



REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 05001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)
05001-23-31-000-2003-00384-01 (ACUMULADO)
Actores: SOCIEDAD PÉREZ C Y CÍA LTDA Y
SEGUROS GENERALES SURAMERICANA SA
Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN CONTRATO
DE DERECHO PRIVADO

Síntesis del caso: entre las partes se suscribió un contrato para la intervención de algunos medidores y acometidas requeridos para la prestación del servicio de acueducto por parte de EPM a sus usuarios; la entidad contratante declaró la caducidad del contrato y lo liquidó unilateralmente por lo cual la contratista y la aseguradora del contrato demandaron, separadamente, la nulidad de las referidas decisiones, y los dos procesos se acumularon en primera instancia¹.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las demandantes contra la sentencia de 25 de mayo de 2012 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Séptima de Decisión resolvió:

“PRIMERO. NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

SEGUNDO. NO PROSPERA LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE PRESENTADA POR EL APODERADO DE LA PARTE DEMANDADA.

TERCERO. SE RECONOCE PERSONERÍA JURÍDICA AL APODERADO IVÁN DARÍO POLO QUESADA, PARA REPRESENTAR LOS INTERESES DE EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

CUARTO. SIN COSTAS ATENDIENDO LA CONDUCTA DE LAS PARTES”. (FI 430 cdno. ppal. – mayúsculas fijas y negrillas del original).

¹ El tribunal de primera instancia dispuso la acumulación de los expedientes de la referencia por auto de 16 de mayo de 2007 (fl. 114 cdno. 6) y, en consecuencia, los decidió conjuntamente mediante la sentencia objeto de apelación.

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

I. ANTECEDENTES

1. La demanda promovida por la sociedad Pérez C y Cía Ltda - Exp. 05001-23-31-000-2003-00384-01

Mediante escrito presentado el 18 de diciembre de 2001 (fl. 43 cdno. 5), la sociedad Pérez y Cía Ltda promovió demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra de Empresas Públicas de Medellín EPM ESP con el fin de obtener las siguientes pretensiones²:

“1. Que se declare la NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES

No. 175103 de mayo 21 de 2.001, expedida por el GERENTE DE AGUAS DE EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, mediante la cual se declara la caducidad del contrato No. 1108116 celebrado entre Pérez C. y Cía limitada y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

No. 188851 de agosto 3 de 2.001, expedida por el GERENTE DE EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución precedente.

No. 236802 de 29 de abril de 2.002, expedida por el GERENTE DE EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, mediante la cual se liquida unilateralmente el contrato No. 1108116 celebrado entre Pérez C y Cía Limitada y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

No. 253701 de julio 15 de 2.002, expedida por el GERENTE DE EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución precedente.

2. Que se restablezca el derecho de la sociedad PÉREZ C, Y CÍA LIMITADA en el sentido que se declare que no está obligada a pagar los valores establecidos en la resolución de liquidación No. 236802 de abril 29 de 2.002 y 253701 de julio 15 de 2.002 o aquellos que se pretendan demostrar por E.P.M. en el proceso.

3. Se ordenará el reintegro de las sumas retenidas, apropiadas y descontadas por Empresas Públicas de Medellín a cuenta del valor de las obligaciones a cargo de mi representada indicadas en el acto de liquidación unilateral. Valores que serán actualizados al momento del fallo y se les reconocerá un lucro cesante por lo dejado de producir desde el momento de la apropiación, descuento o retención.

4. Como consecuencia del restablecimiento del derecho derivado de la declaratoria de nulidad de los actos impugnados, se servirá el fallador

² EPM liquidó el contrato luego de presentada la demanda, por lo cual la pretensión de nulidad de la liquidación se adicionó en escrito presentado el 17 de febrero de 2004 (fl. 272 cdno. 5).

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

condenar a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. a pagar los daños y perjuicios ocasionados a Pérez C. y Cía Ltda., por tal declaratoria y la sanción que implica la caducidad para contratar durante 5 años. Valores actualizados al momento de la sentencia y posterior pago.

5. Se ordene la devolución de todos los dineros que PEREZ C. Y CIA LIMITADA haya pagado como consecuencia de la liquidación unilateral del contrato, probada dentro del trámite de este proceso. Valores que serán actualizados al momento del fallo y se les reconocerá un lucro cesante por lo dejado de producir desde el momento del desembolso. Valores que serán actualizados al momento del fallo con sus correspondientes rubros de lucro cesante.

6. Que se dé cumplimiento a la sentencia respectiva, en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

7. Que se condene en costas y agencias en derecho a Empresas Públicas de Medellín ESP.” (fls. 2 y 3 cdno. 5 y 360 – 361 cdno. 6 - mayúsculas sostenidas originales).

2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones se narró, en síntesis, lo siguiente:

1) El 10 de julio de 2000, las partes suscribieron un contrato cuyo objeto fue el “cambio de medidores y tapas para cajas de medidores, corte y reinstalación de acometidas de acueducto, construcción de acometidas de acueducto y alcantarillado, y cambio de acometidas de acueducto” (fl. 3 cdno. 5) en diferentes zonas atendidas por EPM en el departamento de Antioquia, a precios unitarios, con un plazo de ejecución de 545 días.

2) La ecuación económica del contrato se desequilibró debido a que el alcance real de las obras fue inferior al previsto por la entidad y, por ende, el contratista nunca logró el promedio de ejecución esperado y los ingresos previstos; además, EPM le exigió al contratista disponer mayores recursos en obra para agilizar los trabajos (un carro adicional de instalaciones con conductor, encargado, 8 trabajadores y un sistema de radiocomunicaciones) por un plazo mínimo de dos meses, presentó demoras en el pago de las actas de obra ejecutada y desconoció instalaciones múltiples de acometidas realizadas “en una sola brecha”, lo cual generó diferencias en contra del contratista que no fueron compensadas ni reconocidas.

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

3) Entre las partes se suscribieron actas bilaterales que EPM impuso, con una supuesta compensación que nunca funcionó e hizo más gravosa la situación del contratista. Entre las partes cursa un proceso contractual en el cual se discute el incumplimiento de EPM y se pretende la reparación de perjuicios correspondiente.

4) En abril de 2001 EPM impuso multas al contratista por reducción en los recursos de obra y atrasos en la atención de algunos ítems.

5) El 21 de mayo de 2001, EPM expidió la Resolución³ número 1108116 por medio de la cual declaró la caducidad del contrato y luego lo liquidó unilateralmente, mediante las resoluciones demandadas.

3.Cargos

3.1 Declaratoria de caducidad

En relación con este primer aspecto de cuestionamiento adujo lo siguiente:

1) *Violación del debido proceso.* La administración dio lugar a la paralización del contrato e incumplió su obligación de restablecer el equilibrio económico pese a lo cual profirió decisiones unilaterales que afectaron al contratista.

2) *Violación del artículo 18 de la Ley 80 de 1993.* El incumplimiento que permite declarar la caducidad debe ser grave en forma tal que amenace con paralizar el contrato; además, la entidad no debe contar con otras alternativas diferentes para garantizar la ejecución, debido a que se trata de una sanción extrema con amplias repercusiones para el contratista.

3) *Error de derecho en los motivos invocados en el acto administrativo de declaratoria de caducidad.* La entidad demandada no analizó la proporcionalidad de la medida, no tuvo en cuenta su propio incumplimiento contractual ni garantizó el equilibrio económico en los términos del artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

³ Con independencia de la naturaleza jurídica de estos actos, la Sala se refiere a ellos como resoluciones tal como los denominó EPM al proferirlos.

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

4) *Falsa motivación.* No existió una causa real “para que tan drástica y desmedida sanción se impusiera” (fl. 37 cdno. 5).

5) *Falta de competencia.* EPM no justificó durante la fase precontractual la inclusión de la cláusula de caducidad y no se daban los supuestos previstos para ello en la Resolución 01 de 1995 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), lo cual también configura los vicios de falsa y ausencia de motivación.

3.2 Liquidación unilateral

Acerca de este otro fundamento de la demanda expuso los siguientes reproches:

1) *Violación de los artículos 60, 61 y 62 de la Ley 80 de 1993.* Si bien se pactó en el contrato la posibilidad de que este fuera liquidado unilateralmente por EPM, el acto por medio del cual esta fue efectuada no se le notificó al contratista; además, EPM estableció unas cifras exageradas en favor suyo y a cargo del contratista las cuales no son acordes con la realidad de la ejecución contractual.

2) *Nulidad de la declaratoria de caducidad.* Esta decisión es ilegal como consecuencia de la nulidad del acto de liquidación unilateral en la cual se sustentó.

3) *Falsa motivación y error de procedimiento.* No se agotó la etapa previa a la liquidación en la cual las partes deben revisar conjuntamente los valores del cruce de cuentas; la entidad impuso sumas en contra del contratista en forma arbitraria.

4) *Desviación de poder.* El propósito de la liquidación por parte de EPM fue tratar de componer una serie de errores de la contratante durante la ejecución del contrato, finalidad contraria a la prevista para

5) *Falta de competencia temporal.* El plazo máximo para liquidar el contrato era de cuatro (4) meses contados a partir de la finalización del contrato y EPM lo hizo por fuera de dicho término.

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

4. La demanda promovida por Seguros Generales Suramericana SA – Exp. 05001-23-31-000-2003-02815-01

El 4 de agosto de 2003 (fl. 47 cdno. 1), la Compañía Seguros Generales Suramericana SA, en calidad de garante del contrato, promovió demanda en contra de Empresas Públicas de Medellín ESP con idénticas pretensiones de nulidad a las formuladas por el contratista sociedad Pérez C y Cía Ltda y, a título de restablecimiento del derecho pretende que se declare que no está obligada a pagar el valor de las sumas impuestas en su contra en dichos actos administrativo y que se le reintegre lo que llegare a pagar, debidamente indexado; la demanda se basó en hechos similares a los narrados por el contratista, relativos a la celebración del contrato, las incidencias durante la ejecución y la expedición de los actos administrativos cuya nulidad se pretende.

5. Cargos

5.1 Declaratoria de caducidad

Para sustentar este motivo de reproche puso de presente estas razones:

1) *Falta de competencia.* El régimen jurídico del contrato era de derecho privado y EPM no cumplió con los requisitos previstos por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en la Resolución número 01 de 1995 porque no justificó la inclusión cláusulas excepcionales durante la fase precontractual.

2) *Falsa motivación.* La Resolución número 01 de 1995 de la CRA exige como presupuesto de la declaratoria de caducidad de los contratos que se haya interrumpido la prestación del servicio de acueducto por al menos 24 horas o se hayan reducido los niveles de calidad del agua previstos por la autoridad, es decir, se requería de supuestos adicionales a los previstos en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 para poder imponer la caducidad del contrato.

3) *Error de hecho en los motivos que originaron la declaratoria de caducidad.* EPM calificó erradamente el presunto incumplimiento del contratista; lo que ocurrió fue

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

un desequilibrio de la ecuación financiera del contrato que derivó en la imposibilidad de cumplir.

4) *Desviación de poder.* La entidad contratante buscó ocultar sus propios errores y la información equivocada que entregó al contratista para la confección de la oferta económica, así como su decisión de no tomar los correctivos oportunos durante la ejecución del contrato.

5) *EPM violó los deberes que le imponía el contrato de seguro.* La entidad demandada no mantuvo el estado del riesgo ni tomó las medidas necesarias para evitar la extensión del siniestro, pues, tras ser informado por el contratista de las situaciones que impactaban negativamente la ejecución se negó a tomar las medidas necesarias para evitar la inejecución contractual. No se dieron los supuestos contractuales para hacer efectivo el amparo de anticipo porque no hubo apropiación indebida de este.

6) La objeción por error grave del dictamen pericial practicado con el fin de acreditar el desequilibrio del contrato no prospera porque no se advierte una equivocación manifiesta en este.

5.2 Liquidación unilateral

La argumentación esgrimida para apoyar esa otra censura es esta:

1) *Falsa motivación o error de derecho en la invocación de los motivos que impulsaron la liquidación del contrato.* El contrato se rige por el derecho privado y la entidad demandada no tenía la competencia para liquidarlo.

2) *Improcedencia de la afectación del amparo de anticipo.* El contratista invirtió en su totalidad los recursos que le fueron entregados a título de anticipo.

3) *Violación del artículo 1074 del Código de Comercio.* EPM no evitó la extensión y propagación del siniestro.

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

4) *Vicio de procedimiento.* La entidad demandada se limitó a enviar al contratista un proyecto de liquidación, pero, no hubo un intento real de citar al contratista para concertar una solución.

6. Contestación de las demandas

EPM se opuso a las pretensiones de ambas demandas (fls. 816 – 847 cdno. 3 y 443 – 483 cdno. 6) con fundamento en lo siguiente:

1) En los pliegos de condiciones se previó que las cantidades de obra allí referidas eran aproximadas y que el contrato sería a precios unitarios por lo cual el valor a pagar dependía de las cantidades efectivamente ejecutadas; las obras extras y adicionales acordadas fueron solicitadas por el contratista y la remuneración correspondiente se pactó de mutuo acuerdo.

2) El contratista no cumplió con los plazos pactados por ausencia de recursos económicos con lo cual se evidenció que la capacidad de contratación ofrecida no era real.

3) La suspensión de actividades por parte del contratista afectó la prestación del servicio durante períodos superiores a 24 horas en aquellas viviendas en las cuales no se hicieron efectivas las órdenes de reinstalación del servicio y de cambios de infraestructura en mal estado, emergencias que debieron ser solventadas por EPM con su propio personal.

4) La declaratoria de caducidad del contrato estuvo motivada en el evidente incumplimiento de las obligaciones del contratista que generó parálisis en el servicio.

5) La liquidación del contrato tuvo lugar en los términos contractuales y contiene el cruce de cuentas real de su ejecución.

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

6) El contratista no ha devuelto el anticipo no amortizado lo cual constituye apropiación indebida de estos recursos y configura el siniestro que la aseguradora del contrato amparó.

7. La sentencia apelada

El 25 de mayo de 2012, el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las súplicas de la demanda con sustento en las razones que a continuación se resumen:

1) El contrato materia de la litis incluía cláusulas excepcionales que se incorporaron debidamente en el pliego de condiciones, era de aquellos en los cuales estas son obligatorias según la reglamentación vigente expedida por la CRA y, por ende, EPM tenía competencia para ejercerlas.

2) Se probaron los supuestos de hecho en los cuales la entidad quedaba habilitada para declarar la caducidad del contrato.

3) Si bien está probado que hubo disminución de las cantidades de obra previstas esto obedeció a la recesión económica y las partes acordaron bilateralmente disminuir las cantidades de obra, sin salvedades.

4) No se probó incumplimiento contractual por parte de EPM y fue el contratista quien suspendió unilateralmente los trabajos.

5) El amparo de anticipo cubría a la entidad respecto de la no amortización del anticipo.

8. Los recursos de apelación

En el término legal, las demandantes Pérez C y Cía Ltda (fls. 434 – 510 cdno. ppal.) y Seguros Generales Suramericana SA (fls. 517 – 561) apelaron con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se acojan sus respectivas pretensiones de las demandas, con fundamento en lo siguiente:

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

8.1 Sociedad Pérez C y Cía Ltda

1) El pacto de cláusulas excepcionales debió quedar incluido expresamente en el texto del contrato, por lo cual las estipulaciones números 49 y 50 del pliego de condiciones son nulas y su invalidez repercute directamente en la del acto que las aplicó; en todo caso, de conformidad con lo regulado por la CRA en la Resolución número 01 de 1995, para entender incorporada la cláusula excepcional se requería prueba concreta de que los incumplimientos podían conducir a la suspensión del servicio o a la afectación de la calidad, en caso contrario, se debió solicitar autorización expresa a la CRA y EPM no lo hizo.

2) EMP indicó unos parámetros para la formulación de la propuesta que no se vieron reflejados durante la ejecución contractual, lo cual indujo a unos cálculos económicos errados que derivaron en desequilibrio financiero y dificultaron la ejecución; la prueba pericial practicada en el curso del proceso demuestra que existió un desfase en los ítems más representativos de obra, por lo cual *“no se puede alegar incumplimiento de Pérez C y Cía como fundamento de la caducidad, porque este fue generado por el incumplimiento inicial de EPM”* (fl. 449 cdno. ppal.). Las actas de modificación bilateral del contrato no tuvieron el efecto de superar los desequilibrios económicos.

3) La entidad contratante contaba con todas las posibilidades legales para evitar la paralización del contrato y con alternativas menos gravosas para el contratista que la declaratoria de caducidad.

4) La empresa de servicios públicos demandante carecía de competencia para decretar la caducidad del contrato porque no se acreditó la existencia de precedentes en los cuales el incumplimiento de negocios jurídicos de similar naturaleza hubiera dado lugar a la interrupción del servicio público.

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

5) Se desconoció la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil, porque fue EPM quien generó el desequilibrio económico por la inadecuada estructuración del contrato.

8.2 Seguros Generales Suramericana SA

1) La inclusión de cláusulas excepcionales en el contrato materia de la litis estaba sujeta a que el incumplimiento pudiera derivar, directamente, en la suspensión del servicio público o en la reducción de los niveles de calidad del agua, lo cual debía estar necesariamente antecedido de precedentes en los cuales el incumplimiento de contratos de similar naturaleza hubiera derivado en la interrupción del servicio, los cuales no fueron referidos por la entidad en el procedimiento contractual ni en el contrato.

2) En los actos que decretaron la caducidad tampoco se puso de presente algún incumplimiento de esa magnitud, esto es, que hubiera derivado en la suspensión del servicio o en la reducción de los niveles de calidad del agua, huelga decir, no se aplicó la normatividad especial que regía la estipulación excepcional en este caso.

3) El desfase en la ecuación económica del contrato lo generó EPM, quien, dio lugar a estimación errónea de costos por parte del contratista y fue negligente en adoptar las medidas para remediar los desfases en la ejecución.

4) No se presentaron incumplimientos que en forma grave y directa amenazaran con la paralización del contrato.

5) EPM no tenía competencia para liquidar unilateralmente el contrato porque este se regía por el derecho privado y no era procedente afectar el amparo de anticipo ya que no se presentó uso o apropiación indebida de este; tampoco podía hacerse efectivo el amparo de cumplimiento porque este fue imputable a EPM.

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

9. Alegatos de conclusión

En la oportunidad para presentar alegaciones finales la sociedad Pérez C y Cía Ltda (fls. 694 – 731 cdno ppal.) y Seguros Generales Suramericana SA (fls. 732 - 780 cdno. ppal.) y EPM (fls. 781 – 792 cdno. ppal.) reiteraron los argumentos expuestos en sus respectivos recursos de apelación.

El Ministerio Público solicitó que se confirme el fallo adverso a las pretensiones de las demandas (fls. 793 – 802 cdno. ppal.) toda vez que (i) con independencia del régimen jurídico del contrato, las potestades excepcionales quedaron incluidas en el contrato por virtud de lo dispuesto en el pliego de condiciones, documento que el contratista nunca objetó; (ii) los actos administrativos demandados fueron expedidos luego del procedimiento correspondiente y oportunamente notificados, lo cual es evidente porque la parte interesada pudo recurrirlos; (iii) no hay prueba de un desequilibrio económico grave causante de la paralización de las obras ni se pretendió su declaratoria; (iv) la parte no amortizada del anticipo estaba cubierta por el amparo de anticipo y, (v) la prueba pericial sobre el monto de los perjuicios resulta inane porque las pretensiones están llamadas al fracaso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite procesal, sin que se advierta nulidad que lo invalide, corresponde resolver de fondo los recursos de apelación interpuestos por los demandantes, para lo cual se seguirá el siguiente derrotero: (i) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, (ii) competencia de EPM para declarar la caducidad del contrato, (iii) legalidad de la declaración de caducidad del contrato, (iv) el desequilibrio económico del contrato no releva al contratista del cumplimiento de sus obligaciones, (v) habilitación contractual para liquidar el contrato y legalidad de la liquidación unilateral, (vi) nulidad parcial de los actos demandados por cuanto ordenaron hacer efectivo el amparo de anticipo y, (vii) costas.

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

Las demandas se dirigieron a obtener la anulación de los actos administrativos por medio de los cuales EPM declaró la caducidad y liquidó unilateralmente el contrato número 1108116, por considerar la contratista y la aseguradora (i) que la empresa obró sin competencia para adoptar tal decisión, (ii) EPM fue la causante de los incumplimientos de su contraparte porque dio lugar al desequilibrio de la ecuación económica del contrato⁴, (iii) los incumplimientos no tuvieron el alcance necesario para justificar la caducidad, (iv) los actos no fueron debidamente notificados, (v) se motivaron falsamente, (vi) la demandada obró con desviación de poder con el fin de encubrir la indebida planeación y sus responsabilidades contractuales y, (vi) se afectó el amparo de anticipo de la garantía única del contrato por la ocurrencia de un riesgo no amparado en esta.

El tribunal de primera instancia no encontró demostrados los cargos, las apelantes insistieron en estos y el Ministerio Público propugnó por la confirmación de la sentencia de primera instancia.

La Sala⁵ confirmará parcialmente la sentencia adversa a las pretensiones, por cuanto (i) EPM era competente para declarar la caducidad del contrato, debido a que en el pliego de condiciones se previó la inclusión de cláusulas excepcionales; (ii) no se desvirtuaron las razones que esgrimió EPM como fundamento de la declaratoria de caducidad ni se acreditó la desviación de poder alegada; (iii) el eventual desequilibrio económico del contrato no releva al contratista del cumplimiento de sus obligaciones contractuales; (iv) las partes acordaron que EPM podía liquidar el contrato; (v) se surtió el procedimiento previsto para tal efecto y, (vi) no se probó que el cruce de cuentas dispuesto por EPM sea contrario a la realidad de la ejecución del contrato.

⁴ No se pretendió el restablecimiento del equilibrio económico ni la declaratoria de incumplimiento de EPM, sino que, se alegaron estas circunstancias para atribuirle el incumplimiento a la entidad contratante.

⁵ Antes de abordar el análisis de fondo, se verifica que la demanda fue oportuna toda vez que las demandadas se promovieron dentro de los dos años siguientes a la expedición de las decisiones que confirmaron la declaratoria de caducidad del contrato (24 de julio de 2001) y la liquidación unilateral del contrato (15 de julio de 2002 – fl. 311 cdno. 18); respecto de este último, la pretensión de nulidad se adicionó en escrito presentado el 17 de febrero de 2004 (fl. 280 cdno. 5).

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

Sin embargo, se modificará la decisión de primera instancia y se anularán parcialmente las decisiones demandadas porque a través de estas se ordenó hacer efectivo el amparo de anticipo del contrato por la no amortización de este, riesgo que Seguros Generales Suramericana SA no amparó, frente a lo cual se dispondrá el correspondiente restablecimiento del derecho.

2. Competencia de EPM para decretar la caducidad del contrato

1) En los términos del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 (vigente en la época de suscripción del contrato materia de la litis), sin perjuicio del régimen sustantivo de derecho privado asignado a los contratos suscritos por las ESP, las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios pueden (i) hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales en ciertos tipos de contratos o (ii) facultar expresamente a las empresas para incluirlas; la norma dispone lo siguiente:

“Artículo 31. Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el 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.

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.” (destaca la Sala).

2) En el pliego de condiciones que rigió la contratación se incluyeron cláusulas excepcionales y se motivó tal determinación de la siguiente manera:

“49. CLÁUSULAS EXORBITANTES

Teniendo en cuenta que se tiene la autorización por la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO, por medio de la resolución 01 de mayo 18 de 1995, a las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, y el objeto del contrato es el mantenimiento y

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

ampliación del sistema de distribución de acueducto que realizan Las Empresas para garantizar en forma permanente y continua la prestación de estos servicios, se le incorporan las siguientes cláusulas exorbitantes a este contrato, con miras a asegurar su correcta ejecución para que el objeto contratado sea cumplido en la forma pactada, a tal punto que no llegue a darse la interrupción de la prestación de los servicios o la reducción de los niveles de calidad del agua exigidos por las autoridades competentes, por incumplimiento por parte del contratista.

Las empresas harán uso de declarar cualquiera de las cláusulas exorbitantes, para que le faciliten la toma de medidas y correctivos de urgencia, como sería la ejecución de las obras directamente o por terceros, tendientes a evitar los perjuicios que pueda sufrir la colectividad con la no ejecución o la ejecución parcial o tardía por parte del Contratista, pero que en todo caso le permitan tomar posesión de las obras en el estado en que se encuentren para continuar con ellas y no atrasar la prestación de los servicios mientras resuelvan los conflictos que surjan del desarrollo del contrato con el contratista particular o se sometan a consideración de otra instancia, pues se haría inoperante cualquier proceso y se pondría en grave peligro la prestación de dichos servicios.

En consecuencia, motivan la inclusión de esta cláusulas las solicitudes de la comunidad para acceder a los servicios o para el mejoramiento de los mismos y los actos que realicen Las Empresas para cumplirlas, tales como: estudios, diseños, interventoría y los procesos de contratación relacionados con la ejecución de estos, así como **las experiencias en contratos de similar naturaleza que han tenido las Empresas, en la medida en que le han causado perjuicios por el incumplimiento de algunos contratistas en la entrega tardía o no entrega de suministros que se les han encargado, afectándose la prestación de los servicios.**" (fl. 110 cdno. 3 – negrillas adicionales).

3) Aunque el contrato es de derecho privado y no se hizo mención en este a las facultades excepcionales, lo dispuesto en el pliego de condiciones hace parte integral del acuerdo de voluntades porque así lo pactaron expresamente las partes en la cláusula sexta del contrato según la cual *"el pliego de condiciones, la adenda y las demás disposiciones del mismo, se entienden incorporadas en este contrato (...) al igual que las normas de la Ley 80 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, en cuanto sean aplicables en un caso determinado"* (fl. 90 cdno. 6).

4) La inclusión de las cláusulas excepcionales se sustentó en la entonces vigente Resolución número 01 de 18 de mayo de 1995 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico que hizo obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales en los contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa suscritos por las empresas prestadoras de servicios

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, cuyo eventual incumplimiento pueda generar, como consecuencia necesaria y directa, la interrupción en la prestación de esos servicios o la reducción de los niveles de calidad del agua.

5) En vigencia de la referida norma las ESP debían tener en cuenta la existencia de precedentes en contratos de naturaleza similar en los cuales el incumplimiento hubiere conducido a cualquiera de las referidas circunstancias. La redacción de la norma es como sigue:

“ARTÍCULO 1o.- INCLUSIÓN OBLIGATORIA. Las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo deben incluir cláusulas exorbitantes en los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de Acueducto, Alcantarillado y Aseo o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades por las autoridades competentes según la ley.

Como criterio para la inclusión de las cláusulas, la empresa deberá tener en cuenta la existencia de precedentes en los cuales el incumplimiento de contratos de similar naturaleza, ha conducido a la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de Acueducto, Alcantarillado y Aseo o a la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes.

(...).

PARÁGRAFO 2.- Para efectos de esta Resolución se entiende por interrupción en la prestación de los servicios de Acueducto y Alcantarillado, la no disponibilidad de los servicios en forma permanente o temporal por un término no menor a veinticuatro (24) horas continuas, derivada del incumplimiento del contrato; por interrupción en el servicio de aseo, la no disponibilidad del servicio en forma permanente, o temporal que implique una reducción en más de un cincuenta por ciento (50%) de la frecuencia semanal de prestación del servicio, derivada del incumplimiento del contrato; y por reducción en la calidad del agua, cuando por efectos del incumplimiento del contrato, no es posible para la empresa cumplir con los parámetros establecidos en las normas expedidas por las autoridades competentes.

ARTÍCULO 2o.- MOTIVACIÓN Y CONSERVACIÓN DE ANTECEDENTES. *Las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a los que se refiere esta resolución, deberán conservar, entre los antecedentes de los contratos, la motivación con base en la cual se decidió incluir las cláusulas exorbitantes, para que la Comisión pueda ejercer las facultades del inciso final del artículo 73 de la ley 142 de*

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

1.994. La conservación de tales antecedentes se hará mientras no hayan transcurrido seis meses después de haberse producido la caducidad de las acciones contractuales a las que los contratos puedan dar lugar.” (negrillas adicionales).

6) Lo anterior impone a las ESP justificar la inclusión de estas estipulaciones de manera expresa y de cara a contratos similares en atención a que aquello que justifica su inclusión es la preservación de la continuidad y calidad de la prestación del servicio público; sin embargo, ello no implica que la ESP solo pueda hacer efectivas estas potestades en aquellos eventos en los cuales exista interrupción del servicio o se afecte la calidad del agua, pues, se insiste, los referidos criterios solo definen la inclusión de dichas potestades en el contrato, mientras que su aplicación está llamada a regirse por las normas correspondientes del estatuto de contratación.

7) En el numeral 49 del pliego de condiciones antes transcrito, la ESP demandada motivó la inclusión de las cláusulas excepcionales en la existencia de otros contratos en los cuales la falta de suministro oportuno de bienes tuvo incidencia en la interrupción del servicio público; aunque no se hizo referencia específica a determinados contratos, de modo que puedan ser identificados en forma plena para el análisis que ahora corresponde, tal como lo determinó el tribunal de primera instancia, el objeto contractual incluía componentes de suministro de los materiales necesarios para las acometidas e instalaciones, así como de obra, en la ejecución material de los trabajos. En el pliego de condiciones se precisó el alcance del contrato en los siguientes términos:

“Los trabajos a realizar consisten en el corte, reinstalación, construcción y cambio de acometidas de acueducto, cambio de medidores y de tapas para cajas de medidores, construcción de acometidas de alcantarillado, y obras accesorias tales como andenes, cordones, engramados, muros y el cargue, retiro y botada de escombros, entre otros.

(...).

Se deja claramente expreso que los precios cotizados por los proponentes, en el formulario 5, se referirán al pago de trabajos debidamente terminados, de conformidad con las especificaciones y deberán comprender todos los gastos necesarios en equipos, materiales, herramientas, maquinaria, transporte, mano de obra, prestaciones sociales, dirección y administración, utilidad del

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

proponente, y todos los gastos que puedan afectar el costo directo o indirecto de las mismas. (fl. 68 cdno. 3).

Por su parte, la declaración de caducidad se fundamentó, precisamente, en el hecho consistente en que se presentaron interrupciones en el servicio superiores a las 24 horas por razón de la parálisis en los trabajos en los sitios en los cuales no se atendió oportunamente el objeto contractual y EPM debió disponer de personal propio para remediar esta situación, por lo cual no hay duda de que el objeto contractual tenía incidencia en esta sino que el riesgo de parálisis llegó a materializarse.

8) Por otra parte, para la Sala resulta especialmente relevante que el contratista nunca discutió la inclusión de cláusulas excepcionales durante el trámite del procedimiento de selección, de lo cual se infiere, válida y claramente, que aceptó de buena fe las condiciones en las cuales se habría de ejecutar el contrato, las cuales fueron definidas en forma clara por la entidad y conocidas por todos los oferentes.

9) De acuerdo con lo expuesto, se concluye que las cláusulas excepcionales fueron debidamente pactadas y no hay evidencia de que dicho pacto hubiera desconocido las condiciones que para esa época imponía el reglamento general expedido por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, razón por la cual no hay sustento para cuestionar la competencia de la demandada para decretar la caducidad del contrato.

2. Legalidad de la declaración de caducidad del contrato

1) No obstante el régimen privado que regula los aspectos sustanciales del contrato, la declaratoria de caducidad se regía por lo previsto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993⁶ cuyo contenido fue incorporado en el numeral 49.1 del pliego de condiciones⁷, de modo que la declaratoria de caducidad procedía por el

⁶ En los términos del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 toda vez que las cláusulas se incluyeron por ser obligatorias.

⁷ "49.1 Caducidad. Las Empresas podrán declarar la caducidad del contrato por la ocurrencia de hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización.

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

incumplimiento del contratista que afectara de manera grave y directa la ejecución del contrato de modo que pueda conducir a su paralización.

2) La Resolución número 175103 de 21 de mayo de 2001, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato, se sustentó en el hecho de que a partir del 23 de abril de 2001, sin mediar causa justificada, el contratista suspendió la ejecución del contrato en forma unilateral, luego de lo cual le impuso multas sucesivas los días 24, 25 y 26 de abril de 2001, lo cual, a juicio de EPM, obedeció a la *“falta de recursos del contratista tanto financieros como de personal, de materiales y de equipos, necesarios para la realización de los trabajos”* (fl. 680 cdno. 3); la decisión también se sustentó en que la parálisis de las obras generó demora para atender las solicitudes de instalaciones presentadas por los usuarios, pérdida de agua no facturada, deficiencias en la contabilización del agua, necesidad de utilizar recursos de la empresa para atender las situaciones más urgentes y afectación de la estrategia corporativa.

3) La parte demandante presentó recurso de reposición en contra de la Resolución número 175103 de 21 de mayo de 2001 en la cual reconoció que *“existió una suspensión PERO NO INJUSTIFICADA”* (fl. 686 cdno. 3 – mayúsculas fijas originales), porque el desequilibrio económico del contrato fue el que lo dejó en situación de pérdida y en imposibilidad de seguir acumulando pérdidas.

4) El 24 de julio de 2001 (fl. 696 cdno. 3), EPM expidió la Resolución número 188851 a través de la cual resolvió la reposición y confirmó la decisión de decretar la caducidad del contrato, porque *“de haber contado el contratista con los recursos de equipo, materiales y financieros suficientes, no le hubiera sido imposible realizar los trabajos, dado que constantemente se le estuvo dando obra extra para ejecutar y se le ofreció que realizara una muy buena cantidad de obra extra, la cual hubiera podido equilibrar el contrato”* (fl. 702 cdno. 3).

5) En efecto, el contratista reconoció a lo largo del proceso el hecho consistente en la suspensión de la ejecución contractual que consta en la comunicación de 9

Las Empresas, por medio de acto administrativo, debidamente motivado, lo darán por terminado y ordenarán su liquidación en el estado en que se encuentre”.

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

de mayo de 2001 en la cual el contratista afirmó que “*ya no se ejecutan obras*” (fl. 672 cdno. 3); además, el 24, 25 y 26 de abril de 2001 EPM le impuso multas al contratista por suspender las obras sin autorización de la entidad (fls. 571 y ss cdno. 2), las cuales no discute la demandante.

6) De conformidad con lo relatado, no hay prueba de que la declaratoria de caducidad se hubiera motivado en hechos contrarios a la realidad y, además, la entidad intentó compeler al contratista, aunque sin éxito, para que cumpliera sus obligaciones. Tampoco se acreditó la ausencia de los supuestos legales para declarar la caducidad, porque el incumplimiento del contratista no solo amenazaba con paralizar la ejecución del contrato, sino que, efectivamente, esta se paralizó, con lo cual quedaron surtidos los supuestos legales para que EPM pudiera hacer uso de la potestad excepcional aplicada.

3. El desequilibrio económico del contrato no releva al contratista del cumplimiento de sus obligaciones

1) El esfuerzo argumentativo y probatorio del contratista se dirigió a acreditar un supuesto desequilibrio económico del contrato; aunque la demanda no está dirigida a obtener el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, la sociedad Pérez C y Cía Ltda insistió en el curso del proceso en que su incumplimiento estuvo justificado porque la indebida planeación del contrato dio lugar a un desequilibrio económico que la dejó en imposibilidad de ejecutar cabalmente sus obligaciones.

2) Contrario a ese entendimiento, la Sala precisa que el eventual desbalance en la ecuación financiera del contrato no releva al contratista del cumplimiento de sus obligaciones; en efecto, la posibilidad de reclamar los eventuales desajustes económicos o la excesiva onerosidad de las prestaciones no releva al contratista de la obligación de cumplir lo pactado y, menos aún, justifica la suspensión de la ejecución contractual, salvo que se trate de una situación completamente excepcional de absoluta imposibilidad de cumplir o que conduzca al contratista a una situación de quiebra económica.

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

3) Al respecto, esta Corporación se ha pronunciado en los siguientes términos⁸:
“La Sala rechazará los argumentos del actor en el sentido de que la ruptura del equilibrio económico causó su incumplimiento y que ello vicia de nulidad el acto de liquidación unilateral. Lo anterior, pues, por definición, el restablecimiento del equilibrio económico supone la ejecución del contrato y sus obligaciones, y no justifica su no-cumplimiento.”; por ende, correspondía al contratista garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, con independencia de sus eventuales reclamaciones económicas.

4) Por lo expuesto, la Sala se abstiene de analizar el alegado desequilibrio económico ya que no se pretendió el restablecimiento de su equilibrio y su eventual ocurrencia no relevaba al contratista del cumplimiento de sus obligaciones.

4) En todo caso, salvo en lo correspondiente a las potestades excepcionales de la administración, se trató de un contrato de derecho privado al cual no resultan aplicables las normas de la Ley 80 de 1993 que obligan a la contratante a restablecer la ecuación financiera del contrato, por lo cual el incumplimiento del contratista no puede sustentarse en el supuesto incumplimiento del deber hacerlo; además, el contrato se pactó a precios unitarios y EPM no se comprometió a garantizar determinadas cantidades de obra⁹, el contratista dejó de ejecutar obra con un porcentaje de ejecución del 37,31%, cuando aún restaban 285 días del plazo de ejecución de un total de 545 días pactados (fl. 337 cdno. 5), por lo cual no es de recibo la afirmación de que el equilibrio se alteró por la falta de trabajos; el contratista debía disponer lo necesario para el plazo de ejecución contratado y no acreditó que EPM incumplió el contrato dejándolo en imposibilidad de cumplir.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 2 de junio de 2021, exp. 60.136, MP Alberto Montaña Plata.

⁹ Pliego de condiciones: *“20. El valor de este contrato será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra, según el grupo aceptado, indicadas en el formulario de la propuesta, por los precios unitarios allí estipulados. (...). El contratista ejecutará, por lo tanto, los trabajos previstos hasta la suma indicada, pero esta puede aumentarse o disminuirse habida cuenta que las cantidades de obra son estimativas aproximadas del trabajo previsto, usados para comparar las propuestas.”* (fl. 125 cdno. 6).

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

5) En esa perspectiva, el alegado desequilibrio económico del contrato no tiene la virtualidad de justificar el incumplimiento del contratista que dio lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, razón por la cual el cargo no prospera.

4. Habilitación contractual para liquidar el contrato y legalidad de la liquidación unilateral

1) En el numeral 50 del pliego de condiciones, expresa y claramente se previó que EPM liquidaría el contrato unilateralmente ante la falta de acuerdo con el contratista, facultad que fue consignada de la siguiente manera:

“50. LIQUIDACIÓN JUDICIAL

Si no hubiere acuerdo para liquidar el contrato o el contratista no se presenta, dentro del término establecido en el numeral 39.1 de ciento (120) días calendario, la respectiva liquidación se hará unilateralmente por parte de Las Empresas.” (fl. 159 cdno. 6).

2) Está probado que no se logró acuerdo para liquidar el contrato bilateralmente; el 17 de febrero de 2002 EPM remitió al contratista el proyecto de liquidación y este lo rechazó (fl. 550 cdno. 6) por no estar de acuerdo con el cruce de cuentas propuesto; las partes no pactaron algún trámite o instancia adicional para tal efecto, la condición para ejercer esta facultad contractual era la falta de acuerdo la cual efectivamente ocurrió.

3) Se acreditó que la Resolución número 253701 de 15 de julio de 2002, por medio de la cual EPM confirmó la liquidación unilateral del contrato, se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 (fl. 280 cdno. 5); en todo caso, la ausencia de notificación de la decisión final sobre la liquidación no constituye un vicio de validez, pues, dicho aspecto no es un elemento de constitución o conformación del acto sino una diligencia para darlo a conocer legalmente y como condición previa para su legal exigibilidad y ejecución, todo esto sin perjuicio de que en este caso concreto es evidente que las partes interesadas la conocieron, tanto que la demandaron oportunamente.

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

4) No se probó que EPM hubiera tenido un móvil desviado al liquidar el contrato y tampoco se probó que hubieran quedado ejecuciones sin reconocer ni existe fundamento para haber incluido reparación por el desequilibrio alegado en la demanda, y debido a que no se trata de una obligación cierta y determinada sino de una pretensión del contratista que no planteó en esta sede judicial.

5) La liquidación del contrato reconoció la obra que se afirma ejecutó el contratista y este no alegó ni probó un porcentaje de ejecución distinto; de otro lado, se ordenó al contratista reintegrar anticipo no amortizado y el contratista no probó haber amortizado cantidades distintas a las determinadas por EPM.

6) Las partes no pactaron que el término de 120 días previsto para la liquidación del contrato fuera perentorio o, que expirado este EPM perdiera la facultad para liquidarlo; por el contrario, los 120 días pactados en la cláusula número 50 eran para la liquidación bilateral y una vez vencidos estos la contratante quedó facultada para liquidar unilateralmente y así lo hizo; contrario al entendimiento de la parte demandante, en el contrato no se pactó ningún límite temporal para realizar la liquidación unilateral.

El contrato finalizó con la firmeza de la declaratoria de caducidad, lo cual ocurrió con la Resolución número 188851 de 24 de julio de 2001 (fl. 64 cdno. 5) -con la cual se confirmó la Resolución número 175103 de 21 de mayo de 2001-, decisión que se notificó mediante edicto desfijado el 22 de agosto de 2001 (fl. 65 cdno. 5) mientras que la liquidación se adoptó en abril de 2002, esto es, pasados los 120 días que las partes acordaron como fase de liquidación bilateral.

7) De acuerdo con lo anterior, no se aportaron bases probatorias que dieran cuenta de que había lugar a un cruce de cuentas distinto al dispuesto por EPM, razón por la cual se confirma la decisión apelada que mantuvo el cruce de cuentas dispuesto por la entidad contratante.

5. Nulidad parcial de los actos demandados por cuanto ordenaron hacer efectivo el amparo de anticipo

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, hay lugar a anular parcialmente los actos administrativos demandados, únicamente en tanto ordenaron hacer efectivo el amparo de anticipo en contra de la Compañía de Seguros Generales Suramericana SA, como se explica a continuación:

1) En el artículo tercero de la Resolución número 175103 por medio de la cual EPM declaró la caducidad del contrato se ordenó *“hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, el amparo de cumplimiento y los amparos de anticipo y pago de salarios y prestaciones si fuere necesario”* (fl. 681 cdno. 2); por su parte, en la Resolución número 236802, por la cual se liquidó unilateralmente el contrato, se dispuso:

“f) Valores adeudados por el contratista a las Empresas: (...) (ii) por concepto de anticipo no reintegrado y reajuste de anticipo: Al contratista se le entregó por concepto de anticipo la suma de trescientos sesenta y cinco millones ochocientos dieciséis mil seiscientos ochenta y cuatro pesos m.l (\$365.816.684), de los cuales en la ejecución del contrato se amortizó el valor de ciento ochenta y tres millones cuatrocientos ochenta y ocho mil seiscientos setenta y dos pesos con 50/100 m.l (\$183.488.672,50), lo cual adicionado con la suma de cuatro millones doscientos treinta y cuatro mil cuatrocientos veintiún pesos con 14/100 ml (\$4.234.421,14), tomados de dineros debidos al contratista en el contrato 2108965, da un total reintegrado de ciento ochenta y siete millones setecientos veintitrés mil noventa y tres pesos con 64/100 ml (\$187.723.093,64), para un saldo por amortizar de ciento setenta y ocho millones noventa y tres mil quinientos noventa pesos con 36/100 m.l (\$178.093.590,36). Al contratista se le entregó por concepto de reajuste de anticipo un valor de diecisiete millones cuatrocientos doce mil ochocientos setenta y cuatro pesos con 16/100 m.l (\$17.412.874,16), del cual le debe ser cobrado la proporción del valor original del contrato que no fue ejecutada equivalente al 62,1% del mismo, es decir la suma de diez millones ochocientos tres mil trescientos noventa y cuatro pesos con 85/100 m.l (\$10.813.394,85), para un total de anticipo y reajuste de anticipo de ciento ochenta y ocho millones novecientos seis mil novecientos ochenta y cinco pesos con 21/100 (\$188.906.985,21), valor a ser cobrado con cargo a la garantía única del contrato en su amparo de anticipo.

(...).

Saldo. Hecho el anterior cruce de cuentas resulta un saldo a favor de las Empresas de quinientos cincuenta y cuatro millones setecientos veintitrés mil seiscientos sesenta y nueve pesos (\$554.723.669,21), valor que se obliga a consignar el contratista

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

a favor de las Empresas en la caja general de las mismas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta resolución y en el evento de que no sea consignado dicho valor, las Empresas podrán descontar el valor de cualquier suma que le adeude al contratista, por cualquier concepto, si ello no fuere posible se harán efectivos los amparos de cumplimiento y buen manejo e inversión del anticipo; todo lo anterior sin perjuicios de que las Empresas adelanten las acciones que consideren pertinentes.” (fl. 313 cdno. 5 – resalta la Sala).

La referida decisión fue confirmada en su totalidad mediante la Resolución número 253701 de 15 de julio de 2002 (fl. 302 cdno. 5).

2) Según las condiciones generales de la póliza de seguro número 0319116-7 expedida por Suramericana SA, el amparo de anticipo tiene la siguiente cobertura:

“1.2 AMPARO DE ANTICIPO

EL AMPARO DE ANTICIPO CUBRE A LAS ENTIDADES ESTATALES CONTRATANTES CONTRA EL USO O APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ANTICIPADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO. (fl. 442 cdno. 2 – mayúsculas fijas del original – negrillas adicionales).

3) El Decreto 679 de 1994, vigente para la época de los hechos, reglamentó los amparos que debía contener la garantía única de cumplimiento de los contratos en favor de entidades estatales en los siguientes términos:

“Artículo 17. De los riesgos que debe cobijar la garantía única. La garantía debe ser suficiente de acuerdo con las distintas clases de obligaciones amparadas.

Se incluirán únicamente como riesgos amparados aquéllos que correspondan a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, tales como, los de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio, correcto funcionamiento de los equipos, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. En los contratos de obra y en los demás que considere necesario la entidad se cubrirá igualmente la responsabilidad civil frente a terceros derivados de la ejecución del contrato a través de un amparo autónomo contenido en póliza anexa.” (se resalta).

4) En ese marco normativo y fáctico, es claro que la garantía otorgada por Suramericana SA, en el amparo de anticipo, cubría a la entidad contra el uso o

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

apropiación indebida del anticipo, en similares términos al reglamento de la época, pero no amparaba su “no amortización”; sin embargo, en la liquidación unilateral del contrato EPM ordenó al contratista devolver el anticipo no amortizado y, en caso de que este no lo reintegre, *hacer efectivo el amparo de anticipo* por la suma de \$188.906.985,21, incluidos en el total liquidado a cargo del contratista.

5) De conformidad con lo expuesto, hay lugar a decretar la nulidad parcial de los actos demandados, únicamente en cuanto ordenaron hacer efectivo el amparo de anticipo a cargo de Seguros Generales Suramericana SA y, a título de restablecimiento del derecho, se declarará que la referida compañía no está obligada a reintegrar la suma de \$188.906.985,21 por concepto de amparo de anticipo.

6) Se precisa que, si bien la entidad podía válidamente incluir en la liquidación del contrato, a cargo del contratista, la parte del anticipo no amortizada por este, la aseguradora solo estaba llamada a responder por los amparos efectivamente otorgados, dentro de los cuales no estaba la amortización de dichas sumas, razón por la cual la nulidad prospera parcialmente pero, únicamente en este aspecto; en lo demás se mantienen incólumes las decisiones demandadas.

7) Producto de la nulidad parcial de los actos demandados, se declarará que Seguros Generales Suramericana SA no está obligada a pagar ninguna suma a EPM por concepto del *amparo de anticipo* y, en caso de que ya hubiere pagado, la entidad deberá devolverle los dineros debidamente indexados con el IPC.

6. Costas

No hay lugar a condena en costas de esta instancia toda vez que no se advierte conducta temeraria o de mala fe de las partes que justifique imponerla; lo anterior en los términos del artículo 171 del Decreto 01 de 1984 aplicable al presente proceso; por la misma razón se confirmará la sentencia apelada en tanto no las impuso.

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1°) Modifícase la sentencia de 25 de mayo de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Séptima de Decisión, en consecuencia, la parte resolutive queda así:

PRIMERO. Declárase la nulidad parcial del artículo tercero de la Resolución número 175103 de mayo 21 de 2.001, expedida por Empresas Públicas de Medellín ESP mediante la cual se declara la caducidad del contrato No. 1108116 celebrado entre esta y la sociedad Pérez C. y Cía Ltda, únicamente en cuanto ordenó hacer efectivo el amparo de anticipo en contra de Seguros Generales Suramericana SA por la suma de \$188.906.985,21 y la nulidad parcial de la Resolución número 188851 de agosto 3 de 2.001, expedida por Empresas Públicas de Medellín ESP, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución precedente, únicamente en tanto confirmó la efectividad del referido amparo. En lo demás se mantienen incólumes ambos actos administrativos.

SEGUNDO. Declárase la nulidad parcial de la Resolución número 236802 de 236802 de 29 de abril de 2.002, mediante la cual Empresas Públicas de Medellín liquidó unilateralmente el contrato No. 1108116 celebrado entre esta y la sociedad Pérez C y Cia Limitada, únicamente en tanto ordenó hacer efectiva la garantía de anticipo del contrato en contra de Seguros Generales Suramericana SA en caso de que la contratista no reintegre la suma de \$188.906.985,21 correspondientes al anticipo no amortizado y, la nulidad parcial de la Resolución número 253701 de julio 15 de

Expedientes: 05-001-23-31-000-2003-02815-01 (47.592)

05001-23-31-000-2003-00384-01 (acumulado)

Demandantes: Seguros Generales Suramericana SA y Sociedad Pérez C y Cía Ltda
Controversias contractuales

2.002, expedida por Empresas Públicas de Medellín, únicamente en tanto confirmó la efectividad del amparo de anticipo. En lo demás se mantienen incólumes ambos actos administrativos.

TERCERO. Como consecuencia de la nulidad parcial decretada, **declárase** que la compañía Seguros Generales Suramericana SA no está obligada a pagar a EPM la suma de \$188.906.985,21 por concepto de amparo de anticipo del contrato estatal número 1108116 y, en caso de que hubiere pagado, **condénase** a EPM a devolver aquello que hubiere pagado, debidamente indexado con el IPC, tomando como índice inicial el de la época del pago y como índice final el de la fecha de la presente sentencia.

CUARTO. Niéganse las demás pretensiones de las demandas.

QUINTO. Sin costas.

2°) Sin costas en esta instancia.

3°) En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(salvamento de voto)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Presidente de Subsección
(firmado electrónicamente)

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente
(firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(firmado eletronicamente)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.