III; alcantarillado pluvial para los barrios El Palmar I, II, III, El Muelle y San Antonio Norte; y acueducto del barrio el Palmar I, II, III, por los hechos y circunstancias relatados en esta demanda.

“CUARTA: En consecuencia, condénese a pagar a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP todos los perjuicios ocasionados a la sociedad SADEICO S.A. en virtud del incumplimiento del Contrato a que se contrae la anterior pretensión, los cuales comprenden daño emergente y lucro cesante, y serán los que se acrediten en el curso del proceso. Las sumas de dinero de las condenas correspondientes serán ajustadas, conforme lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

“QUINTA. Condénese a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP al pago de las costas y gastos del proceso.

“En subsidio de las anteriores pretensiones, solicito lo siguiente:

“PRIMERA: Declárese la ocurrencia de un enriquecimiento injusto a favor de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA ESP y en contra de la sociedad SADEICO S.A., por no haber reconocido y pagado los diversos reclamos formulados en forma oportuna por ésta última, relacionados en esta demanda, y en especial, por no haber pagado la demandada las Actas de Obra ejecutada números 12 y 13, correspondientes al Contrato No. SF-1-01-7000-0106-96, suscrito el 20 de noviembre de 1996, por valores de NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS VEINTICUATRO PESOS M/CTE (\$92'648.724,00) Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS SEIS PESOS M/CTE (\$6'656.906,00), respectivamente, y por haber ordenado a SADEICO S.A., la ejecución de mayores cantidades de obra de las inicialmente previstas sin dar aplicación a la revisión de precios consignada en las cláusulas 38, 39 y 40 del contrato antes citado, tal y como será demostrado en el curso del proceso.

“SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA ESP al pago de los reclamos formulados por SADEICO S.A. y que se demuestren en el curso del proceso, en especial, las Actas de Obra Ejecutada número 12 y 13, por valores de \$92'648.724 y \$6'656.906, respectivamente, así como el pago de las mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista SADEICO S.A., durante el desarrollo del contrato SF-1-01-7000-0106-96, suscrito el 20 de noviembre de 1996.

“TERCERA: Todas las sumas de dinero a que sea condenada a pagar la EMPRESA DE

ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA ESP, devengarán intereses y serán actualizadas al momento en que se dicte el fallo respectivo.

“CUARTA: Condénese a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP al pago de las costas y gastos del proceso.

2. Fundamentos de hecho

Los hechos narrados por la actora en la demanda son, en resumen, los siguientes:

2.1. Señaló que previo el desarrollo de la Licitación Pública Nacional No. D-03-96, la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP y SADEICO S.A., celebraron el 20 de noviembre de 1996 el Contrato SF-01-7000-0106-96, cuyo objeto es la construcción del alcantarillado sanitario para el barrio el Palmar I, II, III; alcantarillado pluvial para los barrios El Palmar I, II, III, El Muelle y San Antonio Norte; y acueducto del barrio el Palmar I, II, III, por valor de \$1474.693.777 millones, bajo la modalidad de precios unitarios reajustables, con un anticipo del 30% y una duración de 8 meses a partir del acta de iniciación de obras, el cual sufrió dos modificaciones (números 2 y 3), en las que se amplió el plazo de ejecución hasta el 18 de febrero de 1998.

2.2. Afirmó que en vigencia del contrato se presentaron una serie de acciones y omisiones imputables a la administración que le causaron serios retrasos para la ejecución del mismo, un desequilibrio económico y financiero en su contra, un empobrecimiento y graves perjuicios, a saber:

i) La entidad contratante se demoró en pagarle el anticipo pactado (66 días);

ii) La contratante exigió para iniciar la obra la obtención de una licencia de excavación con arreglo al Decreto Distrital 039 de 21 de enero de 1997, regulación que no era conocida por ser posterior a la celebración del contrato y que tampoco era una obligación a su cargo; con todo, en forma contradictoria el 1 de abril de 1997, se le ordenó comenzar la obra sin contar con la licencia, la cual sólo fue expedida, posteriormente, el 8 de octubre de 1997 (No. 184) y con vigencia de ocho meses.

iii) La contratante incumplió la obligación de entregar al contratista las indicaciones sobre las interferencias existentes con las demás redes instaladas en el sector.

iv) La empresa contratante y la interventoría, CONSORCIO IEH-GRUCON LTDA, interpretaron y aplicaron en forma errónea y arbitraria la Cláusula 38 del contrato, relacionada con la modificación de las cantidades y las condiciones técnicas y económicas que debían cumplirse en un ítem particular para llevar a cabo un ajuste de precio unitario y permitir un cambio.

v) La interventoría exigió cantidades de obra extra y mayores de tubería con diámetros mínimos para las redes de alcantarillado pluvial y conexión de sumideros en la ejecución del contrato, y sin aplicar debidamente la citada Cláusula 38.1; en efecto: a) se solicitó tubería de 12”, ítem que no estaba previsto en el contrato, además que las cantidades previstas en los planos de la construcción resultaban diferentes, situación que sólo se aclaró y concretó el día 3 de octubre de 1997 (acta de reunión de obra No. 25); b) no obstante que estaba contemplado el suministro e instalación de tubería en las especificaciones del ítem de sumideros, su pago era independiente; y c) las cantidades de tubería en concreto simple clase 1 diámetro de 12” para las redes de aguas lluvias y la conexión entre sumideros y pozos de alcantarillado que figuraba en el listado de

cantidades y precios era de 94 metros lineales, cantidad ínfima en comparación con la exigencia realizada en este ítem por la interventoría, la cual representaba más de un 25% del ítem (300% respecto del original), modificación sustancial que debió ser compensada conviniendo un nuevo precio.

2.3. Añadió que el 22 de diciembre de 1997 se realizó una reunión de obra (No. 37), en la que la interventoría expuso la urgencia de construir los sumideros y se discutieron los nuevos precios presentados sin llegar a algún acuerdo, lo que originó que SADEICO S.A. enviara mediante Oficio No. SE.374 del día 23 de los mismos mes y años, un nuevo análisis de los precios unitarios, revisados con los respectivos soportes con corte al 1 de enero de 1998, de conformidad con las observaciones efectuadas por aquélla.

2.4. Sostuvo que como la interventoría no volvió a pronunciarse sobre el tema, entendió que aquélla había solicitado la aprobación de los nuevos precios y tramitado la extensión del plazo necesario para poder construir los sumideros e instalar la tubería en la longitud que realmente se requería, de manera que obrando de buena fe y atendiendo su compromiso, ejecutó obras por encima de las cantidades originales del contrato, tal como se refleja en el anexo al “Acta Provisional de Terminación de Obra” suscrita el 19 de febrero de 1998 y en las mediciones de obra efectuadas el 19 de marzo y el 30 de abril de 1998, en las cuales consta que la instalación de tubería fue de 1.010,95 mts. lineales y que se construyeron y entregaron 186 sumideros en funcionamiento y conectados a la red de aguas lluvias.

2.5. Agregó que, como no pudo adelantar más labores por falta de solución de la interventoría al problema de las interferencias, la omisión en el pago de las obras ejecutadas en el año de 1998 y la omisión en el reajuste de precios unitarios de la Cláusula 38.1, SADEICO S.A. solicitó la liquidación del contrato, para lo cual remitió el 5 de marzo de 1998 un documento de los ítems que, en su criterio, estaban cobijados por la citada cláusula, dando luego alcance al mismo los días 4 de junio, 14 y 27 de julio de 1998.

2.6. Manifestó que el 4 de agosto de 1998, la interventoría solicitó replantear la anterior evaluación de ítems, bajo una interpretación distinta de la Cláusula 38.1 del contrato, requerimiento que se respondió el 1 de septiembre del mismo año mediante Oficios SE.164.98 y SE 154.98 con una segunda revisión de la evaluación, la cual fue discutida en las reuniones de los días 4 y 14 de ese mismo mes, sin llegar a un acuerdo en torno a la interpretación de la aludida estipulación.

2.7. Aseveró que, además, la interventoría no tramitó ante la entidad contratante el pago de las actas de obra números 12 de 18 de marzo de 1998 por \$92.648.724,00 y 13 de 30 de abril de 1998 por \$6.656.906,00 y, por lo mismo, no le fueron canceladas.

2.8. Afirmó que la interventoría, en Oficio de 18 de mayo de 1998, comunicó a SADEICO S.A. que había incumplido el contrato y que la liquidación contemplaría las obras faltantes -decisión reiterada el 9 de septiembre de ese mismo año por la empresa contratante con la intención de rescindirlo -, ante lo cual en sendos oficios de 9 de junio de 1998, ésta le reafirmó el cumplimiento de sus obligaciones y solicitó aplicar las cláusulas 24 y 25 a efectos de que un conciliador resolviera las controversias suscitadas en torno al contrato y, así mismo, la conminó al pago de las obras ejecutadas debido a que su retención era ilegal.

2.9. Expuso que, posteriormente, según consta en Acta de Acuerdo No. 3 de 14 de septiembre de 1998, la contratante fijó su posición definitiva sobre la aplicación de la Cláusula 38.1 del

contrato y acordó acudir a la conciliación -la cual fracasó según ratificó el Director de la Sociedad Colombiana de Ingenieros en oficio de 27 de junio de 2000-; no obstante, también en esa misma fecha 14 de septiembre de 1998, se expidió la Resolución 1006, por la cual se rescindió el contrato, acto que fue confirmado en la Resolución 1507 de 11 de diciembre de 1998.

2.10. Finalmente, señaló que la empresa contratista liquidó unilateralmente el Contrato SF-01-7000-0106-96, por medio de la Resolución 1291 de 2 de diciembre de 1999, en la que compensó arbitraria e ilegalmente las sumas de dinero de las actas de avance de obras con el valor de las multas y la cláusula penal, para concluir que la sociedad SADEICO S.A. quedaba adeudando la suma de \$38,482.525,82., acto que fue confirmado por Resolución 0146 de 18 de febrero de 2000.

3. Concepto de la violación

Sobre la base de que el contrato se rige por el derecho privado y no por la Ley 80 de 1993 y que, en tal virtud, la entidad no tenía competencia para adoptar las decisiones de rescisión y terminación del contrato e imposición de multas y sanciones, contenidas en los actos demandados, sino que eran potestad del juez del contrato, en conformidad con la ley nacional, formuló la actora ocho cargos contra los mismos a saber: i) Violación de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con lo previsto en el artículo 84 del C.C.A.; b) Inaplicabilidad e ilegalidad de las cláusulas contractuales que permiten ejercer cláusulas excepcionales, con violación del artículo 16 del Código Civil, dado que no es posible derogar por convenio entre particulares la atribución del Juez; c) Violación de los artículos 1714, 1715, 1546 y 1592 del Código Civil; d) Imposición en los actos acusados de sanciones incompatibles e ilegales, pues en ellas se aplicó por fuera del plazo -extemporáneamente- y en forma acumulada la sanción moratoria con la cláusula penal; e) Vulneración al derecho de defensa, en violación del artículo 29 de la Constitución Política, pues fueron expedidos sin procedimiento previo; f) rompimiento del equilibrio económico del contrato por el incumplimiento de la EAAB al no haber dado aplicación a la Cláusula 38 del contrato, no haber entregado oportunamente el anticipo convenido, no cumplir con la entrega de los planos relativos a las interferencias, omitir el pago de las actas de obra y el valor correspondiente a la retención de la garantía, en violación de los artículos 1602, 1603, 1609, 1618, 1620, 1621 y 1662 del Código Civil; 822, 864, 869 y 871 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 4 numeral 8, 9, 5 numerales 1 y 3, 27 de la Ley 80 de 1993; g) Violación al principio de proporcionalidad por parte de la EAAB, en relación con la imposición de las sanciones; h) Enriquecimiento sin causa a favor de la EAAB y en contra de la Sociedad SADEICO S.A., debido a la ejecución de obras contractuales sin haber recibido el pago al que tenía derecho.

4. La oposición del demandado

Una vez admitida la demanda por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto de fecha 6 de febrero de 2001, y notificada la misma, la demandada presentó escrito en el que se opuso a todas las pretensiones, porque, en su criterio, la contratista fue la que dio lugar a la rescisión del contrato y a su liquidación, al no ejecutar la totalidad de la obra y, por ende, incurrir en un incumplimiento grave de sus obligaciones, según consta en el acta de terminación suscrita el 19 de febrero de 1998.

En relación con los hechos relatados en la demanda aceptó algunos, precisó otros, negó varios y manifestó atenerse a lo que se probara respecto de los últimos. En particular afirmó:

Que según la Cláusula 51.1 y el contenido de los datos del contrato, el anticipo se pagaría a más tardar a los treinta días de la orden de pago impartida por el gerente de obra y, como la contratista presentó la cuenta de cobro por este concepto el 3 de febrero de 1997, la fecha límite para el pago era el día 3 de marzo y éste se efectuó el 27 de febrero de 1997, es decir, cumpliendo los plazos estipulados.

Que el trámite de la licencia de excavación era de conocimiento de la contratista desde el proceso de licitación, dado que así se contemplaba en el Capítulo 1 - servicios preliminares, numeral. 1.5. subnumeral 1.5.1. de los pliegos, y antes del Decreto 039 de 1997 este requisito ya se establecía en el Decreto 0115 de 4 de febrero de 1986, aspecto en el que no manifestó inconformidad después de firmado el contrato y antes de la suscripción del acta de iniciación, siendo otras las razones a él imputables (programa de trabajo e inversión, interferencias existentes, algunos seguros) las que retardaron esta diligencia para comenzar la obra.

Que de acuerdo con lo señalado en el numeral 1.4 de las especificaciones técnicas, resultaba predecible para la contratista trabajar con la presencia de redes existentes, circunstancia que debió considerar al momento de licitar, pero, al contrario, lo que demostró fue una deficiente programación en la investigación de interferencias.

Que en cuanto se refiere al suministro e instalación de la tubería de 12" y sumideros, no era cierto que a raíz de este ítem se hubiera producido un desequilibrio económico del contrato, puesto que esta actividad se encontraba indicada en los planos de la construcción y en los documentos de la licitación, precisamente en el Capítulo 12, numeral 12.3 de las especificaciones técnicas (lo transcribe), por lo cual resulta contradictoria la afirmación del actor respecto de que no existía un ítem de pago para esta tubería, pues ello se podía establecer de una sencilla revisión de las actas de pago y aún más entre la contratista y el interventor se inició la revisión de precios sobre dicho ítem para efectos de la aplicación de la cláusula 38.1.

Que la verdadera razón de los atrasos de la contratista no fue solamente el suministro de la tubería 12", sino la deficiente organización administrativa, técnica y logística que implementó durante las prórrogas concedidas, asuntos sobre los cuales la interventoría recalzó y efectuó recomendaciones, sin que las implementara con responsabilidad; además, en el primer oficio de solicitud de modificación del contrato no se planteó este aspecto como motivo para ampliar el plazo.

Que sobre la revisión y análisis de los precios unitarios se realizan afirmaciones inconsistentes, dado que la contratista, al no recibir una comunicación final, no podía interpretar que los precios estaban aprobados por la interventoría o que se había tramitado una prórroga al contrato; al contrario, la contratista tenía conocimiento del procedimiento para la aplicación de la Cláusula 38.1, según comunicación de 22 de diciembre de 1997 y que para tal fin se requería de la suscripción de un acta de precios unitarios.

Que el actor no podía "...eludir un hecho real como fue su aceptación de incumplimiento con la ejecución del objeto contractual, de lo cual se dejó constancia con la suscripción de su parte del Acta de Terminación del 19 de febrero de 1998..., ni mucho menos afirmar, sin argumento alguno, que dicha acta tenía un carácter provisional.

Que tampoco le era dable manifestar que la interventoría siguió produciendo comunicaciones sobre la base de que el acta de terminación iba a ser cambiada, pues de conformidad con el contrato -Cláusula 49- esta actividad estaba justificada en otras circunstancias, como aquellas

relacionadas con el período establecido para culminar la ejecución de las obras cuando el plazo del contrato ya se encontrara vencido, sin perjuicio del pago por parte del incumplido de una compensación al contratante por los daños causados por cada día de demora, tasados al 0.1% respecto a la totalidad de las obras hasta un máximo del 10% del valor del contrato.

Que no es correcta la liquidación de ítems realizada por la contratista con base en la Cláusula 38.1, porque la hizo bajo una interpretación errónea de la misma, como tampoco resulta cierto que si el valor inicial del contrato era de \$1.474.693.777,00 pudiera producirse un desequilibrio económico y financiero por el reajuste de un valor equivalente al 2% respecto del original.

Que los hechos que dieron lugar al incumplimiento del contrato por parte de la contratista, según se consignó en los informes del interventor en el cual constan los múltiples requerimientos efectuados, se atribuyen a: i) la contratista no se preparó administrativa, técnica o logísticamente para iniciar los trabajos; ii) no investigó las interferencias; iii) no tuvo durante la ejecución del contrato la organización logística para acometer los trabajos, en especial, maquinaria, y presentó dificultades para el suministro de los materiales de construcción y tubería; iv) en los primeros meses ya había presentado un considerable retraso; y v) nunca atendió en debida forma las instrucciones de la interventoría para recuperar los atrasos.

De otra parte, respecto de los cargos formulados arguyó: i) que de acuerdo el contrato, la entidad estaba facultada para imponer las compensaciones por daños derivados de la inejecución de la totalidad de la obra, así como para rescindirlo (cláusulas 49, 59 y 60.1), y el hecho de que él prevea la aplicación de la ley nacional no obsta para que también se aplique directamente el procedimiento previsto en las normas del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) que fueron adoptadas contractualmente, sin que ellas gocen del carácter de cláusulas excepcionales como las reguladas por la Ley 80 de 1993; ii) que, como la normativa que rige el contrato es de carácter supranacional, el vicio de incompetencia que se plantea en la demanda para rescindir el contrato y aplicar las compensaciones, no resulta procedente, porque parte de la idea equivocada de que está regido por las normas del derecho privado; iii) que tampoco resulta válido esgrimir una violación al derecho de defensa, toda vez que la contratista tuvo todas las oportunidades para rebatir las manifestaciones de la interventoría.

Finalmente, formuló las excepciones de: i) caducidad, por cuanto el demandante solicita la nulidad de las resoluciones números 1066 de 14 de septiembre de 1998 y 1507 de 11 de diciembre de 1998, por medio de las cuales se rescinde el contrato, de suerte que si se toma la fecha de expedición de las mismas y la de presentación de la demanda, habría operado la caducidad; y ii) genérica sobre cualquier pretensión.

5. Actuación procesal

5.1. Mediante auto de 6 de septiembre de 2001, se abrió el proceso a pruebas, se requirió a las partes la documentación en su poder relacionada con el contrato, se decretó un interrogatorio de parte y una prueba pericial.

5.2. El 24 de abril de 2003 se realizó la audiencia de conciliación, de conformidad con el artículo 104 de la Ley 446 de 1998, a la que asistieron las partes y el Ministerio Público, pero fracasó por no existir ánimo conciliatorio.

5.3. A solicitud de las partes se suspendió el proceso en dos oportunidades desde el 27 de noviembre de 2003, sobre la base de que se encontraban gestionando un acuerdo conciliatorio;

sin embargo, como había transcurrido el tiempo suficiente para culminar dicha labor, y no habían presentado documento alguno que demostrara los trámites que se encontraban adelantando, el Tribunal a quo citó a una nueva audiencia de conciliación para el 1 de diciembre de 2004; no obstante, esta audiencia también se declaró fallida, pues, aunque se adjuntó certificación de la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO ESP acerca de la iniciación de un trámite conciliatorio para ser puesto a consideración del Tribunal, no se presentó fórmula conciliatoria por las partes.

5.4. Mediante auto de 2 de diciembre de 2004 se dio traslado por el término de ley a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que presentara concepto, si a bien lo tenían, término durante el cual guardaron silencio.

5.5. Estando el proceso para fallo de primera instancia, los apoderados radicaron escrito (fls. 358 a 408 cd. 4c) en el cual informaron que habían logrado una conciliación total y solicitaron "...impartir la correspondiente aprobación de este acuerdo conciliatorio entre las partes hoy vinculadas al proceso y dar por terminado el litigio...", para lo cual el Tribunal a quo convocó a una nueva audiencia de conciliación para el 21 de abril de 2005, con el fin de que presentaran en la misma la fórmula conciliatoria. En esta audiencia las partes y el Ministerio Público manifestaron lo siguiente:

"Previamente a la citación para esta audiencia de conciliación las partes allegaron un escrito en el que expresan su ánimo conciliatorio y establecen en que consistirá el acuerdo conciliatorio que se pretende lograr en la presente audiencia. En dicho escrito quedó consignado lo siguiente: 'Así mismo el Comité de Conciliación en la parte motiva de su decisión solicitó la posibilidad de auscultar la viabilidad de obtener un descuento adicional que podía consistir en descontar la cláusula pecuniaria o la no cancelación de las actas alegadas por la parte actora. En este sentido manifestamos a su despacho que luego de un análisis de las condiciones del contrato se observó que la cláusula pecuniaria no se cuantificó en las pretensiones de la demanda por ser solo aplicable a la parte de la Empresa de Acueducto y que así mismo las actas corresponden al sustento mismo de la pretensión de la demanda, lo que implicaría tanto o más que renunciar al sustento de la misma. Es por ello que en reunión de las partes los demandantes aceptaron la proposición del Comité de Conciliación y sobre el valor del daño emergente del dictamen (\$1'733.092.125,00) pesos m/cte. realizaron un descuento del 14%, para un total a conciliar por valor de MIL CUATROCIENTOS NOVENTA MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO (\$1'490.459.228,00) PESOS M/CTE.' En este estado de la diligencia, el Despacho procede a preguntar a las partes si se ratifican en el acuerdo allegado al expediente y que obra a fls. 358 y siguientes. Se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte demandante. Manifiesto expresamente que ratifico el acuerdo conciliatorio presentado con anterioridad al Despacho. En este momento se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte demandada. Es mi deseo manifestar al Despacho que la parte a la cual se hace referencia como conciliación entre los aquí intervinientes corresponde integralmente a lo decidido por el Comité de Conciliación de la Empresa de Acueducto en acta 01 del 13 de enero de 2..5 (sic) suscrita por (...), decisión que ratifico el día de hoy tal como se expreso integralmente en el memorial enviado a su Despacho el 16 de febrero de 2.005. En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra al Agente del Ministerio Público, procurador 50. Al Ministerio Público le asisten muchas dudas sobre la viabilidad de la conciliación por las incoherencias que se observan en el expediente y en especial en la contestación de la demanda por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y la conciliación que se pretende hacer en esta instancia según acta del Comité de Conciliación 01 de 13 de enero de

2005 en reunión extraordinaria que decidió conciliar; por consiguiente, ante lo complejo del tema y por tratarse de aspectos técnicos respecto del incumplimiento por parte del contratista y según las resoluciones 1066 de septiembre 14 de 1998 y No. 1507 de diciembre del mismo año que resolvieron rescindir por incumplimiento grave el contrato No. SF-1-01-7000-0106-96 celebrado entre la firma SADEICO S.A. y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, me abstengo como agente del Ministerio Público dentro de este proceso de avalar la conciliación aquí propuesta por los motivos expuestos. No sobra advertirle al Honorable Magistrado que dentro del proceso según peritaje del noviembre 6 de 2002 (...) da como resultado la cantidad total de perjuicios equivalente a la suma de TRES MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES CIENTO CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y DOS PESOS CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS (\$3'391.104.532,85) y la propuesta a conciliar presentada a este despacho con fecha de febrero de 2005 (...) asciende a la suma de MIL CUATROCIENTOS NOVENTA MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$1'490.459.228), existe una diferencia de MIL NOVECIENTOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CINCO PESOS CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS (\$1'900.645.305,85), sin actualizar, suma esta a favor de la Entidad Estatal, la que proyectada a un fallo judicial sin tenerse la conciliación conllevaría una condena aproximadamente tres veces más alta que iría en contra de los intereses económicos del Estado. En consecuencia solicito al h. Magistrado conductor del proceso que después de hacer un análisis profundo del tema objeto de la controversia con las pruebas que obran en el proceso, apruebe la conciliación o la niegue según su leal saber y entender...”

5.6. A la misma audiencia se había remitido previamente copia auténtica del Acta No. 01 del Comité de Conciliación de EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO ESP -el cual se reunió el 13 de enero de 2005- y del estudio jurídico realizado para determinar la viabilidad del acuerdo conciliatorio (visible en copias auténticas a fls. 358 a 408 cd. 4c). En este último escrito en lo pertinente se lee:

“A.- LOS CARGOS DE INCUMPLIMIENTO

“Ninguno de los cargos que por incumplimiento del contrato le endilga la demandada a la EEAB, tiene respaldo jurídico y probatorio suficiente, por lo que la posición de la Empresa por este aspecto es sólida.

“Sin embargo, en relación con la cláusula 38.1 y si bien es claro el hecho de no haber aplicado la EAAB la cláusula 38.1 antes de conocer “la cantidad final de los trabajos ejecutados por el contratista” jamás puede llegar a constituirse en causal de incumplimiento del contrato, SI ES BIEN PROBABLE QUE EL TRIBUNAL CONCLUYA, CON BASE EN EL DICTAMEN PERICIAL, QUE LA FALTA DE APLICACIÓN OPORTUNA DE DICHA CLÁUSULA ANTE LA VARIACIÓN SIGNIFICATIVA DE LA CANTIDAD DE TUBERÍA DE 12” ROMPIÓ EL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO Y LLEVO AL CONTRATISTA AL INCUMPLIMIENTO DE MISMO.

“Lo anterior implica que aún encontrándose demostrado el incumplimiento del contratista, como en efecto lo está, dicho incumplimiento estaría plenamente justificado pues fue la conducta de la EAAB la que lo originó.

“B.- LOS CARGOS DE ILEGALIDAD

“En lo que hace relación con los cargos de ilegalidad de las Resoluciones acusadas, sólo los

referentes al rompimiento del equilibrio financiero del contrato por la falta de aplicación de la cláusula 38.1 y a la falta de competencia por extemporaneidad de las mismas, la posición de la EAAB es bastante precaria.

“En efecto y como ya se dijo, si bien la circunstancia de no haber aplicado la EAAB la cláusula 38.1 antes de conocer “la cantidad final de los trabajos ejecutados por el contratista”, jamás puede llegar a constituirse en causal de incumplimiento del contrato es posible y perfectamente probable que el TRIBUNAL CONCLUYA CON BASE PRINCIPALMENTE EN EL DICTAMEN PERICIAL, QUE ESA CIRCUNSTANCIA ROMPIÓ EL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO Y LLEVARON AL CONTRATISTA AL INCUMPLIMIENTO DEL MISMO, y por ende violaron las disposiciones citadas en la demanda,

“Así mismo es prácticamente seguro que EL TRIBUNAL DECLARE TANTO LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES Nos. 1066 Y 1507 DE 1998 POR HABER SIDO EXPEDIDAS EXTEMPORÁNEAMENTE, COMO LAS RESOLUCIONES No. 1291 de 1999 Y 0146 DE 2000 QUE LIQUIDARON UNILATERALMENTE EL CONTRATO AL TENER EN CUENTA ESTAS ULTIMAS Y APLICAR DICHA LIQUIDACIÓN LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LAS PRIMERAS.

“Y en cuanto al restablecimiento del derecho que, como consecuencia de la nulidad de las Resoluciones acusadas solicita el demandante, es apenas obvio que el Tribunal no podría declarar que la EAAB no incumplió el contrato, pero si condenarla al pago de los daños y perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) que según el dictamen asciende a la suma de TRES MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES CIENTO CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$3.391.104.532), actualizada a octubre de 2002, fecha de elaboración del dictamen...”

5.7. En auto de 2 de junio de 2005, el Tribunal solicitó a las partes aclarar varios aspectos relacionados con la conciliación lograda, a lo cual respondieron en escrito conjunto, en síntesis, lo siguiente:

i) En cuanto a los puntos esenciales sobre los cuales versó la conciliación celebrada entre las partes, señalaron como tales: a) Fundamentos de hecho de las resoluciones dictadas por la E.A.A.B, confrontados con los análisis de los hechos de la demanda; b) Análisis de los fundamentos de derecho de las resoluciones dictadas por la E.A.A.B. (rescisión del contrato y liquidación unilateral del mismo); c) Estudio de legalidad de los actos administrativos demandados; d) Análisis de las reclamaciones formuladas por SADEICO S.A. a través de la demanda; e) Análisis probatorio de las reclamaciones de la contratista; f) estudio y aplicación de la cláusula 38.1 del contrato, pago por actas de obra ejecutada; costos sufragados por la contratista, entre otros; g) estimación y cuantificación de los perjuicios derivados de la ejecución contractual en concordancia con las pruebas arrojadas al proceso; h) Análisis de las fórmulas conciliatorias, basadas en los estudios realizados por las partes.

ii) En relación con la posición adoptada respecto de la legalidad de los actos administrativos, manifestaron que “...[d]esde el punto de vista jurídico consideramos que las resoluciones dictadas por la E.A.A.B, son contrarias a la ley, en correspondencia con los cargos cuarto [imposición en los actos acusados de dos sanciones incompatibles] y sexto [desequilibrio económico del contrato por incumplimiento de la EAAB al no haber dado aplicación a la cláusula 38 del contrato] del capítulo de normas violadas, por cuanto se sancionó de manera extemporánea al Contratista y se rompió el equilibrio económico del contrato al dejar de

aplicarse una de las cláusulas previstas en el contrato (38.1), que hubiera evitado el perjuicio ocasionado a la contratista...”; de otro lado, “...la manera como se liquidó unilateralmente el contrato, incluyendo la aplicación plena de todas las penalidades señaladas en él, cuando no había sido ejecutado con adición a un gran número de ítems, por fuera de las cantidades inicialmente previstas, compensándolas luego con el valor de las últimas actas, generó un desbordamiento de las facultades exorbitantes de la administración, en desatención a lo previsto en la ley...” y “[f]inalmente existió un enriquecimiento injusto a favor de la E.A.A.B y en contra de SADEICO S.A...”

iii) En lo que respecta a las sumas de dinero pactadas y la causa de las mismas, adujeron que es por un valor de \$1'490.459.288, a favor de la sociedad contratista, suma que “...envuelve todos los reclamos formulados durante la ejecución del contrato y con ocasión de la demanda, entendida esta suma como pago integral a cualquier pretensión derivada de la ejecución del contrato materia del proceso, poniendo fin a la controversia...” y que corresponde al daño emergente verificado por los peritos en el dictamen, descontando un 14% del total de este rubro.

iv) Por último, afirmaron que la suma conciliada si contempla las sumas reconocidas en el acta de liquidación unilateral, es decir, que se encuentran los \$486.951.146,08 que corresponde a la liquidación del contrato efectuada por expertos en el dictamen pericial.

6. La providencia apelada

El Tribunal a quo, mediante auto de 28 de julio de 2005 resolvió improbar la conciliación judicial celebrada entre las partes, por los siguientes motivos:

a) Que se presentaba una contradicción entre el acuerdo conciliatorio y lo aclarado por las partes en cumplimiento del requerimiento realizado, pues mientras en el acta de conciliación se manifestó en relación con los cargos presentados frente a las resoluciones acusadas que no se observaba irregularidad alguna, en el escrito de aclaraciones adujeron la posible ilegalidad de los mismos por los cargos cuarto y sexto.

b) Que para determinar si las sanciones impuestas a la parte demandante como es la cláusula penal moratoria y la cláusula penal compensatoria son incompatibles e ilegales a la luz de las normas del contrato y de la ley de contratación pública, se requiere un análisis específico con base en el recaudo probatorio.

c) Que, de igual forma, en relación con la cláusula 38.1 sobre reajustes, en los cuales se basa el dictamen pericial rendido, no existe certeza en la conciliación sobre la viabilidad de la aplicación de la misma y el reconocimiento de los valores por los costos de mayores cantidades de obra.

d) Que el rompimiento del desequilibrio económico del contrato, no requiere un análisis de la legalidad del acto, por cuanto él se deriva de situaciones fácticas del contrato, sin que se cuestione la legalidad o no de los actos administrativos.

e) Que, por lo anterior, resulta claro que el acuerdo conciliatorio no se pronunció sobre la legalidad o no de los actos administrativos demandados, por lo que los mismos se presumen legales y tienen plenos efectos jurídicos, hasta tanto no se desvirtuó la presunción con base en el material probatorio recaudado.

f) Que, como no existe una posición concreta adoptada por las partes frente a la legalidad de los actos administrativos demandados, y aún cuando se manifiesta la probabilidad de que el juez del

contrato decreta la ilegalidad de los mismos, no es dable concluir si realmente debe declararse la nulidad de las resoluciones sin entrar a analizar el material probatorio, máxime cuando sobre la causal solicitada no existe una posición pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia, de manera que de ser aprobada en los términos específicos conllevaría un resultado lesivo para los intereses de la administración.

7. Los recursos de apelación

Inconforme con la decisión de improbar la conciliación lograda, las partes interpusieron por separado recurso de apelación contra el auto de 28 de julio de 2005, el cual les fue concedido por auto de 18 de agosto de 2005 proferido por el a quo. Dentro del término de traslado para sustentar el recurso ordenado en Auto de 10 de febrero de 2006 de esta Corporación, ocurrió lo siguiente:

7.1. La actora, sociedad SADEICO S.A. sustentó en tiempo el recurso, para lo cual arguyó:

Que, aun cuando están de por medio en la conciliación unos actos administrativos, el a quo no adelantó el mínimo esfuerzo para hacer una confrontación o análisis con la normatividad legal y los elementos de prueba obrantes en el expediente, y sólo se limitó a señalar los parámetros fijados en la jurisprudencia, pero sin indagar si tales presupuestos se cumplieron en el caso concreto y sin profundizar sobre las manifestaciones desprevenidas que se hicieron en el acuerdo conciliatorio.

Que las resoluciones por virtud de las cuales se rescindió el contrato de obra e impusieron multas son ilegales, en tanto en el ordenamiento jurídico no existe norma legal que le de a una de las partes esa atribución de rescindir un contrato, figura extraña a nuestro derecho y que mira el interés individual; así como tampoco pueden las entidades públicas imponer multas o cláusulas penales, pues aunque éstas pueden convenirse, no se está frente a una cláusula excepcional y, por tanto, la entidad que se crea con derecho a exigir las necesariamente tiene que acudir al juez del contrato, tal y como lo advirtió la Sentencia de 20 de octubre de 2005 del Consejo de Estado.

Que, además de lo anterior, resulta del mayor repudio jurídico el proceder de la entidad contratante que profirió la Resolución 1066 de 14 de septiembre de 1998, siete (7) meses después de que había vencido el plazo contractual, y con violación al artículo 29 de la Constitución Política al desconocer el derecho de defensa de la contratista, dado que no se surtió un procedimiento antes de expedirla.

Que, igualmente, resultan ilegales las Resoluciones Nos. 1291 de 2 de diciembre de 1999 y 0146 de 18 de febrero de 2000, por las cuales la entidad liquidó unilateralmente el contrato, de una parte, porque no se reconoce en esta etapa absolutamente ninguno de los reclamos de la contratista y créditos a su favor, tal y como lo dispone el artículo 60 de la Ley 80 de 1993; y de otra, porque se apoya en un acto ilegal como lo es la resolución que decretó la rescisión e impuso las multas, con el fin de realizar el descuento de estas últimas y de otros valores (penal pecuniaria) y considerar en la misma liquidación de créditos a favor de las contratante.

Que las partes en el documento de conciliación asumen la inminencia de una declaratoria de nulidad respecto de los actos administrativos acusados, cuyo restablecimiento implicaría una cuantiosa erogación para la entidad pública.

Que la alta probabilidad de la condena contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado se funda en el recaudo probatorio existente en el proceso, no sólo a través de la prueba documental sino

mediante el dictamen pericial, que no fue objetado, en donde se da cuenta de las cantidades de obra ejecutadas por la contratista, presentando un gran número de ítems variaciones significativas en comparación a las inicialmente previstas, que hacían forzoso acudir a los mecanismos de revisión de precios señalados, lo cual nunca ocurrió y, en forma diversa, se dieron unas sanciones arbitrarias y extemporáneas en contra de la contratista.

Que existe la correspondencia o congruencia entre lo conciliado y la materia litigiosa, si se tiene en consideración que la demandante formuló dos tipos de pretensiones: las primeras tendientes a que se anulen los actos administrativos y las segundas relacionadas con un enriquecimiento injusto, y en la conciliación se acordó pagar a favor de la demandante una suma de dinero que corresponde a un 86% del total del porcentaje establecido dentro de proceso como daño emergente.

Finalmente, concluyó que ante la ilegalidad de los actos administrativos, la conciliación en ningún caso resulta lesiva al patrimonio público y a la ley.

7.2. En auto de 31 de marzo de 2006, la Magistrada Ponente declaró desierto el recurso de apelación impetrado por la entidad pública demandada, con base en el informe Secretarial de 27 de marzo de 2006, en el cual se informó que el término concedido corrió entre el 15 al 17 de marzo de ese año y “[l]a parte demandada guardó silencio” (fls. 481 a 483 cd. ppal.).

II. CONSIDERACIONES

La Sala revocará el auto impugnado, con base en las siguientes consideraciones:

1. El objetivo del recurso de apelación

La sociedad recurrente considera que la providencia impugnada debe ser revocada, por cuanto el a quo no realizó un análisis de los actos y la situación concreta con la normatividad legal y los elementos de prueba obrantes en el expediente, que permiten, en su criterio, arribar a la conclusión de que las resoluciones por virtud de las cuales se rescindió el contrato de obra e impusieron multas, así como las que adoptan la liquidación sin reconocer los reclamos de la contratista son ilegales, dado que el ordenamiento jurídico no faculta para tomar dichas decisiones a una de las partes, ni menos aún en forma extemporánea y con desconocimiento del derecho de defensa. Además, en su sentir, existe una alta probabilidad de la condena contra la empresa demandada según el acervo probatorio, en el que se acredita las cantidades de obra ejecutadas por la contratista, con variaciones significativas frente a las originalmente convenidas, y la omisión de aplicar los mecanismos de revisión de precios estipulados.

En este sentido, y como la libelista afirma que el acuerdo guarda congruencia entre lo conciliado y la materia litigiosa y no resulta lesivo al patrimonio público y a la ley, para resolver la inconformidades expuestas contra la providencia del a quo, la Sala estudiará si en el caso concreto se cumplen los requisitos legales necesarios para aprobar el acuerdo conciliatorio.

2. Los requisitos para aprobar el acuerdo conciliatorio

De conformidad con el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, pueden conciliar, total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial, las personas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderad, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código

Contencioso Administrativo.

El juez para aprobar el acuerdo, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

2.1. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad (artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998).

La acción escogida por la demandante fue la de controversias contractuales, establecida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), y de acuerdo con la cual es viable incoar y conocer por esta vía procesal diferentes súplicas a condición de que tengan por origen un contrato, es decir, puede esta acción comprender conjuntamente pretensiones que persigan la declaratoria de incumplimiento del contrato, la nulidad de los actos que se expidan con motivo del mismo y el resarcimiento patrimonial correspondiente

, sin que ello comporte una indebida acumulación

, tal y como se solicita en el petitum de la demanda del sub examen.

Para las acciones relativas a los contratos cuya controversia sea objeto de conocimiento y solución por parte de esta Jurisdicción

, “...el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento...” (numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.), computo sujeto, entre otras, a las siguientes reglas:

“...b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

“c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;

“d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;...”

De los ordinales transcritos del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., se infiere que para contabilizar el término de dos años para intentar las acciones contractuales, es necesario distinguir entre aquellos contratos que deben ser liquidados y los que no requieren de liquidación; así, cuando se trata de contratos en los cuales no se debe liquidar el conteo comienza desde la terminación por cualquier causa y, en cambio, en el caso de que deba efectuarse la liquidación, el plazo se cuenta desde la fecha en que se suscribe la respectiva acta si es de mutuo acuerdo, o desde la fecha en la cual queda en firme el acto mediante el cual la administración la realiza unilateralmente.

Bajo estas condiciones, la Sala observa que en relación con las Resoluciones 1066 de 14 de septiembre de 1998 y 1507 de 11 de diciembre de 1998, por medio de las cuales se rescindió el contrato y se resolvió el recurso de reposición interpuesto, respectivamente, no puede establecerse la fecha exacta en que quedaron ejecutoriadas, para computar a partir de allí el

término para el ejercicio oportuno de la acción contractual, pues, aunque se afirma en el documento presentado por las partes el 16 de febrero de 2005 al Tribunal a quo, que dicha ejecutoria ocurrió el 28 de diciembre de 2000, no obra copia de la diligencia de notificación respecto de la última -cuaderno 2 pruebas: documentos contractuales-, a fin de verificar esa manifestación.

Sin embargo, se advierte que no operó en el caso concreto la caducidad, porque es claro que el contrato de obra SF-01-7000-0106-96 de 20 de noviembre de 1996 es de tracto sucesivo, lo que significa que requería de liquidación, tal y como así se estableció convencionalmente en la Cláusula 57 -liquidación final

, de manera que para el 19 de diciembre de 2000, fecha en la cual se presentó la demanda, no habían transcurrido los dos años para ejercer la acción, previstos en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, contados desde la expedición y ejecutoria de las resoluciones Nos. 1291 de 2 de diciembre de 1999 y 0146 de 18 de febrero de 2000, por las cuales se liquidó unilateralmente el contrato y se confirmó esta medida, respectivamente

En consecuencia, se concluye que la demanda fue presentada en tiempo y, por lo mismo, se cumple con este requisito.

2. Que el acuerdo conciliatorio versa sobre derechos de contenido particular y económico, disponibles por las partes (artículo 59 de la Ley 23 de 1991 y 70 de la Ley 446 de 1998).

En el sub iudice, se conoce de un conflicto de carácter particular y de contenido económico cuya competencia es de esta Jurisdicción a través de la acción de controversias contractuales (artículo 87 C.C.A.).

En efecto, las pretensiones principales están orientadas a que se declare la nulidad de las resoluciones acusadas en la demanda por medio de las cuales se rescindió y se liquidó en forma unilateral el contrato de obra No. SF-1-01-7000-0106-96, celebrado entre la firma SADEICO S.A. y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP; se declare el incumplimiento del contrato y como consecuencia a que se condene al pago de los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) o, en subsidio, se declare la ocurrencia de un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandada y se condene al pago de los valores reclamados por este concepto, es decir, todas ellas giran en torno a la ejecución y cumplimiento del citado contrato, como que él se constituye en el eje de la causa propuesta.

De ahí que, como el conflicto emana de la ejecución de un contrato bilateral, oneroso y conmutativo celebrado en virtud de la autonomía privada, dirimir y solucionar entre las partes contratantes la controversia en torno al alcance de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones del mismo, sea en forma heterocompositiva o autocompositiva como la conciliación materia de estudio, involucra la disposición y afectación de derechos e intereses subjetivos, de contenido crediticio o personal, con una proyección patrimonial o económica, y que, por lo mismo, resultan renunciables (arts. 15, 1495, 1602 del C.C.).

Igualmente, se advierte que se persigue la nulidad de unos actos unilaterales y particulares que se dicen administrativos expedidos en desarrollo de la relación contractual, cuyas consecuencias patrimoniales son susceptibles de este mecanismo de autocomposición de conflictos, según lo dispuesto por el artículo 71 de la Ley 446 de 1998, el cual establece que “[c]uando medie acto administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en

el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado”.

3. Que las partes estén debidamente representadas y que los representantes tengan capacidad para conciliar.

La accionante compareció al proceso mediante apoderado judicial, en virtud de poder a él conferido, con facultad expresa para conciliar (fl. 1 del C. ppal). La parte demandada ha sido representada por varios apoderados fls. 62, 216, 252 cd. ppal) el último de los cuales intervino en la audiencia de conciliación contando también con facultad expresa para conciliar (fls. 84 y 322 cd ppal).

4. Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (artículo 65 A de la Ley 23 de 1991 y artículo 73 de la Ley 446 de 1998)

4.1. La regularidad interna y externa de la conciliación en el proceso administrativo

La conciliación en el derecho administrativo es un importante mecanismo para la composición de litigios y para la descongestión de despachos judiciales con el fin de asegurar un eficaz acceso a la Administración de Justicia, tal y como lo ordenan el Preámbulo y los artículos 2 y 229 de la Constitución Polític

. Pero, esta consideración, como ya lo tiene determinado de antaño esta Sección, no puede conducir a la aprobación judicial mecánica de las conciliaciones de las partes, sin parar mientes en la indebida utilización que se pueda hacer de esta institución y en las defraudaciones que, por su aplicación, se puedan producir al tesoro públic

, comoquiera que la conciliación, como fuente reguladora de conflictos, supone la legalidad de este negocio jurídico, en tanto que la posibilidad de disponer de los intereses estatales debe ajustarse rigurosamente al ordenamiento vigent

y, por ello mismo, exige previa homologación judicial

En otros términos, si bien la conciliación propende por la descongestión de la Administración de Justicia y por la composición del conflicto a través de una solución directa acordada por las partes, no lo es menos que todo acuerdo conciliatorio debe ser verificado por el juez, quien para aprobarlo debe establecer que éste sea legal

y no resulte lesivo al patrimonio público.

Y en esta tarea el juez, ante quien se somete a consideración el acta donde consta el acuerdo conciliatorio, debe realizar las valoraciones correspondientes que le permitan concluir si la conciliación se ajusta a la ley O lo que es igual, la conciliación en el derecho administrativo -y por ende en controversias contractuales del Estad

- como solución alternativa de conflictos, debe estar precedida, conforme el pensamiento uniforme y reiterado de la Sala, de un estudio jurídico comprensivo de las normas jurídicas y de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso

pues al comprometer recursos del erario es claro que su disposición no se puede dejar a la

voluntad libérrima de los funcionarios, sino que amerita el cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley

En tales condiciones se tiene que la conciliación contencioso administrativa como instituto de solución directa de conflictos, construida a partir de la capacidad dispositiva de las partes y cuya bondad -tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia-, como fórmula real de pa

(en tanto borra las huellas negativas del conflicto) y como instrumento de descongestión de los despachos judiciales, está suficientemente demostrad

, no puede convertirse en un procedimiento expedito para manejar a su arbitrio el tema de la contratación públic.

Este control en modo alguno supone por parte de esta instancia un pre-juzgamiento, sino que su tarea se circunscribe a la revisión del acuerdo conciliatorio en orden a verificar su entera sujeción al ordenamiento jurídico. La conciliación supone, entonces, que la solución adoptada por las partes para poner fin al litigio sea ajustada a derecho, y si no es así el juez tiene la obligación de improbarla

Por lo mismo, la conciliación sólo produce efecto hasta tanto el juez contencioso imparte su aprobació

, en otros términos, para su eficacia jurídica requiere de homologación judicial

Bajo el anterior contexto, estricto sensu, la aprobación del acuerdo conciliatorio depende de la fortaleza probatoria que lo sustenta, habida cuenta de que el juez, además de llegar a la íntima convicción de su fundamentación jurídica, tal y como se señaló, debe inferir que no resulte lesivo del patrimonio público. Nótese que, acorde con las voces del artículo 73 in fine de la Ley 446 de 1998 (que incorporó el artículo 65 A. de la Ley 23 de 1991, compilado por el artículo 60 del Decreto 1818 de 1998), el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en “las pruebas necesarias , esto es, contar con el debido sustento probatorio.

De otra parte, en desarrollo del artículo 71 de la Ley 446 de 1998, una vez conciliados los efectos patrimoniales de un acto administrativo se entenderá revocado, en forma tal que no se requiere la decisión de la entidad de retirar el acto del ordenamiento jurídico, siempre y cuando se dé alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, a cuyo tenor:

“ARTICULO 69. CAUSALES DE REVOCACION. Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

“1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.

“2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.

“3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona”.

Causales estas que aplicadas al proceso conciliatorio, tienen todas el carácter de juicio de legalidad, esto es, que el análisis que se realice de los supuestos consagrados en el precepto transcrito, pese al entendimiento que prima facie se pudiera inferir respecto de los 2 y 3, resulta

evidente que el estudio de las mismas se circunscribe al terreno del derecho y no al ámbito de conveniencia, dado que, como se explicó, el Juez es de legalidad y no de oportunidad y, por lo tanto, aún en el caso de las citadas causales 2 y 3 del artículo 69 del C.C.A. se tratan de conceptos jurídicos indeterminados que no escapan de la órbita de control legal, como corolario del principio de legalidad propio en el Estado de Derecho.

4.2. El caso concreto

Con el propósito de establecer si la conciliación lograda por las partes en la audiencia de 21 de abril de 2005 cumple con los anteriores presupuestos, la Sala analizará el asunto con el siguiente derrotero: i) las pruebas allegadas al expediente para sustentar el acuerdo; ii) el contrato celebrado por las partes y su régimen de derecho; iii) la supuesta rescisión pactada en el contrato es una condición resolutoria expresa; iv) el alcance de la Cláusula 38.1 y sus efectos en el equilibrio económico del contrato; v) las decisiones de “rescisión” y “liquidación” unilaterales fueron adoptadas con infracción al contrato; y vi) la conclusión.

4.2.1. Los hechos demostrados

A fin de determinar si existe el debido respaldo probatorio de lo reconocido en el acuerdo, la Sala observa:

1) De acuerdo con la prueba documental que obra dentro del proceso, se encuentran demostrados los siguientes hechos y actos relevantes para el caso concreto:

a) Que entre las partes se celebró el 20 de noviembre de 1996 el Contrato SF-01-7000-0106-96, para la construcción del alcantarillado sanitario para el barrio el Palmar I, II, III; alcantarillado pluvial para los barrios El Palmar I, II, III, El Muelle y San Antonio Norte; y acueducto del barrio el Palmar I, II, III, por valor de \$1.474.693.777 millones, bajo la modalidad de precios unitarios reajustables, con un anticipo del 30% y una duración de 8 meses a partir del acta de iniciación de obras, financiado por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), sujeto a la ley de la República de Colombia; contrato adjudicado por Resolución 0578 de 19 de noviembre de 1996 (documentos públicos en copias auténticas aportadas con la demanda que obran en el expediente a fls. 209 a 282 C. 2 pruebas y 237 a 296 cd. 8 pruebas).

b) Que la iniciación de la obra objeto del citado contrato ocurrió el 1 de abril de 1997 y teniendo en cuenta el plazo de duración pactado (8 meses), se determinó como fecha de entrega de trabajos el 30 de noviembre de 1997, según consta en el acta de iniciación (copias auténticas a fls. 129 a 131 C. 2 pruebas y fls. 127 a 129 cd. 8 pruebas).

c) Que el contrato fue modificado en tres oportunidades, así: i) Modificación No. 1 de 25 de noviembre de 1996, por la cual se determinaron el tipo y la condiciones de garantía del contrato; ii) Modificación No. 2 de 30 de noviembre de 1997, por la cual se amplió el plazo del contrato hasta el 19 de enero de 1998; iii) Modificación No. 3 de 16 de enero de 1998, por la cual prorrogó el plazo del contrato hasta el 18 de febrero de 1998 (documentos públicos en copias auténticas que reposan en el expediente a fls. 285 a 294 C. 2 pruebas y fls. 290 a 300 cd. 8).

d) Que al 18 de febrero de 1998, de acuerdo con el acta de terminación de obra suscrita por el interventor y la contratista el día 19 de ese mismo mes y año, las obras no se encontraban totalmente ejecutadas, entre otras, la construcción de sumideros y sus conexiones en tubería 12” a los pozos respectivos, además que algunas requerían de ajustes o reparaciones que impedían el recibo de las mismas por parte de la interventoría, para lo cual se señaló un término de 30 días

con el fin de realizar los trabajos de reparación, ajuste, remate, adecuación y limpieza, de manera que se continuara con el proceso de liquidación del contrato (documento en copia auténtica a fls. 132 a 134 cd. 2 pruebas y 130 a 132 cd. 8 pruebas).

e) Que durante la etapa de la liquidación del contrato existieron diferencias entre las partes respecto de algunas actividades (licencia de excavación, entrega del plano de las interferencias), las cantidades de obra a realizar en el ítem tubería de concreto clase 1, diámetro 12", la construcción de sumideros, la aplicación y oportunidad de la cláusula 38.1 en materia de revisión de precios de los ítems, el pago de obras de las actas 12 y 13 posteriores al 18 de febrero de 1998, y en general el cumplimiento del contrato en el término estipulado, acordándose la búsqueda de soluciones a las mismas y una prórroga del término para la liquidación hasta el 15 de septiembre de 1998, todo lo cual consta en las actas de administración 01 de 9 de junio de 1998, acuerdo No. 1 de 10 de junio de 1998 y acuerdo No. 2 de 10 de agosto de 1998 (documentos en copias auténticas visibles a fls. 161 a 164 cd. 2 pruebas y fls. 135 a 162 cd. 8 pruebas).

f) Que el 14 de septiembre de 1998, teniendo en cuenta que para efectos de la liquidación del contrato se requería resolver previamente la controversia surgida respecto de la aplicación de la cláusula 38.1, las partes acordaron someterla a un conciliador -Sociedad Colombiana de Ingenieros S.C.I.- (Acta de Acuerdo No. 3 en copias auténticas a fls. 165 a 167 cd. 2 pruebas y fls. 163 a 165 cd. 8 pruebas).

g) Que con posterioridad al 18 de febrero de 1998 y en forma paralela a la liquidación del contrato, la contratista continuó realizando obras durante los meses subsiguientes de dicho año, las cuales fueron medidas, cuantificadas y valoradas por la interventoría en cinco cortes de obra con fechas 18 de marzo; 30 de abril, 29 de mayo, 15 de junio, 3 de agosto de 1998, contenidas en el Anexo No. 2 obra ejecutada después del plazo contractual y su reajuste (copias auténticas a fls. 30 a 107 cd. 8 pruebas).

h) Que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA ESP, mediante Resolución 1006 de 14 de septiembre de 1998, rescindió el contrato citado, declaró la realización del riesgo de incumplimiento, hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por valor de \$19.988.549.09 y descontó de los valores pendientes de pago esta pena, \$131.154.512.2 por concepto de la compensación por liquidación de daños y perjuicios establecida en la cláusula 49.1 del contrato, y \$16.651.993.00 por valoración de defectos no corregidos de acuerdo con la cláusula 36 ídem, acto que fue confirmado en la Resolución 1507 de 11 de diciembre de 1998, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición presentado por SADEICO LTDA. (documentos públicos en copias auténticas aportadas con la demanda a fls. 366 a 399 y 412 a 444 del cd. 2 de pruebas y solicitadas por el tribunal a quo visibles a fls. 367 a 374 y 417 a 452 cd. 8).

Esta medida fue adoptada por los siguientes motivos: i) el 19 de febrero de 1998, la interventoría y el contratista suscribieron el acta de terminación de obras, dejando constancia que al vencimiento del plazo contractual el contratista había incumplido con parte de la ejecución de la obra prevista en el contrato, además de que existía la necesidad de efectuar ajustes y/o reparaciones, remates y adecuaciones y limpieza de las obras terminadas, a fin de llevar a cabo su recibo a satisfacción, para lo cual la interventoría concedió un plazo de treinta (30) días calendario, previa autorización del Gerente de Obra, los que una vez transcurridos, se verificó que persistía el incumplimiento; ii) la entidad había puesto en conocimiento dicha situación mediante comunicaciones al propio contratista y a la aseguradora, para los efectos de las cláusulas 59, 59.1 y 59.2 literal g) del contrato, según las cuales en caso de que se impusiera la máxima compensación [multa] sin que se culminara con la obra, era procedente rescindir el

contrato por incumplimiento grave; iii) el 29 de mayo de 1998 se cumplió lo previsto en el literal g) de la Cláusula 59.2 del contrato, es decir, se configuró la causal de rescisión por incumplimiento grave, situación que fue informada el 4 de junio de 1998 por el interventor; iv) el 5 de junio de 1998 el contratista había presentado escrito en el que comunicó los precios unitarios por ítems que cumplieran con las condiciones previstas en la Cláusula 38.1 del contrato y en el que concluyó que los pagos recibidos habían sido insuficientes para cubrir los costos reales de las obras, razón por la cual, adujo, incurrió en sobrecostos financieros no previstos para no paralizar la misma; v) el 4 de agosto de 1998, luego de varias reuniones y comunicaciones, se requirió al contratista para que reconsiderara los precios unitarios e informara las razones que justificaran su incumplimiento; y vi) el contratista no presentó las pruebas que permitieran atender las razones esgrimidas como justificantes y, por el contrario, se habían recibido por la comunidad peticiones para que se culminaran las obras, de conformidad con lo pactado.

i) Que a través de la Resolución 1291 de 2 de diciembre de 1999, la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA ESP, confirmada a través de la 0146 de 18 de febrero de 2000, se liquidó unilateralmente el Contrato SF-01-7000-0106-96 y se ordenó hacer efectiva la póliza única de seguro cumplimiento (documentos públicos en copias auténticas en el cd. 2 de pruebas), decisión que fue sustentada teniendo en cuenta las modificaciones al contrato, plazos de ejecución y liquidación; la obra ejecutada, su medición, valoración, pago y obra faltante; el anticipo del contrato, las retenciones hechas; el incumplimiento del contratista y sus consecuencias, y la aplicación de la Cláusula 38.1, con base en el proyecto de acta de liquidación elaborado por la firma interventora, IEH GRUCÓN LTDA.

Esta liquidación realizada en forma unilateral por la entidad contratante, arrojó la siguiente ejecución y balance financiero:

“...ANÁLISIS Y BALANCE CONTABLE PARA LA LIQUIDACIÓN			
CONCEPTO	(...) VALOR BRUTO	PAGADO POR EAAB-ESP	PENDIENTE DE PAGO POR LIQUIDACIÓN
(1) VALOR DE OBRA EJECUTADA DENTRO DE PLAZO CONTRACTUAL	1.091.919.212.11	1.091.919.212.11	0.00
(2) VALOR DE OBRA EJECUTADA POR FUERA DEL PLAZO CONTRACTUAL	119.683.164.21	0.00	119,683.164.21
(3) VALOR OBRA POR AJUSTES DE PRECIOS SEGÚN CLÁUSULA 38.1	21.036.423.75	0.00	21.036.423.75
(4) VALOR TOTAL OBRA EJECUTADA	1.232.638.800.07	1.091.919.212.11	140.719.587.96

REAJUSTES POR OBRA

(5) POR OBRA EJECUTADA DENTRO DEL PLAZO CONTRACTUAL	192.141.451.00	192.141.451.00	0.00
(6) POR OBRA EJECUTADA POR FUERA DEL PLAZO ORIGINAL	32.676.635.00	0.00	36.676.635.00
(7) POR OBRA AJUSTADA SEGÚN CLÁUSULA 38.1	9.285.872	0.00	9.285.872.00
(8) VALOR TOTAL REAJUSTES (5)+(6)+(7)	234.103.958.00	192.141.451.00	41.962.507.00
(9) VALOR FINAL DEL CONTRATO DE OBRAS (4)+(8)	1.466.742.758.07	1.284.060.663.11	182.682.094.96

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO

CONCEPTO	(...) VALOR LIQUIDADO	DATOS ESENCIALES DEL CONTRATO
(10) SALDO PENDIENTE PARA PAGO EN LA LIQUIDACION (9)	182.682.094.096	(22) Vr. INICIAL DEL CONTRATO: 1.474.693.777.00 (23) Vr. porcentual: 100%
MÁS: (11) 100% DE RETENCIONES HECHAS POR GARANTIA, CLAUSULA 48	64.203.032.36	(24)Vr. REVISADO SIN AJUSTES 38.1: 1.311.545.121.78 (25) Vr. porcentual: 88.94%
MENOS: (12) RETENCIÓN EN LA FUENTE 1% DE (10)	1.826.821.00	(26)Vr. EJECUT. SIN AJUSTES 38.1: 1.211.602.376.32 (27) Vr. porcentual: 82.16%
(13) RETENCIÓN DEL I.C.A, 0.5% 0.5% DE (10)	913.410.00	(28) FALTANTE PRECIO DE ORIGEN 99.942.745.46

	(29)	Vr. 6.78%	Porcentual
(14) SUBTOTAL DESCUENTOS DE LEY, (12)+(13)	2.740.231.00		
	(30) VALOR DEL ANTICIPO (30%)	442.408.133.00	
	(31) VALOR AMORTIZADO (22%)	327.575.765	
MENOS:			
(15) SALDO DE ANTICIPO POR AMORTIZAR (32)	114.832.367.087		(32) VALOR SIN AMORTIZAR (8%) 114.832.367.87 (...)
(16) VALORIZACIÓN DE DEFECTOS NO CORREGIDOS, Cláusula 36.1	16.651.993.00		
(17) SUBTOTAL (15) + (16)		131.484.360.87	
MENOS:			
(18) 20% DE (28) OBRA FALTANTE O TRAB. INCONCLUSOS, Cláusulas 60.1		19.988.549.09	
(19) 10% DE (24) LIQUIDAC. DE DAÑOS Y PERJUICIOS, Cláusula 49.1		131.154.512.18	
(20) SUBTOTAL, (18) + (19)		151.143.061.27	
(21) TOTALES, (10)+(11)-(14)-(17)		(38.482.525.82)	
SON: TREINTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS VEINTICINCO PESOS CON OCHENTA Y DOS CENTAVOS. [\$38,482.525,82.]	A FAVOR DE LA EAAB- ESP. POR CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO (...)"		

2) El dictamen pericial decretado por el Tribunal a quo y practicado por un ingeniero y un contador público, da cuenta de los siguientes aspectos técnicos, económicos y financieros en la ejecución del contrato del sub lite:

a) Que el 27 de febrero de 1997, fue entregado oportunamente al contratista el valor del anticipo por la suma de \$442.408.133.00, teniendo en cuenta que la cuenta de cobro fue radicada el 3 de

febrero de 1997 y la empresa tenía el plazo de 30 días para su cancelación a partir de la orden de pago del gerente de acuerdo con el contrato (respuestas 1 y 4, fls. 7 y 8 cd. 10 pruebas).

b) Que la licencia de excavación se comenzó a exigir el 21 de enero de 1997, es decir, con posterioridad a la celebración del contrato, no era una obligación cuya competencia estuviera prevista para alguna de las partes, se otorgó el 8 de octubre de 1997 y en el expediente examinado no obraba documento que permitiera cuantificar algún valor con el que hubiera sido sancionado el contratista por adelantar obras antes de su obtención (respuestas 2, 3, 4 y 5 fls. 7 y 8 cd. 10 pruebas).

c) Que la contratista no tenía derecho a algún cobro por mayores costos o perjuicios relacionados por la no entrega de la información de los planos de las interferencias, de acuerdo con los numerales 1.6 y 1.7. de las especificaciones técnicas (respuestas 6 y 7 fl. 9 cd. 10 pruebas).

d) Que de acuerdo con las diferencias entre las cantidades contratadas y las cantidades reales ejecutadas por proyectos y los porcentajes, comparados con el valor total del proyecto, son veintidós (22) los ítems que cumplen con las condiciones de la cláusula 38.1 del contrato, lo cual determina las siguientes cifras: i) \$581.309.798,00 por concepto de los precios unitarios del contrato debidamente valorizados, o \$183.612.171 a precios originales del mismo (respuestas 11, 12, 13, 14 y 15, fls. 11 a 13 cd. 10 pruebas); ii) \$454.289.237,10 como valor parcial revisado del contrato ítem a ítem para cada proyecto a valor histórico de presentación de la propuesta -8 de agosto de 1996- (respuesta 16 fls. 13 y 14 ídem), iii) \$270.677.237,10, que representa la diferencia valorizada entre el valor parcial del contrato y el valor parcial revisado del mismo (\$454.289.237.10 - \$183.612.171) a valor histórico de presentación de la oferta, en aplicación de la cláusula 38.1 (respuesta 17, fl. 14 ídem); iv) \$119.481.937.60., como ajuste contractual sobre la diferencia establecida (respuesta 18, fl.15 ídem); v) \$851,021.140,27 que equivale a los costos financieros en que incurrió la contratista, SADEICO S.A., hasta 31 de marzo de 1999 (respuesta 19 fl. 15 ídem); vi) \$152.359.635.21, que representa el valor de las obras ejecutadas que no han sido pagadas a la contratista, reconocidas por la E.A.A.B y la Interventoría IEH-GRUCÓN Ltda. (respuesta 20 fl. 16 ídem); vii) \$52.830.395.13 por los reajustes por fuera del plazo contractual, viii) \$64.203.032.36, valor de la retención en garantía pendiente de ser reintegrada a la contratista; ix) \$114.832.367.87, valor del saldo del anticipo pendiente de amortizar por parte de la contratista; x) \$16.651.993 suma por los defectos no corregidos en aplicación de la cláusula 36.1 del contrato; xi) \$1.826.821, valor de la retención en la fuente a las sumas pendientes de pago; xii) \$913.410.00 de impuesto de industria y comercio y avisos (respuesta 20 fls. 16 y 17 ídem).

e) Que, teniendo en cuenta las anteriores cifras, la liquidación final del contrato sin sanciones asciende a la suma de \$486.951.139.57 a favor de la contratista (respuesta 21 fls. 17 y 18 cd 10 pruebas).

f) Que la cantidad original de tubería concreto simple clase 1, diámetro de 12 pulgadas, que estaba prevista en el contrato, era de 94 mts. lineales, según el anexo 1 del mismo, y la cantidad total realmente suministrada e instalada para conexión de sumideros de las redes de aguas lluvias a los pozos de inspección más cercanos fue de 1.045.95 metros lineales; por lo tanto, la diferencia de 951.95 mts lineales equivale a un incremento del 1.012.71 %, cantidad mayor de obra que hacia necesaria la aplicación de la cláusula 38.1 en el acta de avance siguiente (respuestas 23 y 24, fl. 18 cd. 10 pruebas).

g) Que de acuerdo con el Capítulo 12 Sumideros, numeral 12.3 Alcance de las Obras, de las

Especificaciones Técnicas particulares para redes de alcantarillado, entregadas al contratista por la E.A.A.B., para la ejecución del contrato SF-101-7000-01106-96, se concluye que este ítem incluía el suministro e instalación de la tubería de salida para conducir la aguas lluvias al pozo de inspección más cercano, pero su pago no incluía los trabajos que se debían realizar para completar esta parte de la obra, tales como tubería de conexión, excavaciones y rellenos, las cuales se medirían y pagarían por separado conforme a lo especificado en el numeral 12.6 (respuestas 25 y 26, fl. 19 cd. 10 pruebas).

h) Que de acuerdo con la cantidad de tubería concreto simple clase 1, diámetro de 12 pulgadas, que estaba prevista en el contrato, el número de sumideros que se podían construir era de 13 unidades y la cantidad real ejecutada fue de 142 unidades, que cuentan con su respectiva conexión y una longitud promedio de 7.37 metros por cada uno, existiendo una diferencia de 129, que equivale a un porcentaje de 992% de incremento (respuestas 27, 28, 29 y 30 fls. 20 y 21 cd. 10 pruebas).

i) Que, así las cosas, el valor de los perjuicios materiales irrogados al contratista debidamente actualizados a la fecha del dictamen es de \$3.391.104.532.85 (respuesta 31 fls. 21 a 26.cd. 10 pruebas), resultado de la siguiente operación:

“a) DAÑO EMERGENTE (...)

“DAÑO EMERGENTE = Valor de la LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO (...) + COSTOS QUE ASUMIÓ EL CONTRATISTA PARA ADELANTAR EL CONTRATO.

“DAÑO EMERGENTE= \$486.951.146.08 + \$851.021.148.77

“DAÑO EMERGENTE= \$ 1.337.972.295.85

“Para actualizar este valor (...)

“N2= \$1.337.972.295.85 (134,641091/103,944878)

“N2.= \$1.733.092.125,00

“EL VALOR DEL DAÑO EMERGENTE ACTUALIZADO ES IGUAL A MIL SETECIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES NOVENTA Y DOS MIL CIENTO VEINTICINCO (\$1.733.092.125,00) PESOS M/CTE (...).

“b) LUCRO CESANTE (...)

“...la tasa de interés a considerar es la del 6% anual nominal, o sea el 0.005 mensual. (...)

“Fecha del Valor del Daño Emergente: 31-III-99

“Fecha de presentación de la Experticia: x - 2002

“Por lo tanto, n = 43

“DE = daño emergente. El valor del Daño Emergente a 31 de Marzo de 1999 (...) de \$ 1.337.972.295.85. (...)

“LUCRO CESANTE= \$1.337.972.85 X (1+0.0005)

“LUCRO CESANTE= \$ 1.337.972.295.85x 1.239197862

“LUCRO CESANTE= \$1.658.012.407.00

“EL VALOR DEL LUCRO CESANTE ES DE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES DOCE MIL CUATROCIENTOS SIETE PESOS (\$1.658.012.407.00) MONEDA CORRIENTE. (...)

“DAÑOS MATERIALES= DAÑO EMERGENTE + LUCRO CESANTE

“DAÑOS MATERIALES= \$1.733.092.125.85+1.658.012.407.00

“DAÑOS MATERIALES= \$3.391.104.532.85...”

El anterior dictamen ofrece el mérito y credibilidad necesarias para probar lo consignado en el mismo, por varias razones a saber: en primer término, se basó en documentación que obra en el expediente; y en segundo término, registra las investigaciones que realizaron los peritos para rendir el experticio, explica la metodología utilizada por los mismos e incluye los soportes (19 anexos) que fundamentan cada una de sus respuestas y los cálculos y operaciones que arrojan los resultados a los que llegaron. Además, el dictamen no fue objetado por error grave por las partes.

Por lo tanto, la Sala en virtud del artículo 241 del C. de P. Civil, según el cual el juez al valorar o apreciar el dictamen de los peritos tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso, infiere que contiene conclusiones que permitan llegar a la convicción y certeza acerca de los hechos objeto del dictamen.

4.2.2. El contrato celebrado por las partes y su régimen de derecho

Para poder determinar la legalidad del acuerdo conciliatorio, debe precisar la Sala la naturaleza del contrato fuente de la controversia que se pretende solucionar por las partes a través de la conciliación y el régimen de derecho aplicable para la época de su celebración, análisis que se realizará con independencia de la discusión respecto de la jurisdicción competente para dirimir las controversias de los contratos que celebren las entidades estatales que prestan servicios públicos, ya zanjada por la Ley 1.107 de 2006, que modificó el artículo 82 del C.C.A. y según la cual recae por la naturaleza pública de las mismas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

Con este propósito, se observa que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ, E.S.P. es una empresa industrial y comercial del Distrito Capital y de servicios públicos domiciliarios, naturaleza jurídica que sujeta su actividad a las disposiciones de la Ley 142 de 1994

En este sentido, cabe señalar que la Ley 142 de 1994 en su artículo 31, disposición que hace parte del Título II intitulado “Régimen de actos y contratos de las empresas”, Capítulo I Normas Generales, en su texto original y vigente para la época de la celebración del contrato que se examina (art. 38 de la Ley 153 de 1887), dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 31. CONCORDANCIA CON EL ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos

servicios, se regirán por el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

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

Por su parte el artículo 32 ibídem, estableció:

“ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo 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.

“Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares.”

Sobre este asunto la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, conceptuó en su momento lo siguiente:

“...Del análisis de las normas a que se ha hecho referencia con anterioridad se llega a una primera conclusión cual es la que la Ley 142 de 1994 es de carácter especial por cuanto reglamenta lo concerniente a las actividades de los servicios públicos domiciliarios; no distingue al regular el régimen de contratación, entre las personas que pueden ser prestatarias de tales, por lo cual debe entenderse que cualquier empresa que acoja la forma de sociedad por acciones puede dedicarse a la prestación de servicios públicos, pero ciñéndose a los demás ordenamientos legales sobre la materia.

“Se prescribe además, en el párrafo del artículo 17 de la misma ley, que las entidades descentralizadas cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado por acciones, deberán adoptar la forma de empresas industriales y comerciales del Estado.

“Se tiene también que entre las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios se encuentran entre otras, los municipios, las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante períodos de transición y las entidades descentralizadas de orden territorial o nacional.

“2. Por otra parte los artículos 31 y 39 de la Ley 142 contemplan, como régimen aplicable a los

contratos de servicios públicos, el previsto en el derecho privado, con las salvedades del contrato de concesión sobre el acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones el cual puede regirse por la Ley 80 de 1993.

“Además el artículo 31 citado se refiere a los contratos que celebren las entidades estatales con lo que se da a entender que se comprende también a los municipios y entidades descentralizadas (artículo 2º literal a) Ley 80 de 1993.

“Se impone reiterar lo expresado en concepto anterior a la Sala que sobre este mismo tema manifestó: El artículo 32, parágrafo 1º de Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de crédito, seguros y financieros, no se rigen por la mencionada ley. Aunque el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula materias diferentes de los servicios domiciliarios, la Sala considera que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 prescribe que los contratos para la prestación de servicios domiciliarios, con las salvedades que establece, no se rigen por la Ley 80 de 1993 sino por el derecho privado, con las variantes prescritas por la misma Ley 142 de 1994 (Radicación N° 666).

“Las razones expuestas son suficientes para llegar a la conclusión de que el régimen de contratación, aplicable a las personas prestadoras de servicios públicos, incluyendo a los municipios y a las entidades descentralizadas cuyo objeto a contratar sea la prestación de uno de dichos servicios, es el previsto por el derecho privado, con la excepción de la misma Ley 142 y del contrato de concesión, en la forma ya expresada.

Posteriormente, la Sala Plena de la Corporación en Auto de 27 de septiembre de 1997, a propósito del régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos de naturaleza estatal manifestó:

“...Conforme con lo previsto en los arts. 30, 31, 32, 39, parágrafo, y 132 de la ley 142, se puede afirmar que el legislador quiso que la actividad contractual de las entidades prestadoras de servicios públicos y algunos de sus actos estuvieran gobernados, en principio, por el derecho privado y por lo estipulado en dicha ley. Así, ese derecho formalmente quedó como la regla general y el público, administrativo, como excepcional (...).

“En este orden de ideas, se anota:

“1-. Que los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados (art 32), salvo los enunciados en el antecitado inc 1º del art 154, que serán materialmente actos administrativos, susceptibles de los recursos de reposición ante la persona o entidad que los dicte (sea pública o privada) y de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; la cual, para estos efectos, tal como lo señaló también la Corte Constitucional, es superior jerárquico desde el punto de vista funcional, que no orgánico, de todas las empresas, así sean éstas privadas o particulares (...)

“En suma, los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios que decidan la negativa a contratar, la suspensión, terminación, corte y facturación, es decir, los actos que niegan o afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato, son administrativos, susceptibles tanto de los recursos previstos en el art 154 de la ley 142, con los requisitos y modalidades previstos en

dicha norma, como de las acciones contencioso administrativas correspondientes, tal como se infiere de la normatividad analizada y de las decisiones de la Corte Constitucional antecitadas.

“2-. Que los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, distintos del de servicios públicos regulado en los arts 128 y ss de la ley 142, están sometidos al derecho privado...–

En síntesis, de acuerdo con las mencionadas normas y el alcance que de las mismas otorgó esta Corporación en los pronunciamientos que anteceden, es claro que: i) los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, determinaron que los actos y contratos de las prestadoras de servicios públicos de naturaleza estatal se encuentran regidos por el derecho privado, salvo las excepciones previstas en la misma ley; ii) cuando el artículo 31 estableció que los contratos que celebraran dichas entidades estatales de servicios públicos a los que se refiere esa ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirían por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los sustrajo del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

; iii) empero, de la anterior regla general se exceptuaron, entre otro, aquellos contratos en los cuales las comisiones de regulación ordenen la inclusión obligatoria de cláusulas exorbitantes o la autoricen previa consulta, en cuyo caso todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

Por lo tanto, traídas las anteriores reflexiones al caso concreto, y una vez revisado el contenido del mismo, la Sala concluye que el Contrato de Obra SF-01-7000-0106-96, para la construcción del alcantarillado sanitario, pluvial y acueducto para los barrios el Palmar I, II, III, El Muelle y San Antonio Norte, se trata de un contrato regido por el derecho privado, en el cual no se pactaron cláusulas exorbitantes.

Por las anteriores razones la controversia que se suscita con ocasión al citado contrato se dirime por las reglas del derecho común, quedando excluidas, en consecuencia, las del derecho público, entre ellas las previstas en la Ley 80 de 1993.

4.2.3. La supuesta rescisión pactada en el contrato es una condición expresa resolutoria

El vocablo rescisión, que significa dejar sin efecto un contrato o una obligación

(del latín rescindere: rasgar o romper), en el derecho colombiano se utiliza como expresión de la nulidad, esto es, para designar el fenómeno del aniquilamiento del contrato por este concepto

y en otros eventos la ley alude a ella para designar la nulidad relativa. También se hace referencia a la rescisión para ciertos contratos bilaterales y onerosos (venta o permuta de bienes inmuebles), cuando una de las partes por efecto del mismo ha sufrido una lesión patrimonial notoriamente desproporcionada a lo que él por su parte se obligó, prevista en nuestra legislación bajo el nombre de lesión enorme en los términos del artículo 1946 del C.C., a cuyo tenor “El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme”, fenómeno que se constituye en un vicio objetivo del negocio jurídico.

Igualmente se menciona la expresión “rescisión” en varios contratos para dar a entender su

terminación, como en el de arriendo en el que se consagra como un derecho del arrendatario ante el mal estado de la cosa (1990 C.C.); o en el contrato de renta vitalicia en el que se prohíbe su petición (art. 2294); o su procedencia en el contrato de transacción por error en la persona con la cual se transa (art. 2479 C.C.); o en el contrato comercial celebrado en interés contrapuesto y manifiesto por el representante (art. 838 del C. Co.); o en el contrato de seguro (art. 1059 C. Co.); o en materia de derechos de autor cuya legislación permite la utilización de la figura al editor por el incumplimiento del autor en cuanto a la fecha y forma de entrega de los originales de la obra, o al autor por la falta de cumplimiento del editor en el pago de las regalías a que tiene derecho, o aquella rescisión de “pleno derecho” en los supuestos que regulan el evento en que el editor adquiere del autor una participación temporal o permanente en todos o en algunos de los derechos económicos del autor (arts. 114, 132 y 138 de la Ley 23 de 1982); incluso en disposiciones administrativas se alude a esta expresión frente a los contratos, como por ejemplo, a propósito de las cancelaciones y de los actos sin cuantía para liquidaciones notariales (art. 39 Resolución 1700 de la Superintendencia de Notariado y art. 8 del Decreto 1428 de 2000).

Así las cosas, y en el entendido de que el contrato de obra fuente del conflicto que es materia de acuerdo conciliatorio, se le aplica la regulación jurídica del derecho privado, es decir, las disposiciones civiles y comerciales correspondientes, advierte la Sala que la estipulación del mismo que hace referencia a una “rescisión” del contrato no se enmarca en los eventos antes citados, sino que se trata de una cláusula que establece una condición resolutoria expresa en el contrato; es decir, la expresión usada en la misma fue equívoca, pero mirada bajo como condición expresa constituye un modo especial de extinción de las obligaciones.

Cierto es que el artículo 1602 del Código Civil, establece que los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales; con otras palabras, consagra el principio “lex contractus, pacta sunt servanda”, que supone el carácter obligatorio para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato celebrado que no esté afectado por vicio de invalidez; no obstante, en virtud de este mismo principio y como corolario de la autonomía de la voluntad de las partes, el contrato bien puede modificarse o extinguirse si éstas así lo convienen, excepciones que proceden según las estipulaciones y cláusulas del contrato y que encuentran en el pacto de una condición resolutoria expresa una de sus modalidades.

En efecto, una de la formas en que las partes pueden alterar los efectos finales del contrato válidamente celebrado y prever un efecto extintivo de las obligaciones que emanen del mismo, es a través de una condición expresa cuya ocurrencia destruye el vínculo derivado del negocio jurídico; es decir, las partes son libres para subordinar la eficacia del contrato a un hecho o suceso futuro e incierto, negativo o positivo, cuya verificación resuelva el contrato y extinga las obligaciones pendientes.

Para el caso del contrato de compraventa la cláusula resolutoria del mismo por causa de incumplimiento se denomina pacto comisorio, cuyos efectos se regulan en los artículos 1935 y 1937 del Código Civil. Según la primera norma -1935-, en virtud del pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta (pacto comisorio simple); y según la segunda -1937-, si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda (pacto comisorio calificado).

Así mismo, el artículo 1530 del Código Civil, establece que la obligación condicional es la que

depende de una condición -"pendente conditione"-, de un acontecimiento futuro e incierto, que puede suceder o no

La obligación condicional está supeditada al acontecimiento futuro e incierto que constituye la condición, y queda subordinada a dicho acontecimiento, permaneciendo en suspenso hasta que él se realice, o resolviéndose según ocurra o no

De manera que, la condición puede ser suspensiva o resolutoria; la primera "suspende la exigibilidad de un derecho" mientras se cumpl, en tanto que la segunda "extingue un derecho" con su cumplimiento (art. 1536 C.C.).

Y es esta última (condición resolutoria expres

) la prevista, a juicio de la Sala, por las partes en la siguiente cláusula del contrato del sub lite:

“59. Rescisión.

59.1 El Contratante o el Contratista podrá rescindir el contrato si la otra parte incurriese en incumplimiento grave del Contrato.

59.2 Los incumplimientos graves del Contrato incluirán, pero no se limitarán, a los siguientes:

a) El Contratista suspende los trabajos por 28 días sin la autorización del Gerente de Obra en circunstancias que el Programa vigente no prevé suspensión;

b) El Gerente de Obra ordena al contratista demorar el avance de las Obras y no retirará la orden dentro de 28 días;

c) El contratante o el contratista son declarados en quiebra o entrarán en liquidación no motivadas por reorganización o fusión;

d) El Contratante no paga al Contratista un certificado dentro de los 56 días inmediatamente siguientes a la fecha en que el Gerente de Obra ha calificado dicho pago;

e) El Gerente de Obra notificará la no corrección de un Defecto determinado constituye un caso de incumplimiento grave del Contrato, y el Contratista no procede a corregirlo dentro del período que el Gerente de Obra determinara razonable;

f) El Contratista no mantiene la garantía exigida; y

g) El Contratista ha demorado la terminación de las obras por un número de días correspondiente al pago máximo por Liquidación de daños y perjuicios, según lo establecido en los datos del contrato.

59.3. Cuando cualquiera de las partes del Contrato notifica al Gerente de Obra un incumplimiento del contrato, por una causa diferente a las indicadas en las cláusula 59.2, el Gerente de Obra deberá determinar si el incumplimiento es grave o no..." (Se subraya

Sobre este tipo de cláusulas la doctrina ha señalado que:

“... La resolución es el efecto que produce el evento de la condición resolutoria; y procede por la realización de un hecho que, no afectando la validez del acto o contrato, no constituye un vicio

de este. Es la destrucción retroactiva del acto o contrato precisamente por una causa diferente de nulidad inicial. Esta causa puede ser el evento de un acontecimiento a que está subordinado como a una condición de mantenimiento del acto o contrato; y particularmente en los contratos el no cumplimiento por ambas partes o por una de ellas de las obligaciones que han tomado a su cargo que se indica expresamente por las partes en el contrato o va envuelta tácitamente en él. (...).

“...entre las diversas acepciones de que la palabra condición es susceptible, tratándose de actos o declaraciones de voluntad significa la cláusula que se pone en una disposición de última voluntad o en una convención para hacer depender sus efectos de un acontecimiento futuro e incierto; y que por ella se subordina el nacimiento o el desaparecimiento del vínculo jurídico a un suceso futuro que debe o no acontecer según la voluntad declarada. Si es el desaparecimiento futuro lo que se halla subordinado al suceso futuro que debe o no acontecer, la condición es resolutoria en cuanto desata o resuelve la relación creada por la declaración de voluntad...”

-Subraya la Sala-

Igualmente qu la cláusula resolutoria expresa “...presupone una cláusula pactada, el incumplimiento de una de las partes, y la declaración unilateral de la otra parte...”; “...debe contener referencias específicas a obligaciones cuya infracción producirá la resolución...” y “para que la resolución se produzca, la cláusula y el incumplimiento deben ser proseguidos por la declaración del acreedor con la cual se perfecciona”.

Y también que:

“...la cláusula expresa es obvio que el derecho a resolver encuentra su justificación causal precisamente en la cláusula correspondiente y por lo tanto en la autonomía privada...”

“(...) En el caso de la resolución por cláusula expresa, frente al presupuesto de incumplimiento surge para el acreedor el derecho a resolver y adquiere así la posibilidad de escoger entre el mantenimiento de los efectos contractuales y por lo tanto de la ejecución de la prestación insatisfecha o la resolución de tales efectos. En este caso, mientras subsiste la relación jurídica y por lo tanto incluso antes que el acreedor manifieste que esa es la alternativa que le conviene, el deudor puede actuar su deber de cumplimiento ejecutando la prestación; puede actuar incluso dicho deber invito creditore consignando la prestación debida en tanto que mantiene su derecho a la liberación (...).

“(...) En el caso de la cláusula expresa es un derecho subjetivo que requiere el ejercicio positivo por parte del acreedor que consiste normalmente en una declaración recepticia dirigida al otro contratante, declaración que permite observar la incompatibilidad del interés del acreedor con el cumplimiento...”

-Subraya la Sala-

De otra parte, atendiendo a la naturaleza del instituto depende que las cosas se pongan o no en el mismo estado que estarían si las partes no hubieran contratado, toda vez que ...[l]as partes, pueden, por lo demás, arreglar como ellas deseen, los efectos de la resolución del contrato, con respecto a las restituciones que recíprocamente tengan que hacerse y su convención es la ley entre ellas...

Y en los contratos de tracto sucesivo puede ocurrir que no sea posible la devolución de las

prestaciones y, por ende, que los efectos de la condición no operen ex tunc, es decir, con efectos retroactivos, sino ex nunc, o sea con efectos hacía el futuro, porque la intención de la partes no ha sido borrarlo, sino ponerle término, sobre lo cual explica Claro Solar que:

“En estos casos, la condición resolutoria no puede tener efecto retroactivo y toma sus caracteres de término extintivo o resolutorio, del que se diferencia por la incertidumbre, del cuando. El contrato se resuelve para el porvenir, se resuelve ex nunc; pero queda irrevocable todo lo que se ha producido en el pasado. Como los derechos que se desprenden del tracto sucesivo, arrendamiento, sociedad, mandato, etc., van teniendo vencimiento sucesivo, es natural que se ultimen bajo una condición resolutoria que respete el pasado”

Por lo demás, la condición resolutoria expresa opera de pleno derecho desde que ella se cumple sin decisión judicial y la parte así lo declara a la otra y extingue las obligaciones pendientes del contrato sometido bajo esa condición. El hecho de que se controvierta ante el juez su ocurrencia no limita este efecto extintivo, dado que el pronunciamiento judicial es meramente declarativo, y es la voluntad de las partes la que hace obrar por su iniciativa la disolución del vínculo contractual; el juez “[v]erifica solamente si los hechos pertinentes se han realizado, y si los hechos han sido de la manera prestablecida. Pero la resolución no la pronuncia, es decir, no nace por su declaración en la sentencia...”

En resumen, la Cláusula 59 del contrato, reúne las características de pacto de condición resolutoria expresa, porque: a) cualquiera de las partes podía rescindir (sic) el contrato por incumplimiento grave [esto es, declarar la resolución por el cumplimiento de la condición]; b) cada uno de los eventos para ello constituyen un hecho futuro e incierto; y c) su ocurrencia y la declaración o información por una parte a la otra hacía desaparecer el vínculo jurídico.

En efecto, una vez se presenta alguna de las hipótesis contempladas en la Cláusula 59, se comienza un proceso resolutorio en el que el acreedor se encuentra facultado para analizar la situación y decidir si continúa con interés en el cumplimiento del contrato, pese a no estar él totalmente ejecutado; es decir, ante el incumplimiento grave por la parte deudora de una prestación del contrato en virtud de los supuestos de hecho convenidos para su procedencia, queda al arbitrio del acreedor de esa prestación el derecho a persistir en la relación contractual y el cumplimiento del contrato o de resolverlo con base en la causales establecidas; en otros términos, en este evento el acreedor goza de la facultad de decidir si mantiene su derecho al cumplimiento o extingue los efectos contractuales mediante la resolución.

En conclusión, en estos casos como el pactado en la Cláusula 59 se está en presencia de una condición resolutoria expresa, casual o mixta; y también meramente potestativa en tanto la parte acreedora puede renunciar al derecho que el contrato le confiere para resolverlo.

Con todo, la Sala advierte que no habrá de pronunciarse en relación con la validez de una cláusula como la pactada en la 59 del contrato que estipula a favor de un particular y en contra de una entidad de naturaleza pública la posibilidad de terminar [rescindir] en forma unilateral un contrato, por no corresponder al objeto de esta decisión, en el entendido de que fue la entidad pública contratante la que ejerció la facultad prevista en dicha estipulación contractual y no su cocontrante.

4.2.4. El alcance de la Cláusula 38.1 y sus efectos en el equilibrio económico del contrato

La ruptura de la ecuación financiera de cualquier contrato puede verse alterada por actos o hechos de uno de los contratantes, como cuando uno de ellos no cumple con las obligaciones

derivadas del contrato; o por factores exógenos a las partes del negocio o “teoría de la imprevisión”, que involucra circunstancias extraordinarias, imprevisibles y sobrevivientes al nacimiento del contrato y no imputables a una de las partes; es decir, externas al contrato pero con incidencia en él, todas ellas con características y requisitos propios para su configuración puestas en la situación concreta negocial.

En este escenario, se advierte que buena parte de las diferencias suscitadas entre los sujetos de este proceso y en particular la referida al equilibrio financiero en el Contrato SF-01-7000-0106-96 de 20 de noviembre de 1996, se deben a la interpretación sobre la aplicación de la Cláusula 38.1, intitulada “Modificación de las cantidades”, en la que se estipuló:

“38. Modificaciones de las cantidades.

“38.1 Si la cantidad final de los trabajos ejecutados es diferente de las especificadas en la Lista de Cantidades para un ítem en particular en más de un 25% y siempre que la diferencia exceda el 1% del Precio Inicial, el Gerente de Obra deberá ajustar el precio unitario para permitir el cambio.

“38.2 El Gerente de Obra no ajustará los precios unitarios si con ello se excede el precio Inicial del Contrato en más del 15% excepto con la aprobación previa del Contratante.

“38.3 Si el Gerente de obra lo solicita, el Contratista deberá proporcionarle un detalle de la composición de los costos correspondientes a cualquier precio unitario que conste en la Lista de Cantidades.”

Como puede apreciarse, esta estipulación estableció un mecanismo de revisión de precios unitarios, para cubrir la diferencia económica de los mismos entre el momento en que ellos fueron calculados y ofertados por el contratista y aquel en que la obra se realizaba, en el evento de que se presentaran los supuestos para su procedencia, esto es, cuando hubiera un ítem con una diferencia mayor entre lo contratado y lo ejecutado y esa mayor cantidad de obra superara el 25% de lo originalmente convenido, caso en el cual habría el ajuste del precio siempre que la diferencia de la cantidad final del trabajo ejecutado excediera del 1% del precio inicial; y solamente el gerente de obra no ajustaría los precios unitarios si se hubiera superado el precio inicial del contrato en más del 15%, salvo que mediara la autorización de la contratante.

Sin duda, la aplicación oportuna y eficiente de una cláusula como la que antecede en la relación negocial, resulta vital para preservar el equilibrio económico de las prestaciones acordadas por las partes, mantener indemne al contratista durante la ejecución del contrato respecto de las variaciones que ocurrieran en los factores determinantes de los costos, como es el caso de una mayor cantidad de obra, y asegurar el cabal cumplimiento del contrato en los términos acordados, para la obtención del fin y función práctica y social que se persigue con su celebración.

En este sentido, se observa que la entidad estimó que la aplicación de la Cláusula 38.1 debía realizarse, conforme su tenor literal, al finalizar los trabajos; y la contratista, en cambio, consideró que era procedente durante la ejecución del contrato, siempre que en cada ítem se cumplieran los requisitos acordados en la cláusula, para que no se generara, como esgrime en la demanda que ocurrió, un desequilibrio económico del contrato, por las mayores cantidades de obras en varios ítems y los costos económicos y en tiempo en que incurrió para financiarlos y ejecutarlos.

Para la Sala, en verdad, dicha cláusula, dada su naturaleza y connotación de prevenir un

desequilibrio financiero del contrato y su ruptura, debe ser aplicada durante el desarrollo del mismo, pues la inaplicación de la misma o la aplicación tardía al final de la ejecución del contrato podría provocar una excesiva onerosidad para el cocontratante en el cumplimiento de sus obligaciones, colocándolo en una situación o posición de inequidad contractual que bien puede llevar a impedir su ejecución o causar transtornos o dificultades para su cumplimiento y graves repercusiones económicas en la ecuación de la relación. Y es que la estipulación tendiente al reconocimiento de nuevos precios por virtud de trabajos ejecutados en mayores cantidades a las originalmente previstas en el contrato y su cumplimiento en el tiempo debido, es una manifestación de los principios de buena fe e igualdad contractual (art. 1603 C.C.), principios de estricta aplicación en los contratos conmutativos y en particular en aquellos de ejecución periódica y que se proyectan en el tiempo.

Además de lo anterior, en el caso concreto, una interpretación sistemática y en conjunto de las estipulaciones (art. 1622 del C.C.) permite concluir que la Cláusula 38 debía ser aplicada durante la ejecución del contrato y no una vez finalizado el plazo contractual, dado el procedimiento fijado para su aplicación; en efecto, en la Cláusula 39 se señaló que todas las variaciones deberían incluirse por el contratista en los programas actualizados; y la Cláusula 40, permitía al Gerente de Obra solicitar al Contratista cotizaciones para la ejecución de la variación, e incluso si este decidía que la urgencia de la variación no permitía obtener y analizar una cotización sin demorar trabajos, no se proporcionaría ninguna y la variación sería un evento compensable.

Por lo tanto, la entidad contratante se encontraba en la obligación de aplicar la Cláusula 38.1 durante el desarrollo del contrato y no al final del mismo y al no aplicarla el equilibrio financiero del Contrato SF-01-7000-0106-96 de 20 de noviembre de 1996 se menoscabó en detrimento de los intereses legítimos de la contratista y por causa del comportamiento contractual de la entidad demandada, lo que además corrobora la justificación alegada por la contratista según la cual el retardo presentado en la finalización de la obra dentro del plazo contractual se debió a esta circunstancia y cuya incidencia se refleja en los perjuicios tasados por los peritos en el dictamen pericial que se analizó.

4.2.5. Las decisiones de “rescisión” y “liquidación” unilaterales fueron adoptadas con infracción al contrato

Cabe precisar que las decisiones de “rescisión” y “liquidación” unilaterales adoptadas por la entidad prestadora de servicios públicos deben entenderse y ser analizadas desde la óptica del derecho privado, toda vez que es el régimen jurídico aplicable al Contrato SF-01-7000-0106-96 de 20 de noviembre de 1996. En este sentido, la entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios se encontraba obligada a respetar las estipulaciones del contrato que determinaban la viabilidad y procedencia de dichas determinaciones, por ser ley para las partes, de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil.

Así las cosas, en virtud de la Cláusula 59.2 del contrato, había lugar a la rescisión del mismo si la otra parte incurría en incumplimiento grave, como cuando “[el] Contratista ha demorado la terminación de las obras por un número de días correspondiente al pago máximo por Liquidación de daños y perjuicios, según lo establecido en los datos del contrato...” (letra g. 59.2). Sin embargo, observa la Sala que las pruebas que reposan en el expediente, demuestran que no hubo un incumplimiento grave por parte de la contratista, presupuesto sine qua non para la procedencia de las aludidas decisiones unilaterales, habida cuenta de que fue el incumplimiento de la contratante, que consistió en exigir mayores cantidades de obra -en particular de tubería 12”- sin aplicar oportunamente la Cláusula 38.1 del contrato, lo que originó un rompimiento del

equilibrio financiero del mismo, según se determinó en el dictamen pericial, y que ocasionó el retardo en la ejecución de las prestaciones de la contratista dentro del plazo establecido.

En estas circunstancias, estaba vedado a la entidad contratante “rescindir” en forma unilateral el contrato y, en consecuencia, también liquidarlo, pues por sabido se tiene que en los contratos bilaterales no puede operar la resolución del contrato por incumplimiento (sea por condición expresa o tácita) a favor de la parte que sin razón y con falta al contrato a su turno se ha sustraído del cumplimiento de sus obligaciones y, por ende, se encuentra en situación de incumplimiento.

Con otras palabras, cuando se incumpliera en forma “grave” el contrato por la contratista, ante este supuesto pactado como condición resolutoria expresa, estaba la entidad en libertad de resolver el contrato o insistir en su cumplimiento con el correspondiente pago de liquidación de daños y perjuicios acordada en él, opción que podía ejercitar siempre que a su vez hubiera satisfecho o cumplido sus prestaciones contractuales, porque cuando hubiera dejado de cumplir con lo pactado, en la forma y tiempo debidos, la inexecución o el retardo de la contratista en el cumplimiento de sus obligaciones determinada por la insatisfacción de aquél en las suyas, se encontraría justificada, situación que, por tanto, impedía tomar esas decisiones unilaterales, so pena de infringir el propio contrato (cláusula 59) y la ley (arts. 1602, 1603, 1609 del C.C. y 871 del C. Co.).

Además, la controversia que se presentara entre las partes en relación con la ocurrencia de este modo de extinguir el contrato (condición resolutoria expresa), su alcance y los efectos (pagos, indemnizaciones, restituciones mutuas, entre otras), debía ser dirimida por el Juez del contrato o en forma directa y bilateral por las propias partes en virtud de la autonomía de la voluntad.

En síntesis, aunque con fundamento en la Cláusula 59 en mención podía la entidad contratante, en el caso de que se presentara alguno de los supuestos condicionales pactados en la misma - incumplimientos graves- declarar unilateralmente a la contratista la ocurrencia de la condición y la resolución del contrato, para lo cual, incluso, bastaba con una mera comunicación en tal sentido, no es menos cierto que, para que fuera jurídicamente procedente, era necesario que se encontrara libre de incumplimiento de una obligación a su cargo determinante de la de su cocontratante, de manera que realmente se presentara un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato por la contratista, lo cual en el presente caso no se presentó, tornando así las decisiones de “rescisión” y la consecuente de “liquidación” contrarias a derecho e ilegales por infracción al contrato.

4.2.6. Conclusión

La Sala observa que, de una parte, las decisiones unilaterales de rescisión y de liquidación del contrato fueron adoptadas por la contratante de manera ilegal, dado que no se reunieron los presupuestos establecidos en el contrato para su procedencia; y de otra parte, que del estudio de los medios de convicción obrantes en el proceso, y de las consideraciones arriba expuestas, se puede inferir que el valor de \$1'490.459.288 materia de reconocimiento, y que corresponde al daño emergente verificado por los peritos en el dictamen con un descuento del 14% del total de este rubro, cuenta con respaldo legal y probatorio.

En efecto, conforme al dictamen pericial que obra en el proceso, se determinó las cantidades de obra ejecutadas por la contratista; el número de ítems (22) cuyas variaciones implicaba la aplicación en el desarrollo del contrato de la Cláusula 38.1 y que debieron ser ajustados para no romper el equilibrio económico del contrato; la mayor cantidad de obra, en particular de la

tubería en concreto simple clase 1 de 12 pulgadas (1.045 mts lineales, esto es, 951,95 mts por encima, con un incremento de 1.012,71%) y la cantidad de sumideros construidos (142 unidades, esto es, 129 más, que equivale a un porcentaje de aumento de 999.31%); y los costos financieros en que incurrió la contratista para ejecutar las obras.

De acuerdo a los peritos, el valor de los perjuicios materiales irrogados a la contratista debidamente actualizados a la fecha del dictamen es de \$3.391.104.532.85, discriminados en \$1.733.092.125.85 por daño emergente y 1.658.012.407.00 por lucro cesante, luego la suma que se reconoce en el acuerdo conciliatorio (\$1'490.459.288) por diferencias que versan sobre derechos susceptibles de disposición y conceptos que resultan legales no es lesiva al patrimonio público.

Finalmente, se advierte que en la aclaración solicitada por el A quo respecto del acuerdo conciliatorio, las partes señalaron expresamente que la suma que en la misma se reconoce "...envuelve todos los reclamos formulados durante la ejecución del contrato y con ocasión de la demanda, entendida esta suma como pago integral a cualquier pretensión derivada de la ejecución del contrato materia del proceso, poniendo fin a la controversia...", de manera que cobija todas las pretensiones que se formularon con ocasión al Contrato SF-01-7000-0106-96 de 20 de noviembre de 1996 en el presente proceso, en la medida en que, sobre la base de unas decisiones que infringen lo pactado en el mismo, las mayores cantidades de obra y los costos financieros incurridos por la inaplicación de la Cláusula 38.1, las partes acuerdan finiquitar por su iniciativa y directamente el conflicto debatido que se sometió a esta Jurisdicción, mediante conciliación.

Por lo tanto, el acuerdo logrado para dirimir las diferencias del presente proceso no resulta violatorio de la ley, ni lesivo para el patrimonio público, razón por la cual se revocará el auto del A quo y se impartirá la aprobación respectiva, con la advertencia de que conforme al artículo 66 de la Ley 446 de 1998, el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

REVOCAR el auto 28 de julio de 2005, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar se **DISPONE**:

PRIMERO: APROBAR el acuerdo conciliatorio logrado entre las partes en audiencia celebrada el 21 de abril de 2005, el cual hace tránsito a cosa juzgada.

SEGUNDO: DECLARAR terminado el presente proceso.

TERCERO: Ejecutoriado este auto, dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia del acta de conciliación y de esta decisión, conforme al artículo 115 del C.P.C.

CUARTO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, una vez se encuentre en firme este proveído.

COPIÉSE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

<p>MAURICIO FAJARDO GÓMEZ</p> <p>Presidente de la Sala</p>	<p>RUTH STELLA CORREA</p> <p>PALACIO</p>
<p>ENRIQUE GIL BOTERO</p>	<p>RAMIRO SAAVEDRA</p> <p>BECERRA</p>



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

