

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Niega

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OBRA / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL - De carácter especial o exceptuado / DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA PÚBLICA / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL – Liquidación unilateral del contrato / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Configurada / COMPUTO DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN - A partir de la ocurrencia del suceso dañoso o conducta antijurídica por parte del otro extremo negocial / PRESCRIPCIÓN – No configurada / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – No se extiende a las relaciones con los contratistas de las empresas de servicios públicos domiciliarios / CLÁUSULA INEFICAZ EN EL CONTRATO ESTATAL – No se puede liquidar unilateralmente un contrato que se rige por normas de derecho privado / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / FACULTADES DEL INTERVENTOR – Por la naturaleza del contrato de interventoría, el interventor no puede actuar como representante de la entidad contratante / CONTRATANTE – Acto propio realizado por la interventoría del contrato durante la ejecución de un contrato exceptuado del régimen de contratación estatal / FACULTADES DEL INTERVENTOR – Por la naturaleza del contrato de interventoría, el interventor no puede actuar como representante de la entidad contratante

SÍNTESIS DEL CASO: Entre la Sociedad PROCOPAL S.A. (contratante) y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN (contratista) se suscribió el contrato N. 1/DJ-1481/23 del 25 de julio de 1995, que tuvo por objeto "(s..) la construcción de redes y acometidas de acueducto, tanque de almacenamiento y obras complementarias bajo programas de reposición de redes, reordenamiento de circuitos y ampliación de la disponibilidad del servicio de acueducto..." El contrato tuvo una vigencia inicial de 570 días calendario. Su valor y plazo tuvieron cambios a través de Actas de Modificación Bilateral al Contrato suscritas por las partes. La interventoría del contrato, a cargo de INGENIEROS CONSULTORES S.A., suscribió con la contratista dos actas con el objeto de "(...) convenir los precios de la obra extra y de la obra que ha superado el 120% de la cantidad contractual", y lo hizo con base en el estudio de los análisis de precios unitarios que había entregado la demandante para aquellas actividades que, una vez liquidadas las Actas de Obra N. 3 y 4, habían superado el 120% de ejecución, y en los cuales se consideraba necesaria una revisión. Posteriormente, la interventoría remitió a la contratante los borradores de dichas con inclusión del acuerdo de precios. La contratante se abstuvo de suscribir tanto las actas como el referido acuerdo. La demandante reclamó infructuosamente, ante la interventoría y ante la contratante, el reconocimiento económico por cantidades de obra adicional y extra que ejecutó en desarrollo del contrato, con fundamento en el acuerdo que realizó con INCOL S.A. Tales reclamaciones fueron desestimadas por la contratante con base, entre otras razones, en que, al tenor del contenido del pliego, el interventor no era su representante. La relación contractual terminó el 22 de junio de 1997, fecha en la cual la demandada recibió a satisfacción la obra contratada. El contrato se liquidó unilateralmente mediante acto que fue notificado personalmente a la parte actora conformado con acto notificado personalmente a la demandante el 17 de diciembre de 1998.

PROBLEMA JURÍDICO: En consideración a la sentencia impugnada y a los supuestos fácticos demostrados durante el proceso, la Sala procede a dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos: ¿La omisión de respuesta por parte de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN a las solicitudes efectuadas por su contratista, en desarrollo de contratos celebrados bajo el régimen de la Ley 142 de 1994, configura silencio administrativo positivo contemplado en el numeral 16 del artículo 25 la Ley 80 de 1993? ¿El interventor puede realizar actos propios del contratante (EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN) durante la ejecución de un

contrato exceptuado del régimen de contratación estatal y, en virtud de ello, comprometer a este último frente al contratista?

COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / PROCESO DE DOBLE INSTANCIA / COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA – Factor objetivo

El artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, — vigente para la fecha de la presentación de la demanda en este proceso —, disponía que esta jurisdicción está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas, y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado". La Sala es competente para decidir el asunto, en razón a que el proceso tiene vocación de segunda instancia en atención a su cuantía determinada en función del valor de la mayor de las pretensiones, la que supera la exigida por el artículo 132 del CCA como factor para la determinación de la competencia.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 82 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 132 / LEY 446 DE 1998 – ARTÍCULO 30

CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES – Regulación normativa / TRÁNSITO LEGISLATIVO / RÉGIMEN EXCEPTUADO DE CONTRATACIÓN ESTATAL - De carácter especial o exceptuado-

Frente a la oportunidad para ejercer la acción de controversias contractuales dentro del caso sub lite, la Sala realizará la siguiente aclaración concerniente a la contabilización del citado término de caducidad, toda vez que el a quo, en sus consideraciones, no efectuó el análisis de esta temática. a. Como el artículo 38 de la ley 153 de 1887 que preceptúa que "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración", y el trámite de la licitación pública internacional PS-OC-09 y la suscripción del contrato N. 1/DJ-1481/23 se efectuaron en el año de 1995, la Sala, siguiendo su jurisprudencia, colige que el régimen aplicable al proceso de contratación era el dispuesto en la Ley 142 de 1994, toda vez esta última entró en vigencia desde el 11 de julio de 1994. Así lo entendió, además, la demandada, cuando redactó el Oficio DPA-0315 del 4 de mayo de 1998, a través de JORGE IVÁN MESA GONZÁLEZ, Jefe Departamento de Proyectos de EPM (f. 1254-1255, C. 2), para señalarle a su contratista, que el régimen aplicable al contrato objeto de la litis era el dispuesto en la Ley 142 de 1994. b. En ese orden de ideas, el contrato N. 1/DJ-1481/23 se encuentra exceptuado del régimen de contratación estatal, en virtud de lo dispuesto en la versión original de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 en concordancia con la versión original del parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Por tanto, el régimen jurídico contractual de estos negocios jurídicos es de derecho privado, de suerte que las declaraciones de voluntad que las partes realicen en el marco de la descrita relación se sujetan a un régimen ius privatista sin perjuicio de la regulación concerniente a las cláusulas exorbitantes que contempla la misma Ley 142 de 1994. c. Las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, dentro del iter contractual, actuó a través de actos jurídicos que denominó resoluciones. Así, la Resolución No 87035 del 14 de julio de 1998 (f. 1105-1110, C. 3) y Resolución N. 92872 del 16 de diciembre de 1998 (f. 1112-1124, C. 3), circunstancia que en modo alguno muta el régimen jurídico dispuesto por la ley. d. Durante el lapso comprendido entre la celebración del contrato objeto de la litis (25 de julio de 1995) y el vencimiento del plazo para la liquidación por mutuo acuerdo (22 de octubre de 1997) no estuvo vigente la Ley 448 de 1988 que modificó el artículo 136 del CCA, en el sentido de unificar que todas las acciones relativas a contratos tenían un término de caducidad de dos años. Con fundamento en las anteriores aclaraciones y atendiendo el contenido de las pretensiones formuladas en la demanda, las cuales fueron objeto de precisión en

la causa petendi (f. 1138, C. 3), la Sala adelantará el análisis de este presupuesto de la sentencia de mérito, siguiendo la jurisprudencia de la Corporación vigente para la época [...].

FUENTE FORMAL: LEY 153 DE 1887 – ARTÍCULO 38 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 31 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 32 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 32 / LEY 448 DE 1988 – ARTÍCULO 163 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 136

CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Determinación de la ley aplicable según lo que se pretende en la demanda / HECHO DEL PRÍNCIPE / HECHOS IMPREVISIBLES / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Dos años contados a partir del día siguiente del vencimiento del plazo para liquidar bilateralmente el contrato / CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO – Regulado por el derecho privado / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO – No puede ser liquidado de forma unilateral / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN – Requiere autorización legal para su liquidación unilateral

La jurisprudencia del Consejo de Estado, para el momento en que se presentó la demanda establecía que, para el término para el oportuno ejercicio del derecho de acción, cuando la demanda se fundaba en hechos que se suscitaron en vigencia de la Ley 80 de 1993, pero con antelación a la Ley 446 de 1998 y cuyas pretensiones se dirigieran contra conductas jurídicas (hecho del príncipe) o no imputables a las partes cocontratantes (hechos imprevisibles) y la validez de los actos jurídicos contractuales era de 2 años, al tenor de la preceptiva consagrado en el artículo 136 del CCA y no el artículo 55 de la Ley 80 de 1993. [...] Con fundamento en lo expuesto, el estudio de procedencia de la caducidad de la acción frente las pretensiones dirigidas a que se declare la nulidad de los actos jurídicos bajo la denominación "Resoluciones Nos. 87035 de julio 14 de 1998 y 92872 de 16 de diciembre de 1998", a través de los cuales se liquidó unilateralmente el contrato No. 1/DJ-1481/23, y frente a la pretensión concerniente a la declaración del desequilibrio económico con fundamento en conductas jurídicas o no imputables a las partes, se debe efectuar de acuerdo con el literal d del numeral 10 del artículo 136) del CCA. Significa lo anterior que respecto de estas pretensiones, la Sala debe verificar si el derecho de acción se ejerció dentro del término de dos años contados a partir del día siguiente al vencimiento del plazo para realizar la liquidación por mutuo acuerdo del contrato, atendiendo que el citado negocio jurídico es de tracto sucesivo y está regulado por el derecho privado. [...] Así las cosas, siguiendo la jurisprudencia de la Sección, la actora podía acudir a la jurisdicción a través del medio de control de controversias contractuales hasta el día 21 de octubre de 1999, puesto que, considerado el régimen de derecho privado al que estaba sujeto el contrato, ninguna de sus partes podía atribuirse la potestad para liquidar unilateralmente el contrato mediante acto administrativo, pues tal atribución exige habilitación legal. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, cita Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 8 de agosto de 2018, exp. 57780.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 55 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 136 / LEY 446 DE 1998

CLÁUSULA INEFICAZ EN EL CONTRATO ESTATAL – No se puede liquidar unilateralmente un contrato que se rige por normas de derecho privado / ALCANCEL DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

[L]a atribución convencional que se estableció en el numeral 2.29.3 de la Sección 2 del pliego de condiciones y especificaciones de la licitación pública internacional PS-OC-09 (f. 85, C7), dirigida a que la demandada podía liquidar el contrato a

través "Resolución", entendida dicha atribución como fuente de una potestad para que el extremo contratante emitiera un acto administrativo para formalizar tal decisión en el evento que no existiera acuerdo, es improcedente e ineficaz, pues tal habilitación no es de resorte de las partes en ejercicio de su autonomía negocial, sino del legislador.

MODIFICACIÓN DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO – Modificación tácita no configurada / INTERPRETACIÓN DE LA INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO – No puede interpretarse en contravía de la perspectiva legal que incide en el conteo del término de caducidad de la acción / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Configurada / DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ – Declaración de oficio de la caducidad de la acción

Ahora, dentro del acervo probatorio obra la prueba de los actos que tuvieron por objeto la convención sobre los valores de la obra adicional y extra reajustables, actos que se concretaron en las actas de modificación bilateral N. 11 y 12 al contrato, suscritas los días 14 de julio (f. 114-123, C. 1) y 17 de octubre de 1997 (f. 124-141, C. 1), respectivamente. Consta, también, que las partes intentaron en varias oportunidades la liquidación del contrato por mutuo acuerdo, situación que se demostró con el Oficio DPA-1004 de 4 de noviembre de 1997 mediante el cual la contratante remitió a la contratista el modelo de acta de paz y salvo y finiquito del contrato para su firma (f. 1-65, C.5), así como las comunicaciones cruzadas entre las partes del contrato dentro del periodo comprendido entre el 9 de febrero y 29 de mayo de 1998. Pues bien, podría entenderse, en principio, que la conducta de las partes así acreditada se tradujo en una modificación tácita al plazo pactado para que se diera liquidación por mutuo acuerdo al contrato, e indirectamente, en una ampliación del término de vigencia de la acción contractual, que cuenta a partir del vencimiento del plazo establecido para dicha liquidación. Sin embargo, la Sala, siguiendo su jurisprudencia, considera que tal lectura o interpretación no es de recibo, pues los comportamientos de los extremos negociales no pueden ser interpretados a contrapelo de la preceptiva legal que incide en el conteo del término legalmente dispuesto para la caducidad de la acción, puesto que este ha sido dispuesto por normas que son de orden público. Por lo tanto, si la demanda fue presentada el 18 de agosto de 2000 (f. 1126-1210, C. 1), la Sala colige que el ejercicio del derecho de acción que encauzó las pretensiones dirigidas a la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos "Resoluciones Nos. 87035 de julio 14 de 1998 y 92872 de 16 de diciembre de 1998", y a la declaración del desequilibrio económico con fundamento en conductas jurídicas o no imputables a las partes, se efectuó de manera extemporánea, pues para la aludida fecha ya había transcurrido los dos años fijados por el legislador para que hubiese operado el fenómeno jurídico-procesal de la caducidad de la acción de controversias contractuales. Por las razones expuestas, pero exclusivamente frente a las citadas pretensiones, ante la ausencia de uno de los presupuestos para proferir sentencia de fondo, la Sala revocará lo decidido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión en la sentencia de 12 de octubre de 2012 y declarará que respecto de ellas operó la caducidad del medio de control, por lo que no hará pronunciamiento sobre los reparos planteados por el apoderado judicial de la parte actora, en el recurso de apelación, respecto de tales pretensiones.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN – Se entiende como la caducidad de la acción / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / COMPUTO DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN - A partir de la ocurrencia del suceso dañoso o conducta antijurídica por parte del otro extremo negocial / PRESCRIPCIÓN – No configurada

Al margen de las pretensiones a las que se contrae el pronunciamiento anunciado en el acápite inmediatamente precedente, la demandante también pretende una declaración de responsabilidad civil de la demandada por causa de su incumplimiento del convenio que recogerían las Actas suscritas por la interventoría y por la contratista en el curso de las reuniones de los días 5 y 7 de marzo de 1996. (...) Frente a esta pretensión, la Sala considera, siguiendo los lineamientos de la Jurisprudencia contencioso-administrativa y la jurisprudencia constitucional de la época, que su oportunidad debe juzgarse con aplicación del artículo 55 de la Ley 80 de 1993, normativa esta que se dice rectora de la "prescripción de la acción", y que en términos más rigurosos ha de entenderse referida la "caducidad de la acción", como lo ha señalado esta Corporación en anteriores oportunidades [...] [F]rente al momento en que se debe iniciar el conteo del término de 20 años, la norma en comento establece expresamente que éste se realiza "a partir de la ocurrencia" del suceso dañoso o conducta antijurídica por parte del otro extremo negocial. En el caso sub lite, tal conducta antijurídica contractual, habría acaecido con la respuesta que le hizo la contratante a su contratista, a través del Oficio DPA-0706 de 24 de mayo de 1996, suscrito por el Jefe de Departamento de Interventoría de EPM, el Jefe de División Técnica de Acueducto y Alcantarillado de EPM y el Director de Interventoría de INCOL S.A. (f. 12581259, C. 3), en el sentido de desestimar la solicitud de cumplimiento al acuerdo que esta última predicaba existente en las Actas de Convenio suscritas entre la interventoría y la actora durante las reuniones de los días 5 y 7 de marzo de 1996. En ese orden de ideas, el término de 20 años se contabiliza a partir del día siguiente del citado Oficio. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 18 de agosto de 2000, la Sala encuentra que el ejercicio de la acción que encaminó la descrita pretensión de responsabilidad patrimonial de la actora fue oportuno, y que, por ende, no operó el término de "prescripción de la acción" que establece el artículo 55 de la Ley 80 de 1993. En virtud de ello, la Sala estudiará de fondo el asunto exclusivamente frente a la descrita pretensión. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, cita Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2000, exp. 12393; sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 15239 y Corte Constitucional, sentencia C-574 de 14 de octubre de 1998.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 55

RÉGIMEN EXCEPTUADO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Impide unificar criterios al ser su carácter especial o exceptuado

Pese a la manifiesta expresión de intención del legislador, al presentar la exposición de motivos del proyecto legislativo que dio lugar a la Ley 80 de 1993, de expedir un estatuto contractual que rigiera esta actividad en todas las entidades de derecho público, leyes posteriores dieron cuenta de una tendencia contraria. Es así como el legislador ha dispuesto que ciertos sectores de la actividad estatal o determinadas entidades públicas se sometían a regímenes jurídico-contractuales exceptuados del estatuto general de contratación estatal que, aunque, remiten de manera preponderante al derecho común, lo hacen caso a caso con variada intensidad y alcance, circunstancia esta que hace estéril la intención de unificar criterios en torno a los alcances de la excepción. En tales condiciones, hay entidades que por su naturaleza o por la actividad a su cargo han quedado totalmente exceptuadas del régimen general de contratación; otras que se encuentran exceptuadas de aplicar tan sólo algunas de las normas de dicho régimen general; otras más, a las que se les autoriza para aplicar sólo residualmente algunas potestades de derecho público en las hipótesis previstas por el legislador, o cuando sean autorizadas para el efecto por el órgano regulador de la actividad a su cargo; e incluso, otras a las que se les permite "motu proprio" decidir cuáles de sus actuaciones someterán a cauces procedimentales propios de derecho público.

RÉGIMEN EXCEPTUADO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Definición de su carácter estatal / RÉGIMEN JURÍDICO DE EMPRESAS DE SERVICIOS

PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL – Tiene reserva legal /ALCANCE AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN CONTRATACIÓN ESTATAL – No puede modificarse por vía de convenios entre las partes

La definición de dicho régimen compete al legislador. Así se infiere de la preceptiva del numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política, y se concreta por el inciso 20 del artículo 365 eiusdem en cuanto prescribe: Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley. El artículo 31 de la Ley 142 establecía: "Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en [o que la presente ley disponga otra cosa". Por tanto, por expresa disposición de los artículos 150 numeral 23 e inciso final de la Constitución Política y conforme al artículo 365 eiusdem la definición del régimen de contratación legal de las entidades estatales es de reserva legal; y dicho régimen fue definido por el legislador en el texto del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 con remisión al parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esta materia ha de entenderse sustraída al ámbito de la autonomía negocial, de modo que no puede ser modificado por vía convencional para atribuir potestades administrativas a alguna de las partes merced a meras inferencias derivadas del entendimiento del contrato que celebraron.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 150 NUMERAL 23 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 365 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 31 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 32

SILENCIO ADMINISTRATIVO – Definición / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – Opera de manera excepcional

El silencio administrativo, desde el punto de vista constitucional ha sido entendido como un instituto que opera, en principio, como una ficción establecida por el ordenamiento jurídico para facilitar el acceso de la persona a la administración de justicia en los casos en los que la administración guarda silencio frente a una petición de aquella, actitud con la cual mantiene al interesado indefinidamente a la espera de una respuesta suya sin la cual no puede acceder a la jurisdicción. Para remedio de este estado de indefinición, la ley faculta a la persona que se encuentra frente al silencio de la administración para que opte, bien por acudir a la jurisdicción habida cuenta del acaecimiento del silencio administrativo que obra como causa de la ficción de respuesta, por regla general de signo negativo, o bien por esperar una respuesta efectiva de la Administración. Solo de manera excepcional, el mutismo de la administración obra como causa de la ficción de haberse producido una respuesta de signo positivo, satisfactorio de los derechos objeto de la pretensión del peticionario.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – Regulación normativa en contratación en empresas de servicios públicos domiciliarios / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – Tiene reserva legal y ajena a la autonomía negocial de las partes

[E]l instituto del silencio administrativo era, hacia los años 1996 a 1998, objeto de regulación general en la primera parte del código contencioso administrativo, ámbito normativo éste ajeno al derecho privado por cuanto su objeto era el ejercicio de la función administrativa. Pero, si en gracia de análisis se admitiera que esa normativa rige en general a la administración pública, al margen del régimen jurídico dispuesto para sus contratos, habría de concluirse que las reclamaciones presentadas por los contratistas, en virtud de contratos celebrados bajo el régimen de la Ley 142 de 1994, habrían de entenderse fictamente resueltas de forma negativa puesto que el artículo 41 del CCA establecía que el silencio administrativo positivo se conformaba, "solamente", en los casos

expresamente previstos en disposiciones especiales y tales peticiones no formaban parte de tales casos excepcionales. Como puede apreciarse, la determinación de los casos en los que procede el silencio administrativo positivo es materia de reserva legal y ajena a la autonomía negocial de las partes.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 41 / LEY 142 DE 1994

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Exclusivo en favor de los suscriptores o usuarios en su relación con las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – No se extiende a las relaciones con los contratistas de las empresas de servicios públicos domiciliarios / CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / IMPROCEDENCIA DE LA ANALOGÍA / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

La versión original del artículo 158 de la Ley 142 de 1994, que era la norma vigente para la época en que se suscribió el contrato objeto de la litis, prescribía la configuración del silencio administrativo positivo, pero exclusivamente en favor de los suscriptores o usuarios en su relación con las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Dicha normativa no puede extenderse en beneficio de los contratistas de tales empresas y en relación con las peticiones o reclamaciones que ellos presentan ante aquellas entidades dentro del marco de la ejecución de contratos sujetos al derecho privado en virtud de la voluntad legislativa de privilegiar la autonomía negocial en esas relaciones. Y es que, los contratos suscritos por las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, al tener su marco normativo en el derecho privado por mandato de la Ley 142 de 1994, no admite la aplicación extensiva o por analogía del numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que hace referencia a la configuración del silencio administrativo cuando la entidad pública no responde de manera oportuna las solicitudes que realice el contratista durante la ejecución del contrato, no sólo porque aceptar dicha interpretación vendría contra el principio de taxatividad que gobierna la materia del silencio administrativo positivo, sino porque entrañaría desconocimiento del parámetro hermenéutico de la especialidad de la ley, contemplado en el artículo 5 de la Ley 57 de 1887, que subrogó el artículo 10 del Código Civil. En ese orden de ideas, la Sala siguiendo su jurisprudencia, concluye que las peticiones que no sean contestadas por las empresas de servicios públicos en el marco de una relación contractual regulada por la Ley 142 de 1994, seguirán las normas generales sobre las peticiones, es decir, se entenderán resueltas de manera negativa, en los términos del artículo 40 del CCA. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, cita Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2001, exp. 20283.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 158 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 25 / LEY 57 DE 1887 – ARTÍCULO 5 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 10 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 40

INTERVENTORÍA – Definición / INTERVENTORÍA – Regulación normativa en derecho privado / CONTRATO DE INTERVENTORÍA – Se ciñe a lo estipulado por las partes / FACULTADES DEL INTERVENTOR – Alcance en el contrato de obra suscrito por entidad que presta servicios públicos

[E]l Decreto 2090 de 1989, "por el cual se aprueba el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura", establece en el numeral 6.1 del artículo 1 que "se entiende por interventoría el servicio prestado por un profesional o persona jurídica especializada, para el control de la ejecución del proyecto arquitectónico o de la construcción". [...] [S]e impone advertir que el contrato de interventoría, nominado como se encuentra en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 (1993) y en el artículo 83 de la Ley 1474 (2011), no ha sido reglamentado de manera exhaustiva y específica por la normativa de derecho privado a la que se encuentra

sujeto el contrato que suscribió Empresas Públicas de Medellín con INCOL S.A. Por lo tanto, la regulación del contrato de interventoría se circunscribe de manera principal a las disposiciones que sus extremos negociales pacten en ejercicio de la autonomía negocial relacionado con la definición del contenido del negocio, y de forma subsidiaria o supletiva, a la normatividad de los Códigos Civil y de Comercio que les sea aplicable, en especial la regulación del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, sin perjuicio de la sujeción a las normas imperativas de orden público, a las buenas costumbres y a la debida observancia del principio de la buena fe.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2090 DE 1989

CONTRATO DE INTERVENTORÍA – Características / CONTRATO DE INTERVENTORÍA – Contrato autónomo

[L]a Sala se sirve de la definición que de la actividad de interventoría hace el Decreto 2090 de 1989 para señalar ciertas particularidades que permiten moldear o delinear la naturaleza de ese contrato y que lo diferencian de otros tipos negociales que también se subsumen dentro de la categoría de arrendamiento de servicios inmateriales, a efectos de identificarlo como un tipo contractual autónomo. Dentro de esas notas características tiene especial significación la actividad que define a la interventoría, delimitada con recurso a los verbos controlar, supervisar, vigilar y fiscalizar, verbos cuyo significado se complementa con grupos nominales que aluden bien al proceso constructivo (de una obra) o bien a la actividad que debe desplegar el contratista para dar ejecución al contrato objeto de la interventoría.

FACULTADES DEL INTERVENTOR – Por la naturaleza del contrato de interventoría, el interventor no puede actuar como representante de la entidad contratante

[L]a Sala considera que desde la arista de la naturaleza del contrato, el interventor no se puede considerar como representante de la entidad contratante, sino que su actuación es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, con el fin de desempeñar el control y vigilancia de la correcta ejecución de las actividades contratadas. Por lo tanto, si el interventor realiza actos que implican modificaciones o nuevos acuerdos distintos al originario, se estaría extralimitando de sus funciones y los efectos de tales actos jurídicos serían inoponibles a la entidad contratante, es decir no la vincularían ni la comprometerían frente al contratista.

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - En el contrato de interventoría

[L]as partes del contrato de interventoría, en ejercicio de su autonomía negocial, pueden realizar variaciones en relación con los aspectos que serán sometidos al control, fiscalización, vigilancia o supervisión del interventor. Sin embargo, quien pretenda derivar efectos de tales alteraciones soporta la carga de probar el ejercicio, en tal sentido, de la autonomía negocial.

DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL / SILENCIO ADMINISTRATIVO – No se puede interpretar como autorización para continuar con la ejecución del contrato

[L]a Sala al analizar el contenido del escrito del 17 de mayo de 1996 [...] elaborado por la actora, concluye que ésta, bajo una lectura desatinada de los documentos contractuales, no podía escudarse en que el silencio de la interventoría frente a las solicitudes del 19 de enero [...] y del 13 de febrero de 1996 [...] debía interpretarse "(...) como una autorización para continuar ejecutando las actividades", conforme a los análisis de precios unitarios que

allegó en cada escrito, para aquellas actividades que, una vez liquidadas las actas de obra ejecutada N. 3 y 4, respectivamente, habían superado el 120% de ejecución; y que las Actas de Convenio suscritas entre la interventoría y la actora durante las reuniones de los días 5 y 7 de marzo de 1996, a efectos de acordar los nuevos precios unitarios para las actividades que superaban el 120% de ejecución, luego de liquidadas las Actas 3 y 4, las consideraba "(e..) como la ratificación de la autorización para continuar ejecutando los ítems". Y no podía llegar en buena exégesis a esa interpretación, porque desde el pliego se había establecido con claridad los alcances de la función de la interventoría en el sentido que no podía realizar actos jurídicos propios de las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN y que no obraba como mandataria de esta última para tales actos, por lo tanto, constituye un total contrasentido señalar que la interventoría autorizó o ratificó actos jurídicos sobre los cuales la demandada no le había otorgado previamente facultades expresas para su realización.

INEXISTENCIA DE SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – No puede usarse para el reconocimiento de obra extra o adicional / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN

Tampoco podía ampararse en la configuración de un silencio administrativo positivo, como lo expuso en su comunicación del 17 de mayo de 1996 [...], fundada en el transcurso de más del 4 meses entre la solicitud de precios para obra extra y adicional y la respuesta negatoria a la misma por parte de la demandada, pues, además de que ella reconoció o en el escrito del 11 de mayo de 1998 [...], dirigido a la demandada, que el contrato objeto de la litis se regulaba por el derecho privado, como ya se explicó, el negocio jurídico en mención, en virtud de la Ley 142 de 1994, está exceptuado del Régimen de Contratación Estatal, por ende no le es aplicable el silencio administrativo que establece el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 pues tal entendimiento contrariaría la hermenéutica que razonablemente se deriva de una debida observancia del principio de taxatividad y del principio de especialidad de la ley.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 25 NUMERAL 16 / LEY 142 DE 1994

DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL – No probado / CARGA DE LA PRUEBA – Incumplimiento / ACTOS PROPIOS – Prohibición de atacar actos propios / PRINCIPIO DE LA BUENA FE – Aplicación

[L]a sala debe derivar plena consecuencia de las Actas de Modificación Bilateral al Contrato N. 1 al 12 (f. 37-141 C. 1), suscritas por las partes, en las que se acordó (cláusula quinta) que 'EL CONTRATISTA declara que no hará reclamación a LAS EMPRESAS por lo pactado en esta acta, y manifiesta que por ese hecho no habrá lugar a ninguna indemnización por parte de LAS EMPRESAS, toda vez que los precios establecidos para las obras extra y adicional son el único valor que LAS EMPRESAS deberán reconocerle" y en la cláusula séptima se concertó que "[s]iguen vigentes las cláusulas del contrato original, en cuanto no hayan sido modificadas por esta acta", pues, de lo contrario, se daría cauce al desconocimiento de la regla que prohíbe a las partes venir contra sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), regla que se sustenta en el principio de la buena fe que debe imperar en las relaciones contractuales. Conforme al anterior análisis probatorio, la Sala concluye que la accionante no cumplió con la carga probatoria que dispone el artículo 1771) del CPC, en particular, no probó que la demandada hubiese ratificado el contenido de las Actas de Convenio del 5 y 7 de marzo de 1996, suscritas entre el interventor INCOL S.A y la actora.

CONDENA EN COSTAS - Procedencia

Teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modifica el artículo 171 del C.C.A., y dado que no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, la Subsección se abstendrá de condenar en costas.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 – ARTÍCULO 55 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 171

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con aclaración de voto del magistrado Guillermo Sánchez Luque.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., primero (1) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 05001-23-31-000-2000-03439-01(47101)

Actor: PROCOPAL S.A.

Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: Liquidación unilateral en contrato suscrito con entidad exceptuada del régimen de contratación estatal — Alcance de la labor de interventoría — Carga de la prueba

SENTENCIA - SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 12 de octubre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, con la que resolvió denegar las súplicas de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Entre la Sociedad PROCOPAL S.A. (contratante) y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN (contratista) se suscribió el contrato N. 1/DJ-1481/23 del 25 de julio de 1995, que tuvo por objeto "(s..) la construcción de redes y acometidas de acueducto, tanque de almacenamiento y obras complementarias bajo programas de reposición de redes, reordenamiento de circuitos y ampliación de la disponibilidad del servicio de acueducto..." El contrato tuvo una vigencia inicial de 570 días calendario. Su valor y plazo tuvieron cambios a través de Actas de Modificación Bilateral al Contrato suscritas por las partes. La interventoría del contrato, a cargo de INGENIEROS CONSULTORES S.A., suscribió con la contratista dos actas con el objeto de "(...) convenir los precios de la obra extra y de la obra que ha superado el 120% de la cantidad contractual", y lo hizo con base en el estudio de los análisis de precios unitarios que había entregado la demandante para aquellas actividades que, una vez liquidadas las Actas de Obra N. 3 y 4, habían superado el 120% de ejecución, y en los cuales se consideraba necesaria una revisión. Posteriormente, la interventoría remitió a la contratante los borradores de dichas con inclusión del acuerdo de precios. La contratante se abstuvo de suscribir tanto las actas como el referido acuerdo. La demandante reclamó infructuosamente, ante la interventoría y ante la contratante, el reconocimiento económico por cantidades de obra adicional y extra que ejecutó en desarrollo del contrato, con fundamento en el acuerdo que realizó con INCOL S.A. Tales reclamaciones fueron desestimadas por la contratante con base, entre otras razones, en que, al tenor del contenido del pliego, el interventor no era su representante. La relación contractual terminó el 22 de junio de 1997, fecha en la cual la demandada recibió a satisfacción la obra contratada. El contrato se liquidó unilateralmente mediante acto que fue notificado personalmente a la parte actora conformado con acto notificado personalmente a la demandante el 17 de diciembre de 1998.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

El 18 de agosto de 2000, PROCOPAL S.A. presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra de las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, formulando las siguientes pretensiones (f. 1126-1210, C. 1):

Primera. Que, por los motivos alegados en la parte motiva de este escrito, se declare que en la ejecución del Contrato No. 1 /DJ-1482/23, ya suficientemente determinado, se produjo un desequilibrio económico entre las prestaciones de las partes y en desfavor del Contratista, Procopal S.A.

Segunda. Que como consecuencia de la anterior petición, se declare que las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN son responsables del restablecimiento del equilibrio económico presentado durante la ejecución del Contrato mencionado.

Tercera. Que como consecuencia, se declare la nulidad de las resoluciones Nos. 87035 de julio 14 de 1998 y 92872 de 16 de diciembre de 1998, a través de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato No. 1/DJ-1481/23.

Cuarta. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN a pagar a la sociedad Procopal S.A. las sumas de dinero que se logren demostrar en el proceso.

Quinta. Que las sumas que sean reconocidas al Contratista y a cuyo pago sea

condenada la Entidad sean ajustadas a la fecha de terminación del Contrato, según la fórmula aplicada en el Contrato hasta la fecha de vencimiento del plazo original, y a partir del momento de amortización del anticipo, con la fórmula corregida en los términos solicitados por el Contratista.

Sexta. Que las sumas de dinero a cuyo pago sean condenadas las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN sean actualizadas desde la fecha de terminación del contrato y hasta la fecha de la sentencia, con la variación del índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

Séptima. Que se condena en costas y agencias en derecho a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN.

Octava. Que las sumas a que ascienda la condena realizada por el Despacho generarán los intereses correspondientes después de su ejecutoria".

Para determinar el alcance de las pretensiones, la actora realizó en el escrito de la demanda, la siguiente precisión de la causa petendi (f. 1138, C. 3):

"2.3. En esta demanda, solamente se solicitará la revisión de precios para las actividades en que se pactó un nuevo precio con la Interventoría, siguiendo las directrices de las Empresas Públicas de Medellín". (Énfasis por fuera del texto original).

Esta delimitación tiene importancia cardinal en la determinación del alcance de la litis y del recurso que compete resolver a la Sala. Primero, porque el Contrato No. 1 /DJ-1482/23 tenía por objeto la ejecución de obras bajo la modalidad de pago por precios unitarios, esto es, a partir de unidades de medida, o de cantidades de obra variable con precios unitarios constantes o fijos, de modo que la concreción del valor a pagar estaba determinada por la variable "cantidades de obra efectivamente ejecutadas", en conjunción con la constante del precio unitario pactado. Por tanto, el simple hecho del incremento de algunas cantidades de obra no debía incidir sobre el equilibrio económico del contrato.

En consecuencia, la Sala podría despachar sin dificultad la demanda así delimitada, señalando esa falta de incidencia. Pero entiende que la demanda se funda específicamente en la protesta del incumplimiento que habría implicado la desatención por parte de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, de las Actas de Convenio que la aquí actora y el interventor INCOL S.A. suscribieron los días 5 y 7 de marzo de 1996 y cuyo objeto era "(...) convenir los precios de la obra extra y de la obra que ha superado el 120% de la cantidad contractual". (f. 976-980, C. 2), con fundamento en el estudio de los análisis de precios unitarios que había entregado la demandante los días 19 de enero y 13 de febrero de 1996 para aquellas actividades que, una vez liquidadas las Actas de Obra N. 3 y 4, habían superado el 120% de ejecución, y en los cuales se consideraba necesaria una revisión (f. 982-992, C. 2).

El fundamento fáctico de las pretensiones así entendidas, se puede resumir en los siguientes términos:

Entre la Sociedad PROCOPAL S.A. y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN se suscribió el contrato N. 1/DJ-1481/23 del 25 de julio de 1995, que tuvo por objeto "(. ..) la construcción de redes y acometidas de acueducto, tanque de almacenamiento y obras complementarias bajo programas de reposición de redes, reordenamiento de circuitos y ampliación de la disponibilidad del servicio de acueducto en las diferentes zonas del Valle de Aburrá atendidas por las Empresas Públicas de Medellín (grupos 2, 3 y 4) (...)", con un valor de " (...) once mil doscientos treinta y tres millones ciento noventa y siete mil seiscientos cuarenta y siete pesos m.l. (\$11.233.197.647) precios reajustables y tuvo una vigencia inicial de 570 días calendario. El valor y el plazo tuvieron cambios por las partes a través de Actas de Modificación Bilateral al Contrato.

Las obras contratadas fueron objeto de interventoría por INGENIEROS CONSULTORES S.A., en adelante INCOL S.A., en virtud del contrato 1/DJ1471/18 que suscribió esta última con la demandada el 27 de julio de 1995 (f. 1245-1248, c. 3).

En desarrollo del contrato de obra, la actora y el interventor INCOL S.A. suscribieron los días 5 y 7 de marzo de 1996 Actas de Convenio cuyo objeto era "(. . .) convenir los precios de la obra extra y de la obra que ha superado el 120% de la cantidad contractual" (f. 976-980, C. 2), con fundamento en el estudio de los análisis de precios unitarios que había entregado la demandante los días 19 de enero y 13 de febrero de 1996 para aquellas actividades que, una vez liquidadas las Actas de Obra N. 3 y 4, habían superado el 120% de ejecución, y en los cuales se consideraba necesaria una revisión (f. 982-992, C. 2).

Posteriormente, la interventoría, a través de Oficios 535 y 540 de 16 y 19 de abril de 1996, respectivamente, envió a la demandada y con copia a la actora los borradores de las Actas Bilaterales N. 2 y 3, incluyendo el acuerdo de precios acordado (f. 961-975, C. 2); sin embargo, esta no fue suscrita por la accionada.

Ante tal situación, la actora solicitó a la interventoría y a la demandada, en varias ocasiones, el reconocimiento económico por cantidades de obra adicional y extra en desarrollo del contrato, con fundamento en el acuerdo que realizó con INCOL S.A., pero estas no fueron aceptadas por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN

con base, entre otras razones, en que, al tenor del contenido del pliego, el interventor no era su representante.

La relación contractual terminó el 22 de junio de 1997, fecha en la cual la demandada recibió a satisfacción la obra contratada.

De acuerdo con el relato que ofreció la actora en el escrito de demanda, el 29 de julio de 1997 solicitó a la demandada el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, lo cual suscitó discusiones entre las partes, expresadas a través de los escritos del 9 de febrero, 18 de marzo, 8 de abril, 11 y 19 de mayo de 1998 (f. 1049-1103, c. 2).

La demandada no accedió a la petición de restablecimiento, y decidió, a través de la Resolución 87035 de 14 de julio de 1998, liquidar unilateralmente el contrato en mención (f. 1105-1110, C. 1), la cual fue notificada personalmente a la parte actora el 24 de julio de 1998 (f. 1111, C. 1). Contra la citada Resolución, la demandante interpuso recurso de reposición que fue resuelto por la accionada, por medio de la Resolución N. 92872 de 16 de diciembre de 1998 (f. 1112-1124, C. 1), confirmando en su integridad la decisión inicial. Esta última fue notificada personalmente a la demandante el 17 de diciembre de 1998 (f. 1125, C. I).

2.2. Trámite procesal relevante

La demanda fue presentada el 18 de agosto de 2000 (f. 1126-1210, C. 1), la cual fue admitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante auto de 22 de septiembre de 2000 (f. 1212, C. 1).

Surtida la notificación del auto admisorio de la demanda, la demandada presentó escrito de contestación (f. 1216-1242, C. I), con el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda planteando la excepción de mérito titulada inexistencia de la obligación.

El a quo abrió el proceso a pruebas por auto de 5 de marzo de 2002 (f. 1271-1272, C. 1) y, fenecida dicha etapa, corrió traslado para alegatos de conclusión en proveído de 6 de agosto de 2004 (f. 1321, C. 1).

Dentro del término para alegar de conclusión en primera instancia, intervinieron las partes mediante escritos (f. 1322-1347, C. 1).

El 2 de mayo de 2012, se dispuso la remisión del expediente a los Magistrados de Descongestión (f. 1349, C. 1).

2.3. La sentencia apelada.

El 12 de octubre de 2012, el Tribunal Administrativo de Antioquia dictó sentencia de primera instancia en la que resolvió (f. 1350-1379, C. 8):

"PRIMERO. SE DENIEGAN las súplicas de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. No se condena en costas a la parte vencida.

La problemática planteada en el caso consistía —según el Tribunal— en “(...) establecer si se presentó o no un desequilibrio económico en desfavor del contratista, durante la ejecución del contrato celebrado entre las partes; y pronunciarse sobre la legalidad de las Resoluciones No. 87035 del 14 de julio de 1998 "Por medio de la cual se liquida unilateralmente un contrato" y No. 92872 del 16 de diciembre de 1998 "Por medio de la cual se resuelve un recurso", en tanto el contratista aduce que tenía derecho a la revisión de precios por ítems, según la solicitud previa que para tal efecto había elevado ante la entidad contratante.

2.4. El recurso de apelación

El 27 de noviembre de 2012, la parte demandante interpuso, oportunamente, recurso de apelación contra la anterior decisión (f. 1382-1387, C. 8). Solicita que la Sentencia sea revocada; y que, en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda. En el recurso se plantearon los siguientes reparos a la providencia:

(i) Falta de pronunciamiento del a quo frente a los sobrecostos, el desfase originado en las cantidades de obra ejecutadas de manera adicional y extra por la actora y precios demostrados por esta última dentro de la litis. En ese sentido, el Tribunal desestimó los escritos del 19 de enero de 1996, 13 de febrero, 22 de marzo, 12 de abril, 9 de marzo, 21 de julio y otras, donde el accionante expuso a la demandada la solicitud de reconocimiento económico las cantidades de obra adicional y extra en desarrollo del contrato.

(ii) Falta de valoración de hechos acaecidos durante la ejecución del contrato que demostraban la existencia del desequilibrio contractual que afectó al apelante, como que “(...) el mismo interventor reconoció y aceptó que el Contratista incurrió en sobre costos y obras extras no contempladas en el contrato, y no canceladas por las Empresas debidamente” y que la actora incurrió en una cifra superior a \$2.211.267.277 por concepto de cantidades de obra extra y adicionales.

(iii) Desconocimiento del Tribunal de las vicisitudes comunes que se presentan durante la ejecución de los contratos de obra pública, en particular aquellas relacionadas con el surgimiento de la necesidad de ejecutar cantidades de obra superior a lo contratado u ofertado en la licitación presentada por la actora.

(iv) Falta de debida valoración del contenido de la comunicación del 4 de mayo de 1998, emitida por el Jefe del Departamento de Proyectos de Acueducto de las Empresas Públicas de Medellín en relación con la validez que para la demandada tenía los precios pactados con el interventor para nueve ítems específicos, pues a juicio del recurrente, tal manifestación demuestra que la demandada autorizó el acuerdo de precios y cantidades adicionales y extras efectuado por la accionante y la interventoría del contrato.

2.5. Tramite en segunda instancia

El recurso fue admitido (f. 1401, C. 8) y se ordenó el traslado a las partes, para alegar de conclusión, y al Ministerio Público, para que emitiera concepto (f. 1403,

Solo la parte demandada presentó alegatos de conclusión (f. 1404-1422, C. 8), mientras que el Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos de la sentencia de mérito

3.1.1. Competencia

El artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, — vigente para la fecha de la presentación de la demanda en este proceso¹ —, disponía que esta jurisdicción está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas, y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado".

La Sala es competente para decidir el asunto, en razón a que el proceso tiene vocación de segunda instancia en atención a su cuantía determinada en función del valor de la mayor de las pretensiones, la que supera la exigida por el artículo 132 del CCA² como factor para la determinación de la competencia.

3.1.2. Legitimación en la causa

Los extremos procesales están legitimados en la causa por activa y por pasiva al haber suscrito el negocio jurídico que suscita la controversia.

3.1.3. Oportunidad para ejercer la acción

¹ La demanda fue presentada el 18 de agosto de 2000 (f. 1126-1210, C. 3).

² En la demanda se estableció como cuantía la suma de MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTISIETE MIL CIENTO OCHENTA Y OCHO PESOS MCTE. (\$1 '524.827.188-) monto que supera la cuantía requerida por el artículo 132 del CCA de 500 SMLMV al momento de la presentación de la demanda, para que un proceso adelantado en acción de controversias contractuales fuera considerado como de doble instancia ante esta Corporación.

Frente a la oportunidad para ejercer la acción de controversias contractuales dentro del caso sub lite, la Sala realizará la siguiente aclaración concerniente a la contabilización del citado término de caducidad, toda vez que el a quo, en sus consideraciones, no efectuó el análisis de esta temática.

a. Como el artículo 38 de la ley 153 de 1887 que preceptúa que "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración", y el trámite de la licitación pública internacional PS-OC-09 y la suscripción del contrato N. 1/DJ-1481/23³ se efectuaron en el año de 1995, la Sala, siguiendo su jurisprudencia⁴, colige que el régimen aplicable al proceso de contratación era el dispuesto en la Ley 142 de 1994, toda vez esta última entró en vigencia desde el 11 de julio de 1994⁵. Así lo entendió, además, la demandada, cuando redactó el Oficio DPA-0315 del 4 de mayo de 1998, a través de JORGE IVÁN MESA GONZÁLEZ, Jefe Departamento de Proyectos de EPM (f. 1254-1255, C. 2), para señalarle a su contratista, que el régimen aplicable al contrato objeto de la litis era el dispuesto en la Ley 142 de 1994.

b. En ese orden de ideas, el contrato N. 1/DJ-1481/23 se encuentra exceptuado del régimen de contratación estatal, en virtud de lo dispuesto en la versión original de los artículos 31⁶ y 32⁷ de la Ley 142 de 1994 en concordancia con la versión original del parágrafo 1⁸ del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Por tanto, el régimen jurídico contractual de estos negocios jurídicos es de derecho privado, de suerte que las declaraciones de voluntad que las partes realicen en el marco de la descrita relación se sujetan a un régimen *ius privatista*⁹ sin perjuicio de la regulación concerniente a las cláusulas exorbitantes que contempla la misma Ley 142 de 1994.

³ El trámite de la licitación pública internacional PS-OC-09 y la suscripción del contrato N. 1/DJ-1481/23 acaecieron en el año de 1995.

⁴ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia de 11 de febrero de 2009, Rad. 25000-23-31000-2000-13018-01(16653); Subsección A, Sentencia 9 de febrero de 2011, Rad. 200012331000199703550 01 (15686), entre otras.

⁵ El artículo 189 de la Ley 142 de 1994 estableció "(...) que esta Ley rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial", situación que acaeció el 11 de julio de 1994, fecha en que se publicó la citada norma en el Diario Oficial No. 41433.

⁶ ARTÍCULO 31 . CONCORDANCIA CON EL ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa. II 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. (Énfasis por fuera del texto original).

⁷ ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. (Énfasis por fuera del texto original)

⁸ ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. (...) PARÁGRAFO 10. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. (Énfasis por fuera del texto original)

⁹ "En efecto, pretende la ley objeto de control someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. No es otro el objetivo del envío que el artículo 31 de la ley 142 de 1994 hace, en tratándose de contratos celebrados por dichas empresas, al parágrafo 10 del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la primera ley citada disponga otra cosa. En igual forma y directamente, el artículo 32 de la misma ley deja en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan lo contrario, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-060 de 11 de febrero de 1997. (Énfasis por fuera del texto original).

c. Las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, dentro del iter contractual, actuó a través de actos jurídicos que denominó resoluciones. Así, la Resolución No 87035 del 14 de julio de 1998 (f. 1105-1110, C. 3) y Resolución N. 92872 del 16 de diciembre de 1998 (f. 1112-1124, C. 3), circunstancia que en modo alguno muta el régimen jurídico dispuesto por la ley.

d. Durante el lapso comprendido entre la celebración del contrato objeto de la litis (25 de julio de 1995) y el vencimiento del plazo para la liquidación por mutuo acuerdo (22 de octubre de 1997)¹⁰ no estuvo vigente la Ley 448 de 1998¹¹, que modificó el artículo 136 del CCA, en el sentido de unificar que todas las acciones relativas a contratos tenían un término de caducidad de dos años.

Con fundamento en las anteriores aclaraciones y atendiendo el contenido de las pretensiones formuladas en la demanda, las cuales fueron objeto de precisión en la *causa petendi*¹² (f. 1138, C. 3), la Sala adelantará el análisis de este presupuesto de la sentencia de mérito, siguiendo la jurisprudencia de la Corporación vigente para la época¹³, según el siguiente esquema:

A. APLICACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE 2 AÑOS DEL ARTÍCULO 136 DEL CCA.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, para el momento en que se presentó la demanda establecía que, para el término para el oportuno ejercicio del derecho de acción, cuando la demanda se fundaba en hechos que se suscitaron en vigencia de la Ley 80 de 1993, pero con antelación a la Ley 446 de 1998 y cuyas pretensiones se dirigieran contra conductas jurídicas (hecho del príncipe) o no imputables a las partes cocontratantes (hechos imprevisibles) y la validez de los actos jurídicos contractuales era de 2 años, al tenor de la preceptiva consagrado en el artículo 136¹⁴ del CCA y no el artículo 55¹⁵ de la Ley 80 de 1993.

¹⁰ De conformidad con el numeral 2.29.4 de la Sección 2 del pliego de condiciones y especificaciones de la licitación pública internacional PS-OC-09 (f. 85, C7), la liquidación por mutuo acuerdo se debía efectuar dentro de los 120 días calendario a la fecha en que se efectuó la entrega de las obras — 22 de junio de 1997 —, es decir, la fecha límite para suscribir por acuerdo la liquidación del contrato era el día 22 de octubre de 1997, situación que no acaeció en el caso sub lite.

¹¹ Según el artículo 163 de la Ley 448 de 1998, esta regía a partir de su publicación, lo cual acaeció el 8 de julio de 1998, fecha en que se publicó en el Diario Oficial No. 43.335. Así mismo, la descrita disposición señaló que "Salvo disposición en contrario, los recursos interpuestos, los términos que hubieren comenzado a correr y las notificaciones que se estén surtiendo se regirán por las normas vigentes cuando se interpuso el recurso, el término, se promovió el incidente, o comenzó a surtirse la notificación. Los procesos en curso que se encuentren en periodo probatorio se someterán de inmediato a las normas que en materia de pruebas contiene la presente ley en cuanto a su práctica el Juez o Magistrado concederá a las partes un término de tres (3) días para que reformulen la petición de pruebas no practicadas de acuerdo a la presente ley". (Énfasis por fuera del texto original).

¹² "2.3. En esta demanda, solamente se solicitará la revisión de precios para las actividades en que se pactó un nuevo precio con la Interventoría, siguiendo las directrices de las Empresas Públicas de Medellín" (Énfasis por fuera del texto original).

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA Sentencia de 19 de octubre de 2000, Radicación número: 12393; Auto de 9 de marzo de 2000, Radicación número: 17333; entre otros.

¹⁴ ARTÍCULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. El nuevo texto es el siguiente: Il 10. En las relativas a contratos. el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. (...) En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: Il d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar; (...)

¹⁵ ARTÍCULO 55. DE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. La acción civil derivada de las acciones y omisiones a que se refieren los artículos 50, 51, 52 y 53 de esta ley

Sobre el punto, precisaba:

"Cosa distinta es el cuestionamiento de la validez de actos jurídicos contractuales (contrato, actos bilaterales, actos unilaterales de la administración y del particular) y de otras conductas jurídicas (hecho del príncipe) o no imputables a las partes cocontratantes (hechos imprevisibles), evento en los cuales el término de caducidad es de dos años (art. 136 inc.6º. C.C.A.)"¹⁶ (Subrayado por fuera del texto original).

Con fundamento en lo expuesto, el estudio de procedencia de la caducidad de la acción frente las pretensiones dirigidas a que se declare la nulidad de los actos jurídicos bajo la denominación "Resoluciones Nos. 87035 de julio 14 de 1998 y 92872 de 16 de diciembre de 1998", a través de los cuales se liquidó unilateralmente el contrato No. 1/DJ-1481/23, y frente a la pretensión concerniente a la declaración del desequilibrio económico con fundamento en conductas jurídicas o no imputables a las partes, se debe efectuar de acuerdo con el literal d del numeral 10 del artículo 136¹⁷) del CCA. Significa lo anterior que respecto de estas pretensiones, la Sala debe verificar si el derecho de acción se ejerció dentro del término de dos años contados a partir del día siguiente al vencimiento del plazo para realizar la liquidación por mutuo acuerdo del contrato, atendiendo que el citado negocio jurídico es de tracto sucesivo y está regulado por el derecho privado.

Bajo ese entendido, ha de tomarse en consideración que de conformidad con el numeral 2.29.4¹⁸ de la Sección 2 del pliego de condiciones y especificaciones de la licitación pública internacional PS-OC-09 (f. 85, C7), la liquidación por mutuo acuerdo del contrato debían convenirla las partes dentro de los 120 días calendario siguientes a la fecha en que se efectuó la entrega de las obras —22 de junio de 1997—, de modo que la fecha límite para suscribir por acuerdo la liquidación del contrato era el día 20 de octubre de 1997, y no acaeció así en el presente caso.

Así las cosas, siguiendo la jurisprudencia de la Sección¹⁹, la actora podía acudir a la jurisdicción a través del medio de control de controversias contractuales hasta el día 21 de octubre de 1999, puesto que, considerado el régimen de derecho privado al que estaba sujeto el contrato, ninguna de sus partes podía atribuirse la

prescribirá en el término de veinte (20) años, contados a partir de la ocurrencia de los mismos. La acción disciplinaria prescribirá en diez (10) años. La acción penal prescribirá en veinte (20) años.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 9 de marzo de 2000, Radicación número: 17333.

¹⁷ ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. El nuevo texto es el siguiente: Il 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: Il d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que le apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar (...).

¹⁸ "2.29.4 Plazo de liquidación del contrato. Una vez recibidas las obras y en un término que no exceda de ciento veinte (120) días calendario, LAS EMPRESAS suscribirán con EL CONTRATISTA un convenio de finiquito el cual será una declaración mutua de paz y salvo de las obligaciones adquiridas por este contrato con excepción de las reclamaciones que de conformidad con las disposiciones legales tienen derecho a hacer LAS EMPRESAS por los vicios de construcción e que se refieren las reglas y 4a del artículo 2060 del Código Civil y las demás disposiciones concordantes. (...)"

¹⁹ Subsección 3, Auto de 8 de agosto de 2018, Rad. 25000-23-36-000-2015-00574-01 (57780), Sentencia de 29 de noviembre de 2017, Rad. 25000-23-26-000-20C4-C1282-01 (35271).

potestad para liquidar unilateralmente el contrato mediante acto administrativo, pues tal atribución exige habilitación legal²⁰.

Por lo tanto, la atribución convencional que se estableció en el numeral 2.29.3²¹ de la Sección 2 del pliego de condiciones y especificaciones de la licitación pública internacional PS-OC-09 (f. 85, C7), dirigida a que la demandada podía liquidar el contrato a través "Resolución", entendida dicha atribución como fuente de una potestad para que el extremo contratante emitiera un acto administrativo para formalizar tal decisión en el evento que no existiera acuerdo, es improcedente e ineficaz, pues tal habilitación no es de resorte de las partes en ejercicio de su autonomía negocial, sino del legislador.

Ahora, dentro del acervo probatorio obra la prueba de los actos que tuvieron por objeto la convención sobre los valores de la obra adicional y extra reajustables, actos que se concretaron en las actas de modificación bilateral N. 11 y 12 al contrato, suscritas los días 14 de julio (f. 114-123, C. 1) y 17 de octubre de 1997 (f. 124-141, C. 1), respectivamente. Consta, también, que las partes intentaron en varias oportunidades la liquidación del contrato por mutuo acuerdo, situación que se demostró con el Oficio DPA-1004 de 4 de noviembre de 1997 mediante el cual la contratante remitió a la contratista el modelo de acta de paz y salvo y finiquito del contrato para su firma (f. 1-65, C.5), así como las comunicaciones cruzadas entre las partes del contrato dentro del periodo comprendido entre el 9 de febrero y 29 de mayo de 1998.

Pues bien, podría entenderse, en principio, que la conducta de las partes así acreditada se tradujo en una modificación tácita al plazo pactado para que se diera liquidación por mutuo acuerdo al contrato, e indirectamente, en una ampliación del término de vigencia de la acción contractual, que cuenta a partir del vencimiento del plazo establecido para dicha liquidación. Sin embargo, la Sala, siguiendo su jurisprudencia²², considera que tal lectura o interpretación no es de recibo, pues los comportamientos de los extremos negociales no pueden ser interpretados a contrapelo de la preceptiva legal que incide en el conteo del término legalmente dispuesto para la caducidad de la acción, puesto que este ha sido dispuesto por normas que son de orden público.

Por lo tanto, si la demanda fue presentada el 18 de agosto de 2000 (f. 1126-1210, C. 1), la Sala colige que el ejercicio del derecho de acción que encauzó las pretensiones dirigidas a la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos "Resoluciones Nos. 87035 de julio 14 de 1998 y 92872 de 16 de diciembre de

²⁰ Subsección B, Auto de 8 de agosto de 2018, Rad. 25000-23-36-000-2015-00574-01 (57780), Sentencia de 29 de noviembre de 2017, Rad. 25000-23-26-000-2004-01282-01 (35271).

²¹ "2.29.3 Contenido de la liquidación. Las diligencias de liquidación, que siempre constarán en actas, determinarán las sumas de dinero que haya recibido EL CONTRATISTA y la ejecución de la prestación a su cargo. (...) Si no hubiere acuerdo para liquidar un contrato, se tendrá por firme la liquidación presentada por LAS EMPRESAS, la cual expedirá mediante resolución motivada, que estará sujeta a los recursos ordinarios por vía gubernativa"

²² "Efectivamente, se observa que el término de caducidad es perentorio, se surte aún en contra de la voluntad de las partes, no se interrumpe, y se cumple por el solo transcurso del tiempo sin que haya sido ejercida la respectiva acción: en tales condiciones. su contabilización no puede depender de la voluntad o de las acciones u omisiones de alguna de sólo las partes, podía empezar y por ello a no correr es del recibo término el argumento de caducidad esgrimido de la acción por la demandante [...]t quien aseguró que contractual, una vez finalizadas las investigaciones administrativas en las que se determinó la responsabilidad del contratista por la pérdida de elementos de la entidad; ello no es así, puesto que el plazo legal para intentar la acción. se inició una vez terminado el contrato. independientemente de las actuaciones de las artes que debían tener en cuenta esta circunstancia para las posibles reclamaciones judiciales que pretendieran efectuar". (énfasis por fuera del texto original). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2006. Rad. 25000-23-26-000-1995-0062601 (14056)

1998", y a la declaración del desequilibrio económico con fundamento en conductas jurídicas o no imputables a las partes, se efectuó de manera extemporánea, pues para la aludida fecha ya había transcurrido los dos años fijados por el legislador para que hubiese operado el fenómeno jurídico-procesal de la caducidad de la acción de controversias contractuales.

Por las razones expuestas, pero exclusivamente frente a las citadas pretensiones, ante la ausencia de uno de los presupuestos para proferir sentencia de fondo, la Sala revocará lo decidido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión en la sentencia de 12 de octubre de 2012 y declarará que respecto de ellas operó la caducidad del medio de control, por lo que no hará pronunciamiento sobre los reparos planteados por el apoderado judicial de la parte actora, en el recurso de apelación, respecto de tales pretensiones.

B. APLICACIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE 20 AÑOS CONTEMPLADO EN EL ARTICULO 55 DE LA LEY 80 DE 1993

Al margen de las pretensiones a las que se contrae el pronunciamiento anunciado en el acápite inmediatamente precedente, la demandante también pretende una declaración de responsabilidad civil de la demandada por causa de su incumplimiento del convenio que recogerían las Actas suscritas por la interventoría y por la contratista en el curso de las reuniones de los días 5 y 7 de marzo de 1996.

Frente a esta pretensión, la Sala considera, siguiendo los lineamientos de la Jurisprudencia contencioso-administrativa y la jurisprudencia constitucional de la época, que su oportunidad debe juzgarse con aplicación del artículo 55 de la Ley 80 de 1993, normativa esta que se dice rectora de la "prescripción de la acción", y que en términos más rigurosos ha de entenderse referida la "caducidad de la acción", como lo ha señalado esta Corporación en anteriores oportunidades²³.

Sobre el alcance del artículo 55 de la Ley 80 de 1993, la Sección señaló:

"Sobre este particular precisa la Sala que, efectivamente, la Ley 80 introdujo la figura de la "prescripción de la acción" para ciertas controversias contractuales y fijó su término en 20 años, siempre y cuando el asunto debatido dijese relación con la responsabilidad patrimonial de las partes o la civil de los servidores públicos.

En otros términos, en tanto las controversias contractuales girasen en torno a la responsabilidad de las partes en el contrato (responsabilidad patrimonial), las acciones respectivas se podían intentar dentro del término de veinte (20) años"²⁴.

Por su parte, la Corte Constitucional entendió:

"Al respecto estima la Sala que el único entendimiento posible del contenido normativo de los referidos preceptos de ley 80/93, que

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Radicación número: 76001-23-31-000-1994-00507-01(15239)

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 19 de octubre de 2000_ Radicación número: 12393.

consagran la responsabilidad civil de las entidades estatales, no es otro que el de considerar que dicha responsabilidad concierne a aspectos relativos a conductas positivas o negativas, imputables a las entidades públicas, que causan perjuicio a los contratistas, derivadas de la inobservancia de preceptos de las normas civiles que rigen su actividad contractual, y a las cuales expresamente dicha ley remite, responsabilidad de naturaleza especial que no puede hacerse exigible mediante la formulación de las pretensiones autorizadas por el art. 87 del C.C.A. "²⁵ (Énfasis por fuera del texto original).

Ahora bien, frente al momento en que se debe iniciar el conteo del término de 20 años, la norma en comento establece expresamente que éste se realiza "a partir de la ocurrencia" del suceso dañoso o conducta antijurídica por parte del otro extremo negocial. En el caso sub lite, tal conducta antijurídica contractual, habría acaecido con la respuesta que le hizo la contratante a su contratista, a través del Oficio DPA-0706 de 24 de mayo de 1996, suscrito por el Jefe de Departamento de Interventoría de EPM, el Jefe de División Técnica de Acueducto y Alcantarillado de EPM y el Director de Interventoría de INCOL S.A. (f. 12581259, C. 3), en el sentido de desestimar la solicitud de cumplimiento al acuerdo que esta última predicaba existente en las Actas de Convenio suscritas entre la interventoría y la actora durante las reuniones de los días 5 y 7 de marzo de 1996. En ese orden de ideas, el término de 20 años se contabiliza a partir del día siguiente del citado Oficio.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 18 de agosto de 2000, la Sala encuentra que el ejercicio de la acción que encaminó la descrita pretensión de responsabilidad patrimonial de la actora fue oportuno, y que, por ende, no operó el término de "prescripción de la acción" que establece el artículo 55 de la Ley 80 de 1993. En virtud de ello, la Sala estudiará de fondo el asunto exclusivamente frente a la descrita pretensión.

3.2. Pruebas objeto de valoración

- Documentos:

3.2.1. Contenido del Contrato N. 1/DJ-1481/23, que tuvo por objeto la construcción de redes y acometidas de acueducto, tanque de almacenamiento y obras complementarias bajo programas de reposición de redes, reordenamiento de circuitos y ampliación de la disponibilidad del servicio de acueducto en las diferentes zonas del Valle de Aburrá atendidas por las Empresas Públicas de Medellín (grupos 2, 3 y 4) (...)", ciñéndose a lo estipulado en la licitación pública internacional PS-OC-09, con un valor de "(...) once mil doscientos treinta y tres millones ciento noventa y siete mil seiscientos cuarenta y siete pesos m.L. (\$11.233.197.647) precios reajustables, discriminados así: grupo 2: cuatro mil doscientos catorce millones ciento cincuenta mil seiscientos cuarenta y tres pesos m.l. (\$4.214.150.643), grupo 3: tres mil ochocientos sesenta y nueve millones doscientos sesenta y siete mil ciento cincuenta y dos pesos m.l. (\$3.869.267.152) y grupo 4: tres mil ciento cuarenta y nueve millones setecientos setenta y nueve mil ochocientos cincuenta y dos pesos m.l. (\$3.149.779.852)"; y con una vigencia

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-574 de 14 de octubre de 1998.

570 días calendario para el grupo 2 y 480 días calendario para los grupos 3 y 4 (f. 9-11, c. 1).

Dentro del contenido del citado negocio jurídico encontramos las siguientes cláusulas, que a juicio de la Sala, son relevantes para el caso:

"CUARTA. (..) 2. Actas mensuales de obra ejecutada. Cada mes calendario se medirá conjuntamente entre EL CONTRATISTA y la interventoría, la obra realizada, lo cual se hará constar en actas firmadas por ambas partes. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de la firma de las actas por parte de EL CONTRATISTA y de la interventoría y previa presentación de cada cuenta con el lleno de los requisitos de rigor, LAS EMPRESAS pagarán las sumas que resultaren en favor de EL CONTRATISTA, previa deducción de las sumas correspondientes a la amortización del anticipo, impuestos, suministros por parte de LAS EMPRESAS el pago de las multas que se hubieren decretado, etc.

(...)

SEXTA: Aplicación del pliego de condiciones. Todos los numerales de las condiciones generales del contrato incluidas en el pliego de condiciones, los adenda 1, 2 y 3, y las demás disposiciones del mismo y la propuesta, se entienden incorporadas en este contrato, al igual que las normas de la Ley 80 de 1993, en cuanto sean aplicables en un caso determinado

SÉPTIMA: Lista de cantidades y precios. La lista de cantidades y precios unitarios es la presentada por EL CONTRATISTA en su propuesta, con las correcciones hechas tanto en el valor total como en los ítem 58 del grupo 2, 60 del grupo 3 y 61 del grupo 4."

3.2 2. Actas de Modificación Bilateral al Contrato N. 1 al 12 (f. 37-141 C. 1).

3.2.3 Contenido del pliego de condiciones y especificaciones de la licitación pública internacional PS-OC-09, en particular los siguientes numerales de las secciones 1 (f. 37-63, C. 7), 2 (f. 65-95, C. 7), y 5 (256-272, C. 7):

"SECCIÓN 1

INFORMACIÓN A LOS PROPONENTES

1.36. NORMATIVIDAD

En la presente licitación se dará aplicación a lo estipulado en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en lo relacionado con los contratos de empréstito.

1.7 INTERPRETACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES

El proponente deberá examinar cuidadosamente el pliego de condiciones e informarse de todas las circunstancias que puedan afectar de alguna manera, el costo y el tiempo de construcción de la obra a licitar.

A menos que se indique lo contrario en otra parte del pliego de condiciones, la intención de éste es incluir la mano de obra, equipo, materiales y transporte necesarios para la adecuada ejecución de la obra, significando esto que es

responsabilidad del EL CONTRATISTA suministrar estos bienes y servicios, aunque ellos no estén expresamente mostrados en los planos o en otros documentos de esta licitación.

Si alguno de los proponentes encontrare omisiones o discrepancias entre las especificaciones y los planos o el pliego de condiciones y sus anexos, o SI tuviere dudas de su significado, deberá obtener de LAS EMPRESAS las aclaraciones del caso antes de presentar la propuesta, solicitando por escrito la aclaración, mínimo veinte (20) días solares antes del cierre de la licitación.

1.8. RECONOCIMIENTO DE LA ZONA Y VISITA AL LUGAR DE LAS OBRAS

No habrá visita oficial programada por LAS EMPRESAS a los sitios de las obras. Sin embargo, antes de presentar su propuesta, el proponente tiene la obligación de visitar el sitio de las obras y sus alrededores e informarse completamente de todas las condiciones topográficas, climatológicas, de acceso, de suministro y transporte de materiales y sobre las demás condiciones que puedan influir o afectar el trabajo, su costo o duración. (...) El hecho de que los proponentes no se familiaricen debidamente con los detalles y condiciones bajo las cuales serán ejecutados los trabajos, no se considerará como excusa para posteriores reclamaciones”.

(...)

SECCIÓN 2

CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO

(...)

2.6.2 Medida y pago de obra ejecutada. Cada mes calendario conjuntamente se medirá de común acuerdo entre EL CONTRATISTA, la interventoría y las Empresas la obra realizada a satisfacción, lo cual se hará constar en actas firmadas por ellos.

Para efectos de la evaluación de las actas correspondientes a las obras ordinarias y adicionales deberán hacerse en las unidades y a los precios indicados en la lista de ítem, cantidades y precios y la obra extra tal como se indica en el numeral 2.27.

Cuando figuren pagos por obras extras para lo cual no hubiere sido posible convenir precios y por lo tanto debe aplicarse el procedimiento establecido en el numeral 2.27, la cuenta deberá estar acompañada, además del acta misma, de las planillas de materiales, equipos y mano de obra presentadas por EL CONTRATISTA en la forma establecida en el numeral 2.27, y firmada por el interventor.

Igualmente, cada mes se calculará para las obras ejecutadas el reajuste correspondiente cuyo cálculo y valor se hará constar en acta firmada por EL CONTRATISTA y el interventor V se someterá a la aprobación de las Empresas.

En caso de que haya demoras para obtener los índices establecidos en la fórmula de reajuste se harán liquidaciones provisionales con base en índices anteriores conocidos; cuando se conozcan los índices definitivos se harán los correspondientes ajustes.

Dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de la firma de las actas por parte de EL CONTRATISTA y de la Interventoría y previa aprobación por Las Empresas, éstas pagarán a EL CONTRATISTA lo saldos que resulten a favor de EL CONTRATISTA, previa deducción de la cuota correspondiente al anticipo, el pago de las multas a que hubiere lugar, impuestos, orden de autoridad competente, servicios prestados por las Empresas, etc.

(...)

2.6.3 Reajuste de precio. Los precios unitarios se reajustarán de acuerdo con la fórmula, establecida en la sección 3 de este pliego la cual se aplicará a los valores de las actas mensuales de pago durante el plazo del contrato y sus ampliaciones.

La fórmula de reajuste se aplicará a las obras ordinarias y a las adicionales. Los pagos correspondientes a obras extras se harán según valores convenidos por las partes, o deducibles de los costos reales y no estarán sometidos a la aplicación de la fórmula de reajuste, salvo que así se haya convenido expresamente.

(...)

2.9 INSPECCIÓN E INTERVENTORÍA

(...)

2.9.2.20 En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si las Empresas no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de la Ley.

(...)

2.9.4 Órdenes de interventoría. (...) EL CONTRATISTA deberá manifestar por escrito cualquier rechazo de sus peticiones o cualquier otra decisión del interventor, dentro de los diez (10) días solares siguientes al recibo de la

comunicación de éste; después de este tiempo no tendrá derecho a ninguna apelación y la comunicación del interventor será considerada definitiva. En

caso de que no se llegue a un acuerdo entre el Interventor y EL CONTRATISTA, la situación será presentada a LAS EMPRESAS. (...).

(...)

2.27 OBRAS EXTRAS Y ADICIONALES

La ejecución de obras adicionales y extras deberá ser previamente acordada entre las Empresas y EL CONTRATISTA, lo cual se hará constar en acta que suscribirán las partes.

(...)

Las obras ordinarias y adicionales se pagarán a los precios establecidos en la lista de ítem, cantidades y precios anexa a este contrato. Toda obra extra deberá ser acordada por las Empresas con EL CONTRATISTA. Cuando las Empresas ordenen la realización de obras extras, EL CONTRATISTA estará obligado a ejecutarlas de acuerdo con las condiciones contractuales establecidas y sus precios no serán reajustables, salvo que en convenio adicional se establezca que la obra extra estará sometida a la fórmula de reajuste.

(...)

2.29 LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS

(...)

2.29.3 Contenido de la liquidación. Las diligencias de liquidación, que siempre constarán en actas, determinarán las sumas de dinero que haya recibido EL CONTRATISTA y la ejecución de la prestación a su cargo.

(...)

Si no hubiere acuerdo para liquidar un contrato, se tendrá por firme la liquidación presentada por LAS EMPRESAS, la cual expedirá mediante resolución motivada, que estará sujeta a los recursos ordinarios por vía gubernativa.

2.29.4 Plazo de liquidación del contrato. Una vez recibidas las obras y en un término que no exceda de ciento veinte (120) días calendario, LAS EMPRESAS suscribirán con EL CONTRATISTA un convenio de finiquito el cual será una declaración mutua de paz y salvo de las obligaciones adquiridas por este contrato con excepción de las reclamaciones que de conformidad con las disposiciones legales tienen derecho a hacer LAS EMPRESAS por los vicios de construcción a que se refieren las reglas Y. y 4. del artículo 2060 del Código Civil y las demás disposiciones concordantes.

(...)

SECCIÓN 5

CONDICIONES ESPECIALES DEL CONTRATO

(...) 5.5: Reconocimiento del sitio donde se va a ejecutar la obra y las condiciones de esta. EL CONTRATISTA hace constar expresamente que estudió el proyecto a la naturaleza y localización de las obras a realizar. la composición y conformación del terreno, las condiciones normales y extremas del clima que se presentan o puedan presentarse, no sólo en el sitio de las obras, sino también en la región donde ellas han de ejecutarse: que dadas las dimensiones, características y objeto de la obra a ejecutar ha estimado la necesidades de maquinaria, equipos, herramientas, mano de obra, materiales, recursos técnicos, administrativos, operativos y financieros, medios de transporte, accesos al sitio de las obras, servicios de energía eléctrica, agua, alcantarillado, comunicaciones, etc., necesarios para su instalación y total ejecución de las obras y además la disponibilidad de estos recursos con que puede contar EL CONTRATISTA; Así mismo, EL CONTRATISTA hace constar que conoce cada una de las estipulaciones del pliego de condiciones, las especificaciones y que ha considerado éstas en relación con las condiciones de la obra a ejecutar, y ha hecho los estudios necesarios para entender completamente el propósito de todas las partes del contrato y: la naturaleza del trabajo. Que ha estimado todos los costos por administración: imprevistos, utilidades, etc. Todos estos factores favorables o desfavorables, que directa o indirectamente afecten el valor, el plazo, las técnicas, sistemas o métodos de ejecución de las obras fueron tenidos en cuenta al formular la propuesta y su influencia no será alegada por EL CONTRATISTA como causal que justifique el incumplimiento del presente contrato. (...) 5.6: Obras para construir, su cantidad, precios fórmula de reajuste. EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar todos los trabajos y obras necesarios para la correcta construcción, eficiente utilización y estabilidad de la obra contratada de acuerdo con lo establecido en los documentos del contrato. Entre aquellos trabajos se incluyen los que figuran en la lista de cantidades precios presentada por EL CONTRATISTA en su propuesta, las obras adicionales que se pagarán a los precios allí consignados y las obras extras que se pagarán según lo estipulado en la Cláusula Séptima. Las partes contratantes declaran que con la aplicación de tales precios LAS EMPRESAS pagan a EL CONTRATISTA todos los costos directos e indirectos que demande la ejecución de los trabajos en la forma establecida en los documentos del contrato, los imprevistos, la utilidad, la administración etc. EL CONTRATISTA acepta que las cantidades de obra indicadas en el formulario de la propuesta son aproximadas y por lo tanto pueden aumentar o disminuir durante el desarrollo del contrato. Los precios consignados en la lista de cantidades y precios anexa a este contrato se aplicarán durante la vigencia del contrato y sólo admiten variaciones de acuerdo con el sistema de reajustes expresado mediante la fórmula allí indicada. (...) Los precios correspondientes a las obras extras para el caso en que no se llegue a un acuerdo sobre el precio, no estarán sometidos a reajuste, ni las obras extras según precios convenidos a menos que así se haya estipulado en el convenio adicional correspondiente. 5.7: Obras ordinarias, adicionales y extras. (...) Son obras adicionales [a] aquellas cuya descripción figura en la lista de cantidades [de] precios pero cuyas cantidades ejecutadas exceden las allí previstas. Son obras extras aquellas que no figuran en la lista de cantidades y precios y que

siendo o no de la naturaleza de la obra contratada, su ejecución se requiere para cumplir el objeto de este contrato. Las obras adicionales se pagarán a los precios establecidos en la lista de cantidades y precios presentada por EL CONTRATISTA en su propuesta. Las obras extras se pagarán a los precios acordados previamente y deberán ser ordenadas por escrito por la Interventoría (...) Cuando sea necesario pactar precios unitarios para obra extra o ampliar el plazo del contrato por estas mismas obras, de acuerdo con lo establecido en esta cláusula, ello se hará constar en un convenio adicional suscrito entre LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA. (...) 5.15: Interventoría de las obras. Las principales atribuciones de la interventoría son: (...) d) Una vez realizados los estudios y las consultas pertinentes a nivel de LAS EMPRESAS ordenara los cambios que sean necesarios o convenientes en los planos o en las especificaciones elaborando y tramitando los convenios a que haya lugar. (Énfasis por fuera del texto original).

3.2.4. Copia de Acta de 12 de diciembre de 1995 suscrita por las partes del contrato y el interventor en donde se dejó constancia lo siguiente (f. 956-959, C. 2):

"- ítemes (sic) que van a sobrepasar la cantidad contractual.

- Tuberías de hacer

██████ Llenos con material selecto de la excavación.

██████ Cortes en tuberías

- Cordón de soldadura

██████ Incol debe escribir al contratista si está dispuesto a continuar ejecutando estos ítemes (sic) a los precios del contrato. En todo caso la idea es no superar el valor del contrato original.

██████ Incol debe presentar lo más pronto posible los análisis de la obra extra que se ha presentado a la fecha y que ha sido analizada con el contratista, para pedir el visto bueno de la División Técnica.

██████ No es procedente ordenar la ejecución de los tramos nuevos a cambio de los que se han encontrado ejecutados, sin antes hacer la evaluación correspondiente.

██████ Solo se ejecutarán proyectos nuevos cuando se tenga aprobación de la División Técnica Acueducto y Alcantarillado.

██████ El contratista solicita a la interventoría no demorar la definición de sus inquietudes más de 2 semanas". (Énfasis por fuera del texto original).

3.2.5. Escrito N. 260 del 9 de enero de 1996, extendido por el interventor (INCOL S.A.) con destino a la contratista, en el que le solicitaba, indicara los ítems con los cuales aceptaba continuar ejecutando al precio pactado y aquellos que considerara merecedores de revisión, respecto de los cuales, le requería la adjunción de los Análisis de Precios Unitarios, cuyo estudio permitiría definir la conveniencia de continuar o no con su ejecución. En este escrito se dejó constancia de la remisión adjunta que se hacía, de copia de éste y de la solicitud que lo motivó, con sus respectivos anexos (f. 960, C. 2).

3.2.6. Copia de Acta de Obra N. 3 del 1 de enero de 1996. (f. 181-200, C. 1).

3.2.7. Copia de Acta de Obra N. 4 del 1 de febrero de 1996. (f. 202-223, C. 1).

3.2.8. Copia de escritos del 19 de enero (f. 982-989, C. 2); 13 de febrero (f. 990-992, C. 2), 22 de marzo (f. 993-1001, C. 2), 12 de abril (f. 1002-1010, C. 2), 9

de mayo (f. 1011-1015, C. 2), 21 de junio (f. 1016-1023, C. 2), 15 de julio (f. 1024-1030, C. 2) y 12 de agosto de 1996 (f. 1031-1040, C. 2), en los que la contratista expuso a la interventoría la solicitud de reconocimiento económico por cantidades de obra adicional y extra en desarrollo del contrato, luego de liquidadas las actas de obra ejecutada N. 3 al 7.

3.29. Copia de Acta de Convenio del 5 de marzo de 1996, suscrita entre la actora e INCOL S.A., cuyo objeto fue "(...) convenir los precios de la obra extra y de la obra que ha superado el 120% de la cantidad contractual". (f. 976-979, C. 2).

3.2.10. Copia de Acta de Convenio del 7 de marzo de 1996, suscrita entre la actora e INCOL S.A, cuyo objeto fue "(...) convenir los precios de la obra extra y de la obra que ha superado el 120% de la cantidad contractual". (f. 980, C. 2).

3.2.11. copia de los Oficios 535 y 540 del 16 y 19 de abril de 1996, respectivamente, enviados por INCOL S.A. a la contratante, con copia a la contratista, mediante los cuales le remitió a aquella los borradores de las Actas Bilaterales N. 2 y 3, incluyendo el acuerdo de precios alcanzado. (f. 961-975, C. 2).

3.2.12. Oficio N. 591 del 15 de mayo de 1996 extendido por el interventor INCOL S.A. con destino a la contratista, en respuesta a las solicitudes de 22 de marzo (f. 993-1001, C. 2), 12 de abril (f. 1002-1010, C. 2) y 9 de mayo de 1996 (f. 1011-1015, C. 2), en el que la manifestaba la improcedencia de las revisiones de los precios con fundamento en la preceptiva del numeral 5.6 del pliego de condiciones y en las especificaciones de la licitación pública internacional PS-OC-09. Además, la advertía que al final del contrato podría el contratista presentar la reclamación, demostrando que el equilibrio económico del contrato había resultado alterado o afectado por el aumento o disminución de las cantidades originalmente consideradas. (f. 1041-1042, C. 2)

3.2.13. Copia de escrito de 17 de mayo de 1996 que la contratista dirigió a la interventoría, en respuesta al Oficio N. 591 de 15 de mayo de 1996, con expresión de su desacuerdo con la desestimación que esta había hecho de su solicitud de revisión de los precios unitarios respecto de aquellas actividades que habían superado el 120% de ejecución una vez liquidadas las Actas de obra ejecutada N. 5 al 7; al tiempo que reiteraba su solicitud (f. 1046-1047, C. 2). Dentro de los motivos que la accionante exponía para fundamentar su petición, se pueden resaltar las siguientes:

a . Interpreta el silencio de la interventoría frente a las solicitudes de 19 de enero (f. 982-989, C. 2) y 13 de febrero (f. 990-992, C. 2) "(m..) como una autorización para continuar ejecutando las actividades" conforme a los análisis de precios unitarios que allegó en cada escrito, para aquellas actividades que, una vez liquidadas las actas de obra ejecutada N. 3 y 4, respectivamente, habían superado el 120% de ejecución.

b . Las Actas de Convenio suscritas entre la interventoría y la actora durante las reuniones de los días 5 y 7 de marzo de 1996, a efectos de acordar los nuevos precios unitarios para las actividades que superaban el 120% de ejecución, luego de liquidadas las Actas 3 y 4, las considera "(...) como la ratificación de la autorización para continuar ejecutando los ítems".

C . Acepta que las actividades de obra indicadas en el formulario de la propuesta son aproximadas, su variación no puede ser limitada y una desviación en las cantidades de más del 120% no es precisamente una aproximación.

3.2.14. Copia de Oficio DPA-0706 del 24 de mayo de 1996 del Jefe de Departamento de Interventoría de EPM, del Jefe de División Técnica de Acueducto y Alcantarillado de EPM y del Director de Interventoría de INCOL S.A., al demandante, por medio de la cual le daba respuesta al escrito del 17 de mayo del mismo año (f. 1258-1259, C. 3), señalando:

"En la reunión de 12 de diciembre de 1995, (...), se dieron instrucciones acerca del control que se debía llevar de la cantidades de obra ejecutada que superen las previstas en el contrato y que podrían significar un incremento en su valor total. Esta fue una posición de las Empresas que en ningún momento constituye un compromiso para hacer una revisión de los precios contractuales, dado que la revisión de éstos, sería motivo de una transacción, después de que el contratista demuestre que existe un desequilibrio económico en el contrato considerado totalmente. El solo hecho de que se superen las cantidades del contrato, no significa que se haya presentado desequilibrio, además, el análisis se debe hacer en forma global y no para determinados ítemes (sic) del contrato.

(...) Cuando la interventoría les pidió definir su posición respecto a los ítemes (sic) cuyas cantidades de obra ejecutadas superaran las previstas en el contrato no adquirió ningún compromiso para aprobar su solicitud, toda vez que esta aprobación es competencia exclusiva de las Empresas".

Así mismo, estos funcionarios adhirieron expresamente al contenido del Oficio N .591 de 15 de mayo de 1996.

3.2.15. Oficio DIA-707 del 24 de mayo de 1996 de la contratante a la contratista, extendido con el objeto de informarle que el acta de modificación bilateral N. 2, a través de la cual se incluía la obra extra que fue previamente discutida con la interventoría y luego puesta a consideración de las empresas, se encontraba en trámite. Así mismo, le comunicaba que "(s..) no se incluyó el ítem de retiro de escombros de pavimento asfáltico al centro de acopio de Obras Públicas, dado que esta actividad tiene precio en el contrato original, tampoco se incluyó la revisión de los precios unitarios de los ítemes (sic) que superen el 120% de la cantidad contractual, por cuanto continúan vigentes los precios del contrato, según lo estipulado en la sección 5, numeral 5.6 del pliego de condiciones especificaciones del contrato". (f. 1048, C. 2).

3.2.16. Copia de Oficio DPA-1004 del 4 de noviembre de 1997 y del modelo de acta de paz y salvo y finiquito del contrato. (f. 1-65, C. 5).

3.2.17. Copia de escrito de 9 de febrero de 1998 dirigido por la aquí demandante a JORGE IVÁN MESA GONZÁLEZ, Jefe Departamento de Proyectos de EPM, por medio de la cual le presentaba una reliquidación o solicitud alternativa de reconocimiento de sobrecostos para que se reconociera la validez de los nuevos precios unitarios pactados y suscritos con INCOL equivalentes a \$731.865.791; le solicitaba el reconocimiento del desequilibrio por la suma de \$296.901.853 por concepto de mayor cantidad de obra que superó el 120% de lo proyectado; y el

reconocimiento de la suma de \$43.033.352 que representaba la diferencia entre el valor pactado para una actividad extra que no había sido oficializada por la contratante y el valor pagado a los precios contractuales, en los que dicha actividad se asimiló a un ítem del contrato, entre otros aspectos. (f. 1049-1056, C. 2).

3.2.18. Copia de Oficio DPA-0207 del 13 de marzo de 1998 de JORGE IVÁN MESA GONZÁLEZ, Jefe Departamento de Proyectos de EPM, a la contratista, por medio de la cual, en respuesta al escrito del 9 de febrero del mismo año, le manifestaba que no había lugar a reconocimiento por ítems que sobrepasaron el 120% de la cantidad contractual; que las cantidades de obras que sobrepasaron las inicialmente pactadas se consideran como obras adicionales con fundamento en los pliegos; y que las obras extras de montaje de medidores y demolición de sumideros tuvo el valor de \$2.111.000 y la botada de escombros tuvo el valor de \$23.009.440. (f. 1262-1264, C. 3).

3.2.19. Copia de escrito del 18 de marzo de 1998 dirigido a JORGE IVÁN MESA GONZÁLEZ, Jefe Departamento de Proyectos de EPM, a través de la cual la aquí demandante, atendiendo a la petición que le había hecho la contratante a través de Oficio DPA-0207 del 13 de marzo de 1998, presentó una solicitud de reconocimiento, no solo de los ítems cuya cantidad de obra superó el 120%, sino también aquellos que no alcanzaron el 80% de la cantidad inicialmente estimada en los formularios de la licitación, exceptuando el ítem 11.1 correspondiente a "Pavimento Total de Vías". (f. 1057-1090, C. 2).

3.2.20. copia de Oficio DPA-0225 del 1 de abril de 1998 de JORGE IVÁN MESA GONZÁLEZ, Jefe Departamento de Proyectos de EPM, a la contratista, por medio de la cual ratificó lo expuesto en el Oficio DPA-0207 del 13 de marzo de 1998 y remitió los valores que consideró que se debían reconocer a la actora. (f. 1270, C. 3).

3.2.21. copia de escrito del 8 de abril de 1998, dirigido a JORGE IVÁN MESA GONZÁLEZ, Jefe Departamento de Proyectos de EPM, por la contratista, en relación con el Oficio DPA-0225 del 1 de abril de 1998, en el que hizo un recuento de las actuaciones y comunicaciones que explicaban la existencia del desequilibrio económico del contrato; sostenía que el interventor del contrato había obrado como representante de la contratante para determinar el nuevo precio de las obras que habían superado el 120 de la cantidades; advertía la configuración de un silencio administrativo positivo con ocasión del transcurso en silencio de más de 4 meses entre la solicitud y la respuesta que la desestimó; entre otros aspectos. En esta ocasión, la contratista reiteró la petición de revisión de precios. (f. 1091-1098,

3.2.22 copia de Oficio DPA-0315 del 4 de mayo de 1998 de JORGE IVÁN MESA GONZÁLEZ, Jefe Departamento de Proyectos de EPM, al demandante, mediante el cual dio respuesta al escrito del 8 de abril de 1998, señalando que la interventoría INCOL S.A "(s..) no tenía atribuciones para suscribir acuerdo con el contratista, ni menos aún para comprometer patrimonialmente a la Entidad. Son las partes contratantes, en este caso Procapal S.A. y las Empresas, las únicas que con fundamento en la autonomía de la voluntad, pueden celebrar convenios que modifiquen las condiciones del contrato y conlleven erogaciones para la Entidad contratante. Por consiguiente, de ninguna manera, el acuerdo a que

llegaron la interventoría con el contratista vincula a las Empresas, ni la obliga a efectuar reconocimiento alguno a su favor'.

Frente al silencio administrativo positivo aducido por la contratista, contestó que "(...) no podría invocarse, ni menos aún, aceptarse por las Empresas en este caso, toda vez que el contrato, por tratarse de un proceso de contratación cuyo

trámite se inició con posterioridad al 11 de julio de 1994, fecha en que empezó a regir la ley 142 de 1994, le son aplicables las normas de derecho privado y las disposiciones de la ley 80 de 1993, a las que la ley 142 de 1994 haya hecho referencia expresa. Por lo anterior, considerando que para este asunto la ley 142 no remitió en forma expresa a la ley 80 de 1993 y no sería factible invocar el silencio administrativo positivo". (f. 1254-1255, C. 3).

3.2.23. copia de escrito del 11 de mayo de 1998, dirigido a JORGE IVÁN MESA GONZÁLEZ, Jefe Departamento de Proyectos de EPM, a través del cual la aquí actora se pronunció frente al Oficio DPA-0315, señalando que los acuerdos que suscribió con el interventor obligaban a la demandada y que esta última no los desautorizó de manera oportuna; que tales acuerdos corrigieron el desequilibrio del contrato causado por el incremento desproporcionado de unos ítems, al tiempo que solicitaba un acuerdo por vía administrativa que compensara el desequilibrio, antes de proceder a la liquidación unilateral, y reconocía que el derecho privado era el marco normativo del contrato. (f. 1099-1101, C. 2).

3.2.24. Copia de escrito del 19 de mayo de 1998, a través del cual PROPALCOL S.A. solicitó a EPM el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por la ejecución desproporcionada en varios ítems, y le solicitaba: "(...) se estudie y valore el desequilibrio (...) con el PROMEDIO ARITMÉTICO de los precios pactados con INCOL y los de nuestra oferta, una vez descañados los ítems (sic) de Pavimentación Total y Parcheo". (f. 1102-1103, C. 2).

3.2.25. copia de Oficio DPA-0366 del 20 de mayo de 1998 dirigido por JORGE IVÁN MESA GONZÁLEZ, Jefe Departamento de Proyectos de EPM, a PROPALCOLS.A., en respuesta a la carta del 12 de mayo de 1998, ratificando lo expuesto en el oficio del 7 de mayo de 1998 y donde reitera su posición de no acceder a la modificación de los precios unitarios, con fundamento en que hubo una obra adicional, cuya forma de pago y fórmula de reajustes, estaban estipulados en el contrato. (f. 1256-1257, C. 3).

3.2.26. Copia de Oficio DPA-0390 de 29 de mayo de 1998 extendido por JORGE IVÁN MESA GONZÁLEZ, Jefe Departamento de Proyectos de EPM, a PROPALCOL S.A., para responder al escrito del 20 de mayo del mismo año, señalando que se ratificaba en lo expuesto en el Oficio DPA-0366 del 20 de mayo de 1998. Además, le explicaba que la contratante había realizado la comparación con los precios unitarios promedio de los demás proponentes para los ítems (sic) que pasaron su cantidad del 120% y los que no llegaron al 80% excluyendo los ítems (sic) de pavimento y no encontramos ningún desequilibrio económico del contrato a favor del contratista". Por último, le comunicaba que procederían con la liquidación unilateral del contrato. (f. 1265, C. 3).

3.2.27. Copia de la Resolución 87035 del 14 de julio de 1998, a través de la cual la demandada efectuó la liquidación unilateral del contrato (f. 1105-1110, C. 3).

Dicha Resolución fue notificada personalmente a la parte actora el 24 de julio de 1998 (f. 1111, C. 3) |

3.2.28. Copia de la Resolución N. 92872 del 16 de diciembre de 1998 emitida por la demandada, a través de la cual desató el recurso descrito en el numeral precedente decidiendo confirmar lo dispuesto en la Resolución 87035 del 14 de julio de 1998 (t 1112-1124, C. 3). La Resolución que desató el recurso fue notificada personalmente a la actora el 17 de diciembre de 1998 (f. 1125, C. 3).

3.2.29. Copia de Contrato N. 1/DJ-1471/18 del 27 de julio de 1995, suscrito entre las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN e INGENIEROS CONSULTORES S.A. — INCOL S.A. cuyo objeto fue " (...) efectuar la interventoría de la reposición de redes de acueducto y demás obras contratadas por LAS EMPRESAS mediante licitación pública internacional PS-OC-09'. (f. 1245-1248, C. 3). |

En la cláusula octava del citado contrato se estableció:

"OCTAVA: Aplicación de los términos de referencia. Todas las cláusulas de esta minuta de contrato, los términos de referencia para la interventoría de la reposición de redes de acueducto y demás obras contratadas por las Empresas Públicas de Medellín mediante licitación pública internacional PSOC-09, los adendos, los documentos de la licitación pública internacional PS-OC-09 y la propuesta de EL CONSULTOR se entienden incorporados en este contrato, al igual que la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios en cuanto sean aplicables en un caso determinado".

3.2.30. Copia de "Apartes de los términos de referencia para la Interventoría de la reposición de Redes Acueducto y Alcantarillado", en particular, el siguiente numeral:

"3.17 OBRAS ADICIONALES Y EXTRAS.

EL CONSULTOR deberá determinar las necesidades de realizar obras extras o trabajos adicionales y recomendará su ejecución. Determinará además los presupuestos aproximados correspondientes.

Baio ningún aspecto le es posible a EL CONSULTOR, ordenar trabajos que no estén previstos en el contrato, sin antes verificar si existen recursos presupuestales suficientes para efectuar los trabajos adicionales. Por lo tanto, EL CONSULTOR elaborara para LAS EMPRESAS un documento de solicitud de adición, anexando las justificaciones técnicas respectivas, como el balance de mayores y menores cantidades de obra, el cual debe presentarse inmediatamente se detecte el nuevo requerimiento o la variación de las cantidades.

Los análisis de precios no previstos en el contrato respectivo, para ejecutar actividades u obras indispensable son contempladas en el contrato inicial, serán elaboradas por EL CONTRATISTA, estudiados por EL CONSULTOR, quien las remitirá a LAS EMPRESAS con las observaciones del caso. Una vez aprobados por LAS EMPRESAS, se tramitarán las actas de modificación bilateral correspondiente de acuerdo con lo establecido en el contrato". (f. 61-62, C. 4).

3.3. Problemas jurídicos

En consideración a la sentencia impugnada y a los supuestos fácticos demostrados durante el proceso, la Sala procede a dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

¿La omisión de respuesta por parte de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN a las solicitudes efectuadas por su contratista, en desarrollo de contratos celebrados bajo el régimen de la Ley 142 de 1994, configura silencio administrativo positivo contemplado en el numeral 16 del artículo 25 la Ley 80 de 1993?

¿El interventor puede realizar actos propios del contratante (EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN) durante la ejecución de un contrato exceptuado del régimen de contratación estatal y, en virtud de ello, comprometer a este último frente al contratista?

3.4. Consideraciones de la Sala

3.4.1. Improcedencia de la variación, con fundamento en la autonomía negocial, del régimen jurídico contractual dispuesto por el legislador.

3.4.1.1. Pese a la manifiesta expresión de intención del legislador, al presentar la exposición de motivos del proyecto legislativo que dio lugar a la Ley 80 de 1993, de expedir un estatuto contractual que rigiera esta actividad en todas las entidades de derecho público²⁶, leyes posteriores dieron cuenta de una tendencia contraria. Es así como el legislador ha dispuesto que ciertos sectores de la actividad estatal o determinadas entidades públicas se sometan a regímenes jurídico-contractuales exceptuados del estatuto general de contratación estatal que, aunque, remiten de manera preponderante al derecho común, lo hacen caso a caso con variada intensidad y alcance, circunstancia esta que hace estéril la intención de unificar criterios en torno a los alcances de la excepción.

3.4.1.2. En tales condiciones, hay entidades que por su naturaleza o por la actividad a su cargo han quedado totalmente exceptuadas del régimen general de

²⁶ Expresado en estos términos por la exposición de motivos del proyecto de ley que antecedió a la Ley 80 de 1993

"1. Universalidad del Estatuto Contractual

La nueva ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística lo cual entraba la actividad estatal como lo ha demostrado la experiencia. Sólo recoge las normas fundamentales en materia contractual cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad, principio que debe guiar la contratación estatal.

Precisamente el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como delegación que la ley confiere a las partes de regular las relaciones contractuales delimitada por el respeto de los imperativos de orden público, exige que esas normas encauzadas a reglamentar el interés público o las necesidades de la colectividad en materia contractual, se instituyan en las rectoras para todo el aparato estatal, evitando así la eventual consagración de normatividades u ordenamientos que pueden motivarse en variadas tendencias y principios y con lo cual la realización de los fines estatales puede verse afectada

La unidad en sus fines se logra adecuadamente por la implantación de unos principios rectores que orienten y garanticen la gestión de todo ente estatal. Por ello, el estatuto proyectado está concebido como un conjunto normativo de aplicación general, es decir, de obligatoria observancia para todos los entes y organismos del Estado de las diferentes ramas del poder público, y en sus diferentes niveles. Incluso la órbita de regulación alcanza también a los particulares que por delegaciones especiales, adscripciones o convenios celebran contratos a nombre del Estado". En <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148> (Consultada el 14 de marzo de 2019).

contratación; otras que se encuentran exceptuadas de aplicar tan sólo algunas de las normas de dicho régimen general; otras más, a las que se les autoriza para aplicar sólo residualmente algunas potestades de derecho público en las hipótesis previstas por el legislador, o cuando sean autorizadas para el efecto por el órgano regulador de la actividad a su cargo; e incluso, otras a las que se les permite "motu proprio" decidir cuáles de sus actuaciones someterán a cauces procedimentales propios de derecho público.

3.4.1.3. La definición de dicho régimen compete al legislador. Así se infiere de la preceptiva del numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política, y se concreta por el inciso 2^o del artículo 365 eiusdem en cuanto prescribe: Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley.

3.4.1.4. El artículo 31 de la Ley 142 establecía: "Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32²⁷ de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en [o que la presente ley disponga otra cosa".

Por tanto, por expresa disposición de los artículos 150 numeral 23 e inciso final de la Constitución Política y conforme al artículo 365 eiusdem la definición del régimen de contratación legal de las entidades estatales es de reserva legal; y dicho régimen fue definido por el legislador en el texto del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 con remisión al parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esta materia ha de entenderse sustraída al ámbito de la autonomía negocial, de modo que no puede ser modificado por vía convencional para atribuir potestades administrativas a alguna de las partes merced a meras inferencias derivadas del entendimiento del contrato que celebraron²⁸.

3.4.2. Alcance del silencio administrativo positivo señalado en la Ley 142 de 1994.

El silencio administrativo, desde el punto de vista constitucional ha sido entendido como un instituto que opera, en principio, como una ficción establecida por el ordenamiento jurídico para facilitar el acceso de la persona a la administración de justicia en los casos en los que la administración guarda silencio frente a una petición de aquella, actitud con la cual mantiene al interesado indefinidamente a la espera de una respuesta suya sin la cual no puede acceder a la jurisdicción. Para remedio de este estado de indefinición, la ley faculta a la persona que se encuentra frente al silencio de la administración para que opte, bien por acudir a la jurisdicción habida cuenta del acaecimiento del silencio administrativo que obra como causa de la ficción de respuesta, por regla general de signo negativo, o bien por esperar una respuesta efectiva de la Administración.

²⁷ Su texto vigente para la época de la celebración de este contrato era el siguiente: "Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, (os' contratos que ce/ehren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social. no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades".

²⁸ Sobre la imposibilidad de alterar mediante pacto el régimen de derecho privado señalado por el legislador en los contratos estatales, ver Sentencia del 30 de septiembre de 2019. Radicación número: 66001-23-31000-2010-00003-01 (43036).

Solo de manera excepcional, el mutismo de la administración obra como causa de la ficción de haberse producido una respuesta de signo positivo, satisfactorio de los derechos objeto de la pretensión del peticionario.

Ahora bien, el instituto del silencio administrativo era, hacia los años 1996 a 1998, objeto de regulación general en la primera parte del código contencioso administrativo, ámbito normativo éste ajeno al derecho privado por cuanto su objeto era el ejercicio de la función administrativa. Pero, si en gracia de análisis se admitiera que esa normativa rige en general a la administración pública, al margen del régimen jurídico dispuesto para sus contrato, habría de concluirse que las reclamaciones presentadas por los contratistas, en virtud de contratos celebrados bajo el régimen de la Ley 142 de 1994, habrían de entenderse fictamente resueltas de forma negativa puesto que el artículo 41²⁹ del CCA establecía que el silencio administrativo positivo se conformaba, "solamente", en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales y tales peticiones no formaban parte de tales casos excepcionales.

Como puede apreciarse, la determinación de los casos en los que procede el silencio administrativo positivo es materia de reserva legal y ajena a la autonomía negocial de las partes.

La versión original del artículo 158³⁰ de la Ley 142 de 1994, que era la norma vigente para la época en que se suscribió el contrato objeto de la litis, prescribía la configuración del silencio administrativo positivo, pero exclusivamente en favor de los suscriptores o usuarios en su relación con las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Dicha normativa no puede extenderse en beneficio de los contratistas de tales empresas y en relación con las peticiones o reclamaciones que ellos presentan ante aquellas entidades dentro del marco de la ejecución de contratos sujetos al derecho privado en virtud de la voluntad legislativa de privilegiar la autonomía negocial en esas relaciones³¹.

Y es que, los contratos suscritos por las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, al tener su marco normativo en el derecho privado por mandato de la Ley 142 de 1994, no admite la aplicación extensiva o por analogía del numeral 16 del artículo 25³² de la de la Ley 80 de 1993, que hace referencia a la configuración del silencio administrativo cuando la entidad pública no responde de manera oportuna las solicitudes que realice el contratista durante la ejecución del contrato, no sólo porque aceptar dicha interpretación vendría contra el principio de taxatividad que gobierna la materia del silencio administrativo positivo, sino porque entrañaría desconocimiento del parámetro hermenéutico de la

²⁹ ARTICULO 41. SILENCIO POSITIVO. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva. (...)

³⁰ ARTÍCULO 158. La empresa responderá los recursos, quejas y peticiones dentro del término de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de su presentación. Pasado ese término, y salvo que se demuestre que el suscriptor o usuario auspició la demora, o que se requirió de la práctica de pruebas, se entenderá que el recurso ha sido resuelto en forma favorable a él.

³¹ "El nuevo Régimen de Contratación no escapó a la intención privatizadora de la política de apertura económica y de privatización del gobierno, dando auge a la libertad de contratación bajo el principio de la autonomía de la voluntad, de donde los contratos estatales, no tienen una tipología específica sino que obedecen al acuerdo de voluntad entre las partes, sometido desde luego a la naturaleza del objeto a contratar". PALACIO HINCAPIÉ, J. A., La contratación de las entidades estatales, Librería Jurídica Sanchez R. Ltda., Medellín, 2003, pág. 29

³² ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: (...)

16 En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley.

especialidad de la ley, contemplado en el artículo 5³³ de la Ley 57 de 1887, que subrogó el artículo 10 del Código Civil.

En ese orden de ideas, la Sala siguiendo su jurisprudencia ³⁴, concluye que las peticiones que no sean contestadas por las empresas de servicios públicos en el marco de una relación contractual regulada por la Ley 142 de 1994, seguirán las normas generales sobre las peticiones, es decir, se entenderán resueltas de manera negativa, en los términos del artículo 40³⁵ del CCA.

3.4.3. Alcance de la labor del interventor del contrato de obra, cuyo régimen se encuentra exceptuado de la Ley 80 de 1993.

Para comprender el alcance de las funciones del interventor de un contrato de obra, suscrito por una entidad que presta servicios públicos, resulta preciso entender el concepto de interventoría y revisar el contrato que instrumentó el vínculo entre el interventor y la entidad que los presta.

Con respecto al primer punto, el Decreto 2090 de 1989, "por el cual se aprueba el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura", establece en el numeral 6.1 del artículo 1 que "se entiende por interventoría el **servicio prestado por un profesional o persona jurídica especializada, para el control de la ejecución del proyecto arquitectónico o de la construcción**". (Énfasis por fuera del texto original).

En relación con el segundo aspecto, se impone advertir que el contrato de interventoría, nominado como se encuentra en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 (1993) y en el artículo 83 de la Ley 1474 (2011), no ha sido reglamentado de manera exhaustiva y específica por la normativa de derecho privado a la que se encuentra sujeto el contrato que suscribió Empresas Públicas de Medellín con INCOL S.A. Por lo tanto, la regulación del contrato de interventoría se circunscribe de manera principal a las disposiciones que sus extremos negociales pacten en ejercicio de la autonomía comercial relacionado con la definición del contenido del negocio, y de forma subsidiaria o supletiva, a la normatividad de los Códigos Civil y de Comercio que les sea aplicable, en especial la regulación del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales³⁶, sin perjuicio de la sujeción a las

³³ ARTICULO 5o. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla. II Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general; (Énfasis por fuera del texto original).

³⁴ "(...) la Ley 80 de 1993, en el numeral 16 de su artículo 25, consagra el silencio administrativo favorable al contratista, por consiguiente, su ocurrencia implica que se entenderán resueltas favorablemente las solicitudes presentadas por el contratista a la entidad estatal en el curso de la ejecución del contrato. (...) Ahora bien, debe tenerse en cuenta además que dicha figura es propia del Estatuto General de Contratación (art. 25, núm. 16 Ley 80/93), lo cual implica que cuando se trate de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, debe acudir al régimen de actos y contratos, salvo las excepciones expresamente señaladas, que se encuentra regulado por la Ley 142 de 1994, en el cual se prevé la operancia del silencio administrativo positivo en favor de los suscriptores o usuarios de conformidad con lo previsto en su artículo 158. II De allí que, siguiendo las normas generales sobre las peticiones, las reclamaciones presentadas por los contratistas en desarrollo de contratos celebrados bajo el régimen de la Ley 142 de 1994, se entenderán resueltas de forma negativa. (art. 40 C.C A)" CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 4 de octubre de 2001. Rad. 41001-23-31-000-2000-4084-01 (20283).

³⁵ ARTICULO 40. SILENCIO ADMINISTRATIVO. Transcurrido el plazo de dos (2) meses, contado desde la fecha de presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa. II La ocurrencia el silencio administrativo negativo implica pérdida de la competencia para resolver la petición. II Contra los actos presuntos, provenientes del silencio administrativo no procederá ningún recurso por la vía gubernativa. II Pero se deberá investigar la posible falta disciplinaria del funcionario u órgano que omitió resolver.

³⁶ El contrato de arrendamiento de servicios inmateriales se regula en los artículos 2063 y siguientes del Código Civil.

normas imperativas de orden público, a las buenas costumbres y a la debida observancia del principio de la buena fe.

En ese orden de ideas, la Sala se sirve de la definición que de la actividad de interventoría hace el Decreto 2090 de 1989 para señalar ciertas particularidades que permiten moldear o delinear la naturaleza³⁷ de ese contrato y que lo diferencian de otros tipos negociales que también se subsumen dentro de la categoría de arrendamiento de servicios inmateriales, a efectos de identificarlo como un tipo contractual autónomo.

Dentro de esas notas características tiene especial significación la actividad que define a la interventoría, delimitada con recurso a los verbos controlar, supervisar, vigilar y fiscalizar, verbos cuyo significado se complementa con grupos nominales que aluden bien al proceso constructivo (de una obra) o bien a la actividad que debe desplegar el contratista para dar ejecución al contrato objeto de la interventoría.

Delimitado así el núcleo de la actividad propia del interventor, y tomando en consideración que todos y a cada uno de los verbos que expresan el contexto de su acción suponen la previa definición de los caracteres del proceso constructivo y de las obligaciones a cargo de los extremos del contrato objeto de la interventoría, se impone concluir que, en principio, salvo que las partes del contrato de interventoría acuerden un alcance diferente para su objeto, al interventor no le corresponde concertar modificación a la normativa del contrato objeto de su control o fiscalización, como, por ejemplo, convenir cantidades de obra, variar las especificaciones técnicas de la obra, variar los precios unitarios, convenir el precio de actividades no previstas, convenir prórrogas, transar o conciliar diferencias, etc.

En virtud de lo expuesto, la Sala considera que desde la arista de la naturaleza del contrato, el interventor no se puede considerar como representante de la entidad contratante, sino que su actuación es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, con el fin de desempeñar el control y vigilancia de la correcta ejecución de las actividades contratadas. Por lo tanto, si el interventor realiza actos que implican modificaciones o nuevos acuerdos distintos al originario, se estaría extralimitando de sus funciones y los efectos de tales actos jurídicos serían inoponibles a la entidad contratante, es decir no la vincularían ni la comprometerían frente al contratista³⁸:

³⁷ "La naturaleza jurídica de un contrato es un concepto suprallegal, que se ha venido construyendo con el paso de los siglos. El tipo contractual y el desarrollo que la ley hace de él, aun cuando coincidentes con la naturaleza jurídica del contrato, constituyen una exteriorización de la misma que no la abarca en su totalidad. Tan es así, que los artículos mencionados antes [1501, 1603, 1321 del Código Civil; 871 del Código de Comercio; 40 de la Ley 80 de 1993] se refieren a los elementos naturales del contrato y a la naturaleza del mismo, sin precisar en qué consisten, pero dicen claramente las consecuencias que tales figuras entrañan para la formación, interpretación, calificación, integración y efectos del contrato. En el mismo sentido, existen contratos atípicos, e incluso innominados (franquicia, concesión mercantil, outsourcing, distribución, leasing, factoring, etc.) que a pesar de no contar con una regulación legal resultan válidos, y de ellos también se predica una naturaleza jurídica que circunscribe contenido y efectos". CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2007 expediente N. 2004.

³⁸ "Es inoponible a determinada persona un contrato, cuando el instrumento en que consta o la prueba con que judicialmente se establece no produce efecto legal alguno contra aquella. Este concepto no acusa relación con la existencia o inexistencia real del contrato, ni con su validez o nulidad. Simplemente, deslinda su campo de aplicación. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de agosto de 1971; "Inoponible es el negocio que no puede producir efectos respecto de alguien o, dicho de otra manera, que no es eficaz en su contra, por el motivo que sea". HINESTROSA, F., "Eficacia e Ineficacia del Contrato", Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX, Valparaíso, Chile, 1999, págs. 143-161, pág. 157.

Ahora bien, las partes del contrato de interventoría, en ejercicio de su autonomía negocial, pueden realizar variaciones en relación con los aspectos que serán sometidos al control, fiscalización, vigilancia o supervisión del interventor. Sin embargo, quien pretenda derivar efectos de tales alteraciones soporta la carga de probar el ejercicio, en tal sentido, de la autonomía negocial.

3.4.5. Solución del caso concreto

Los motivos de inconformidad del apelante frente a la decisión de primera instancia se deben analizar en consonancia con el alcance de las pretensiones de responsabilidad patrimonial que señaló la actora en la causa petendi en el escrito de la demanda ³⁹ (f. 1138, C. 3), y en este caso se limitan **a los precios para las actividades que fueron acordados con la Interventoría, siguiendo las directrices de las Empresas Públicas de Medellín**, según las Actas de Convenio del 5 y 7 de marzo de 1996 suscritas entre la actora e INCOL S.A. cuyo objeto fue "(...) convenir los precios de la obra extra y de la obra que ha superado el 120% de la cantidad contractual" (f. 976-980, C. 2), y que no fueron reconocidos posteriormente por la demandada, a través de las Actas de Modificación Bilateral N. 2 y 3, que se discriminan a continuación:

³⁹ "2.3. En esta demanda, solamente se solicitará la revisión de precios para las actividades en que se pactó un nuevo precio con la Interventoría, siguiendo las directrices de las Empresas Públicas de Medellín". (Énfasis por fuera del texto original).

A) OBRA EXTRA REAJUSTABLE

DESCRIPCIÓN DEL ITEM

-Transporte escombros de pavimento asfáltico a centro de acopio.

B) OBRA QUE SUPERA EL 120% (REAJUSTABLE)

DESCRIPCIÓN DEL ITEM

-Suministro e instalación de uniones taconde D = 75 mm. -Cajas de empalme para reparación de alcantarillado.

-Excavación manual de senderos hasta 2 metros en tierra. -Excavación manual de senderos hasta 2 metros en roca. Grupo 3.

-Relleno y apisonado en zanjas en sendero peatonal con material selecto de la excavación. Grupos 3 y 4 - Relleno y apisonado en zanjas en sendero peatonal con material de préstamos. Grupos 3 y 4. -Cordón completo de soldadura -Suministro, transporte y colocación de tubería de acero D = 200 mm.

-Relleno y apisonado de zanjas en vías con acceso vehicular con material selecto de la excavación. Grupo 3.

UNIDAD	PRECIO UNITARIO
--------	-----------------

M3 suelto	13.960=
-----------	---------

DE LA CANTIDAD CONTRACTUAL

UNIDAD	PRECIO UNITARIO
U.	50.531=
U.	38.915=
	8.448=
	77.032=
	10.680=
	22.650=
Cm	1.428=
MI.	116.591=
	10.680=

Por consiguiente, la Sala revisará las pruebas que fueron allegadas al proceso, para determinar si se estructuró o no el aludido desequilibrio económico en virtud del incumplimiento de la parte de la demandada de lo pactado en las Actas de Convenio del 5 y 7 de marzo de 1996 suscritas entre la actora e INCOL S.A. De encontrar mérito en las pruebas para acreditarlo, determinará las consecuencias de tal desequilibrio en función de sus causas, así como su incidencia sobre el quantum de la condena en perjuicios.

A. El desequilibrio económico del contrato N. 1/DJ-1481/23 del 25 de julio de 1995 a causa del incumplimiento de la demandada de la Actas de Convenio del 5 y 7 de marzo de 1996.

Un análisis conjunto, conforme a los parámetros de la sana crítica como lo exige el artículo 187⁴⁰ del CPC - en virtud de la remisión que hace el artículo 168⁴¹ del CCA - de los documentos que instrumentaron el iter contractual, en particular, del pliego de condiciones y las especificaciones de la licitación pública internacional PS-OC-09 en los numerales correspondientes a las Secciones 1 (f. 37-63, C. 7), 2 (f. 65-95, C. 7), y 5 (256-272, C. 7) y del contrato N. 1/DJ-1481/23 de 25 de julio de 1995 (f. 9-11, C. 1), permite tener como debidamente probados los siguientes hechos:

a. Que los participantes en la licitación tenían la obligación de efectuar visita al "(...) sitio de las obras y sus alrededores e informarse completamente de todas las condiciones topográficas, climatológicas, de acceso, de suministro y transporte de materiales y sobre las demás condiciones que puedan influir o afectar el trabajo, su costo o duración", con la siguiente advertencia en el pliego: **si los proponentes no se familiarizan debidamente con los detalles y condiciones bajo las cuales serán ejecutados los trabajos, (su desconocimiento) no se consideraría como excusa para posteriores reclamaciones.**

b. Que en las condiciones especiales del contrato establecidas en el pliego se dejó expresa constancia que el contratista "estudió el proyecto, la naturaleza y localización de las obras a realizar, la composición y conformación del terreno, las condiciones normales y extremas del clima que se presentan o puedan presentarse, no sólo en el sitio de las obras, sino también en la región donde ellas han de ejecutarse; que dadas las dimensiones, características y objeto de la obra a ejecutar ha estimado la necesidades de maquinaria, equipos, herramientas, mano de obra, materiales, recursos técnicos, administrativos, operativos y financieros, medios de transporte, accesos al sitio de las obras, servicios de energía eléctrica, agua, alcantarillado, comunicaciones, etc., necesarios para su instalación y total ejecución de las obras y además la disponibilidad de estos recursos con que puede contar EL CONTRATISTA; (...) que conoce cada una de las estipulaciones del pliego de condiciones, las especificaciones y que ha considerado éstas en relación con las condiciones de la obra a ejecutar, y ha hecho los estudios necesarios para entender completamente el propósito de todas

⁴⁰ ARTÍCULO 187. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. II El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

⁴¹ ARTICULO 168. 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.

las partes del contrato y la naturaleza del trabajo. Que ha estimado todos los costos por administración, imprevistos, utilidades, etc. Todos estos factores favorables o desfavorables, que directa o indirectamente afecten el valor, el plazo, las técnicas, sistemas o métodos de ejecución de las obras fueron tenidos en cuenta al formular la propuesta y su influencia no será alegada por EL CONTRATISTA como causal que justifique el incumplimiento del presente contrato". (Énfasis por fuera del texto original).

c . Que a los proponentes se les indicó en el pliego de condiciones que "[l]as obras (...) adicionales se pagarán a los precios establecidos en la lista de cantidades y precios presentada por EL CONTRATISTA en su propuesta. Las obras extras se pagarán a los precios acordados previamente y deberán ser ordenadas por escrito por la Interventoría" y que "[t]oda obra extra deberá ser acordada por las Empresas con EL CONTRATISTA. Cuando las Empresas ordenen la realización de obras extras, EL CONTRATISTA estará obligado a ejecutarlas de acuerdo con las condiciones contractuales establecidas y sus precios no serán reajustables, salvo que en convenio adicional se establezca que la obra extra estará sometida a la fórmula de reajuste. (Énfasis por fuera del texto original).

d . Con relación al reajuste de los precios unitarios en el pliego se estableció expresamente que "[l]a ejecución de obras adicionales y extras deberá ser previamente acordada entre las Empresas y EL CONTRATISTA, lo cual se hará constar en acta que suscribirán las partes" y que "[l]a fórmula de reajuste se aplicará a las obras ordinarias y a las adicionales. Los pagos correspondientes a obras extras se harán según valores convenidos por las partes". (Énfasis por fuera del texto original).

e . Con respecto a la forma de pago del reajuste de las obras ejecutadas, en el pliego se estableció que cada mes se calculará para las obras ejecutadas el reajuste correspondiente cuyo cálculo y valor se hará constar en acta firmada por EL CONTRATISTA y el interventor y se someterá a la aprobación de las Empresas".

f . En el contenido del contrato N. 1/DJ-1481/23 se señaló que su valor era reajutable y, en consecuencia, se estableció en el numeral 2 de la cláusula cuarta que "[c]ada mes calendario se medirá conjuntamente entre EL CONTRATISTA y la interventoría, la obra realizada, lo cual se hará constar en actas firmadas por ambas partes. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de la firma de las actas por parte de EL CONTRATISTA y de la interventoría y previa presentación de cada cuenta con el lleno de los requisitos de rigor, LAS EMPRESAS pagarán las sumas que resultaren en favor de EL CONTRATISTA, previa deducción de las sumas correspondientes a la amortización del anticipo, impuestos, suministros por paño de LAS EMPRESAS, el pago de las multas que se hubieren decretado, etc." (Énfasis por fuera del texto original).

g . En lo concerniente a las diferencias que surgieran entre el interventor y el contratista, en el pliego se consignó que "[e]n caso de que no se llegue a un acuerdo entre el Interventor y EL CONTRATISTA, la situación será presentada a LAS EMPRESAS. (. .)" (Énfasis por fuera del texto original) y en cuanto a sus funciones se estableció en el pliego que "[u]na vez realizados los estudios y las consultas pertinentes a nivel de LAS EMPRESAS ordenara los cambios que sean necesarios o convenientes en los planos o en las especificaciones elaborando y tramitando los convenios a que haya lugar". (Énfasis por fuera del texto original).

consideraban como obra "adicional" y no como "extra", por lo tanto, la Sala colige que el precio de las citadas actividades era el señalado en la lista de cantidades y precios que presentó la actora en la propuesta y no en las citadas Actas de Convenio, cuyos efectos no eran vinculantes a la demandada, por las razones ya expuestas, y por lo tanto resultaba imperativo que las partes respetaran lo pactado en el contrato de obra.

Por otra parte, la Sala al analizar el contenido del escrito del 17 de mayo de 1996 (f. 1046-1047, C. 2) elaborado por la actora, concluye que ésta, bajo una lectura desatinada de los documentos contractuales, no podía escudarse en que el silencio de la interventoría frente a las solicitudes del 19 de enero (f. 982-989, C. 2) y del 13 de febrero de 1996 (f. 990-992, C. 2) debía interpretarse "(...) como una autorización para continuar ejecutando las actividades", conforme a los análisis de precios unitarios que allegó en cada escrito, para aquellas actividades que, una vez liquidadas las actas de obra ejecutada N. 3 y 4, respectivamente, habían superado el 120% de ejecución; y que las Actas de Convenio suscritas entre la interventoría y la actora durante las reuniones de los días 5 y 7 de marzo de 1996, a efectos de acordar los nuevos precios unitarios para las actividades que superaban el 120% de ejecución, luego de liquidadas las Actas 3 y 4, las consideraba "(e..) como la ratificación de la autorización para continuar ejecutando los ítems". Y no podía llegar en buena exégesis a esa interpretación, porque desde el pliego se había establecido con claridad los alcances de la función de la interventoría en el sentido que no podía realizar actos jurídicos propios de las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN y que no obraba como mandataria de esta última para tales actos, por lo tanto, constituye un total contrasentido señalar que la interventoría autorizó o ratificó actos jurídicos sobre los cuales la demandada no le había otorgado previamente facultades expresas para su realización.

Tampoco podía ampararse en la configuración de un silencio administrativo positivo, como lo expuso en su comunicación del 17 de mayo de 1996 (f. 1046-1047, C. 2), fundada en el transcurso de más del 4 meses entre la solicitud de precios para obra extra y adicional y la respuesta negatoria a la misma por parte de la demandada, pues, además de que ella reconoció o en el escrito del 11 de mayo de 1998 (f. 1099-1101, C. 2), dirigido a la demandada, que el contrato objeto de la litis se regulaba por el derecho privado, como ya se explicó, el negocio jurídico en mención, en virtud de la Ley 142 de 1994, está exceptuado del Régimen de Contratación Estatal, por ende no le es aplicable el silencio administrativo que establece el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, pues tal entendimiento contrariaría la hermenéutica que razonablemente se deriva de una debida observancia del principio de taxatividad y del principio de especialidad de la ley.

Ahora bien, la recurrente protesta falta de valoración de hechos que habrían acaecido durante la ejecución del contrato y que demostrarían la existencia del desequilibrio contractual imputable a la demandada por incumplir las aludidas Actas de Convenio del 5 y 7 de marzo de 1996. Tales hechos, deberían entenderse documentados en el contenido de las comunicaciones del 17 de mayo de 1996 (f. 1046-1047, C. 2), dirigida a la interventoría, 9 de febrero (f. 1049-1056, C. 2), 18 de marzo (f. 1057-1090, C. 2), 8 de abril (f. 1091-1098, C. 2), 11 (f. 1099-1101, C. 2) y 19 de mayo de 1998 (f. 1102-1103, C. 2), que dirigió la contratista a la contratante planteando de diferentes maneras el reajuste de precios reclamado en sus escritos del 19 de enero (f. 982-989, C. 2) y 13 de

febrero de 1996 (f. 990992, C. 2) con apoyo en un recuento del cruce de comunicaciones que surtió con la interventoría para que se le reconocieran sus pretensiones económicas, recuento que acompañó del señalamiento del interventor como un representante de la demandada.

Analizados estas pruebas a la luz del clausulado del contrato y del pliego, la Sala no las encuentra eficaces para demostrar que, como era de exigir a la luz de aquella normativa convencional, las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN hubiesen ratificado de manera expresa lo acordado en las Actas de Convenio del 5 y 7 de marzo de 1996; tampoco prueban la magnitud del sobre costo y del desfase que sufrió la actora por el valor que asciende a la suma de \$2.211.267.277, que la actora menciona en el recurso de apelación y que la Sala entiende referida al valor de las cantidades de obra extra y adicionales que habría ejecutado luego de suscritas las actas de obra ejecutada N. 3 y 4; ni mucho menos encuentra en ellas la explicación técnica de la metodologías aplicada para determinar dicho valor o para justificar la existencia del desequilibrio económico del contrato imputable a la demandada por desconocimiento de sus obligaciones contractuales con correlativo enriquecimiento injustificado de su parte.

Extraña, por el contrario, la Sala, que al proceso no se hayan traído los escritos del 29 de julio y 5 de agosto de 1997, junto con sus anexos, documentos que elaboró la aquí actora para que la contratante reconociera sus peticiones de revisión de precios, y que ella mencionó en el libelo de la demanda y en las anteriores comunicaciones para acreditar la existencia del desequilibrio económico del contrato a causa de la conducta antijurídica contractual que predicaba del otro extremo negocial.

Encuentra prueba sí, con base en el contenido del Oficio DPA-0207 del 13 de marzo de 1998, emitido por la aquí demandada con destino a PROCOPAL S.A., de que Empresas Públicas de Medellín reconoció la obra extra correspondiente al ítem 'Transporte escombros de pavimento asfáltico a centro de acopio', señalado en el Acta de Convenio del 5 de marzo de 1996, pero aclarando que la cantidad ejecutada fue de 4.639 M3 y que el precio unitario no era de \$13.960 por M3 como se estableció en la mencionada Acta, sino de \$4960 conformado por los conceptos del equipo, la herramienta y la mano de obra, excluyendo el valor del transporte, que estaba pactado en el contrato, de forma que, finalmente, le reconoció a su contratista por el citado ítem la suma de veinte tres millones nueve mil cuatrocientos cuarenta pesos (\$23.009.440). Este valor, que no fue aceptado por la contratista, le fue reconocido en la liquidación unilateral del contrato que la contratante realizó a través de los actos jurídicos que denominó "Resoluciones" N. 87035 y 92872 del 14 de julio y del 16 de diciembre de 1998, respectivamente.

No huelga advertir, en adición a lo hasta aquí expuesto, que los escritos del 22 de marzo (f. 993-1001, C. 2), 12 de abril (f. 1002-1010, C. 2), 9 de mayo (f. 1011-1015, C. 2), 21 de junio (f. 1016-1023, C. 2), 15 de julio (f. 1024-1030, C. 2) y 12 de agosto de 1996 (f. 1031-1040, C. 2) guardan relación con solicitudes que hizo la demandante a la interventoría, de reconocimiento económico por cantidades de obra adicional y extra ejecutada luego de que fueran liquidadas las actas de obra ejecutada N. 5 al 7.

Esta observación, vista la precisión que hizo la demandante para delimitar sus pretensiones a "la revisión de precios para las actividades en que se pactó un nuevo precio con la Interventoría, siguiendo las directrices de las Empresas

Públicas de Medellín" indica que el contenido de los citados documentos no puede ser tenido en cuenta para resolver el caso, pues él alude a situaciones ajenas a la causa petendi, que a la luz de la delimitación que de ella se hizo en la demanda, se encuentra restringida a la aplicación del nuevo precio que habría convenido con la interventoría para aquellas actividades enunciadas en las actas de obra ejecutada N. 3 y 4, que habían superado el 120% de ejecución.

Por lo demás, la sala debe derivar plena consecuencia de las Actas de Modificación Bilateral al Contrato N. 1 al 12 (f. 37-141 C. 1), suscritas por las partes, en las que se acordó (cláusula quinta) que 'EL CONTRATISTA declara que no hará reclamación a LAS EMPRESAS por lo pactado en esta acta, y manifiesta que por ese hecho no habrá lugar a ninguna indemnización por parte de LAS EMPRESAS, toda vez que los precios establecidos para las obras extra y adicional son el único valor que LAS EMPRESAS deberán reconocerle' y en la cláusula séptima se concertó que "[s]iguen vigentes las cláusulas del contrato original, en cuanto no hayan sido modificadas por esta acta", pues, de lo contrario, se daría cauce al desconocimiento de la regla que prohíbe a las partes venir contra sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), regla que se sustenta en el principio de la buena fe que debe imperar en las relaciones contractuales⁴².

Conforme al anterior análisis probatorio, la Sala concluye que la accionante no cumplió con la carga probatoria que dispone el artículo 1771⁴³) del CPC, en particular, no probó que la demandada hubiese ratificado el contenido de las Actas de Convenio del 5 y 7 de marzo de 1996, suscritas entre el interventor INCOL S.A y la actora.

En consecuencia, la Sala colige que no tienen fundamento los reparos que expuso la demandante en el recurso de apelación.

4. La condena en costas

Teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modifica el artículo 171 del C.C.A., y dado que no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, la Subsección se abstendrá de condenar en costas.

⁴² "(...) una de las manifestaciones de la regla que proscribe el venire contra factum proprium tenga como efecto el garantizar una adecuada interpretación de los términos del negocio, en el sentido de que la exigencia de coherencia, que exige preservar la fuerza vinculante del mismo, sea entendida de forma tal que responda no a la letra del acuerdo, sino al espíritu y finalidades perseguidas por las partes". NEME VILLAREAL, M. L., La buena fe en el derecho romano — Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 322. Por su parte, esta Sección ha señalado que vale la pena subrayar que nadie puede venir válidamente contra sus propios actos, regla cimentada en el aforismo "adversus factum suum quis venire non potest", que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, "venire contra factum proprium non valet". Es decir ve contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibles y no puede en juicio prosperar. La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a la aplicación de esta regla. En suma, la regla "venire contra factum proprium non valet tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe, la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre éstos y el Estado". Sentencia del 26 de abril de 2006. Exp. N O 16.041.

⁴³ ARTÍCULO 177. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. II Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

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

FALLA

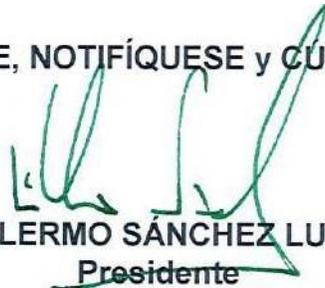
PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 12 de octubre de 2012, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, quedando al siguiente tenor:

- a. **DECLARAR** probada, de oficio, la excepción de caducidad del medio de control frente a las pretensiones dirigidas a la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos denominados "Resoluciones Nos. 87035 del julio 14 de 1998 y 92872 del 16 de diciembre de 1998"; y del desequilibrio económico del contrato con fundamento en conductas jurídicas o no imputables a las partes, por las consideraciones expuestas en la presente providencia.
- b. **DENEGAR** las demás pretensiones de la demanda.
- c. Sin condena en costas.

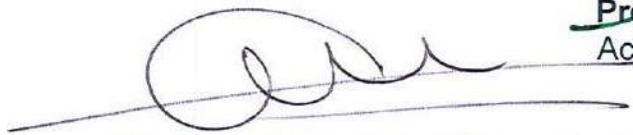
SEGUNDO: En firme este proveído, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

TERCERO: Sin condena en costas, en esta instancia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Presidente
Aclaro voto



JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado



NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – No es exclusivamente causal de ruptura del equilibrio económico del contrato / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Debe tratarse exclusivamente en el ámbito de la responsabilidad contractual

El fallo trata al incumplimiento del contrato como una causa generadora de desequilibrio económico del contrato. El inadecuado tratamiento que la Sala en muchas ocasiones ha dado al incumplimiento contractual al ubicarlo como una de las causas de ruptura del equilibrio económico -y que en esta ocasión reitera- se explica en parte en la propia legislación. El estatuto de contratación de manera equívoca -y en contravía del sentido general que le da en la mayoría de preceptos- ha identificado la responsabilidad contractual como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico del contrato. Así, por ejemplo, el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 dispone que “si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”. La jurisprudencia no ha logrado sortear esta impropiedad del legislador. En algunas decisiones la Sala ha ubicado al incumplimiento dentro de las causas que alteran el equilibrio económico del contrato, mientras que en otras -como debe ser- lo ha tratado en el ámbito exclusivo de responsabilidad contractual.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 5

TEORÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Teoría de la equivalencia de la ecuación económica / TEORÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Garantía del desarrollo del contrato en condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento en que fue celebrado / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Diferencia con la ruptura del equilibrio económico del contrato / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Estudia el comportamiento de las partes frente la ejecución del contrato

La teoría del equilibrio o equivalencia de la ecuación económica pretende garantizar que, en desarrollo del contrato, se mantengan las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento en que fue celebrado. Dicho equilibrio puede verse afectado por factores externos a las partes o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad. La jurisprudencia no ha logrado sortear esta impropiedad del legislador. En algunas decisiones la Sala ha ubicado al incumplimiento dentro de las causas que alteran el equilibrio económico del contrato, mientras que en otras -como debe ser- lo ha tratado en el ámbito exclusivo de responsabilidad contractual. La teoría del equilibrio o equivalencia de la ecuación económica pretende garantizar que, en desarrollo del contrato, se mantengan las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento en que fue celebrado. Dicho equilibrio puede verse afectado por factores externos a las partes o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad. En el incumplimiento, en cambio, se estudia el comportamiento de las partes frente a la ejecución del contenido obligacional, esto es, si fue tardío, defectuoso o conforme con lo que libre y voluntariamente acordaron, aspecto que por supuesto debe analizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual. Esta diferencia no es solo conceptual. La tasación económica en uno y otro caso es distinta. En la ruptura del equilibrio económico del contrato se pretende evitar puntos de pérdida (art. 5 de la Ley 80 de 1993), mientras que si se configura un incumplimiento, procede la indemnización de los perjuicios por la desatención de las obligaciones del contrato. En el incumplimiento, además, se faculta a la entidad pública para sancionar al contratista mediante la declaratoria de caducidad administrativa del

contrato, o para imponer multas y declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato (artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993 y 17 de la Ley 1150 de 2007). Además, el ordenamiento legal brinda herramientas para que las entidades contratantes adopten los mecanismos encaminados a preservar las condiciones económicas del contrato, tales como el ajuste, actualización y revisión de precios (art. 4 num. 8 de la Ley 80 de 1993), así como la distribución de riesgos previsibles (art. 4 de la Ley 1150 de 2007).

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 5 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 17 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 14 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 18 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 8

DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Se debe determinar el régimen jurídico aplicable al contrato / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN – No se deben aplicar figuras jurídicas del derecho de contratación pública

Para analizar pretensiones de desequilibrio económico es importante determinar el régimen jurídico de la entidad, dado que -por desventura- no todos los contratos de la administración pública son gobernados -como debería ser- por la Ley 80 de 1993. En efecto, si la entidad contratante hace parte de un “régimen exceptuado”, es decir excluido de la aplicación de la Ley 80 de 1993, sus disposiciones no son aplicables para definir aspectos sustanciales de la controversia. Si los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios están sometidos al derecho común, no es procedente aplicarle figuras propias de la contratación pública.

PRESERVACIÓN DE LA ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL – Concepto exclusivo de la contratación pública

La preservación de la ecuación financiera es un postulado especial de la contratación pública (art. 11 Ley 4 de 1964, Decreto 150 de 1976, art. 86 del Decreto 222 de 1983 y arts. 4.3, 5.1, 5.3, 8, 9, 14.1, 23, 25.14, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993). Si el contrato no está sujeto al estatuto de contratación estatal, debe acudirse a las reglas del derecho privado, en especial a las normas mercantiles relacionadas con la teoría de la imprevisión regulada en el artículo 868 del Código de Comercio y a los exigentes criterios que la jurisprudencia civil ha definido para su procedencia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 150 DE 1976 / LEY 4 DE 1964 – ARTÍCULO 11 / LEY 80 DE 1993

RÉGIMEN EXCEPTUADO DE CONTRATACIÓN ESTATAL - El pacto de las partes para permitir a una de ellas la liquidación del contrato es ineficaz dada su excepcionalidad / INEFICACIA – Se aplica sólo a actos frente a los que el código de comercio lo disponga / CLAUSULA INEFICAZ – Desconoce la autonomía de la voluntad privada

Según la mayoría en los contratos de los regímenes exceptuados, el pacto de las partes para permitir a una de ellas la liquidación del contrato es ineficaz. Según el artículo 897 del Código de Comercio, la sanción de ineficacia solo se predica de aquellos actos frente a los que ese mismo código así lo disponga. De manera que no es posible que el juez derive esa sanción sin que la ley misma la establezca. Además, que la decisión de liquidación no constituya un acto administrativo, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala frente a los regímenes exceptuados, no quiere decir que no tenga efectos entre las partes ni mucho menos que el juez pueda restarle eficacia a la cláusula contractual. El entendimiento de la cláusula como ineficaz, contraría la regla legal de interpretación de los contratos, según la cual a una cláusula debe dársele el alcance que favorezca producir algún efecto (art. 1618 del C.C.). Desconoce también la autonomía privada y la aplicación del

derecho privado, con las consecuencias que ello implica, a los contratos que no se rigen por la Ley 80 de 1993.

POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - De carácter unilateral en contrato de régimen especial / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN

La Sala está en mora de precisar cuál es el alcance de ese tipo potestades unilaterales pactadas en un contrato no sometido a la ley 80 y los efectos que producirá entre las partes. No es “restando eficacia jurídica” como la jurisprudencia da una genuina aplicación a las reglas del derecho común en contratos exceptuados del Estatuto de Contratación Pública.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., primero (1) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 05001-23-31-000-2000-03439-01(47101)

Actor: PROCOPAL S.A.

Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Comparto la decisión que se tomó en la providencia del 1 de junio de 2020, que modificó la sentencia de primera instancia y negó las pretensiones. Aclaro voto por los siguientes motivos:

1. El fallo trata al incumplimiento del contrato como una causa generadora de desequilibrio económico del contrato.

El inadecuado tratamiento que la Sala en muchas ocasiones ha dado al incumplimiento contractual al ubicarlo como una de las causas de ruptura del equilibrio económico -y que en esta ocasión reitera- se explica en parte en la propia legislación. El estatuto de contratación de manera equívoca -y en contravía del sentido general que le da en la mayoría de preceptos- ha identificado la responsabilidad contractual como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico del contrato. Así, por ejemplo, el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 dispone que “si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento

de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

La jurisprudencia no ha logrado sortear esta impropiedad del legislador. En algunas decisiones la Sala ha ubicado al incumplimiento dentro de las causas que alteran el equilibrio económico del contrato⁴⁴, mientras que en otras -como debe ser- lo ha tratado en el ámbito exclusivo de responsabilidad contractual⁴⁵.

La teoría del equilibrio o equivalencia de la ecuación económica pretende garantizar que, en desarrollo del contrato, se mantengan las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento en que fue celebrado. Dicho equilibrio puede verse afectado por factores externos a las partes o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad.

En el incumplimiento, en cambio, se estudia el comportamiento de las partes frente a la ejecución del contenido obligacional, esto es, si fue tardío, defectuoso o conforme con lo que libre y voluntariamente acordaron, aspecto que por supuesto debe analizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual.

Esta diferencia no es solo conceptual. La tasación económica en uno y otro caso es distinta. En la ruptura del equilibrio económico del contrato se pretende evitar puntos de pérdida (art. 5 de la Ley 80 de 1993), mientras que si se configura un incumplimiento, procede la indemnización de los perjuicios por la desatención de las obligaciones del contrato.

En el incumplimiento, además, se faculta a la entidad pública para sancionar al contratista mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, o para imponer multas y declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato (artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993 y 17 de la Ley 1150 de 2007).

Además, el ordenamiento legal brinda herramientas para que las entidades contratantes adopten los mecanismos encaminados a preservar las condiciones económicas del contrato, tales como el ajuste, actualización y revisión de precios (art. 4 num. 8 de la Ley 80 de 1993), así como la distribución de riesgos previsibles (art. 4 de la Ley 1150 de 2007).

2. Para analizar pretensiones de desequilibrio económico es importante determinar el régimen jurídico de la entidad, dado que -por desventura- no todos los contratos de la administración pública son gobernados -como debería ser- por la Ley 80 de 1993. En efecto, si la entidad contratante hace parte de un “régimen exceptuado”, es decir excluido de la aplicación de la Ley 80 de 1993, sus disposiciones no son aplicables para definir aspectos sustanciales de la controversia.

Si los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios están sometidos al derecho común, no es procedente aplicarle figuras propias de la

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencias del 15 de febrero de 1999, Rad. 11194 [fundamento jurídico 1]; del 21 de junio de 1999, Rad. 14943 [fundamento jurídico 4].

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencias del 26 de febrero de 2004, Rad. 14043 [fundamento jurídico 3.1]; sentencia del 4 de septiembre de 2003, Rad. 10883, [fundamento jurídico 4].

contratación pública. Este criterio, que sostuve desde un comienzo y que tuve que formular a manera de voto disidente [7 de septiembre de 2015 Rad. 36633], fue adoptado, de un tiempo para acá, por esta Sala.⁴⁶ Este enfoque no solo refleja lo dispuesto en la ley [art. 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001], sino que es el único que permite, en realidad, consolidar de manera genuina la decisión adoptada por el pleno de la Corporación en esta materia hace más de dos décadas.⁴⁷

La preservación de la ecuación financiera es un postulado especial de la contratación pública (art. 11 Ley 4 de 1964, Decreto 150 de 1976, art. 86 del Decreto 222 de 1983 y arts. 4.3, 5.1, 5.3, 8, 9, 14.1, 23, 25.14, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993). Si el contrato no está sujeto al estatuto de contratación estatal, debe acudir a las reglas del derecho privado, en especial a las normas mercantiles relacionadas con la teoría de la imprevisión regulada en el artículo 868 del Código de Comercio y a los exigentes criterios que la jurisprudencia civil ha definido para su procedencia⁴⁸.

3. Según la mayoría en los contratos de los regímenes exceptuados, el pacto de las partes para permitir a una de ellas la liquidación del contrato es ineficaz.

Según el artículo 897 del Código de Comercio, la sanción de ineficacia solo se predica de aquellos actos frente a los que ese mismo código así lo disponga. De manera que no es posible que el juez derive esa sanción sin que la ley misma la establezca. Además, que la decisión de liquidación no constituya un acto administrativo, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala frente a los regímenes exceptuados, no quiere decir que no tenga efectos entre las partes ni mucho menos que el juez pueda restarle eficacia a la cláusula contractual.

El entendimiento de la cláusula como ineficaz, contraría la regla legal de interpretación de los contratos, según la cual a una cláusula debe dársele el alcance que favorezca producir algún efecto (art. 1618 del C.C.). Desconoce también la autonomía privada y la aplicación del derecho privado, con las consecuencias que ello implica, a los contratos que no se rigen por la Ley 80 de 1993.

La Sala está en mora de precisar cuál es el alcance de ese tipo potestades unilaterales pactadas en un contrato no sometido a la ley 80 y los efectos que producirá entre las partes. No es “restando eficacia jurídica” como la jurisprudencia da una genuina aplicación a las reglas del derecho común en contratos exceptuados del Estatuto de Contratación Pública.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección C, sentencias de 20 de febrero de 2017 Rad. 56562 [fundamento jurídico 1] y 56939 [fundamento jurídico 1].

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 23 de septiembre de 1997, Rad. S-701 [fundamento jurídico f]. Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección C, sentencia de 8 de junio de 2018, Rad. 38120 [fundamento jurídico 3.6].

⁴⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de febrero de 2012, rad 11001-3103-040-2006-00537-01 [fundamento jurídico cargo tercero-consideraciones num 2].