

ACCION CONTRACTUAL - Contrato de consultoría / CONTRATO DE CONSULTORIA - Incumplimiento de contratante de obligaciones de interventoría de la ampliación del bombeo de Siloé / Incumplimiento de contrato por Empresas Públicas Municipales de Cali / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO DE ORDEN MUNICIPAL - Naturaleza jurídica de las Empresas Públicas Municipales de Cali

Precisa la Sala que la entidad demandada –EMCALI- es una empresa industrial y comercial del Estado de orden municipal y, por tanto, no se encuentra organizada como una sociedad por acciones. Se trata de una entidad descentralizada de orden territorial que se ajusta a lo establecido en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, el cual determinó la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos.(...) Empresas Municipales de Cali –EMCALI EICE– suscribió, con el señor CARLOS ARTURO CAMPO, el contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97-AC, por valor de \$102'584.600, para ejecutar en un plazo de 180 días calendario, contados a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución a los que se refieren las cláusulas séptima (garantía única de cumplimiento) y octava.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 17 PARAGRAFO

COMPETENCIA - De juez contencioso para conocer controversias contractuales celebradas por entidades estatales / COMPETENCIA - Ley 1106 de 2006 / COMPETENCIA - Ley 1437 de 2011

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competencia para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto EMCALI, para la época del celebración del contrato, tenía el carácter de entidad estatal, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, en su condición de Empresa Industrial y Comercial del Estado. (...) el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. (...) al definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinó que a la misma le compete “juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”, en lugar de “juzgar las controversias y litigios administrativos”, como disponía el anterior artículo 82 del Código Contencioso Administrativo. (...) Esta competencia se mantuvo con la expedición de la Ley 1437 de 2011 que en su artículo 104, numeral 3º, preceptuó que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos “relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes”.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 75 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 82 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 30 / LEY 1107 DE 2006 - ARTICULO 1 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 104 NUMERAL 3/ LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 104 NUMERAL 3

CONTRATOS ESTATALES - Definición. Reiteración jurisprudencial / CONTRATOS ESTATALES - Naturaleza jurídica

La Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. (...) se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado. Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable. Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32

NOTA DE RELATORIA: Referente a la naturaleza jurídica de los contratos estatales, consultar sentencia de 20 de abril de 2005, Exp. 14519.

CLAUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO - Competencia para conocerlas por juez contencioso administrativo

Aunque en el asunto que centra la atención de la Sala la controversia que plantea la demanda no se refiere al control de legalidad de alguna de las anteriores cláusulas exorbitantes, sino al presunto incumplimiento del contrato que celebró la Entidad Estatal con la parte actora, ello no limita la competencia de esta Jurisdicción para conocer del asunto.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la competencia del juez contencioso para conocer de las cláusulas exorbitantes del contrato, consultar auto de 26 de marzo de 1997, Exp. 14000, M.P. Ricardo Hoyos Duque

PRUEBA DOCUMENTAL - Pueden aportarse en original o copias / COPIA SIMPLE - Valor probatorio

Resulta necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C., los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 253 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254

DOCUMENTO PUBLICO - Se presume auténtico el expedido por funcionario público - DOCUMENTO PUBLICO - Valor probatorio el expedido por funcionario público

El documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los

terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 251 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252

DOCUMENTO PRIVADO - Valor probatorio / DOCUMENTO PRIVADO - Eventos en que se reputa auténtico

Si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: i) cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; ii) cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; iii) cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; iv) cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y v) cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252

CONTRATO DE INTERVENTORIA - Noción / CONTRATO DE INTERVENTORIA - Especie de contrato de consultoría / CONTRATO DE CONSULTORIA - Características fundamentales de índole técnica

La interventoría es una especie del contrato de consultoría. Lo anterior, de acuerdo con lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. (...) la característica fundamental o básica que servirá para identificar los contratos estatales de consultoría será la índole técnica de su contenido, la cual constituye el "común denominador" de todas las actividades descritas como posibles integrantes de su objeto, consideración que se robustece si se tiene presente que, según lo señala la propia norma legal, el desarrollo y la ejecución de esas actividades generalmente se requiere y se justifica en cuanto las mismas han de servir para evaluar, para analizar, para examinar, para diagnosticar la prefactibilidad o la factibilidad de proyectos de inversión o proyectos específicos, esto es que la consultoría tiene como objeto de análisis la ejecución de proyectos o de obras que por esencia son de relativa complejidad técnica o que giran en rededor de los mismos, bajo la modalidad de asesorías técnicas de coordinación, de control o supervisión, así como de interventoría, gerencia, dirección o programación de tales obras o proyectos, cuestión que naturalmente incluye la elaboración de los diseños, planos, anteproyectos y proyectos correspondientes.

FUENTE FORMAL: Ley 80 de 1993 - ARTICULO 32 NUMERAL 1

CONTRATO DE INTERVENTORIA - No se encuentra circunscrito al control del contrato de obra / CONTRATO DE INTERVENTORIA - Es principal y autónomo / CONTRATO DE INTERVENTORIA - Ley 80 de 1993 otras características

El contrato de interventoría no se encuentra circunscrito al control del contrato de obra. En efecto, los contratos de interventoría bien pueden suscribirse para vigilar supervisar y controlar contratos de diversas clases o tipologías. (...) El contrato de interventoría es principal y autónomo. Si bien es cierto que el objeto del contrato

de interventoría supone y exige, según ya se indicó, la coordinación, la supervisión, el control y en veces hasta la dirección misma de otro contrato diferente, lo cierto es que la interventoría subsiste a pesar de la extinción de la obligación principal o de la finalización del contrato que aparece como principal, al cual debe su existencia. Adicionalmente, la interventoría no se encuentra circunscrita a aspectos técnicos del contrato que se pretende controlar, sino que puede abarcar la vigilancia y control de las condiciones financieras y económicas del mismo, tal y como lo resaltó la Corte Constitucional.(...) del contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y de otras normas conexas del estatuto contractual, pueden colegirse otras características del contrato de interventoría (...) concluye la Sala que el de interventoría corresponde a una especie del contrato de consultoría cuyo objeto concreto consiste en el control, vigilancia, inspección y verificación del cumplimiento de una, varias o todas las obligaciones derivadas de un contrato celebrado por una entidad estatal, en nombre y representación de ella.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32

NOTA DE RELATORIA: En relación con el contrato de interventoría, consultar sentencia de 8 de marzo de 1996, Exp. 8070, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

RUPTURA DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL - Por el incumplimiento de las obligaciones por parte de las Empresas Publicas Municipales de Cali

La parte actora consideró que se produjo una ruptura en el equilibrio económico del contrato por el presunto incumplimiento de las obligaciones que correspondían a la entidad contratante. Concretó el alegado incumplimiento en la ocurrencia de cinco suspensiones sucedidas durante la ejecución de la interventoría, que produjeron una extensión al plazo inicial del contrato desde el 3 de noviembre de 1997 hasta el 8 de julio de 1998.

NOTA DE RELATORIA: Referente al rompimiento de la ecuación económica del contrato, consultar sentencia de 9 de mayo de 1996, Exp. 10151, M.P. Daniel Suárez Hernández.

EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Circunstancias que pueden alterarlo

El equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias, a saber: i) actos o hechos de la entidad estatal contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo –ius variandi–, sean éstas abusivas o no; ii) actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato; y iii) factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En todos los eventos antes referidos surge la obligación para la entidad estatal contratante de auxiliar a su contratista colaborador asumiendo, bien mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida-, o bien indemnizándolo integralmente, según el caso, previo cumplimiento de los requisitos señalados para cada figura.

**RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Por incumplimiento del contrato /
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Por cumplimiento tardío o defectuoso
de las obligaciones de alguna de las partes**

En estricto rigor hay lugar a distinguir entre la responsabilidad contractual que se deriva del incumplimiento o del cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones asumidas por alguna de las partes –incluidas las entidades estatales contratantes–, por cuya virtud la parte incumplida debe responder ante su co-contratante cumplido por los perjuicios que le ocasione por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso que le sea imputable, por un lado, de la figura del equilibrio económico o financiero del contrato por otro lado, comoquiera que la finalidad de esta última no es otra que la de mantener, a lo largo del tiempo, las condiciones económicas, técnicas y financieras existentes al momento de la presentación de la oferta o de la celebración del contrato, según sea el caso, todo con el fin, a su turno, de preservar la equivalencia convenida, considerada y acordada entre las partes del contrato respecto de sus correspondientes, mutuas y recíprocas prestaciones, todo ello independientemente de que, como resulta apenas natural, la ecuación inicial del contrato también se vea alterada o afectada por causa o con ocasión de circunstancias constitutivas de incumplimiento contractual.

ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Se requiere que la afectación sea extraordinaria, afecte de manera real grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenidas por las partes

El rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración del contrato. (...) las partes se obligan a través del respectivo contrato estatal después de analizar las circunstancias existentes al momento de celebrarlo o de presentación de la respectiva oferta, según el caso, en todos los aspectos razonablemente previsibles que pueden tener incidencia en la ejecución de sus obligaciones. Así mismo, pactan las condiciones de ejecución del contrato teniendo en cuenta los riesgos que en el momento de su celebración podían – bueno es reiterarlo- razonablemente preverse, e incluso efectuando una distribución de los mismos.

ECUACION CONTRACTUAL - Se debe mantener a lo largo de la ejecución del contrato

Las partes hacen sus proyecciones y sus cálculos y acuerdan el contenido de sus respectivas obligaciones; es decir, se fija el contenido de las prestaciones y contraprestaciones: lo que una de las partes debe realizar y el precio que por ello recibirá de la otra parte y que, en consecuencia, considerará como equivalente. Se traba entonces una doble relación: en primer lugar, cada una de las partes considerará que existe una equivalencia entre los costos y gastos en que incurrirá y el beneficio o utilidad que para ella se derivará de la ejecución del contrato y, en segundo lugar, que es equivalente la obligación que cada una de ellas asume frente a la contraprestación a cargo de la otra parte, lo que da lugar al surgimiento de la ecuación contractual que se debe mantener a lo largo de toda la ejecución contractual.

EJECUCION DEL CONTRATO - No se probó incumplimiento de las obligaciones de las Empresas Públicas Municipales de Cali en desarrollo del contrato de consultoría / EJECUCION DEL CONTRATO - No se acreditó mayor onerosidad para el contratista particular / CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - No se probó incumplimiento de la entidad estatal

La Sala encuentra que los medios de prueba aportados no son demostrativos de incumplimiento alguno de las obligaciones contraídas por EMCALI – EICE, en desarrollo del contrato de consultoría. Si bien es cierto se presentaron suspensiones por causas ajenas al propio contrato de interventoría y, por ende, ajenas por completo también al contratista particular demandante, las cuales tuvieron origen en el desarrollo de los contratos que debían ser vigilados, controlados y supervisados por el señor Carlos Arturo Campo, no es menos cierto que no se encuentra acreditado en el expediente, a través de medio alguno, que la ocurrencia sobreviniente de tales circunstancias fácticas imprevistas hubieren generado mayor onerosidad para el contratista particular por razón o con ocasión de la ejecución del contrato en cuestión.

CARGA DE LA PRUEBA - No probó la actora el incumplimiento del contrato por la entidad estatal. Se confirma decisión del a-quo

La Sala al referirse a los elementos característicos del contrato de interventoría, el contrato celebrado por el demandante no se limitaba únicamente de una labor de constatación o verificación de la ejecución de los contratos de obra y suministro, sino que le obligaba a efectuar un verdadero control y vigilancia del desarrollo de las diversas actividades referidas a los contratos sobre los cuales se ejerció la interventoría. En este sentido, cuatro de las suspensiones se relacionan directamente con los contratos supervisados, mientras que la quinta suspensión se debió a un paro de transporte, todo lo cual si bien se traduce en hechos imprevistos ajenos a las partes contratantes, se reitera que la parte actora no demostró que tales suspensiones le hubieren generado una onerosidad especial que afectara la ecuación contractual. En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, por cuanto la parte actora no logró cumplir con los dictados del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según los cuales, “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 177

CLAUSULAS EXCEPCIONALES EN CONTRATO DE INTERVENTORIA - Genera nulidad absoluta. Ley 80 de 1993. Artículo 44, Artículo 49 / NULIDAD ABSOLUTA - De cláusulas excepcionales por cuanto se pactaron contra prohibición constitucional y legal

En el Estatuto de Contratación Estatal existe un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las Entidades del Estado, régimen que se encuentra contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 expedida en el año de 1993; es por ello que en esta específica materia no hay lugar a acudir a las previsiones del artículo 13 de misma la Ley 80 para efectos de aplicar –en la contratación estatal–, la normatividad que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos puesto que –bueno es reiterarlo–, cuando el propio Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta

para anticipar, como enseguida habrá de señalarse, que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan esta materia ordenan la incorporación, a este cuerpo normativo, de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos. (...) encuentra la Sala que las cláusulas décima primera y décima segunda del Contrato de Consultoría celebrado por EMCALI están viciadas de nulidad absoluta en cuanto fueron celebradas contra expresa prohibición constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 121 de la Constitución Política, razón por la cual le corresponde a la Sala efectuar una declaración oficiosa acorde con lo señalado en el artículo 45 de esta misma disposición legal.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 13 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44 NUMERAL 2 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 45 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 49 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 121

CLASIFICACION DE CONTRATOS ESTATALES - Para ejercer facultades excepcionales

Para el ejercicio de las facultades excepcionales, los contratos estatales pueden clasificarse en cuatro (4) grupos bien diferenciados: i) contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias; ii) contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas; iii) contratos estatales en los cuales se encuentra prohibido incluir y, por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales y iv) todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados.

CLAUSULAS EXCEPCIONALES DE CADUCIDAD, TERMINACION, MODIFICACION E INTERPRETACION UNILATERALES - No podían Empresas Públicas Municipales de Cali incluirlas en contrato de consultoría / CONTRATO DE CONSULTORIA - No puede estipularse por acuerdo de las partes cláusulas excepcionales de caducidad, terminación, modificación e interpretación unilaterales

EMCALI no contaba con facultades legales para incluir las mencionadas cláusulas excepcionales de caducidad (cláusula décima primera), ni las de terminación, modificación e interpretación unilaterales (cláusula décima segunda), tal como lo hizo, en el contrato de Consultoría citado en la referencia, toda vez que según los términos del transcrito y examinado numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80, en los contratos de Consultoría –entre los cuales se incluyen los que tienen por objeto el desarrollo de una determinada interventoría– no está prevista o dispuesta la inclusión obligatoria de las aludidas cláusulas excepcionales y tampoco se autoriza su estipulación por acuerdo de las partes, de lo cual se desprende que con las estipulaciones en examen se excedieron la competencias definidas expresamente por el legislador para la entidad estatal contratante, así como los límites que en esta materia encuentra y debe respetar la autonomía de la voluntad de los contratantes y con ello se desconocieron las disposiciones de derecho público que regulan de manera imperativa esta precisa materia. De otra parte se impone destacar que si bien el inciso segundo (2º) del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 faculta a las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios para hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, así como para facultarlas para que tales potestades excepcionales puedan incluirse en los demás contratos, previa consulta expresa, no es menos cierto que en el caso que aquí se estudia la

respectiva Comisión de Regulación no ordenó la inclusión obligatoria de las cláusulas excepcionales en mención dentro de los contratos de Consultoría y tampoco autorizó a EMCALI para su inclusión en el contrato de la referencia.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 31 INCISO 2

CONTRATO DE CONSULTORIA - Por virtud de lo dispuesto en Ley 80 de 1993 no es legalmente viable la inclusión de cláusulas excepcionales / LEY 80 DE 1993 - Determina los únicos eventos en que es forzosa u obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales

Dentro del mismo inciso segundo (2º) del citado artículo 31 de la Ley 142 de 1994, se precisó, de forma mandatoria, que en los casos en que las correspondientes Comisiones de Regulación dispongan o autoricen la inclusión, obligatoria o facultativa según corresponda, de cláusulas excepcionales en los contratos de las respectivas empresas de servicios públicos domiciliarios, "... todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la ley 80 de 1993 ...", por manera que, con sujeción a los dictados del mencionado Estatuto de Contratación Estatal, se tiene que en los contratos de Consultoría no resulta legalmente válida la inclusión de cláusulas excepcionales, puesto que –bueno es reiterarlo– el numeral 2º del artículo 14 de la citada Ley 80 determina con total precisión y claridad cuáles con los únicos eventos en los que la inclusión de tales cláusulas resulta forzosa u obligatoria (i.- Contratos que tengan por objeto el desarrollo de una actividad que constituya monopolio estatal; ii.- Contratos que tengan por objeto la prestación de un servicio público; iii.- Contratos de obra y iv.- Contratos que tengan por objeto la concesión o explotación de bienes del Estado), así como precisó también cuáles son los únicos contratos en que se autoriza la inclusión de cláusulas excepcionales de manera facultativa (suministro y prestación de servicios), sin que los contratos de Consultoría correspondan a alguna de tales categorías, de lo cual se desprende sin la menor hesitación que en ese específico tipo de contratos no está prevista u ordenada la inclusión forzosa y tampoco se autoriza la inclusión facultativa de las mencionadas cláusulas excepcionales.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 31 INCISO 2 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 14 NUMERAL 2

NOTA DE RELATORIA: En relación a las cláusulas excepcionales en contratos de consultoría, consultar sentencia de 30 de noviembre de 2006, Exp. 30832.

COMPETENCIA DE ENTIDADES ESTATALES PARA INCLUIR CLAUSULAS EXCEPCIONALES - Solo pueden incluirse en contratos que por su tipo o naturaleza la ley lo ha dispuesto / INCLUSION DE CLAUSULAS EXCEPCIONALES. No autorizadas por ley contraría el derecho público. Código Civil. - Artículo 1519 / NULIDAD ABSOLUTA DE CONTRATOS - Ley 80 de 1993 Artículo 44

Se debe señalar que si una entidad estatal decide incluir cláusulas excepcionales –cuyos contenido y finalidad suponen y comportan el ejercicio del poder público por parte de las autoridades facultadas para ello– en contratos en los cuales, por su tipo o naturaleza, la ley no ha dispuesto ni previsto y menos autorizado esa inclusión, con ello se está contrariando el derecho público de la nación que contiene, precisamente, el comentado régimen legal que se encarga de precisar cuáles son los únicos tipos contractuales en los cuales se deben incorporar obligatoriamente esas cláusulas excepcionales y en cuáles se autoriza su

estipulación, amén de que ello también comporta un evidente abuso de las competencias o el poder que a esas entidades les han conferido las normas vigentes. En ese sentido se tiene entonces que el desconocimiento del derecho público de la nación vicia de ilicitud el objeto de las cláusulas en examen, de conformidad con los dictados del artículo 1519 del Código Civil. (...) Así mismo se impone registrar que el numeral 3º del comentado artículo 44 de la Ley 80 sanciona con nulidad absoluta los contratos estatales que “[s]e celebren con abuso ... de poder”.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1579 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44 NUMERAL 3

CELEBRACION O ESTIPULACION DE CLAUSULAS EXCEPCIONALES - Sin contar con la facultad legal para ello, desconoce el artículo 21 de la Constitución Política / DECLARATORIA DE OFICIO - Nulidad absoluta de cláusulas excepcionales / DECLARATORIA DE OFICIO - Por juez contencioso administrativo de segunda instancia. Consejo de Estado.

Ante el panorama normativo que se deja descrito, en cuanto se advierte que con la celebración o estipulación de cláusulas excepcionales sin contar con facultad o autorización legal para ello se desconoce la prohibición expresamente consagrada en el canon 121 de la Carta Política y que con ello, además, se contraría el derecho público de la nación y se advierte un evidente abuso de poder, forzoso resulta concluir entonces que en tales eventos se configuran entonces las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 44 de la Ley 80, así como aquella, aplicable por igual a los contratos estatales, consagrada en el parcialmente transcrito artículo 1741 del Código Civil. Como obligada consecuencia de lo expuesto, la Sala declarará de oficio la nulidad absoluta de las cláusulas excepcionales incluidas en el contrato de Consultoría No. GAA-DEP-008-97-AC, cuyo objeto lo constituyó la “INTERVENTORÍA DEL SUMINISTRO Y TRANSPORTE HASTA BODEGAS DE EMCALI – EICE DE BOMBAS, VÁLVULAS Y ACCESORIOS, OBRAS CIVILES Y ELÉCTRICAS NECESARIAS PARA LA AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE BOMBEO DE SILOE”, celebrado entre EMCALI y CARLOS ARTURO CAMPO.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 121 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44 NUMERAL 2 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44 NUMERAL 3 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1741

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996)

Actor: CARLOS ARTURO CAMPO

Demandado: EMCALI E.I.C.E.

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del señor CARLOS ARTURO CAMPO, contra la sentencia del ocho (08) de noviembre de dos mil dos (2002), dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se dispuso:

“NIÉGANSE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 25 de noviembre de 1999, el señor CARLOS ARTURO CAMPO, por intermedio de apoderada judicial, en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas (folios 97 a 114 cuaderno 1):

*“2.1. Declárese que las Empresas Públicas Municipales de Cali, **EMCALI-EICE**, en su condición de contratante incumplió obligaciones devinientes (sic) del Contrato de Consultoría GAA-DEP-008-97 de abril 23/97 relativo a la Interventoría de la Ampliación del bombeo de Siloé y que es responsable administrativamente, tanto de las obligaciones aún pendientes de pago, como de los daños y perjuicios ocasionados al contratista por causa del incumplimiento.*

*2.2. Como consecuencia de la declaración anterior, ordénese a las Empresas Públicas Municipales de Cali, **EMCALI-EICE**, reconocer y pagar al Demandante las labores de interventoría ejecutadas en los meses de abril, mayo, julio y agosto de 1998, aún pendientes de pago, cuyo valor se indica en la demanda o lo que resulte demostrado.*

2.3. Como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento y responsabilidad administrativa, se ordene a EMCALI reconocer y pagar a su Contratista de Interventoría el valor de los daños y perjuicios ocasionados, estimados como el valor de la cláusula penal pactada en la cláusula Décima del contrato o lo que resulte demostrado.

2.4. Que todas las sumas de dinero a reconocerle a mi Mandante, tanto por concepto de lo adeudado como por perjuicios, sean pagadas con ajuste de valor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, incluido el lucro cesante calculado como interés civil puro del 1,0% mensual sobre los valores estimados, una vez actualizados desde las fechas de causación, de conformidad con lo establecido en la Ley 80/93.

2.5. Que se ordene el reconocimiento y pago de reajustes monetarios y de intereses o lucro cesante por el período comprendido entre la fecha de la sentencia y aquella en la cual se proceda a la cancelación propiamente dicha.

2.6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la Empresas Públicas Municipales de Cali EMCALI-EICE.”

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

- Las Empresas Municipales de Cali -EMCALI EICE- suscribieron con el señor CARLOS ARTURO CAMPO el contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97-AC, por valor de \$102'584.600, para ejecutar en un plazo de 180 días calendario contados a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución, la “INTERVENTORÍA DEL SUMINISTRO Y TRANSPORTE HASTA BODEGAS DE EMCALI – EICE DE BOMBAS, VÁLVULAS Y ACCESORIOS, OBRAS CIVILES Y ELÉCTRICAS NECESARIAS PARA LA AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE BOMBEO DE SILOE.”
- Durante el desarrollo del contrato se produjeron cuatro suspensiones relacionadas con inconvenientes en la legalización y ejecución del suministro y transporte de los accesorios correspondientes a los contratos vigilados y una quinta suspensión por un paro de transportes que impidió el desarrollo de la obra sobre la cual se ejercía la interventoría.
- Durante la quinta y última suspensión, las partes suscribieron el contrato adicional No. 1, por medio del cual se amplió el plazo del contrato en 60 hábiles días, hasta el 8 de julio de 1998 y se adicionó el valor inicial en VEINTE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL SETECIENTOS PESOS (\$ 20'482.700.00).

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Se invocaron como vulneradas las siguientes disposiciones: **i)** artículos 2, 6, 90 y 209 de la Constitución; **ii)** artículos 1540, 1541, 1542, 1546, 1501, 1551, 1602, 1603, 1608, 1609, 1626, 1627, 1840 y 2053 a 2060 del Código Civil; **iii)** artículos

87 y 136 del Código Contencioso Administrativo; y **iv)** artículos 20, 21,22, 867, 868, 870 y 871 del Código de Comercio.

El demandante fundamentó el concepto de violación en los siguientes argumentos:

“Las numerosas suspensiones ponen de presente el notable incumplimiento del Contratante EMCALI-EICE, ya que por no efectuar las provisiones necesarias, puso en imposibilidad de cumplir en el tiempo contratado a su Contratista, quien hubo de subutilizar sus recursos humanos, materiales y equipo, viéndose entonces obligado a soportar la prolongación en el tiempo sin recibir reajuste alguno a pesar del transcurso de más de un año; todo ello se tradujo en desequilibrio contractual en contra de los intereses de mi Poderdante.

EMCALI incumplió con sus obligaciones contractuales para con Mi Mandante, tanto por la imprevisión en los contratos de obra y de suministros sobre los que se debía ejecutar la interventoría, como por la falta de pago de lo realmente causado, generando no solo el desequilibrio de la ecuación contractual, sino perjuicios que se han ido agravando a medida que pasa el tiempo y no recibe las sumas debidas.”

4. Actuación procesal.

4.1. La demanda fue presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el día 25 de noviembre de 1999 (fls. 97 a 114 primer cuaderno).

4.2. El día 4 de febrero de 2000, el Tribunal *a quo* admitió la demanda y ordenó la notificación personal a la entidad demandada y al Agente del Ministerio Público. Además, dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del C.C.A., y reconoció personería adjetiva a la apoderada de la parte actora (folios 115 y 116 cuaderno principal).

4.3. Mediante auto del 18 de mayo de 2001 se dispuso la apertura y práctica de pruebas aportadas y solicitadas por las partes (folios 154 a 157 cuaderno principal).

5. Contestación de la demanda.

La demandada Empresas Municipales de Cali –EMCALI EICE- contestó la demanda dentro del término de fijación en lista oponiéndose a las pretensiones con los siguientes argumentos (folios 144 a 152 cuaderno principal):

“Referente a la suma de los \$56'551.740.00 supuestamente invertidos por el interventor, resultan de unas cuentas alegres efectuadas por el demandante en aras de un enriquecimiento sin causa a cargo de EMCALI, por cuanto en repetidas ocasiones a lo largo de esta contestación de la demanda se ha manifestado y comprobado que el tiempo pagado en todas las actas incluidos el contrato adicional No. 1 es lo que efectivamente ejecutó el interventor.

Así mismo, referente a la suma de \$4'931.597.00 incluido el IVA, ofrecida al interventor cuando intentó la Conciliación Prejudicial, resultó del análisis efectuado a la misma relación por concepto de personal y tiempo trabajado y a las labores ejecutadas efectivamente, y en últimas el otro reconocimiento sería el de los gastos que demuestre el interventor por concepto de administración, haciendo la salvedad que estos gastos no fueron solicitados por el interventor.

Por otro lado, no nos explicamos cómo, un interventor se espera hasta el final de un contrato para manifestar su inconformidad con el pago y sólo hasta la firma del acta final pone de manifiesto su descontento, porque tal como se demuestra en todos los documentos anexos a la misma demanda, no existe un solo oficio anterior a la elaboración del contrato adicional donde éste solicite reconocimiento alguno.”

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

Mediante providencia del 2 de septiembre de 2002, el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiese su concepto (folio 208 del primer cuaderno).

6.1. La parte demandante (folios 209 a 236 cuaderno 1). Solicitó que se accediera a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la entidad demandada no logró desvirtuar los hechos sobre los cuales se sustentaron las indemnizaciones solicitadas. Sobre el particular se refirió detalladamente a cada uno de los hechos referidos en la demandada.

La entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca profirió sentencia el 8 de noviembre de 2002 y negó las pretensiones por las siguientes razones (folios 238 a 250 cuaderno principal):

“En el caso concreto, encontramos que la posibilidad de prórroga del contrato de interventoría celebrado entre EMCALI EICE con el señor Carlos Arturo Campo, fue contemplada desde la misma firma del contrato, razón esta que impide hablar de imprevisión en dicho acuerdo de voluntades, y por ende de la posibilidad de restablecer el equilibrio financiero por esas causas.

Como se vio anteriormente, al realizar los cálculos de tiempo correspondientes a la ejecución del contrato, de acuerdo a lo pactado por las partes, el contratista debía terminar el contrato el 16 de agosto de 1998, es decir, doce días antes de lo expresado por el actor en el hecho 3.6; situación que se puede reforzar con el pacto realizado por las partes el día 21 de mayo de 1998, en el que se estipuló que la nueva fecha de terminación sería el 12 de junio de 1998, con la salvedad de que el contratista debía prorrogar la garantía única constituida para el contrato (folio 43).

No existe constancia en el expediente de la fecha en que el contratista realizó la prórroga de la garantía única, por tanto, la Sala colige que el término pactado pudo haberse extendido hasta la fecha en que el contratista manifiesta haber entregado la obra.

Ahora bien, es claro que para la Sala, es fundamental el cómputo de los términos de entrega de la obra, el cual se hace a partir de los acuerdos alcanzados entre contratante y contratista, es decir, en el contrato GAA-DEP-008-97-AC, cláusula tercera (ciento ochenta días); contrato adicional (folios 30 y 31, cláusula primera), en el cual se amplió el plazo hasta el 8 de julio de 1998; y también en la estipulación contenida en la cláusula tercera del contrato, en la cual se especifica que el tiempo de suspensión del contrato no se computará en el término del contrato.

De las declaraciones de los señores Aristóbulo Marín Cabal y Jesús Hernando Rojas Sinisterra (folios 161 a 185), se puede concluir que el tiempo pagado al contratista, corresponde al que efectivamente se realiza, teniendo en cuenta que la interventoría tiene una dependencia directa del contrato al cual se encuentra vinculado.”

8. El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión anterior, el actor interpuso recurso de apelación, sustentando el recurso en los siguientes términos (folios 763 a 769 del cuaderno principal):

“(…) el Juez de primera instancia fundamenta su fallo en el Art. 1602 del Código Civil que establece que el contrato es una ley para las partes. Ante esta apreciación, es precisamente Emcali quien desde un comienzo incumplió las condiciones contractuales como ha quedado demostrado en el despliegue de este escrito y en las pruebas allegadas al proceso. El contratista tiene el deber de cumplir con su obligación en los términos pactados y la administración también tiene el mismo deber, de allí que es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado y no basta quedarse con el argumento pobre de que el contrato es una ley para las partes, pues si así fuera dónde queda el mandato de que en el derecho público prima el interés general sobre el particular?, de allí entonces que no se puede aplicar

exegéticamente a un contrato Estatal las normas de derecho privado porque no se trata de un interés interpartes porque si así fuera también podríamos aplicar el Art. 1201 del Código Civil lo cual en estricto sentido resultaría improcedente en el Contrato Estatal.

(...)

La entidad demandada al permitir que el contratista siguiera adelantando las actividades como interventor de los tres contratos, después de haber llegado la fecha para la terminación establecida en el acta de reiniciación, manifiesta su consentimiento para que así fuera, tal como lo dice el mismo supervisor en la prueba que se analizó anteriormente en este escrito que si el Tribunal la hubiera valorado otra sería la apreciación del juzgador.”

9. Actuación en segunda instancia.

9.1. Mediante auto del 27 de junio de 2003, se dio traslado a la actora por el término de tres (3) días para que sustentara el recurso interpuesto (folio 262 cuaderno principal).

9.2. Por medio de auto del 18 de julio de 2003 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (folio 271 cuaderno principal).

9.3. Esta Corporación, por medio de auto proferido el 22 de agosto de 2003, corrió traslado a las partes para que presentasen sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto (folio 273 del cuaderno principal).

10. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para desatar el presente conflicto, la Sala analizará los siguientes aspectos: **a)** naturaleza del contrato y la competencia del Consejo de Estado; **b)** pruebas recaudas y su valoración; **c)** el contrato de interventoría; y **d)** el análisis del caso concreto.

1. La competencia del Consejo de Estado.

Con la expedición de la Ley 142 de 1994, el legislador estableció el régimen general de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural¹ y determinó, entre otras cuestiones de importancia, quiénes los prestarían y bajo qué condiciones.²

Así pues, de conformidad con la citada Ley 142, pueden prestar servicios públicos domiciliarios:

a) Empresas oficiales de servicios públicos, constituidas como sociedades por acciones en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas del orden nacional o territorial tienen el 100% de sus aportes (Artículo 14.5, Ley 142 de 1994).

¹ El servicio de telefonía básica conmutada, local móvil en el sector rural y larga distancia no se considera servicio público domiciliario desde la expedición de la Ley 1341 de 2009, artículo 73: "(...) A las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículos 4º sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículos 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público."

² Algunos de los aspectos regulados por la Ley 142 de 1994 son: Artículo 1º, el ámbito de aplicación de la ley; Artículos 2 y 3, la forma como interviene el Estado en los servicios públicos; Artículo 4, la determinación de los Servicios Públicos Esenciales; Artículos 5 a 8, la competencia de las entidades territoriales para la prestación de los servicios públicos; Artículo 9, los derechos de los usuarios; Artículo 10, la libertad de empresa; Artículo 11, las obligaciones de las entidades prestadoras de servicios públicos para garantizar la función social de la propiedad; Artículo 12, los deberes especiales de los usuarios del sector oficial; Artículo 15, las personas que prestan servicios públicos (parcialmente demandado en este proceso); Artículo 16, la forma como se aplica la Ley 142 a los productores de servicios marginales, independientes o para uso particular; Artículo 17, la naturaleza de las empresas de servicios públicos (parcialmente demandado en este proceso); Artículo 18, el objeto de las empresas de servicios públicos; Artículo 19, el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos; Artículo 20, el régimen de las empresas de servicios públicos en municipios menores y zonas rurales; Artículo 22, el régimen de funcionamiento de las empresas de servicios públicos; Artículo 23, el ámbito territorial de operación; Artículo 24, el régimen tributario; Artículo 27, la participación de las entidades públicas en empresas de servicios públicos; Artículos 28 y 29, los bienes de las empresas de servicios públicos; Artículos 30 a 40, el régimen contractual de las empresas de servicios públicos; Artículos 40 a 44, el régimen laboral de las empresas de servicios públicos; Artículos 45 a 55 y 62 a 85, el control y vigilancia de las empresas de servicios públicos; Artículos 56 y 57, la autorización para declarar de utilidad pública e interés social para la prestación de servicios públicos y para imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales y remover obstáculos; Artículos 58 a 60, las condiciones para la toma de posesión de empresas de servicios públicos; Artículos 86 a 104, el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios; Artículos 105 a 127, los procedimientos administrativos; Artículos 128 a 159, la naturaleza, condiciones, reglas y procedimientos del contrato de servicios públicos domiciliarios; Artículos 160 a 176, algunas reglas especiales para ciertos servicios públicos domiciliarios; Artículos 177 a 185, las reglas del régimen de transición.

b) Empresas mixtas de servicios públicos, en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas tengan aportes superiores o iguales al 50% de su capital social (Artículo 14.6, Ley 142 de 1994).

c) Empresas privadas de servicios públicos, cuyo capital pertenece mayoritariamente a los particulares (Artículo 14.7, Ley 142 de 1994).

d) Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos. (Artículo 15.2, Ley 142 de 1994) Este tipo de prestadores de servicios públicos domiciliarios, conocido como “productor marginal, independiente o para uso particular,” es una *“persona natural o jurídica que utilizando recursos propios y técnicamente aceptados por la normatividad vigente para cada servicio, produce bienes o servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos para sí misma o para una clientela compuesta exclusivamente por quienes tienen vinculación económica directa con ella o con sus socios o miembros o como subproducto de otra actividad principal.”* (Artículo 1 de la Ley 689 de 2001).

e) Los municipios, cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994. (Artículo 15.3, Ley 142 de 1994).

f) Las “organizaciones autorizadas” según la Ley 142 de 1994 para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas. (Artículo 15.4, Ley 142 de 1994). Dentro de esta posibilidad han sido incluidas las “comunidades organizadas.” (Artículo 365, CP).

g) Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142 de 1994. (Artículo 15.5, Ley 142 de 1994).

h) Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse la Ley 142 de 1994 estaban prestando cualquiera de los

servicios públicos a los que ella se refiere y se ajusten a lo establecido en el párrafo del Artículo 17 de esa misma ley 142. (Artículo 15.6, Ley 142 de 1994)³.

Ahora bien, el concepto de *empresas de servicios públicos domiciliarios* lo reserva la Ley 142 de 1994 para las sociedades por acciones –sean éstas públicas, mixtas o privadas-⁴ que participen en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; o la realización de una o varias de las actividades complementarias⁵, por manera que una organización empresarial o asociación que no corresponda al tipo societario establecido por la ley, no podrá catalogarse como empresa de servicios públicos domiciliarios.

La denominación de toda empresa de esa índole deberá estar seguido por las palabras "empresa de servicios públicos" o de las letras "ESP"⁶ y su duración podrá ser indefinida (Artículo 19.2 Ley 142 de 1994); en ellas pueden participar como socias otras empresas de servicios públicos, empresas que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, dependiendo de la oferta del bien o servicio en el mercado.⁷

En cuanto al capital de las empresas de servicios públicos domiciliarios, éste puede pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros⁸. El capital de la

³ De conformidad con el artículo 180 de la Ley 142 de 1994, las entidades descentralizadas de cualquier orden que al momento de entrar en vigencia la Ley 142 de 1994 estuvieran prestando servicios públicos domiciliarios, tenían la opción de transformarse en sociedades por acciones o en empresas industriales y comerciales del Estado. El plazo original para transformarse era de dos años contados a partir de la vigencia de la Ley 142 de 1994. Esta disposición fue modificada por el artículo 2 de la Ley 286 de 1996, que estableció que todas las entidades descentralizadas y demás empresas estatales que estuvieran prestando servicios públicos a constituirse en empresas de servicios públicos y redujo el plazo de transformación obligatoria a 18 meses. Sobre este punto, ver Corte Constitucional, C-198 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 1003, 10 de septiembre de 1997, MP: César Hoyos Salazar.

⁴ Ley 142 de 1994, Artículos 17 y 18.

⁵ Estas empresas podrán dedicarse a uno o varios de los servicios a que se refiere la Ley 142 de 1994, pero las comisiones de regulación pueden exigir que la dedicación sea exclusivamente a un servicio, cuando "*la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario*". (Artículo 18, inciso 2, Ley 142 de 1994).

⁶ Ley 142 de 1994, Artículo 19.1.

⁷ Ley 142 de 1994, Artículo 18, inciso 3.

⁸ Ley 142 de 1994 Artículo 19.3.

empresa se dividirá en acciones de igual valor que se representarán en títulos negociables⁹. En las asambleas, los socios podrán emitir tantos votos como correspondan a sus acciones, pero todas las decisiones requieren el voto favorable de un número plural de socios¹⁰. En todo caso, la empresa no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas¹¹.

La Ley no establece un monto de capital específico para la constitución de este tipo de empresas¹². Permite, además, que los socios definan libremente el capital que se suscribe¹³, el monto que debe pagarse al momento de la suscripción y el plazo para el pago de la parte que queda pendiente¹⁴. Así mismo, la norma en comento autoriza que las empresas puedan funcionar aunque no se haya efectuado el registro prescrito en el artículo 756 del Código Civil, para los actos relacionados con la propiedad inmueble, que tengan que ver con su constitución¹⁵.

⁹Ley 142 de 1994, Artículo 19.15 y Código del Comercio, Artículo 375. Cada acción conferirá a su propietario los derechos de participación en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas, a recibir parte proporcional de los beneficios sociales establecidos en la ley o en los estatutos, negociar libremente las acciones, inspeccionar libremente los libros y papeles sociales dentro de los 15 días hábiles siguientes a las reuniones de asamblea, a recibir una parte proporcional de los activos sociales al tiempo de la liquidación, una vez pagado el pasivo social. (Artículo 379, Código del Comercio).

¹⁰ Ley 142 de 1994, Artículo 19.9.

¹¹ Ley 142 de 1994, Artículo 19.15 y Código del Comercio, Artículo 374.

¹² La Ley 142 de 1994 señala además que los aportes en especie son posibles (Artículo 19.7.), y para su aceptación, no se requiere aprobación de autoridad administrativa, sino que puede hacerse por la asamblea preliminar de accionistas fundadores con el voto de las dos terceras partes de los socios o por la Junta Directiva. Los avalúos estarán sujetos a control posterior de la autoridad competente.

¹³ Ley 142 de 1994, Artículo 19.5. Según el Artículo 19.4., los aumentos del capital autorizado podrán disponerse por decisión de la Junta Directiva, cuando se trate de hacer nuevas inversiones en la infraestructura de los servicios públicos de su objeto, y hasta por el valor que aquellas tengan. *“La empresa podrá ofrecer, sin sujeción a las reglas de oferta pública de valores ni a las previstas en los artículos 851, 853, 855, 856 y 858 del Código de Comercio, las nuevas acciones a los usuarios que vayan a ser beneficiarios de las inversiones, quienes en caso de que las adquieran, las pagarán en los plazos que la empresa establezca, simultáneamente con las facturas del servicio.”*

¹⁴ Ley 142 de 1994, Artículo 19.6. En todo caso, la empresa deberá informar en sus estados financieros qué parte de su capital ha sido pagado y cuál no.

¹⁵ Ley 142 de 1994, Artículo 19.8. Las empresas podrán funcionar aunque no se haya hecho el registro prescrito en el artículo 756 del Código Civil para los actos relacionados con la propiedad inmueble, relacionados con su constitución. Es deber de los aportantes y de los administradores emplear la mayor diligencia para conseguir que se hagan tales registros, y mientras ello no ocurra, no se tendrán por pagados los aportes respectivos. Quienes se aprovechen de la ausencia de registro para realizar acto alguno de disposición o gravamen respecto de los bienes o derechos que sobre tales bienes tenga la empresa, en perjuicio de ella, cometen delito de estafa, y el acto respectivo será absolutamente nulo.

En el caso de empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, cuando el aporte estatal consista en el usufructo de los bienes vinculados a la prestación del servicio público, su suscripción, avalúo y pago se regirán íntegramente por el derecho privado, aporte que de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, incluirá la regulación de las obligaciones del usufructuario, en especial en lo que se refiere a las expensas ordinarias de conservación y a las causales de restitución de los bienes aportados¹⁶.

De acuerdo con las anteriores características, precisa la Sala que la entidad demandada –EMCALI- es una empresa industrial y comercial del Estado de orden municipal¹⁷ y, por tanto, no se encuentra organizada como una sociedad por acciones. Se trata de una entidad descentralizada de orden territorial que se ajusta a lo establecido en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, el cual determinó la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos en estos términos:

“Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

Parágrafo 1º. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado”.

En este orden de ideas, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75¹⁸ de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competencia para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto EMCALI, para la época del celebración del contrato, tenía el carácter de entidad estatal, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, en su condición de Empresa Industrial y Comercial del Estado.

¹⁶ Ley 142 de 1994, Artículo 19.17.

¹⁷ Dentro de los documentos aportados con la contestación de la demanda se encuentra la Resolución No. 5769 del 25 de julio de 2000, por medio de la cual el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios *“designa representante legal para la Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.”* (folios 123 y 124 cuaderno 1).

¹⁸ Artículo 75, Ley 80 de 1993: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”*

Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

*“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’**, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”*¹⁹ (Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.

Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados

¹⁹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

*del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)*²⁰

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, definió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos

²⁰ Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y **los municipios**; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (...).”

Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional". (Negrillas fuera de texto)

"Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

"Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001." (Negrillas fuera de texto)

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinó que a la misma le compete *"juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas"*, en lugar de *"juzgar las controversias y litigios administrativos"*, como disponía el anterior artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

Respecto de su alcance se pronunció la Sala mediante auto de febrero 8 de 2007, radicación 30.903, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, señaló:

"A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

"i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo."

Esta competencia se mantuvo con la expedición de la Ley 1437 de 2011 que en su artículo 104, numeral 3º, preceptuó que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos *"relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes"*. Sobre este particular, encuentra la Sala que en el contrato de interventoría No. GAA-DEEP-008-97 AC celebrado entre EMCALI EICE y el señor CARLOS ARTURO CAMPO el 23 de abril de 1997, cuyo objeto era el de ejecutar *"la INTERVENTORÍA DEL SUMINISTRO Y TRANSPORTE HASTA BODEGAS EMCALI EICE DE BOMBAS, VÁLVULAS Y ACCESORIOS, OBRAS CIVILES Y ELÉCTRICAS NECESARIAS PARA LA AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE BOMBEO DE SILOE"* (folio 17 a 25 cuaderno 1), se encuentran las estipuladas cláusulas excepcionales al derecho común de caducidad, modificación, interpretación y terminación unilaterales.

A lo anterior se debe agregar que, aunque en el asunto que centra la atención de la Sala la controversia que plantea la demanda no se refiere al control de legalidad de alguna de las anteriores cláusulas exorbitantes, sino al presunto incumplimiento del contrato que celebró la Entidad Estatal con la parte actora, ello no limita la competencia de esta Jurisdicción para conocer del asunto, tal y como se precisó en una oportunidad anterior:

“A pesar de que tanto el art. 31 de la Ley 142 de 1994 como el art. 8º de la Ley 143 del mismo año parecieran limitar la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa a las controversias relativas a los actos en los que se ejercitan los poderes derivados de las cláusulas exorbitantes del derecho privado, esa interpretación no se compadece con el principio de unidad procesal en virtud del cual debe ser el mismo juez el que conozca de todas las controversias derivadas del contrato, con lo cual se evita la división de la contienda de la causa y que se produzcan sentencias contradictorias.”²¹

2. Las pruebas aportadas al proceso.

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo²² señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la filosofía²³ que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, la cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normativa.

Bajo esta perspectiva resulta necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.²⁴, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 26 de marzo de 1997, exp. 14.000, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

²² Artículo 168, C.C.A.: “PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”

²³ Sobre la filosofía que inspiró la redacción del artículo 177 del C de P. C, ver: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 245.

²⁴ Artículo 253, C. de P. C.: “Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”

que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos²⁵: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido

²⁵ El artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que se invoca en este caso para el análisis de las copias de documentos privados, corresponde al texto vigente para el día 30 de marzo de 2000, fecha del auto que decretó las pruebas en el presente proceso. No obstante se advierte que el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010, a cuyo tenor: *“En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.”*

De esta manera, las copias de los documentos privados se presumen auténticos bajo el nuevo régimen probatorio de acuerdo con la ley 1395 de 2010. No sobra anotar que el artículo 11 citado, aplica de forma inmediata, a partir de su vigencia, (julio 12 de 2010), teniendo en cuenta en cada caso la fecha en que fue decretada la respectiva prueba de conformidad con los artículos 39 y 40 de la Ley 153 de 1887 que prescriben, en su orden:

“Artículo 39. Los actos o contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para su justificación, pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere.”

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, a su vez modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de agosto 17 de 2012 dispone: *“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de la formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad.”

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que estuviesen iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

*“El artículo 25 citado se refiere a los **“documentos”** y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.*

“Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

*“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”*

Previo a examinar de fondo el recurso de apelación propuesto, se requiere revisar las pruebas aportadas al proceso de la referencia, a efectos de establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se relacionan a continuación los documentos aportados y su respectiva calificación probatoria:

2.1. Documentos aportados en original o en copia auténtica.

Los siguientes documentos fueron allegados al proceso en original o en copia auténtica, razón por la cual serán valorados como pruebas válidas:

2.1.1. Invitación a ofertar y términos de referencia enviados por EMCALI EICE mediante oficio del 16 de enero de 1997 al señor CARLOS ARTURO CAMPO (folios 2 a 16 cuaderno 1).

2.1.2. Contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97 AC celebrado entre EMCALI EICE y el señor CARLOS ARTURO CAMPO, el 23 de abril de 1997, cuyo objeto era ejecutar *“la INTERVENTORÍA DEL SUMINISTRO Y TRANSPORTE HASTA BODEGAS EMCALI EICE DE BOMBAS, VÁLVULAS Y ACCESORIOS, OBRAS CIVILES Y ELÉCTRICAS NECESARIAS PARA LA AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE BOMBEO DE SILOE”* (folios 17 a 25 cuaderno 1),

2.1.3. Otro sí No. 001-97 al contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97 AC del 25 de agosto de 1997, por medio del cual se modificó la forma de pago inicialmente pactada (folios 26 y 27 cuaderno 1).

2.1.4. Contrato adicional No. 1 al contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97 AC mediante el cual se prorrogó el plazo en dos (2) meses contados a partir del 8 de mayo de 1998 y se adicionó el valor en \$20'482.700 (folios 27 a 32 cuaderno 1).

2.1.5. Acta de iniciación del contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97 AC del 8 de mayo de 1997 (folio 33 cuaderno 1).

2.1.6. Acta de suspensión No. 1 del contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97 AC, del 11 de julio de 1997 (folio 34 cuaderno 1).

2.1.7. Acta de reiniciación del contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97 ACI 8 de agosto de 1997 (folio 35 cuaderno 1).

2.1.8. Acta de suspensión No. 2 del contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97 AC, del 21 de agosto de 1997 (folio 36 cuaderno 1).

2.1.9. Acta de reiniciación del contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97 AC, del 9 de septiembre de 1997 (folio 37 cuaderno 1).

2.1.10. Acta de Suspensión No. 3 del contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97 AC, del 26 de septiembre de 1997 (folio 38 cuaderno 1).

2.1.11. Acta de reiniciación del contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97 AC, del 10 de octubre de 1997 (folio 39 cuaderno 1).

2.1.12. Acta de suspensión, sin número, del contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97 AC, del 10 de noviembre de 1997 (folio 40 cuaderno 1).

2.1.13. Acta de reiniciación del contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97 AC, del 20 de febrero de 1998 (folio 41 cuaderno 1).

2.1.14. Acta de suspensión, sin número, del contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97 AC, del 24 de marzo de 1998 (folio 42 cuaderno 1).

2.1.15. Acta de reiniciación del contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97 AC, del 21 de mayo de 1998 (folio 43 cuaderno 1).

2.1.16. Informes de avance y cuentas de cobro presentadas por el señor CARLOS ARTURO CAMPO, durante la ejecución del contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97 AC (folios 44 a 79 cuaderno 1).

2.1.17. Oficio del 26 de noviembre de 1998, por medio del cual el Ingeniero Aristóbulo Marín Cabal responde al Sub-Gerente Zona Occidente de ACUACALI S.A. E.S.P., sobre las reclamaciones presentadas por el señor CARLOS ARTURO CAMPO, respecto del contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97 AC (folios 80 a 82 cuaderno 1).

2.1.18. Acta de la audiencia de conciliación prejudicial celebrada el 5 de mayo de 1999 en la Procuraduría Judicial 18 en Asuntos Administrativos (folios 88 a 90 cuaderno 1).

2.2. Documentos aportados en copia simple.

Al proceso se allegaron tanto por la parte actora, como con la contestación de la demanda diversos documentos en copia simple, los cuales, de conformidad con lo mencionado al comienzo de este acápite, carecen de valor probatorio²⁶.

2.3. Pruebas testimoniales.

En desarrollo de la prueba testimonial decretada por el Tribunal Administrativo *a quo*, en el proceso se recibieron las siguientes declaraciones:

2.3.1. Declaración rendida por el señor ARISTÓBULO MARÍN CABAL (folios 161 a 168 cuaderno 1). En su calidad de empleado de EMCALI EICE, desarrolló funciones de supervisor del contrato celebrado con el ingeniero CARLOS ARTURO CAMPO; manifestó que las suspensiones del contrato de interventoría estaban ligadas con el desarrollo de las tres obras sobre las cuales se debía efectuar la supervisión, no obstante las suspensiones no implicaron siempre los tres contratos de obra sobre los cuales se ejerció la interventoría, por lo que el contratista siempre pudo ejecutar algunas actividades. Agregó que al contratista se le cancelaron todos los dineros adeudados, a pesar de que no entregó los informes finales de la interventoría de los contratos de obra.

2.3.2. Declaración del señor JESÚS IVÁN BASTIDAS BENAVIDES (folios 169 a 174 cuaderno 1). En su calidad de ingeniero residente del contratista CARLOS ARTURO CAMPO, afirmó que el contrato tuvo cinco (5) suspensiones que no paralizaron totalmente el contrato de interventoría, toda vez que se estuvieron supervisando las labores en las obras que continuaban ejecutándose. Señaló que

²⁶ **2.2.1.** Copia simple del documento que presuntamente contendría el cronograma comparativo de ejecución de los diferentes contratos supervisados (folio 28 cuaderno 1).

2.2.2. Copia simple del memorando de marzo 14 de 1999, por medio del cual presuntamente se responde a algunas reclamaciones efectuadas por el contratista (folios 83 a 87 cuaderno 1).

2.2.3. Copia simple de la que pudiere considerarse como la oferta presentada por el señor Carlos Arturo Campo el 14 de febrero de 1997 (folios 125 a 127 cuaderno 1).

2.2.4. Copia simple del oficio 3249-0483-98 del 2 de abril de 1998, que contendría la autorización para la celebración del contrato adicional No. 1 (folios 128 y 129 cuaderno 1).

2.2.5. Copia simple del que sería el oficio CAC-019-98 del 9 de marzo de 1998, por el cual el ingeniero Carlos Arturo Campo solicitó la adición del contrato y su prórroga (folio 130 a 133 cuaderno 1).

2.2.6. Copia simple del documento que presuntamente contendría el informe No. 11 del 19 de mayo de 1998, por medio del cual el ingeniero Carlos Arturo Campo presentó el estado general de los tres contratos de obra supervisados (folios 134 a 143 cuaderno 1).

desde el comienzo se pudo establecer que el tiempo inicialmente pactado era insuficiente para cumplir la interventoría de las tres obras, por lo cual se tuvo que efectuar una adición en valor y prorrogar el plazo. Agregó que en el acta final del contrato de interventoría se dejó constancia de una reclamación pendiente por un valor aproximado de \$56'561.740.

2.3.3. Declaración del señor JESÚS HERNANDO ROJAS SINISTERRA (folios 175 a 185 cuaderno 1). En su calidad de empleado de Empresas Municipales de Cali, señaló que su conocimiento sobre la ejecución del contrato fue intermitente y solamente durante un corto período en el cual ejerció como Jefe del Departamento de Desarrollo de la Infraestructura de la zona occidente de AGUACALI. Sobre las adiciones, suspensiones y prórrogas del contrato de interventoría no tuvo un conocimiento directo; tampoco conoció los detalles que soportan la reclamación de \$56'561.740, efectuada por el contratista.

3. El contrato de interventoría.

En procura de precisar la noción del contrato de interventoría, resulta importante destacar lo señalado por la Sección Quinta de esta Corporación:

“(...) [es] una consultoría a través de la cual las entidades públicas ejercen su potestad de coordinación, dirección y control de la ejecución de los contratos.”²⁷

De la anterior concepción se pueden extractar los siguientes elementos:

- i) La interventoría es una especie del contrato de consultoría.** Lo anterior, de acuerdo con lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

“Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos (...).”

²⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 29 de mayo de 2003, exp. 2000-2259(AP), C.P. Reinaldo Chavarro Buriticá.

Del examen de la disposición transcrita resulta perfectamente posible señalar, como lo hizo la Sala en la sentencia del 30 de noviembre de 2006, que:

“En principio se puede establecer una diferencia sustancial entre estos dos tipos de contratos, pues, el de consultoría consiste, básicamente, en la realización de estudios, diseños y en la asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en la interventoría y en la gerencia y dirección de obras o proyectos, lo cual encierra una variedad muy amplia de actividades, todas ellas regidas por un común denominador de índole técnico y cargadas de un matiz especializado en la ejecución de este tipo de contratos.”²⁸

De ello se desprende que la característica fundamental o básica que servirá para identificar los contratos estatales de **consultoría** será la índole técnica de su contenido, la cual constituye el “común denominador” de todas las actividades descritas como posibles integrantes de su objeto, consideración que se robustece si se tiene presente que, según lo señala la propia norma legal, el desarrollo y la ejecución de esas actividades generalmente se requiere y se justifica en cuanto las mismas han de servir para evaluar, para analizar, para examinar, para diagnosticar la prefactibilidad o la factibilidad de *proyectos de inversión* o *proyectos específicos*, esto es que la **consultoría** tiene como objeto de análisis la ejecución de proyectos o de obras que por esencia son de relativa complejidad técnica o que giran en rededor de los mismos, bajo la modalidad de asesorías técnicas de coordinación, de control o supervisión, así como de interventoría, gerencia, dirección o programación de tales obras o proyectos, cuestión que naturalmente incluye la elaboración de los diseños, planos, anteproyectos y proyectos correspondientes.

- ii) **La función de interventor no se encuentra limitada a la simple verificación o constatación.** En virtud del contrato de interventoría la Administración Pública despliega, a través de un tercero, sus potestades de coordinación, supervisión, control y en veces hasta la dirección misma respecto de la ejecución de otro u otros contratos.

Sobre este particular se ha pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil, al sostener que el interventor es, en cierta medida, un representante de la entidad contratante cuyas actividades van más allá de la función de verificación:

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 30.832, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

“El interventor de obras públicas tiene la representación del dueño de la obra ante el contratista y su labor es la de controlar que la obra se realice en los términos del respectivo contrato, tanto en lo que respecta a las especificaciones técnicas como en los términos contractuales, lo cual incluye el cabal cumplimiento de las normas y requisitos que la ley impone al contratista, en los distintos aspectos relacionados con su actividad (...)”²⁹

En la misma dirección se pronunció la Corte Constitucional, según la sentencia C-037 de 2003:

“(...) para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.”

- iii) **El contrato de interventoría no se encuentra circunscrito al control del contrato de obra.** En efecto, los contratos de interventoría bien pueden suscribirse para vigilar supervisar y controlar contratos de diversas clases o tipologías. La Corte Constitucional se pronunció en el mismo sentido al señalar que el interventor utiliza diversos mecanismos de recolección de información *para verificar las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados:*

*“(...) el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; **efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas;** podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.” (Se subraya)*

- iv) **El contrato de interventoría es principal y autónomo.** Si bien es cierto que el objeto del contrato de interventoría supone y exige, según ya se indicó, la coordinación, la supervisión, el control y en veces hasta la dirección misma de otro contrato diferente, lo cierto es que la interventoría subsiste a pesar de la extinción

²⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 10 de agosto de 2006, Ref. 1767, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

de la obligación principal o de la finalización del contrato que aparece como principal, al cual debe su existencia. Adicionalmente, la interventoría no se encuentra circunscrita a aspectos técnicos del contrato que se pretende controlar, sino que puede abarcar la vigilancia y control de las condiciones financieras y económicas del mismo, tal y como lo resaltó la Corte Constitucional:

“La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de esos recursos.”

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Corporación:

“Con el acta de entrega y recibo de la interventoría la administración deja consolidada su posición en torno al contratista por sus trabajos de interventoría de acuerdo al contrato de conservación y por más que este último no se haya prorrogado, el interventor carece de facultades para exigir del contratante un supuesto derecho a prórrogas, como queriendo hacer el contrato de interventoría como un contrato accesorio del contrato de obra, y con esa perspectiva alegar que por la sola naturaleza accesorio debe obtener la misma suerte del contrato principal. Quien así razona olvida que si el contrato de interventoría está contemplado para su juzgamiento por la jurisdicción de lo contencioso administrativo es porque se trata de aplicar un régimen jurídico especial puesto que con el carácter esencial de los contratos administrativos es que se someten a un conjunto de reglas especiales. Además, al suscribir el contrato, el contratista interventor también pone de manifiesto que su suerte no va a depender del contrato de obra sino de razones de oportunidad o conveniencia pública, pero siempre dentro de los límites que sólo pueden variarse en una extensión razonable.”³⁰

Adicionalmente, del contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y de otras normas conexas del estatuto contractual, pueden colegirse otras características del contrato de interventoría:

- v) **Es un contrato bilateral**, puesto que genera obligaciones mutuas o recíprocas entre la Entidad Estatal contratante y el contratista particular –persona natural o jurídica, singular o plural– que cumplirá atribuciones de consultor experto para coordinar, supervisar, controlar y en veces hasta dirigir la ejecución de uno o varios contratos por parte de un tercero.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de marzo de 1996, expediente 8070, C. P. José María Carrillo Ballesteros.

- vi) **Es un contrato solemne**, en consideración a que su perfeccionamiento depende de la observancia de los requisitos consagrados y exigidos para el efecto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

- vii) **Puede tratarse de un contrato de ejecución sucesiva o de uno de ejecución instantánea.** El objeto del contrato de interventoría lo constituye la coordinación, la supervisión, el control y en veces hasta la dirección misma de una, varias o todas las obligaciones derivadas de un contrato o contratos específicos; lo anterior implica que tanto la existencia misma del contrato de interventoría como su ejecución no se encuentran necesariamente atadas a la existencia o el cumplimiento de otro contrato estatal, sino que dependen de sus propias obligaciones principales y autónomas. En este orden de ideas, se tratará de un contrato de ejecución sucesiva cuando la coordinación, la supervisión, el control y en veces la dirección del cumplimiento de una o de varias obligaciones contenidas en otro u otros contratos, deban ser ejecutadas de manera sucesiva durante un tiempo más o menos largo y será de ejecución instantánea cuando dichas obligaciones se ejecuten en un sólo acto.

- viii) **Es un contrato oneroso.** Tanto el consultor-interventor, como la entidad estatal contratante derivan un beneficio de su celebración y ejecución; el interventor lo verá reflejado en la remuneración que recibe por el desarrollo de su actividad y la entidad estatal contratante contará con un particular experto que le ha de colaborar en la coordinación, la supervisión, el control y en veces hasta la dirección misma la ejecución de otro específico contrato celebrado por ella.

Teniendo en cuenta las características enunciadas, concluye la Sala que el de interventoría corresponde a una especie del contrato de consultoría cuyo objeto concreto consiste en el control, vigilancia, inspección y verificación del cumplimiento de una, varias o todas las obligaciones derivadas de un contrato celebrado por una entidad estatal, en nombre y representación de ella.

Partiendo de este marco conceptual, corresponde ahora efectuar el análisis del contrato celebrado entre EMCALI y el señor CARLOS ARTURO CAMPO.

4. El caso concreto.

El asunto que centra la atención de la Sala consiste en establecer si en el caso concreto que ahora se examina se presentó un incumplimiento del contrato de

interventoría celebrado entre EMCALI y el señor CARLOS ARTURO CAMPO, que le hubiere producido a este último perjuicios que deban ser indemnizados. Para tal efecto, se efectuará, en primer lugar, un recuento del desarrollo contractual con fundamento en los documentos con valor probatorio y en las declaraciones recibidas por el Tribunal *a quo*; en segundo lugar, estudiará las pretensiones y argumentos de la demanda.

4.1. Desarrollo del contrato de interventoría.

Empresas Municipales de Cali –EMCALI EICE– suscribió, con el señor CARLOS ARTURO CAMPO, el contrato de consultoría No. GAA-DEP-008-97-AC, por valor de \$102'584.600, para ejecutar en un plazo de 180 días calendario, contados a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución a los que se refieren las cláusulas séptima (garantía única de cumplimiento) y octava (registro y reserva presupuestal)³¹, el siguiente objeto (folio 17 cuaderno 1):

“PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO: EMCALI – EICE encarga al CONSULTOR y este se obliga a ejecutar para aquél de conformidad con las estipulaciones de este Contrato y de sus anexos la INTERVENTORÍA DEL SUMINISTRO Y TRANSPORTE HASTA BODEGAS DE EMCALI – EICE DE BOMBAS, VÁLVULAS Y ACCESORIOS, OBRAS CIVILES Y ELÉCTRICAS NECESARIAS PARA LA AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE BOMBEO DE SIOLE.”

En cuanto a las obligaciones del interventor, en el contrato se estipuló lo siguiente (folios 20 a 22 cuaderno 1):

“SEXTA: OBLIGACIONES DEL CONSULTOR: EL CONSULTOR deberá controlar la ejecución de las obras hasta dejarlas en perfecto funcionamiento previas las pruebas de rigor, lo cual incluye como mínimo: 1) Verificar la correcta ejecución de los trabajos tanto en calidad como en cantidad. 2) Verificar que los equipos y/o materiales suministrados por los CONTRATISTAS cumplan con las normas de calidad respectivas, establecidas en las Especificaciones Técnicas y Normas de EMCALI – EICE. 3) Elaboración de las actas mensuales de avance y de reajustes de precios, las cuales serán sometidas a la revisión y aprobación del supervisor de EMCALI – EICE para su respectivo pago. 4) Elaboración de los diseños complementarios para resolver las condiciones de campo que presenten. 5) Contar con el personal técnico con experiencia y capacidad para la inspección técnica de las especialidades que se requieren durante la ejecución de los trabajos. 6) Hacer cumplir al CONTRATISTA los métodos constructivos, presentar los informes correspondientes a la Gerencia de

³¹ ***“TERCERA: PLAZO: El plazo de este contrato de Ciento Ochenta (180) días Calendario contados a partir del cumplimiento de los requisitos exigidos en las cláusulas Séptima y Octava.”***

Acueducto y Alcantarillado de EMCALI – EICE. Mantener registros de todas las operaciones de construcción incluyendo la actualización de los programas de obra. 7) Evaluar y aprobar las modificaciones técnicas que sean necesarias para la correcta ejecución de los trabajos. Y si es del caso presentar concepto o propuesta respecto a la modificación rechazada. 8) Elaborar las órdenes de cambio debidamente sustentadas ante EMCALI – EICE para su aprobación. También cuantificar el tipo de obra adicional o extra que se requiera en el desarrollo de los trabajos. 9) Evaluación y procesos concernientes a los reclamos de los CONTRATISTAS, emitiendo el concepto respectivo. 10) Suministrar los datos necesarios para informar a las entidades crediticias, si es del caso. 11) Analizar, revisar y aprobar el programa de trabajo presentado por el CONTRATISTA, teniendo en cuenta las especificaciones técnicas y metodologías establecidas en los contratos de las obras relacionadas en el objeto de la presente interventoría. 12) Llevar el control contable y por imputación de la ejecución presupuestal de los contratos, de tal forma que siempre la información financiera de los mismos esté actualizada y disponible con toda claridad. 13) Llevar el control de programación de las obras de acuerdo al compromiso adquirido por el CONTRATISTA para el desarrollo de la obra de manera que se cumpla con el tiempo y se justifique el uso de las holguras. 14) Revisión de los planos actualizados de las obras como quedaron construidas entregadas por los CONTRATISTAS, anexando en una memoria técnica la sustentación de dichas variaciones. 15) Hacer la inspección y acta de recibo final de los contratos e informe de los trabajos completos, incluyendo las garantías. Al finalizar, elaborar una memoria con las modificaciones efectuadas al diseño original y la información de retroalimentación para los proyectos posteriores que deba realizar EMCALI – EICE. 16) Ordenar y/o efectuar las pruebas y ensayos de laboratorio que sean necesarios para verificar la calidad de los trabajos, materiales y/o equipos. 17) EL CONSULTOR informará al CONTRATISTA oportunamente de la ocurrencia [de] cualquier evento o condición que pueda retardar la terminación de cualquier parte significativa de la obra, de acuerdo con los plazos establecidos y con la indicación de los pasos a seguir para obviar esta situación. 18) Informes: EL CONSULTOR deberá presentar informes de avance comparativos (obra programada versus obra ejecutada) estableciendo claramente las diferencias presentadas ya sean por atraso o adelanto y explicando las estrategias correctivas que se planean aplicar. 19) EMCALI – EICE por medio del ingeniero supervisor asignado suministrará al CONSULTOR los documentos necesarios, informes, datos e información disponible para la supervisión en el desarrollo del contrato. 20) Desarrollar trabajos varios no mencionados aquí específicamente, pero que eventualmente puedan ser necesarios para la completa y adecuada ejecución de las obras. 21) Control periódico ya sea semanal, quincenal o mensual del programa de trabajo presentado por el CONTRATISTA y debidamente aprobado por el CONSULTOR. 22) Presentar a EMCALI – EICE en las fechas que establezca el supervisor, los informes de avance, actas, controles y demás datos relacionados con la ejecución del contrato. Estos informes deben elaborarse y presentarse de la forma como EMCALI – EICE lo tiene organizado y establecido en el Departamento de Ejecución de Proyectos de Acueducto y Alcantarillado. 23) El período de servicio de la Interventoría está programada para ciento ochenta (180) días calendario discriminados así: Ciento cincuenta (150) días según programa de ejecución de obras trazado por EMCALI – EICE, quince (15) días de empalme con el fin de efectuar inducción acerca de los sistemas operativos de EMCALI – EICE, antecedentes y estudio de las especificaciones técnicas de EMCALI – EICE y 15 días para la liquidación

final del contrato. 24) Todos los informes, planos, proyectos, informaciones básicas, libretas de campo, incluyendo programa de computador y técnicos especiales y demás trabajos ejecutados para EMCALI – EICE en relación con los servicios de interventoría, quedarán de propiedad de EMCALI – EICE y éstos sólo los podrá utilizar dentro del desarrollo de sus propias actividades. 25) SUBCONTRATO siempre que EL CONSULTOR lo crea necesario y EMCALI – EICE lo apruebe, previo permiso escrito, se podrán hacer subcontratos para llevar a cabo partes específicas de la interventoría sin que esta facultad lo exima de responsabilidades para con EMCALI – EICE no se las atenúe. EL CONSULTOR será en todo caso responsable por los errores u omisiones de los subcontratistas quienes carecerán de todo derecho contra EMCALI – EICE. Dichos subcontratos serán manejados directamente [por] EL CONSULTOR. 26) SUPERVISIÓN: EMCALI – EICE tendrá acceso a las oficinas de la firma CONSULTORA para dar y solicitar información. EMCALI – EICE podrá revisar en cualquier momento y contará con la colaboración del CONSULTOR, los libros de contabilidad, los documentos que considere necesario para ilustrarse en la ejecución de los trabajos de tal manera que pueda verificar el cumplimiento del contrato, el manejo de cuentas y en general las actividades del contrato.”

El 8 de mayo de 1997 se acreditaron los requisitos de ejecución a los que se refieren las cláusulas séptima (garantía única de cumplimiento) y octava (registro y reserva presupuestal), razón por la cual las partes procedieron a suscribir el acta de iniciación del contrato de consultoría y a partir de ese momento comenzaron a contabilizarse los 180 días calendario, lo cual indicaba que la fecha de terminación sería el 3 de noviembre de 1997 (folio 33 cuaderno 1).

Del 11 de julio hasta el 8 de agosto de 1997, se produjo la primera suspensión del contrato por mutuo acuerdo, motivada en lo siguiente (folio 34 cuaderno 1):

“1.- No se ha terminado el proceso de legalización del contrato para la ejecución de las obras civiles.”

Ocurrió una segunda suspensión del contrato desde el 21 de agosto hasta el 9 de septiembre de 1997, por la siguiente circunstancia (folio 36 cuaderno 1):

“1.- Las obras de montajes electromecánicos en las estaciones de bombeo No. 1, 2 y 3, no se han iniciado debido que el suministro de los equipos por parte de Equipos Industriales y Agrícolas Ltda., no se ha efectuado, ya que la constitución de la carta de crédito para los bienes importados se encuentra en trámite de legalización por parte de EMCALI – EICE.”

Durante esta suspensión las partes suscribieron el Otrosí No. 001-97, el 25 de agosto de 1997, por medio del cual se modificó la forma de pago al consultor (folios 26 y 276 cuaderno 1).

Entre el 26 de septiembre y el 10 de octubre de 1997 se produjo una tercera suspensión del contrato, por la ocurrencia del siguiente hecho (folio 38 cuaderno 1):

“1.- Los distintos equipos de origen extranjero y diferentes accesorios de origen nacional necesarios para los montajes electromecánicos en las estaciones de bombeo No. 1, 2 y 3, tales como motobombas, válvulas, niples, codos, yees, tees, etc., sólo empezaron a fabricarse el 9 de septiembre/97, fecha en la cual se expidió la carta de crédito, por lo tanto las obras para los montajes se encuentran suspendidas parcialmente.”

Ocurrió una cuarta suspensión del contrato entre el 10 de noviembre de 1997 hasta el 20 de febrero de 1998, con fundamento en el siguiente hecho (folio 40):

*“1.- Los diferentes equipos de origen extranjero necesarios para los montajes electromecánicos en las estaciones de bombeo No. 1, 2 y 3, tales como motobombas, válvulas, etc., están en proceso de pruebas y control de calidad por parte del Laboratorio Underwrite, comisión externa que verifica las diferentes especificaciones de los equipos ya fabricados que suministrará por parte de Equipos Industriales y Agrícolas Ltda., por lo tanto las obras para los montajes electromecánicos se encuentran suspendidas parcialmente. Además se encuentra en proceso de apelación ante el Comité de Importaciones INCOMEX, la exención arancelaria, por la importación de dichos equipos, por un valor de **Cuarenta y Nueve Millones Ciento Nueve Mil Setecientos Setenta y Cinco Pesos Mcte. (\$49'109.775.00).**”*

Una quinta suspensión del contrato se convino entre 24 de marzo y el 21 de mayo de 1998, con fundamento en la siguiente causa (folio 42 cuaderno 1):

“1.- El paro de camioneros a nivel nacional, paralizó el transporte del contenedor que trae las bombas, motores, válvulas y accesorios que actualmente se encuentra en las bodegas del Puerto Marítimo de Buenaventura con destino a las bodegas de Acuacali, por lo tanto las obras para los montajes mecánicos se encuentran suspendidas parcialmente.”

Durante esta suspensión las partes suscribieron el contrato adicional No. 1 (folios 29 a 32 cuaderno 1), por medio del cual se amplió el plazo del contrato en 60 hábiles días, hasta el 8 de julio de 1998, y se adicionó el valor inicial en VEINTE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL SETECIENTOS PESOS (\$ 20'482.700.00).

4.2. Ruptura del equilibrio contractual por parte de EMCALI -EICE. La parte actora consideró que se produjo una ruptura en el equilibrio económico del contrato por el presunto incumplimiento de las obligaciones que correspondían a la entidad contratante. Concretó el alegado incumplimiento en la ocurrencia de cinco suspensiones sucedidas durante la ejecución de la interventoría, que produjeron

una extensión al plazo inicial del contrato desde el 3 de noviembre de 1997 hasta el 8 de julio de 1998.

Pues bien, de tiempo atrás la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado sobre el origen del rompimiento de la ecuación económica del contrato los siguientes aspectos:

*“[E]l equilibrio financiero puede resultar afectado por variadas causas, algunas atribuibles a la propia administración contratante, como sería el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o la modificación en las condiciones de ejecución del contrato; otras, también imputables a la administración, pero provenientes del ejercicio de su función estatal; así mismo, la ecuación financiera puede sufrir menoscabo por factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio, en cuya ocurrencia se habla de la teoría de la imprevisión. (...)”*³²

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias, a saber: **i)** actos o hechos de la entidad estatal contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo *–ius variandi–*, sean éstas abusivas o no; **ii)** actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato; y **iii)** factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él.

En todos los eventos antes referidos surge la obligación para la entidad estatal contratante de auxiliar a su contratista colaborador asumiendo, bien mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida-, o bien indemnizándolo integralmente, según el caso, previo cumplimiento de los requisitos señalados para cada figura.

Conviene precisar, sin embargo, que en estricto rigor hay lugar a distinguir³³ entre la responsabilidad contractual que se deriva del incumplimiento o del cumplimiento

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. 10.151, C.P. Daniel Suárez Hernández.

³³ Se hace hincapié en la diferenciación que existe y es posible establecer entre la ‘responsabilidad contractual’, derivada del *incumplimiento o cumplimiento tardío o defectuoso del contrato*, por oposición a la figura del ‘equilibrio económico’ del contrato, puesto que la propia ley incorpora elementos que tienden a confundir esos dos fenómenos jurídicos; ciertamente, la Ley 80 de 1993,

tardío o defectuoso de las obligaciones asumidas por alguna de las partes – incluidas las entidades estatales contratantes–, por cuya virtud la parte incumplida debe responder ante su co-contratante cumplido por los perjuicios que le ocasione por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso que le sea imputable, por un lado, de la figura del equilibrio económico o financiero del contrato por otro lado, comoquiera que la finalidad de esta última no es otra que la de mantener, a lo largo del tiempo, las condiciones económicas, técnicas y financieras existentes al momento de la presentación de la oferta o de la celebración del contrato, según sea el caso, todo con el fin, a su turno, de preservar la equivalencia convenida, considerada y acordada entre las partes del contrato respecto de sus correspondientes, mutuas y recíprocas prestaciones, todo ello independientemente de que, como resulta apenas natural, la ecuación inicial del contrato también se vea alterada o afectada por causa o con ocasión de circunstancias constitutivas de incumplimiento contractual.

“El equilibrio financiero o ecuación económica del contrato, tiene como finalidad mantener durante la ejecución del contrato las mismas condiciones económicas que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta o contratar; equivalencia que puede verse afectada por diversas causas que pueden ser imputables al contratista, a la administración o a factores externos a las partes en cuanto no les haya sido posible preverlos.

Esta figura encuentra fundamento en la conmutatividad de los contratos o equivalencia que puede establecerse entre las prestaciones que asumen las partes, pero todo ello referido al momento y en el contexto integrado por las circunstancias vigentes que constituyeron el marco dentro del cual las partes llegaron al acuerdo que determinó la celebración misma del correspondiente contrato, por manera que si durante la ejecución del contrato y por variación de tales prestaciones, circunstancias o condiciones, para una de dichas partes la ejecución del vínculo le representa la asunción de prestaciones o de cargas significativamente mayores o adicionales en relación con las originalmente convenidas, será menester restablecerse el equilibrio financiero que se ha visto afectado.

(...)

en el numeral 8 de su artículo 4, al ocuparse de relacionar algunas de las “medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa”, en clara y directa alusión a la figura del ‘equilibrio económico’ de los contratos estatales, incluye el pacto de ‘intereses moratorios’, cuando es evidente que la *mora* supone el incumplimiento cualificado de una obligación.

Así mismo, el inciso 2º del numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80, consagra una hipótesis fáctica que confunde los dos fenómenos jurídicos aludidos al disponer: “Si dicho **equilibrio se rompe por incumplimiento** de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

Según se dejó explicado y siguiendo las precisas orientaciones que al respecto consignó el legislador en el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 –sin que la referencia a esa disposición implique, en modo alguno, su aplicación en forma retroactiva dentro del caso que aquí se estudia-, para la Sala la finalidad del equilibrio financiero del contrato no es otra que la de mantener, a lo largo del tiempo, la equivalencia de las condiciones económicas, técnicas y financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentación de la oferta que, precisamente, contiene las bases sobre las cuales se concluyó el correspondiente negocio jurídico y que fue estructurada de acuerdo con las circunstancias y condiciones que en su momento conoció y tuvo a su alcance el proponente -cuando el contrato está precedido del procedimiento de la licitación-, o al momento de contratar – cuando la contratación se hace de forma directa, esto es sin agotar el citado procedimiento de selección-.”³⁴

Por otra parte, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato³⁵, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración del contrato:

“Habría que concluir entonces que las variaciones que eventualmente podrían sucederse dentro de una operación normal, bien sean favorables o desfavorables a los intereses económicos del concesionario, corresponderían a su riesgo negocial, es decir, al álea normal de los negocios y, por lo tanto, en manera alguna podría trasladarse los déficit respectivos a la entidad pública contratante, ni tampoco podría exigírsele al concesionario la entrega del superávit a la entidad concedente cuando los resultados superaren las proyecciones iniciales, puesto que tales medidas no resultan congruentes en un negocio en el cual los riesgos que cada una de las partes asume deben quedar definidos desde antes de la celebración del contrato, para que, de esta manera, cada una de ellas tenga suficiente claridad sobre los mismos y adopte los mecanismos necesarios para cubrirlos. Es claro que las deficiencias de una propuesta ni el álea normal del negocio pueden trasladarse a la entidad contratante so pretexto del rompimiento del equilibrio financiero del contrato (...)”³⁶

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de agosto de 2006, exp. 15.162.

³⁵ Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pg. 524: “Debe recordarse que en la celebración y ejecución de los contratos, siempre hay una contingencia de ganancia o pérdida, un cierto grado de riesgo, es decir, un álea que es normal y que las partes deben asumir, como consecuencia de su decisión voluntaria de obligarse. En cambio, el “Álea extraordinaria o anormal es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato”

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 15.475.

Quiere decir lo anterior que las partes se obligan a través del respectivo contrato estatal después de analizar las circunstancias existentes al momento de celebrarlo o de presentación de la respectiva oferta, según el caso, en todos los aspectos razonablemente previsibles que pueden tener incidencia en la ejecución de sus obligaciones. Así mismo, pactan las condiciones de ejecución del contrato teniendo en cuenta los riesgos que en el momento de su celebración podían – bueno es reiterarlo- razonablemente preverse, e incluso efectuando una distribución de los mismos.

Con base en toda esta información las partes hacen sus proyecciones y sus cálculos y acuerdan el contenido de sus respectivas obligaciones; es decir, se fija el contenido de las prestaciones y contraprestaciones: lo que una de las partes debe realizar y el precio que por ello recibirá de la otra parte y que, en consecuencia, considerará como equivalente. Se traba entonces una doble relación: en primer lugar, cada una de las partes considerará que existe una equivalencia entre los costos y gastos en que incurrirá y el beneficio o utilidad que para ella se derivará de la ejecución del contrato y, en segundo lugar, que es equivalente la obligación que cada una de ellas asume frente a la contraprestación a cargo de la otra parte, lo que da lugar al surgimiento de la ecuación contractual que se debe mantener a lo largo de toda la ejecución contractual. En este orden de ideas, puede el contratista invocar el restablecimiento del equilibrio contractual sobre la parte que efectivamente ejecutó, siempre y cuando se satisfagan los demás requisitos para que prospere la teoría de la imprevisión.

En el caso concreto que ahora se examina, la Sala encuentra que los medios de prueba aportados no son demostrativos de incumplimiento alguno de las obligaciones contraídas por EMCALI – EICE, en desarrollo del contrato de consultoría. Si bien es cierto se presentaron suspensiones por causas ajenas al propio contrato de interventoría y, por ende, ajenas por completo también al contratista particular demandante, las cuales tuvieron origen en el desarrollo de los contratos que debían ser vigilados, controlados y supervisados por el señor Carlos Arturo Campo, no es menos cierto que no se encuentra acreditado en el expediente, a través de medio alguno, que la ocurrencia sobreviniente de tales circunstancias fácticas imprevistas hubieren generado mayor onerosidad para el contratista particular por razón o con ocasión de la ejecución del contrato en cuestión.

Como lo indicó la Sala al referirse a los elementos característicos del contrato de interventoría, el contrato celebrado por el demandante no se limitaba únicamente de una labor de constatación o verificación de la ejecución de los contratos de obra y suministro, sino que le obligaba a efectuar un verdadero control y vigilancia del desarrollo de las diversas actividades referidas a los contratos sobre los cuales se ejerció la interventoría. En este sentido, cuatro de las suspensiones se relacionan directamente con los contratos supervisados, mientras que la quinta suspensión se debió a un paro de transporte, todo lo cual si bien se traduce en hechos imprevistos ajenos a las partes contratantes, se reitera que la parte actora no demostró que tales suspensiones le hubieren generado una onerosidad especial que afectara la ecuación contractual.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, por cuanto la parte actora no logró cumplir con los dictados del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según los cuales, ***“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”***. Así pues, se tiene que en esta materia la parte demandante no cumplió con la carga³⁷ probatoria que le asigna la norma legal en cita.

Acercas de este tema, resulta oportuno traer a colación el pronunciamiento que hizo la Sección Tercera en el siguiente sentido:

“Si el valor del contrato es pagado tardíamente, el contratista tendrá derecho al pago de los intereses que constituyen la rentabilidad que la ley presume produce el dinero y a la actualización de la suma debida, que responde al principio del pago integral de la obligación. Pero si el contratista pretende obtener perjuicios por conceptos distintos, como el de la permanencia de equipos y personal en la obra durante los períodos de suspensión de la obra, estos perjuicios deberán ser

³⁷ Al respecto, conviene recordar de manera más detallada lo expuesto por el tratadista Devis Echandía respecto de dicho concepto: *“Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.”* DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: *“De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: “carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.”* Ídem. pág 406.

acreditados. Ellos efectivamente serían de linaje contractual pues se originaron en el desarrollo del contrato, pero no son prestaciones pactadas en el contrato; su ocurrencia y su monto no han sido previstos en él y por ende al actor le corresponde demostrarlos cuando pretenda ser indemnizado por dichos conceptos.” (Negrilla y subrayado de la Sala)³⁸

5. Nulidad absoluta de cláusulas excepcionales pactadas en el contrato de interventoría.

En el Estatuto de Contratación Estatal existe un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las Entidades del Estado, régimen que se encuentra contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 expedida en el año de 1993; es por ello que en esta específica materia no hay lugar a acudir a las previsiones del artículo 13 de misma la Ley 80 para efectos de aplicar –en la contratación estatal–, la normatividad que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos puesto que –bueno es reiterarlo–, cuando el propio Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta para anticipar, como enseguida habrá de señalarse, que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan esta materia ordenan la incorporación, a este cuerpo normativo, de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos.

En punto de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, el artículo 44 de la referida Ley 80 determina:

“Artículo 44.- De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;
3. Se celebren con abuso o desviación de poder;
4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 2004, exp. 10779, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

5. *Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley*".

Varias son las precisiones que deben hacerse a partir del examen de la norma legal transcrita, a saber:

De manera inicial ha de destacarse que la primera causal de nulidad absoluta de los contratos estatales se encuentra integrada por todos aquellos eventos previstos sobre la materia en el "*derecho común*", cuestión que evidencia, entonces que la propia Ley 80 dispuso de manera explícita la incorporación de las causales de nulidad absoluta consagradas en el régimen legal que integra el aludido "*derecho común*".

En ese orden de ideas se tiene que el régimen de las nulidades en materia de contratación estatal, teniendo en cuenta los precisos y claros términos del aludido artículo 44 de la Ley 80, lo integran tanto el listado de causales que recogen los diversos numerales de la norma legal en cita, como aquellas otras consagradas en el "*derecho común*".

Como resulta apenas natural, hay lugar a señalar que aquellas causales de nulidad absoluta de los contratos estatales que provienen del Código Civil, por la incorporación que de las mismas dispuso a la Ley 80 la parte inicial de su artículo 44, en principio y sin perjuicio de adaptarlas a los Principios que regulan, informan y orientan tanto la contratación pública como el Derecho Administrativo en general, deberán ser interpretadas y aplicadas en los términos en que las mismas han sido entendidas tanto por la Jurisprudencia que al respecto ha construido la Corte Suprema de Justicia, como por la doctrina desarrollada a partir, precisamente, del estudio de las normas que integran la Codificación Civil y en idéntico sentido hay lugar a puntualizar que en este campo también serán aplicables aquellas otras disposiciones legales contenidas en el mismo Código Civil que se ocupan de precisar el sentido y el alcance de las nociones que sirven para estructurar las causales de nulidad absoluta consagradas en el artículo 1741 de ese cuerpo normativo (como ocurre con los conceptos de ilicitud en el objeto, la ilicitud en la causa, la incapacidad absoluta, etc.).

Siguiendo el marco general que se acaba de exponer, encuentra la Sala que las cláusulas décima primera y décima segunda del Contrato de Consultoría celebrado

por EMCALI están viciadas de nulidad absoluta en cuanto fueron celebradas contra expresa prohibición constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 121 de la Constitución Política, razón por la cual le corresponde a la Sala efectuar una declaración oficiosa acorde con lo señalado en el artículo 45 de esta misma disposición legal.

En efecto, en el contrato de Consultoría³⁹ No. GAA-DEP-008-97-AC, cuyo objeto lo constituyó la “INTERVENTORÍA DEL SUMINISTRO Y TRANSPORTE HASTA BODEGAS DE EMCALI – EICE DE BOMBAS, VÁLVULAS Y ACCESORIOS, OBRAS CIVILES Y ELÉCTRICAS NECESARIAS PARA LA AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE BOMBEO DE SIOLE”, se estipularon las siguientes cláusulas excepcionales (folio 23 cuaderno 1):

“DÉCIMA PRIMERA: CADUCIDAD: EMCALI EICE podrá declarar la caducidad del presente Contrato de acuerdo a lo estipulado en la Resolución JD-0079 de Agosto 14 de 1.996. DÉCIMA SEGUNDA: TERMINACIÓN, MODIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN UNILATERALES: Las partes acuerdan que en este Contrato tienen aplicación la interpretación, la modificación y terminación unilaterales, en las circunstancias y de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Resolución de Junta Directiva JD-0079 de Agosto 14 de 1.996.”

En el marco jurídico aplicable de manera especial a los contratos estatales cobra particular significado el listado de hipótesis o tipos contractuales previstos en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80, puesto que en algunos casos el cumplimiento tanto de los fines del Estado de que trata el artículo 2º de la Constitución Política como los fines de la contratación estatal previstos en el artículo 3º de la Ley 80, todo ello, naturalmente, en concordancia con los principios que rigen el ejercicio de la Función Administrativa (artículo 209 C.P.), además del acatamiento de las normas que rigen los asuntos presupuestales y aquellas que regulan la competencia de los servidores públicos, habilitan e incluso obligan a las entidades estatales contratantes tanto a estipular cláusulas excepcionales, como a ejercer esas potestades o prerrogativas especialísimas, según el caso, regulación que comporta límites importantes para la autonomía de la voluntad de las partes en determinados contratos de Derecho Público.

³⁹ Según el inciso 2º del numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80, en cuya virtud se tipifica el contrato estatal de consultoría:

“Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños planos, anteproyectos y proyectos”. (Se ha destacado y subrayado).

Acerca de los fines de la contratación estatal, la Corte Constitucional ha señalado:

“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado.”⁴⁰

A su turno, el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone:

“Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

“.....

“2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

“Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

“Parágrafo. *En contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral segundo de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”*

De acuerdo con la norma legal que se deja transcrita, para el ejercicio de las facultades excepcionales, los contratos estatales pueden clasificarse en cuatro (4)

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

grupos bien diferenciados: *i)* contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias; *ii)* contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas; *iii)* contratos estatales en los cuales se encuentra prohibido incluir y, por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales y *iv)* todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados.

Acerca de esta manera de agrupar los contratos estatales ya hizo referencia la Sala en oportunidad anterior, según lo refleja el pronunciamiento que a continuación se transcribe:

“6.2. Las cláusulas exorbitantes en la ley 80 de 1993. En particular, su pacto e imposición en contratos para los cuales no existe autorización de la ley.

Según se anotó en los antecedentes del proceso, el municipio declaró la caducidad del contrato celebrado con la sociedad Asesoramos SCA., poder exorbitante que fue pactado en la cláusula quinta del contrato.

Advierte la Sala que, en vigencia de la ley 80 de 1993, norma bajo la cual se suscribió el presente contrato, existen tres grupos de contratos en torno a los cuales el régimen de dichos poderes exorbitantes es diferente.

En el primer grupo se encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas; -son las denominadas “cláusulas virtuales”-. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el de obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal⁴¹.

Al segundo grupo pertenecen los contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula. A este grupo pertenecen, según el parágrafo del art. 14 de la ley 80 “... los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades

⁴¹Al respecto dice el numeral 2 del artículo 14 de la ley 80: “2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los **contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.** En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.” (Negrillas fuera de texto)

científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales...”

El tercer grupo lo integran los contratos en los cuales la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, de manera que la falta de estipulación significa que los poderes exorbitantes no existen. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro⁴².

Es importante señalar, en relación con éste último grupo, aunque resulta obvio, que el acuerdo correspondiente sólo puede favorecer a las entidades estatales, es decir, que no es posible pactar tales poderes en favor del contratista.

Esta última hipótesis hace evidente una característica especial de los poderes exorbitantes que en ella se contienen; en efecto, sólo en estos dos tipos de contratos la ley autoriza a las partes del contrato a negociar la inclusión de los mismos, de manera que su existencia no deviene, en forma “inmediata”, de la ley, como ocurre con el primer grupo de contratos, sino de manera “mediata”, porque si las partes no llegan a un acuerdo sobre la inclusión de dichos poderes, la ley no suple el vacío, y, por consiguiente, los mismos no existirán en el caso concreto.

Esta posibilidad abre un espacio al principio de la autonomía de la voluntad, en un tema donde la tradición administrativa había entendido que exclusivamente la ley, no las partes del contrato, podía disponer la inclusión de las cláusulas exorbitantes, sin perjuicio de que el origen de las potestades propias de tales cláusulas provenga siempre de la ley, en unos casos, porque las impone y, en otras, porque simplemente la autoriza.

En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales.

Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones:

De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.

⁴² Dice el numeral 2 del artículo 14 que “Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.”

De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios.⁴³. (Subraya la Sala)

Todo lo anterior permite concluir a la Sala que EMCALI no contaba con facultades legales para incluir las mencionadas cláusulas excepcionales de caducidad (cláusula décima primera), ni las de terminación, modificación e interpretación unilaterales (cláusula décima segunda), tal como lo hizo, en el contrato de Consultoría citado en la referencia, toda vez que según los términos del transcrito y examinado numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80, en los contratos de Consultoría –entre los cuales se incluyen los que tienen por objeto el desarrollo de una determinada interventoría– no está prevista o dispuesta la inclusión obligatoria de las aludidas cláusulas excepcionales y tampoco se autoriza su estipulación por acuerdo de las partes, de lo cual se desprende que con las estipulaciones en examen se excedieron la competencias definidas expresamente por el legislador para la entidad estatal contratante, así como los límites que en esta materia encuentra y debe respetar la autonomía de la voluntad de los contratantes y con ello se desconocieron las disposiciones de derecho público que regulan de manera imperativa esta precisa materia.

De otra parte se impone destacar que si bien el inciso segundo (2º) del artículo 31⁴⁴ de la Ley 142 de 1994 faculta a las Comisiones de Regulación de Servicios

⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de noviembre 30 de 2006; radicación número: 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832). Magistrado Ponente, Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁴ El siguiente es el texto original del inciso 2º del artículo 31 de la ley 142 de 1994:

“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.”

La disposición legal que se acaba de transcribir fue modificada por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001 cuyo nuevo texto, aunque en esencia –para lo que interesa destacar en este aparte– mantuvo el mismo sentido de la norma anterior, es el siguiente:

“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 por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, 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 y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas

Públicos Domiciliarios para hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, así como para facultarlas para que tales potestades excepcionales puedan incluirse en los demás contratos, previa consulta expresa, no es menos cierto que en el caso que aquí se estudia la respectiva Comisión de Regulación no ordenó la inclusión obligatoria de las cláusulas excepcionales en mención dentro de los contratos de Consultoría y tampoco autorizó a EMCALI para su inclusión en el contrato de la referencia

A ello debe agregarse que dentro del mismo inciso segundo (2º) del citado artículo 31 de la Ley 142 de 1994, se precisó, de forma mandatoria, que en los casos en que las correspondientes Comisiones de Regulación dispongan o autoricen la inclusión, obligatoria o facultativa según corresponda, de cláusulas excepcionales en los contratos de las respectivas empresas de servicios públicos domiciliarios, *“... todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la ley 80 de 1993 ...”*, por manera que, con sujeción a los dictados del mencionado Estatuto de Contratación Estatal, se tiene que en los contratos de Consultoría no resulta legalmente válida la inclusión de cláusulas excepcionales, puesto que –bueno es reiterarlo– el numeral 2º del artículo 14 de la citada Ley 80 determina con total precisión y claridad cuáles con los únicos eventos en los que la inclusión de tales cláusulas resulta forzosa u obligatoria (**i.-** Contratos que tengan por objeto el desarrollo de una actividad que constituya monopolio estatal; **ii.-** Contratos que tengan por objeto la prestación de un servicio público; **iii.-** Contratos de obra y **iv.-** Contratos que tengan por objeto la concesión o explotación de bienes del Estado), así como precisó también cuáles son los únicos contratos en que se autoriza la inclusión de cláusulas excepcionales de manera facultativa (suministro y prestación de servicios), sin que los contratos de Consultoría correspondan a alguna de tales categorías, de lo cual se desprende sin la menor hesitación que en ese específico tipo de contratos no está prevista u ordenada la inclusión forzosa y tampoco se autoriza la inclusión facultativa de las mencionadas cláusulas excepcionales.

excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

Así las cosas, si como se precisó en el parcialmente transcrito fallo de noviembre 30 de 2006, expediente 30.832, pronunciamiento que ahora se reitera, en los contratos de Consultoría, como el contrato que dio origen al litigio que aquí se decide en segunda instancia, no es legalmente válido convenir o pactar cláusulas excepcionales –aunque las mismas se estipulen a favor de la respectiva entidad estatal contratante– entre otras razones porque –según ya lo precisó la Sala desde aquella oportunidad– “... este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización ...” y además “... porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales”, precisiones que llevaron al Consejo de Estado a concluir que “... en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa ...”, resulta evidente entonces que la inclusión de tales cláusulas excepcionales sin contar para ello con la requerida autorización expresa de la ley, necesariamente comporta el desconocimiento de la prohibición perentoria y categórica que la Constitución Política consagra en su artículo 121, a cuyo tenor:

“Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

Téngase presente que de conformidad con los dictados del numeral 2º del citado artículo 44 de la Ley 80, los contratos estatales “*son absolutamente nulos ... cuando ... [s]e celebren contra expresa prohibición constitucional ...*”.

Igualmente se debe señalar que si una entidad estatal decide incluir cláusulas excepcionales –cuyos contenido y finalidad suponen y comportan el ejercicio del poder público por parte de las autoridades facultadas para ello– en contratos en los cuales, por su tipo o naturaleza, la ley no ha dispuesto ni previsto y menos autorizado esa inclusión, con ello se está contrariando el derecho público de la nación que contiene, precisamente, el comentado régimen legal que se encarga de precisar cuáles son los únicos tipos contractuales en los cuales se deben incorporar obligatoriamente esas cláusulas excepcionales y en cuáles se autoriza su estipulación, amén de que ello también comporta un evidente abuso de las competencias o el poder que a esas entidades les han conferido las normas vigentes.

En ese sentido se tiene entonces que el desconocimiento del derecho público de la nación vicia de ilicitud el objeto de las cláusulas en examen, de conformidad con los dictados del artículo 1519 del Código Civil, en cuya virtud:

“Artículo 1519.- hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.

A ello se impone agregar que el inciso 1º del artículo 1741 del Código Civil erige la ilicitud en el objeto como constitutiva de nulidad absoluta, de conformidad con los siguientes términos:

“Artículo 1741.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”.

Así mismo se impone registrar que el numeral 3º del comentado artículo 44 de la Ley 80 sanciona con nulidad absoluta los contratos estatales que “[s]e celebren con abuso ... de poder”.

De esta manera, ante el panorama normativo que se deja descrito, en cuanto se advierte que con la celebración o estipulación de cláusulas excepcionales sin contar con facultad o autorización legal para ello se desconoce la prohibición expresamente consagrada en el canon 121 de la Carta Política y que con ello, además, se contraría el derecho público de la nación y se advierte un evidente abuso de poder, forzoso resulta concluir entonces que en tales eventos se configuran entonces las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 44 de la Ley 80, así como aquella, aplicable por igual a los contratos estatales, consagrada en el parcialmente transcrito artículo 1741 del Código Civil.

Como obligada consecuencia de lo expuesto, la Sala declarará de oficio la nulidad absoluta de las cláusulas excepcionales incluidas en el contrato de Consultoría No. GAA-DEP-008-97-AC, cuyo objeto lo constituyó la “INTERVENTORÍA DEL SUMINISTRO Y TRANSPORTE HASTA BODEGAS DE EMCALI – EICE DE BOMBAS, VÁLVULAS Y ACCESORIOS, OBRAS CIVILES Y ELÉCTRICAS NECESARIAS PARA LA AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE BOMBEO DE SILOE”, celebrado entre EMCALI y CARLOS ARTURO CAMPO.

6. Condena en costas.

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- MODIFICAR la sentencia del ocho (08) de noviembre de dos mil dos (2002), dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la cual quedará así:

1. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

2. DECLARAR, de oficio, **la nulidad absoluta de las cláusulas excepcionales** de caducidad y de terminación, interpretación y modificación unilaterales, contenidas en las cláusulas décima primera y décima segunda, respectivamente, del contrato de Consultoría No. GAA-DEP-008-97-AC, cuyo objeto lo constituyó la “INTERVENTORÍA DEL SUMINISTRO Y TRANSPORTE HASTA BODEGAS DE EMCALI – EICE DE BOMBAS, VÁLVULAS Y ACCESORIOS, OBRAS CIVILES Y ELÉCTRICAS NECESARIAS PARA LA AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE BOMBEO DE SILOE”, celebrado entre EMCALI y CARLOS ARTURO CAMPO, todo en cuanto respecto de dichas estipulaciones se configuraron las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 2 y 3 del artículo 44 de la Ley 80, así como aquella que por ilicitud en el objeto establece el artículo 1741 del Código

Civil, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA