

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO – Ley 142 de 1994 artículo 31 y 32 - Derecho privado

[...] el proceso de selección adelantado por parte de la empresa de Acueducto y Alcantarillado y Aseo de Bogotá (EAAB ESP), empresa pública prestadora de los servicios de acueducto, alcantarillado sanitario, pluvial y aseo, estuvo regido por el derecho privado de acuerdo con lo expresamente dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, toda vez que la entidad contratante tiene por objeto para prestación de los servicios públicos domiciliarios.

ACTOS PRECONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Son de naturaleza privada – No son actos administrativos – Análisis del incumplimiento de obligaciones

[...] se cuenta con una posición unificada sobre la naturaleza jurídica privada de los actos precontractuales, pues, se trata de una decisión reiterada considerar que los actos de una entidad, en cuyo régimen contractual se aplican las reglas del derecho privado, no constituyen actos administrativos y, en ese sentido, se trata de un análisis respecto de los incumplimientos de las obligaciones derivados de la aplicación del negocio jurídico, de la garantía de la buena fe y de la autonomía de la voluntad

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA - Constitución política artículo 209 y 267 - Entidades con régimen exceptuado - Ley 1150 de 2007 artículo 13

La referida falta de coordinación y comunicación de la EAA ESP con otras entidades distritales es la demostración del incumplimiento de los principios de la función administrativa y de gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, aplicables al caso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 en virtud del cual "[l]as entidades estatales que por disposición legal cuentan con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal".

BUENA FE CONTRACTUAL – Código Civil artículo 1603 – Código de Comercio 871 – Suministro de información – Deber de entregar en calidad mediana de las prácticas del sector

De otra parte, en aplicación de los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, se advierte que cuando la entidad se obligó a suministrar los planos, estudios técnicos y cantidades de obra para que el contratista pudiera desarrollar su labor, se obligó a hacerlo de conformidad con la calidad media de las prácticas del sector correspondiente; así las cosas, para la Sala es claro que de acuerdo con la obligación derivada de la buena fe, la información suministrada por la entidad debía estar conforme con las prácticas del sector en términos de suficiencia y calidad y, en consecuencia, debía acreditarse que la información no satisfizo esos estándares como en efecto ocurrió en el presente asunto.

RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS - Aplicación de la Ley 80 de 1993 parágrafo 1 artículo 32– Servicios públicos domiciliarios – Autonomía administrativa – Régimen jurídico aplicable – Ley 142 de 1994 artículo 31 – Entidades estatales prestadoras de servicios públicos

Sobre ese punto de la controversia pone de presente la Sala que como la entidad contratante es una empresa industrial y comercial del Distrito Capital, de carácter oficial, prestadora de servicios públicos domiciliarios, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, cuyas actuaciones se rigen por el derecho privado de acuerdo con lo estipulado en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, pues, "[l]os 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".

DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Aplicación del Código de Comercio artículo 868 - Aplica para actividades ya ocurridas – No p´rocede sobre obligaciones de futuro cumplimiento

En esa perspectiva, la norma aplicable para el caso de un eventual desequilibrio económico del contrato es la prevista en el Código de Comercio.

[...]

En tales condiciones, para la Sala es evidente que no procede el reconocimiento del desequilibrio económico solicitado por la entidad demandada, pues, según lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio antes citado, los supuestos de hecho sobre los cuales se fundamenta la petición son la ejecución de actividades ya ocurridas, sin que en modo alguno estas se refieran a obligaciones de futuro cumplimiento.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, diecisiete (17) de abril de dos mil veintiséis (2026).

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 25000-23-36-000-2020-00298-01 (72.346)
Demandante: CONSORCIO RENOVACIÓN Z5
Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP (EAAB)
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA – CPACA

Síntesis del caso: la demanda se circunscribe a la discusión acerca del incumplimiento de la EAAB ESP en la fase de planeación y gestión en la elaboración de los estudios previos y términos de referencia fundamento del contrato no. 1-01-35100-01208-2017 que conllevó a que el consorcio Z5 no pudiera ejecutar la totalidad del objeto contratado, por cuanto solo podían ejecutarse 48 de un total de 60 tramos de redes; el tribunal de primera instancia concedió las súplicas de la demanda, declaró el incumplimiento de la EAAB ESP, liquidó judicialmente el contrato, balance general que arrojó un valor a favor de ambas partes. Inconforme con la decisión la entidad demandada se opuso a la sentencia por cuanto, en su criterio, la decisión adoptada no hizo un debido análisis de las pruebas que conforman el expediente a la luz de la teoría de la imprevisión (desequilibrio económico del contrato) y se opuso a unos aspectos concretos de la liquidación.

Temas: deber de planeación y coordinación entre las entidades estatales – liquidación judicial del contrato – contrato de fiducia – anticipo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 30 de agosto de 2024 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B que declaró el incumplimiento de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP (EAAB) en la ejecución del contrato no. 1-01-351000-01208-2017, liquidó judicialmente el referido negocio jurídico, condenó a ambas partes y denegó las demás súplicas de la demanda (documento no. 90 – expediente digital), en los siguientes términos:

“PRIMERO.- DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por el extremo pasivo, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDO.- DECLARAR el incumplimiento de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP – EAAB del contrato 1-01-351000-01208-2017, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Expediente no. 25000-23-36-000-2020-00298-01 (72.346)

Actor: Consorcio Renovación Z5

Controversias contractuales

Apelación de sentencia

TERCERO.- LIQUIDAR judicialmente el contrato 1-01-351000-01208-2017, en los términos plasmados en la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia.

CUARTO.- CONDENAR a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP – EAAB a pagar al Consorcio Renovación Z5 la suma de \$285.053.547,44.

QUINTO.- CONDENAR al Consorcio Renovación Z5 a efectuar la entrega de los suministros adquiridos con dineros del anticipo del contrato 1-01-351000 01208-2017, que no fueron utilizados en actividades contractuales, por valor de \$185.207.724,88.

SEXTO.- CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a la parte demanda (sic). Se fijan como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$8.534.344,88 a favor de la parte actora.

SÉPTIMO.- Negar las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

OCTAVO.- Notifíquese a las partes la presente providencia por la secretaría de la sección a los siguientes correos electrónicos: (...).

NOVENO.- El cumplimiento de esta sentencia deberá hacerse de conformidad con lo establecido en el artículo 192 y 195 del Cpaca.

DÉCIMO.- Contra la presente sentencia procede recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 del Cpaca.

DÉCIMO PRIMERO.- Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría de la Sección, liquídense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Pasados dos años sin que la parte demandante los haya reclamado, la mencionada secretaría declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, o de la entidad que haga sus veces. Efectuado lo anterior, archívese el proceso dejando las anotaciones del caso.” (fls. 46 y 47 *ibidem* – negrillas y mayúsculas fijas del texto original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito radicado el 17 de septiembre de 2020 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el consorcio Renovación Z5¹, conformado por las compañías Ingeaguas SAS y Depuración de Aguas del Mediterráneo Sucursal en Colombia, actuando por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda en ejercicio del

¹ El mandato otorgado al profesional del derecho que representa judicialmente al consorcio Renovación Z5 fue otorgado por el representante del consorcio, en los términos del acuerdo consorcial (cuaderno no. 1 – anexos y pruebas de la demanda – expediente digital), en cumplimiento de la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación del 25 de septiembre de 2013, radicación número: 25000-23-26-000-1997-03930-01 (19933), MP Mauricio Fajardo Gómez.

medio de control jurisdiccional de controversias contractuales² (fls. 1 a 36 documento no. 5 – expediente digital) con las siguientes pretensiones:

“PRINCIPALES.

PRIMERA. Se declare el incumplimiento del contrato 1-01-35100-01208-2017 por parte de la Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAAB - ESP, por falta de planeación y gestión en la elaboración de los estudios previos y términos de referencia definitivos que condujeron al Consorcio Z5 a no poder ejecutar la totalidad del contrato en tanto los tramos a intervenir ya se habían ejecutado así como por no estar disponibles los puntos de intervención por cuanto en los mismos se estaban ejecutando obras por otras entidades del distrito.

SEGUNDA. Se liquide judicialmente el contrato 1-01-35100-01208-2017, ya que a la fecha de solicitud de la Conciliación la Empresa de Acueducto Alcantarillado de Bogotá ESP, no se ha efectuado de mutuo acuerdo, ni de forma unilateral.

TERCERA. Se condene a la Convocada EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP, al pago de las utilidades del contrato 01-35100-01208-2017, tasadas en la oferta económica en el cinco por ciento (5%) del valor del contrato, equivalente a la suma de CIENTO OCHENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO TREINTA Y DOS PESOS (\$186.852.132) M/CTE. Teniendo en cuenta que el contrato no se pudo ejecutar en su totalidad por causas atribuibles al contratante.

CUARTA. Se indexe la anterior suma de dinero conforme al Índice de Precios al Consumidor desde que se hicieron exigibles hasta la fecha en que se emita sentencia.

QUINTA. Se ordene el pago de los intereses moratorios de la suma ordenada en el numeral cuarto de pretensiones a la tasa máxima legal establecidos para las personas jurídicas de derecho público desde la fecha en que se emita la sentencia hasta la fecha que se realice el pago.

SEXTA. Se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP, a pagar la suma de SETECIENTOS VEINTICINCO MILLONES QUINCE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$725.015.997) M/CTE., por mayor permanencia en obra comprendida entre 20 de abril de 2018 hasta el 7 de agosto de 2018 y desde el día 9 de agosto de 2018 hasta el día 1 de agosto de 2019.

SÉPTIMA. Se indexe la anterior suma de dinero conforme al Índice de Precios al Consumidor desde que se hicieron exigibles hasta la fecha en que se emita sentencia.

OCTAVA. Se ordene el pago de los intereses moratorios de la suma ordenada en el numeral séptimo de pretensiones a la tasa máxima legal

² Por auto de 8 de octubre de 2020 la demanda fue inadmitida (documento no. 5 – expediente digital), por cuanto no se contaba con la constancia del envío de la demanda a los demandados; luego de que la parte demandante procediera con la correspondiente subsanación, la demanda fue admitida el 26 de noviembre de 2020 (documentos números 9 y 10 *ibidem*). Posteriormente, el 16 de abril de 2021 la parte demandante presentó reforma de la demanda, actuación que fue admitida por auto de 23 de julio de 2021 (documentos números 17 y 24 – expediente digital).

establecidos para las personas jurídicas de derecho público desde la fecha en que se emita la sentencia hasta la fecha que se realice el pago.

NOVENA. *Se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP, a pagar el Acta de Obra No.1 por valor de CIENTO CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS DIECISÉIS PESOS (\$156.613.216) M/CTE., la cual corresponde a las actividades contractuales ejecutadas por el contratista, conforme con las memorias y cantidades de obra aprobadas por la Interventoría, junto con sus intereses moratorios a la tasa máxima legal de usura establecidos por la Superintendencia Financiera.*

DÉCIMA. *Se indexe la anterior suma de dinero conforme al Índice de Precios al Consumidor desde que se hicieron exigibles hasta la fecha en que se emita sentencia.*

DÉCIMA PRIMERA. *Se ordene el pago de los intereses moratorios de la suma ordenada en el numeral noveno de pretensiones a la tasa máxima legal establecidos para las personas jurídicas de derecho público desde la fecha en que se emita la sentencia hasta la fecha que se realice el pago.*

DÉCIMA SEGUNDA. *Se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP, a recibir los suministros adquiridos por el Contratista con dineros del anticipo del contrato -01-35100-01208-2017 por valor de TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$342.249.783) M/CTE., correspondientes a tubería y accesorios.*

SUBSIDIARIAS.

PRIMERA. *Se declare la terminación del contrato 01-35100-01208-2017 por la inviabilidad de ejecutar el objeto contractual pactado, en consecuencia, la no ejecución del mismo, al encontrarse seriamente comprometida la eficacia de la actividad contractual y la efectiva satisfacción del interés general.*

SEGUNDA. *Se liquide el contrato 1-01-35100-01208-2017 suscrito el día 29 de diciembre de 2017, con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB-ESP.”. (fls. 11 y 12 documento no. 17 - expediente digital - negrillas y mayúsculas sostenidas del original).*

2. Hechos

Como fundamento fáctico la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda, en síntesis, lo siguiente:

1) La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP (EAAB ESP) suscribió el 29 de diciembre de 2017 con el consorcio Renovación Z5 el contrato no. 1-01-35100-01208-2017 con el objeto de llevar a cabo la construcción y renovación de las redes locales de acueducto para la optimización del servicio en las localidades

de Bosa y Kennedy de la ciudad de Bogotá, con valor de \$4.671'303.300 y un plazo de doce (12) meses.

2) En el referido contrato las partes convinieron que el pago dependía del avance mensual de la obra y el monto a girar al contratista sería el resultado de multiplicar las cantidades de obra ejecutada por los precios unitarios, previa presentación del informe y soportes de cuenta remitidos para tal efecto.

3) El 5 de abril de 2018 el consorcio Renovación Z5 mediante oficio con radicación número C-RZ5-047-2018 envió a la interventoría el listado de tramos objeto de intervención que no podían ser intervenidos, información que motivó al comité técnico del contrato suspender la ejecución del contrato.

4) La ejecución del contrato fue suspendida del 19 de abril al 18 de junio del año 2018, por cuanto se requería modificar *“el alcance del contrato para ajustar las obras a desarrollar para garantizar la ejecución total del contrato. De acuerdo a la valoración de los tramos que hasta la fecha se pueden ejecutar en el marco contractual”* (fl. 4 documento no. 17 – expediente digital).

5) El contrato fue suspendido en dos (2) oportunidades adicionales hasta el 8 de agosto de 2018, razón por la cual la fecha de terminación de la ejecución se prolongó hasta el 18 de junio de 2019.

6) El 12 de octubre de 2018, a través de la comunicación no. S-2018-304758 la supervisora del contrato manifestó que *“resultaba benéfico para las partes tener acercamientos sobre la realidad contractual y determinar la conveniencia o inconveniencia de continuar con el contrato, balancearlo con sujeción a los procedimientos establecidos por la EAAB o terminarlo por resultarle inejecutable sin que cause perjuicio a los contratantes”* (fl. 5 *ibidem*).

7) El 6 de diciembre de 2018, en reunión realizada a instancia de la interventoría, supervisión y contratista, el Gerente Corporativo de Servicio al Cliente de la EAAB ESP expresó que *“las circunstancias no son atribuibles al [contratista] hubo hechos sobrevinientes y unas cosas que impidieron la ejecución contractual y queremos salir bien todos (...). No es viable la modificación del contrato teniendo en cuenta la forma [en] que quedó estructurado el mismo, el manual de contratación y las*

implicaciones jurídicas que generaría hacerlo. La única salida que se identifica es evaluar la posibilidad de una terminación bilateral” (fl. 6 documento no. 17 – expediente digital).

8) El 21 de diciembre de 2018, el consorcio Renovación Z5 mediante oficio no. E-2018-154795 remitió un acta de terminación anticipada del contrato de obra no. 1-01-3510-01208-2017 con la tasación de los perjuicios ocasionados al contratista en la suma de \$1.065'931.910 y la petición de recibo de los suministros adquiridos con el anticipo desembolsado que ascienden a \$342'249.783.

9) Los días 29 de marzo y 16 de abril de 2019, el consorcio Renovación Z5 remitió sendas actas de terminación con indicación de los valores de los saldos a su favor sin que fuera posible acordar un acta definitiva de terminación bilateral del contrato.

3. Fundamento de demanda

En los términos de la parte actora, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB ESP) faltó al deber de planeación y gestión en la elaboración de los estudios previos, términos de referencia y demás documentos que permitieron suscribir el contrato de obra no. 1-01-35100-01208-2017 con el consorcio Renovación Z5 y que conllevaron a la imposibilidad de ejecución del objeto contratado, en la medida en que se habían incluido tramos ya ejecutados y otros tantos ya se encontraban en ejecución por parte de terceros contratistas, circunstancias que condujeron a que el contrato fuera de imposible cumplimiento y en contra de los intereses del contratista.

4. Posición de la parte demandada

A través de escrito radicado el 19 de agosto de 2021 presentó contestación de la demanda (documento no. 27 – expediente digital) con oposición a las pretensiones, solicitó que estas fueran negadas y propuso excepciones con fundamento en los siguientes argumentos:

1) Luego de cuarenta y cinco (45) días de suscrita el acta de reinicio del contrato el contratista comenzó la ejecución física del mismo, lo cual evidencia la renuencia, dilación y mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

2) La EAAB ESP informó al consorcio contratista sobre la inviabilidad de modificación del contrato teniendo en cuenta la forma en que quedó estructurado el contrato, razón por la cual la única salida identificada era la terminación anticipada, en caso de que la interventoría y el contratista estuvieran de acuerdo y, de existir valores se analizaría su procedencia jurídica.

3) Propuso como excepciones las que se relacionan a continuación:

a) *“Caducidad e indebida escogencia del medio de control – medio de control procedente reparación directa”*, a partir del 3 de septiembre de 2020 con ocasión de la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con el medio de control judicial procedente para reclamar daños o perjuicios derivados de las actuaciones precontractuales ejecutados por las entidades como la EAAB se estableció que correspondía al de reparación directa, y como en el presente asunto se discuten los perjuicios derivados de la falta de planeación, de lo cual la demandante tuvo conocimiento el 19 de abril de 2018, fecha de la primera suspensión del contrato, como la demanda fue radicada el 17 de septiembre de 2020 esta fue presentada en forma extemporánea.

d) *“Inepta demanda por falta de requisitos formales”*, toda vez que la parte actora se limitó a presentar citas jurisprudenciales acerca del principio de planeación sin desarrollar el concepto de trasgresión frente a las pretensiones formuladas.

c) *“Ausencia de presupuestos para la declaratoria de responsabilidad contractual a cargo de la EAAB ESP”*, en la medida en que la fase precontractual contó con los correspondientes estudios técnicos para establecer la necesidad a satisfacer y los tramos a intervenir, distinto es que durante la ejecución se presentaran circunstancias externas que impactaron el objeto del contrato inicialmente previsto, sin que en el presente asunto se haya acreditado que tales vicisitudes hubiesen sido previsibles por la EAAB en la estructuración del negocio jurídico.

5. Trámite en primera instancia

1) Mediante escrito radicado el 23 de agosto de 2021 la EAAB ESP llamó en garantía a la Compañía Mundial de Seguros SA con base en las pólizas de

cumplimiento no. NB-100083810 y de responsabilidad civil extracontractual no. 100013592 por ella amparadas (documento no. 29 – expediente digital).

2) Por auto de 11 de octubre de 2021 el magistrado conductor del proceso aceptó el llamamiento en garantía propuesto por la entidad demandada (documento no. 36 – *ibidem*).

3) El 17 de septiembre de 2021 se declaró no probada la excepción de *ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales*, por cuanto fue sustentada en la falta de desarrollo de los fundamentos de derecho requeridos para adelantar la nulidad en contra de actos administrativos; sin embargo, como las pretensiones de la demanda están dirigidas a la declaración de incumplimiento de la EAAB ESP y a la liquidación judicial del contrato objeto de análisis no se encontró respaldo jurídico ni fáctico para declarar probada la excepción esgrimida (documento no. 32 – expediente digital).

6. Pronunciamiento de la Compañía Mundial de Seguros SA

A través de escrito de 28 de octubre de 2022 por conducto de apoderado judicial contestó la demanda, se opuso a las pretensiones, solicitó que se denieguen y propuso excepciones (documento no. 44 – expediente digital), con el siguiente fundamento:

1) No existen elementos fácticos ni jurídicos con los que se demuestre el siniestro ni su cuantía, así como tampoco existe incumplimiento imputable al contratista, razón por la cual no procede la cobertura de los riesgos amparados de cumplimiento y responsabilidad civil.

2) Tampoco pueden confundirse las relaciones jurídicas existentes, de una parte, entre el contratista y la entidad contratante, y de otra, entre el contratista y la compañía aseguradora, pues, esta última relación se rige por el contrato de seguro, clausulado de la póliza y las normas contenidas en el Código de Comercio.

3) Propuso como excepciones las siguientes:

a) “*Prescripción de las acciones que derivan del contrato de seguro*”, ya que las intervenciones de obra concluyeron el 14 de diciembre de 2018 y, en ese sentido,

los dos (2) años de la prescripción de la acción del contrato de seguro finalizó el 14 de diciembre de 2020, pero como el llamamiento en garantía se realizó el 23 de agosto de 2021 para ese entonces ya había operado la prescripción del contrato de seguro.

b) *“Principio de congruencia e inexigibilidad por existencia de pretensiones frente al consorcio Z[5], inexistencia de incumplimiento imputable al afianzado y consiguientemente inexistencia de responsabilidad de ella e inexistencia de siniestro”*, pues, en el presente asunto no se demanda por una indemnización como consecuencia de unos daños extracontractuales a un tercero o el incumplimiento de la contratista, se debate es el incumplimiento contractual de la entidad llamante en garantía por lo que resulta evidente que ninguna de las pólizas amparadas tiene aplicación ni cobertura.

c) *“Ausencia de demostración de la ocurrencia del siniestro y de la cuantía de la pérdida, inexigibilidad de la supuesta obligación a cargo de la aseguradora”*, toda vez que, la llamante no ha dado cumplimiento a la carga de demostrar el siniestro ni su cuantía, por lo cual no es procedente la declaración de responsabilidad de la compañía de seguros ni la afectación de las pólizas por ella amparadas.

d) *“Aplicación del límite del valor asegurado”*, por cuanto, en caso de que resulte la compañía de seguros responsable de la indemnización, la referida decisión deberá circunscribirse al límite del valor asegurado en la correspondiente póliza de seguros.

e) *“Aplicación de la figura de la compensación”*, como la compensación es un modo de extinguir las obligaciones, debe acudir en un primer escenario a la compensación de las sumas adeudadas al contratista antes de afectar a la compañía de seguros.

f) *“Aplicación del principio de proporcionalidad”*, si *“equivocadamente llegare a pensarse en declarar el incumplimiento contractual o la configuración del siniestro”* es menester dar aplicación al principio de la proporcionalidad de la condena.

g) *“Inexistencia de mora respecto del contrato de seguro”*, por cuanto, es requisito indispensable que exista una obligación cierta para que proceda el reconocimiento de intereses moratorios, y como en este caso la entidad llamante no ha acreditado

la cuantía de la pérdida los intereses de mora solo podrían reconocerse a partir de la ejecutoria de la sentencia que resuelva la presente controversia.

h) “*Reducción de la deuda y concurrencia de culpas*”, porque, en la hipótesis de que el contratista sea el responsable del incumplimiento reclamado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil deberá acudirse a una solución en equidad y, en ese escenario, la entidad llamante habría incurrido en culpa.

i) “*Genérica*”, según la cual el juez puede declarar las excepciones que de oficio encuentre probadas.

7. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, en providencia de 30 de agosto de 2024 (documento no. 90 – expediente digital) denegó las excepciones esgrimidas por la entidad demandada y por el llamado en garantía, declaró el incumplimiento de la entidad demandada, liquidó judicialmente en contrato, cuyo balance general arrojó valores en favor de ambas partes y denegó las demás súplicas de la demanda con base en el siguiente razonamiento:

1) La elaboración de los estudios previos constituye una obligación legal ineludible y, sin perjuicio de ello, las pruebas que conforman el expediente dan cuenta que la información técnica previa a la suscripción del contrato era incompleta y demuestra la inexistencia de coordinación con las demás entidades de distrito y actores privados, circunstancias que condujeron a una contratación de tramos ya en ejecución, otros completamente terminados y otros respecto de cuales era imposible cualquier tipo de intervención.

2) Las pruebas aportadas al expediente acreditan que tales situaciones eran ajenas al contratista, pues, aun cuando este realizó la visita técnica previa a los lugares en los que se ejecutaría el contrato no habría sido factible que conociera de tales intervenciones ya que, son actividades bajo tierra, por lo que es claro que el contratista actuó confiado en la información suministrada por la entidad y que conformaba los estudios previos.

3) La EAAB ESP no ha transformado su naturaleza jurídica desde hace más de 70 años, por lo que resulta inaceptable que estructure un contrato para la intervención de 60 tramos bajo su control con base en información incompleta y con total desconocimiento de la coordinación interadministrativa que le compete, pues se trata de la entidad responsable de conocer la ubicación exacta de las redes de acueducto de Bogotá, así como también del estado de ellas.

4) En el presente asunto, se observa que, aunque existió un documento denominado estudios previos este resultó insuficiente e inexacto para poder adelantar el objeto contractual, actuación que se acredita en un incumplimiento del contrato no. 1-01-35100-01208-2017 por el hecho de haber presentado estudios previos deficientes; es claro que la finalidad de ese trabajo era brindar una verdadera base de información técnica que permitiera que la contratación se realizara, sin que se trate de una mera formalidad que se agote con la existencia de un documento en el que se consignen razones sin soporte real de las mismas.

5) La entidad demandada adujo que el consorcio contratista no cumplió con las obligaciones adquiridas, postura que olvida que, para que ello pudiera ocurrir la entidad debió haber estructurado un proyecto contractual jurídica y fácticamente posible, lo que no sucedió respecto del 66% del alcance contractual.

6) De otra parte, con las pruebas que componen el expediente es posible determinar que el contratista sí cumplió con el porcentaje de ejecución posible, actividades que ascienden a la suma actualizada desde la fecha en que la entidad debió reconocer este dinero al contratista, esto es, diciembre de 2018 y que arroja como resultado el valor de \$285.053.547,44.

7) Se condena al contratista demandante a la entrega de los suministros adquiridos con dineros del anticipo desembolsado que no fueron utilizados en las actividades contractuales y que corresponden a la suma de \$185.207.724,88.

8) Respecto del llamamiento en garantía es claro que ambas pólizas buscaban amparar el cumplimiento del contrato en beneficio del contratista, mas no cubrir el incumplimiento de la EAAB, por lo que no se ordena a la Compañía Mundial de Seguros SA que asuma la condena que aquí se impone a la entidad contratante.

6. El recurso de apelación

La entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (documento no. 91 – expediente digital) el cual fue concedido por el *a quo* en auto del 25 de octubre de 2024 (índice 85 – SAMAI – gestión otros despachos), impugnación que fue sustentada en los siguientes términos:

1) El tribunal de primera instancia no efectuó un análisis dentro del marco de la teoría de la imprevisión (desequilibrio económico del contrato) con el fin de determinar la responsabilidad de la EAAB ESP, como tampoco se acreditó la existencia de causas previsibles atribuibles a la entidad contratante que impidieran la ejecución del contrato; por el contrario, del acervo probatorio se evidencia que la entidad actuó con diligencia en pro de ejecutar el proyecto que consistía en la solución a la problemática en la prestación del servicio para una población identificada de las localidades de Bosa y Kennedy y la actuación precontractual se soportó en los estudios técnicos actualizados con la información con que se contaba y al alcance de la EAAB de las zonas a intervenir y las obras requeridas.

2) Con posterioridad a la fase precontractual, esto es, en la ejecución del contrato, se presentaron circunstancias sobrevinientes que afectaron su normal desarrollo, aspectos frente a los cuales se debía acreditar desde la óptica de la teoría de la imprevisión si eran atribuibles a la demandada, aspecto que no fue probado en el proceso.

3) De otra parte, de acuerdo con los movimientos del fideicomiso los recursos autorizados del anticipo fueron de \$353.482.165, el contratista respecto del anticipo debía pagar la disminución por causa del interés negativo por valor de \$6.991.228,07, reconocer el faltante de capital de \$257.083.690, y pagar el impuesto de cuatro por mil de \$2.888.457, todo lo cual arroja un valor total de \$266.963.375.

En ese sentido, la utilidad correspondía al valor indexado de \$259'450.210.

7. Actuación surtida en segunda instancia

1) Por auto de 11 de marzo de 2025 se admitió el recurso de apelación (índice 3 SAMAI).

2) Posteriormente, el 25 de marzo de 2025 se notificó al Ministerio Público del auto admisorio (índice no. 7 *ibidem*).

3) Mediante providencia del 25 de junio de 2025 el despacho negó tener como prueba los documentos incorporados al recurso de apelación por parte de la entidad demandada como sustento de su pedimento (índice no. 10 SAMAI), decisión que fue notificada por estado electrónico del 3 de julio de 2025 (índice no. 12 *ibidem*), sin que las partes hicieran manifestación alguna (índice no. 14 SAMAI).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) análisis de la impugnación, 3) conclusiones y, 4) condena en costas y agencias en derecho.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

La controversia planteada consiste en la discusión sobre el incumplimiento de la EAAB ESP en la fase de planeación y gestión en la elaboración de los estudios previos y términos de referencia fundamento del contrato no. 1-01-35100-01208-2017 que conllevó a que el consorcio Z5 no pudiera ejecutar la totalidad del objeto contratado, en tanto los tramos a intervenir ya se habían ejecutado o se estaban ejecutando, elementos que permiten liquidar judicialmente el contrato con un balance general que arroje un saldo a favor del contratista por cuenta de la utilidad esperada, mayor permanencia, reconocimiento de actividades realizadas, recibidas y no pagadas por la entidad y los intereses moratorios sobre tales valores que debieron ser reconocidos al momento de la terminación del contrato.

Adicionalmente, la parte actora solicita se ordene a la EAAB ESP recibir los insumos adquiridos no utilizados en la ejecución de actividades.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección B denegó las excepciones propuestas por la entidad demandada y por el llamado en garantía, declaró el incumplimiento de la EAAB ESP, liquidó judicialmente el contrato con un balance general que arrojó valores en favor del contratista, le ordenó a la entidad contratante recibir los insumos adquiridos no utilizados en la ejecución de las actividades contratadas y denegó las restantes súplicas de la demanda.

La entidad demandada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión por considerar que no se hizo un debido análisis con las pruebas que conforman el expediente a la luz de la teoría de la imprevisión (desequilibrio económico del contrato), puesto que para el momento previo a la celebración del contrato la entidad obró con diligencia y puso en conocimiento la información que tenía disponible; sin embargo, en la ejecución del contrato sobrevinieron circunstancias ajenas a la entidad que conllevaron a la imposibilidad de continuar con el objeto contratado.

La sentencia apelada será modificada, para en su lugar actualizar el valor de la condena impuesta a la EAAB ESP en el ordinal cuarto de la parte resolutive de la misma³.

2. Análisis de la impugnación

Analizadas las pruebas que obran en el proceso se encuentran probados los siguientes hechos relevantes para la adopción de la decisión de la controversia objeto de juzgamiento:

³ La demanda de la referencia fue presentada en el término que se tenía para ello, en la medida en que el plazo general del contrato se cumplió el 18 de junio de 2019 las partes convinieron la liquidación del mismo dentro de los seis (6) meses siguientes a la finalización del plazo, término que se cumplió el 19 de diciembre de 2019 y como el derecho de acción fue ejercido el 17 de septiembre de 2020 es claro que se radicó oportunamente; advierte la Sala que la parte actora agotó el requisito de procedibilidad con la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación el 16 de enero de 2020, trámite que culminó el 10 de junio del mismo año, atención a la suspensión de términos decretada el 12 de marzo de 2020 mediante la Resolución 385 del Ministerio de Salud y Protección Social levantada a través del Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura no. 11567 de 5 de junio de 2020 a partir del 1° de julio de 2020 (documentos números 4 y 6 – anexos no. 2 expediente digital).

1) En octubre de 2017, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB ESP) emitió la invitación pública no. ICSC-1115-2017 con el objeto de llevar a cabo “LA CONSTRUCCIÓN Y RENOVACIÓN DE LAS REDES LOCALES DE ACUEDUCTO PARA LA OPTIMIZACIÓN DEL SERVICIO EN LOS SECTORES 01-BOSA Y 02-KENNEDY DE LA ZONA 5” (documento no. 1 – anexos de la demanda – expediente digital).

2) En el anexo no. 2 de la referida invitación la EAAB ESP discriminó los tramos específicos a construir, a renovar de los sectores hidráulico 01 Bosa, hidráulico 02 Kennedy (fls. 84, 86, 87, 89 documento no. 1 – expediente digital).

3) En atención a la invitación realizada, el consorcio Renovación Z5 presentó oferta económica sobre las siguientes actividades:

- Construcción de redes locales de acueducto para la optimización del servicio en el sector hidráulico 01 Bosa.

- Renovación de redes locales de acueducto para la optimización del servicio en el sector hidráulico 01 Bosa.

- Construcción de redes locales de acueducto en el sector hidráulico 02 Kéneddy.

- Renovación de redes locales de acueducto en el sector hidráulico 02 Kéneddy.

4) El 29 de diciembre de 2017, la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá (EAAB ESP) suscribió con el consorcio Renovación Z5 el contrato de obra no. 1-01-35100-01208-2017 con el objeto de ejecutar la “CONSTRUCCIÓN Y RENOVACIÓN DE LAS REDES LOCALES DE ACUEDUCTO PARA LA OPTIMIZACIÓN DEL SERVICIO EN LOS SECTORES 01-BOSA Y 02 KENNEDY DE LA ZONA 5” (fl. 2 documento no. 2 contrato – expediente digital – mayúsculas fijas del original) por un valor de \$4.671’303.300, desembolsable al contratista de acuerdo con el avance mensual que “*resulte de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por los precios unitarios relacionados en el Formulario no. 1 a los sesenta (60) días calendario siguientes a la radicación, previa presentación del informe y soportes de cuenta respectivos debidamente documentados y aprobados por el interventor*” (*ibidem*), y en un plazo de doce (12) meses, contado desde el 28

de febrero de 2018 fecha de la suscripción de la correspondiente acta de inicio (documento no. 9 – 3532002-2018-0166 – carpeta soportes contestación demanda - expediente digital).

5) En la cláusula séptima del referido contrato se establecen las obligaciones generales de las partes, de las cuales llaman la atención las enlistadas en el literal A) que corresponden a las del contratista, numerales 1 y 2 que expresamente estipulan *“1. cumplir con el objeto del contrato, de conformidad con las condiciones de calidad y oportunidad establecidas en los estudios previos, las condiciones y términos de la invitación cuando estas apliquen, el anexo técnico, la oferta, el contrato y los documentos que hacen parte de este y del sistema de gestión de calidad. Para tal efecto, **EL CONTRATISTA** debe desarrollar el contrato con todos los equipos, maquinaria, implementos y el personal con el perfil requerido para la ejecución de este y del sistema de gestión de la calidad. 2. Responder por la calidad de la obra a realizar, de acuerdo a las especificaciones técnicas fijadas en los estudios previos, las condiciones y términos de la invitación cuando estas apliquen, la oferta, y todos los documentos que hacen parte integral del contrato”* (fl. 3 documento no. 4 contrato – carpeta no. 2 anexos y pruebas demanda – expediente digital – negrillas y mayúsculas fijas del original).

6) El 19 de abril de 2018 las partes suscribieron el acta de suspensión del contrato por el periodo de sesenta (60) días (documento no. 10 – 3532002-2018-0324 – carpeta soportes contestación demanda - expediente digital), por motivo de las siguientes circunstancias:

“1. Producto de la recopilación de la información existente sobre los tramos a intervenir descritos en los términos de referencia, de la verificación en terreno y las restricciones identificadas (por reserva vial, obras en plan de desarrollo, vías vedadas, obras ejecutadas, entre otros).

2. Se requiere la modificación del alcance del contrato para ajustar las obras a desarrollar para garantizar la ejecución total del contrato.

3. De acuerdo con la valoración preliminar de los tramos que hasta la fecha se pueden ejecutar en el marco contractual se puede concluir que de 5.867 ml contratados solo se pueden ejecutar 1.500 ml, lo que representa el 25,58% del contrato.

4. Los tramos que cuentan con viabilidad de ejecución a la fecha, fueron programados para llevar a cabo en 3 meses, considerando la posibilidad de realizar la modificación del contrato en dicho tiempo, pero se han presentado dificultades en la obtención de los PMTs por tratarse de vías que son corredores del Sistema Integrado de Transporte Público de

Bogotá, por lo tanto, las intervenciones no pueden llevarse a cabo como estaban proyectadas.

5. Es necesario definir los tipos de intervención en los tramos que han sido negados por la SDM, los cuales causarán una variación importante al presupuesto preliminar presentado por el Contratista.

6. La interventoría considera primordial definir la situación del contrato antes de autorizar cualquier desembolso de los anticipos a los proveedores de tubería y accesorios para poder fijar una fecha real de inicio de actividades de construcción de los tramos contractuales.

7. El tiempo solicitado como suspensión del contrato, se requiere para que la interventoría realice las verificaciones necesarias a los documentos e información suministrada por el Contratista, el Contratista realice los ajustes pertinentes de acuerdo a nuevas solicitudes de la Interventoría y se de inicio al trámite de la modificación del contrato ante la Entidad.” (fl. 10 ibidem).

7) El día 19 de junio de 2018 las partes firmaron el acta de prórroga de la suspensión del contrato por treinta (30) días (documento no. 11 – 3532002-2018-0502 – carpeta soportes contestación demanda - expediente digital), documento en el que se plasmaron las siguientes necesidades:

“1. Producto del trabajo de recopilación de la información existente sobre los tramos a intervenir descritos en los términos de referencia, de la verificación en terreno y las restricciones identificadas (por reserva vial, obras en plan de desarrollo, vías vedadas, obras ejecutadas, entre otros) se procedió a radicar el día 18 de junio de 2018 en las oficinas de la Interventoría CONSORCIO ACUALÍNEA, el informe final real del alcance definitivo del contrato en mención, lo anterior teniendo en cuenta que el trabajo realizado por el contratista fue dispendioso y requiero (sic) de ajustes continuos de acuerdo a los permisos (sic) emitidos por el IDU y la viabilidad de los PMT evaluados por la Secretaría de Movilidad, debido a ello se requiere revisen, y emitan conceptos sobre el informe final y se pueda emitir el reinicio de la obra del objeto en mención.

2. El tiempo solicitado como prórroga de la suspensión del contrato, se requiere para que la interventoría realice las verificaciones necesarias a los documentos e información suministrada por el Contratista, el Contratista realice los ajustes pertinentes de acuerdo a nuevas solicitudes de la Interventoría y se de inicio al trámite de la modificación del contrato ante la Entidad.” (fl. 3 ibidem – mayúsculas fijas del original).

8) El 18 de julio de 2018 las partes suscribieron el acta de ampliación de la prórroga de suspensión del contrato por el término de veintiún (21) días (documento no. 3532002-2018-0602 - carpeta no. 8 actas de inicio y suspensión - expediente digital), decisión contractual que se fundamentó en lo siguiente:

“1. De acuerdo a los ajustes realizados al balance preliminar del contrato y teniendo en cuenta las observaciones realizadas por la supervisión del

contrato, se procede a radicar el día 5 de julio de 2018 en las oficinas de la interventoría CONSORCIO ACUALÍNEA, el informe final real del alcance definitivo del contrato en mención.

2. El tiempo solicitado como prórroga de la suspensión del contrato, se requiere para que la interventoría realice la revisión y lo remita a la Entidad para las verificaciones necesarias a los documentos e información suministrada por la interventoría, y si se presentan observaciones realizar las correcciones durante este tiempo.” (fl. 3 ibidem – mayúsculas sostenidas del original).

9) El 15 de abril de 2019, las partes convinieron el acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato no. 1-01-35100-0128-2017 (documento no. 19 E-2019-044059 – carpeta soportes contestación demanda - expediente digital), decisión que se sustentó de la siguiente manera:

“(…) hacemos constar que de común acuerdo las partes definimos cesar las actividades de obra el 14 de diciembre de 2018, a fin de dar por terminado anticipada y bilateralmente el contrato de obra no. 1-01-35100-01208-2017.

Lo anterior, en consideración a las razones expuestas por el contratante en reunión del 6 de diciembre de 2018, en la Gerencia Corporativa de Atención al Cliente, donde manifestó que era imposible la ejecución contractual porque en algunos puntos de intervención los trabajos ya habían sido realizados por otro contratista, y con ocasión a las razones aducidas por el contratista en su carta identificada con radicado no. C-RZ5-132-2018 recibida en la Gerencia Corporativa del Servicio al Cliente el 21 de diciembre de 2018 la cual forma parte integral de la presente acta.

Se manifiesta por parte del contratista que actúa con plena conciencia de lo aquí acordado y como tal es libre de presentar cualquier reclamación posterior (...), y por consiguiente la Empresa como EL CONTRATISTA no se declaran a paz y salvo por todo concepto en relación con el contrato no. 1-01-35100-01208-2017.

Conforme lo anterior, el Contratista deja las siguientes salvedades:

(...).

5. Mediante informe de interventoría de radicado E-2018-106742/C-RZ5-089-2018 del 4 de septiembre de 2018, se determinó que el ejecutable de la obra era de un 33% de lo establecido en el contrato celebrado.

6. En diversas reuniones sostenidas con funcionarios del Acueducto de Bogotá, el Consorcio Z5 planteó la posibilidad de realizar una modificación contractual en aras de ejecutar el valor total del contrato, toda vez que la prioridad del Consorcio era ejecutar dicho valor.

7. En respuesta dada por el Acueducto de Bogotá, se determinó por el Área Jurídica de la empresa, que no era posible realizar una modificación contractual, teniendo en cuenta la forma en que se estructuraron los estudios previos, invitación pública y el contrato de referencia.

8. Por lo anterior, la empresa Acueducto de Bogotá propuso realizar una terminación bilateral anticipada del contrato e iniciar los trámites pertinentes para ello.

9. El 21 de diciembre de 2018 se radicó en las oficinas del Acueducto de Bogotá oficio en el cual se relacionaron los perjuicios, que en concepto del Contratista se ocasionaron en virtud de la terminación anticipada del contrato de referencia, que ascienden a la suma de \$1.065.931.910

(...)." (fls. 5 y 6 *ibidem* – mayúsculas fijas del original).

10) En la audiencia inicial llevada a cabo el 9 de mayo de 2023 (documento no. 45 – expediente digital), el magistrado conductor del proceso decretó el dictamen pericial técnico solicitado por la parte demandante con el objeto de “establecer el avance de obra, ítems ejecutados, mayor permanencia del contrato del consorcio Renovación Z5 dentro del contrato 1-01-35100-01208-2017” (fl. 5 *ibidem*).

11) En el término otorgado por el tribunal de primera instancia, el consorcio actor aportó el dictamen pericial técnico realizado por el ingeniero civil Isaac Cajigas Castro⁴.

12) El análisis realizado por el perito arrojó las siguientes conclusiones:

“El contratista de obra y la interventoría cumplieron con todos los requisitos previos para iniciar los contratos respectivos.

2. La planificación de la EAAB definió 60 tramos de acueducto a construir, pero una vez en terreno a través de verificación e investigación de campo se pudo establecer que de dichos tramos proyectados, el 65% de estos ya se encontraban ejecutados o interferían con proyectos construidos por otras entidades del Distrito y que no se podían intervenir, por ejemplo la Avenida Tintal, la Avenida Primero de Mayo, en las cuales el IDU no expedía los respectivos permisos por encontrarse su construcción con pólizas vigentes, por lo tanto se concluye que para la planificación y elaboración de los diseños correspondientes no se hizo la investigación necesaria tanto en la DIT-Dirección de información técnica donde reposan los planos récord y DITG Dirección de información técnica y geográfica lo que conllevó al error en la formulación de la convocatoria definitiva del proyecto.

(...).

9. Es de sentido común que si en un contrato de \$4.671.303.300 después de todo lo que se ha dicho y revisado se pudo ejecutar \$156.613.216 (3,35%), donde el contratista hizo todo lo posible para llevarlo a buen término, fue un descalabro total para el contratista de obra y para la interventoría y no tienen nada que ver en la NO terminación del objeto contractual.

⁴ Dictamen pericial aportado por parte del consorcio Renovación Z5 (documento no. 47 – expediente digital).

10. Es claro para esta experticia que el acueducto como lo reconoció en reunión la Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente y se expuso anteriormente solo se podría ejecutar una parte del valor total contratado ya que planifico y estructuro mal este proyecto.” (fls. 22 y 23 documento no. 45 – expediente digital - mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

13) En la sentencia objeto de apelación, en relación con la valoración del dictamen aludido se señaló: *“como quiera que el perito se limitó a hacer un recuento de los documentos contractuales y a emitir sus conclusiones de sentido común, la Sala considera que este resulta inane porque el análisis de la situación fáctica de la ejecución del contrato y las vicisitudes en el cumplimiento de las obligaciones, así como sus implicaciones legales, corresponde a este operador jurídico, como en efecto se hizo en las consideraciones precedentes.”* (página 35 de la sentencia – documento no. 90 - expediente digital).

Advierte la Sala que las conclusiones presentadas por el perito técnico, lo mismo que la decisión sobre estas emitida por el tribunal de primera instancia, no fueron objeto de oposición a través del recurso de apelación, por lo tanto, el valor otorgado a estas mismas en primera instancia se mantiene.

En ese contexto, según lo acreditado en el expediente, procede la Sala a resolver el problema jurídico consistente en determinar si con las pruebas que conforman el expediente está acreditado que la falta de información actualizada al momento de establecer los elementos técnicos necesarios en forma previa a la suscripción del contrato son de responsabilidad de la entidad demandante o, si por el contrario, se trata de circunstancias imprevisibles que escapan de su control y, por ende, de su responsabilidad.

Para dar respuesta al problema jurídico planteado se procederá inicialmente con la precisión del marco jurídico aplicable al presente asunto, para luego precisar en el acápite del análisis del caso concreto el debate en relación con las pruebas que conforman el expediente, la ruptura del equilibrio económico del contrato, y finalmente, desarrollar lo correspondiente a la liquidación judicial del negocio jurídico, específicamente con el anticipo, la utilidad del consorcio contratista, supuestos intereses negativos pendientes por reconocer, el impuesto del cuatro por mil y reducción del capital consignado en el patrimonio autónomo.

2.1 Marco jurídico aplicable al presente asunto

1) En el presente caso, el proceso de selección adelantado por parte de la empresa de Acueducto y Alcantarillado y Aseo de Bogotá (EAAB ESP), empresa pública prestadora de los servicios de acueducto, alcantarillado sanitario, pluvial y aseo, estuvo regido por el derecho privado de acuerdo con lo expresamente dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994⁵, toda vez que la entidad contratante tiene por objeto para prestación de los servicios públicos domiciliarios.

2) Adicionalmente, como en la demanda se formularon pretensiones de incumplimiento del contrato no. 1-01-35100-01208-2017 por razón de la *“falta de planeación y gestión en la elaboración de los estudios previos y términos de referencia definitivos”* (fl. 11 documento no. 17 – expediente digital), y de liquidación judicial del mismo, negocio jurídico suscrito como resultado del referido proceso de selección, el fondo de la controversia se desatará con aplicación del artículo 90 de la Constitución Política en concordancia con las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil⁶.

3) En línea con lo decidido por el tribunal de primera instancia, la Sala analizará la controversia planteada desde la perspectiva que los actos precontractuales de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos, y que el contrato para la construcción y renovación de las redes locales de acueducto para la optimización del servicio en los sectores no. 01 Bosa y no. 02 Kennedy de la zona no. 5 de la ciudad de Bogotá, celebrado el 29 de diciembre de 2017 con el consorcio Renovación Z5 se rigen por el derecho privado⁷.

4) Sobre ese punto en concreto para la Sala es claro que, actualmente, se cuenta con una posición unificada sobre la naturaleza jurídica privada de los actos

⁵ El texto de la norma en comentario es como sigue: **“ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN.** Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.” (mayúsculas y negrillas sostenidas del original).

⁶ Al respecto, pueden consultarse entre otras decisiones, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 13 de mayo de 2021, expediente 2456, MP Álvaro Namén Vargas.

⁷ En cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia de unificación de la Sección Tercera de esta Corporación del 3 de septiembre de 2020 en el expediente con radicación no. 42.003, MP Alberto Montaña Plata, toda vez que la demanda de la referencia fue interpuesta el 17 de septiembre de 2020, esto es, un día antes de que la referida providencia fuera notificada, puesto que el edicto fue publicado del 18 de septiembre al 22 de septiembre de 2020 (índice 39 SAMAI).

precontractuales, pues, se trata de una decisión reiterada considerar que los actos de una entidad, en cuyo régimen contractual se aplican las reglas del derecho privado, no constituyen actos administrativos y, en ese sentido, se trata de un análisis respecto de los incumplimientos de las obligaciones derivados de la aplicación del negocio jurídico, de la garantía de la buena fe y de la autonomía de la voluntad⁸.

2.2 Análisis del caso concreto

2.2.1 Los supuestos incumplimientos de la EAAB ESP

La entidad demandada aseguró que la sentencia apelada pasó por alto el análisis sobre las pruebas que conforman el expediente puesto que, en su criterio, hizo falta evaluar el caso en el marco de la teoría de imprevisión (desequilibrio económico del contrato) para determinar la responsabilidad de la EAAB ESP, en la medida en que los estudios previos fueron un reflejo de la información disponible en el momento de la elaboración de la invitación a contratar; al respecto, es necesario precisar lo siguiente:

1) En octubre de 2017, la EAAB ESP emitió la invitación pública no. ICSC-1115-2017 con el objeto de llevar a cabo *“LA CONSTRUCCIÓN Y RENOVACIÓN DE LAS REDES LOCALES DE ACUEDUCTO PARA LA OPTIMIZACIÓN DEL SERVICIO EN LOS SECTORES 01-BOSA Y 02-KENNEDY DE LA ZONA 5”* (documento no. 1 – anexos de la demanda – expediente digital – mayúsculas sostenidas del original), en cuyo anexo no. 1 la entidad especificó lo siguiente:

“La información contenida en los anteriores documentos no dará lugar a ninguna modificación de los términos de la oferta aceptada, ni a la revisión de los precios unitarios consignados en la misma.

La ejecución de las obras objeto del presente proceso debe ser efectuada de acuerdo con los estudios, diseños y planos del proyecto de acuerdo con las Especificaciones Técnicas generales y particulares que se anexan a las condiciones y términos de la invitación y teniendo en cuenta las condiciones técnicas generales contenidas en el presente capítulo.

⁸ En relación con este preciso punto, pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: de la Subsección A la sentencia de 5 de julio de 2018, expediente no. 54688, MP Marta Nubia Velásquez Rico; de la Subsección B la sentencia de 19 de junio de 2019, expediente no. 39800, MP Alberto Montaña Plata y de la Subsección C las sentencias de 20 de febrero de 2017, expediente no. 56562, MP Jaime Orlando Santofimio, de 19 de julio de 2017, expediente no. 57394, MP Jaime Orlando Santofimio, de 19 de junio de 2018, expediente no. 61132, MP Jaime Orlando Santofimio y de 5 de julio de 2018, expediente no. 59530, MP Jaime Enrique Rodríguez Navas (E).

Las normas técnicas a que hace referencia este capítulo son las desarrolladas al interior de la EAAB ESP a través del proceso de normalización técnica. Estas normas se identifican de acuerdo con su tipo, de tal forma que se tienen normas técnicas de producto cuyo código se identifica como NP, normas técnicas de servicio identificadas como NS, normas técnicas de terminología identificadas como NT y normas técnicas de ensayo y calibración identificadas como NE.

Hacen parte de las condiciones técnicas generales los documentos que se relacionan a continuación:

- *Los estudios, diseños y planos originales del proyecto.*
- *La norma NS-038 Manual de Manejo Ambiental y de Impacto Urbano.*
- *Las Normas técnicas para diseño, construcción, operación y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado de Bogotá, versión vigente.*
- *Las Especificaciones técnicas generales, de construcción, de suministro y de operación y mantenimiento, versión vigente al momento de apertura de la presente invitación, adoptadas por la EAB ESP.*

Las especificaciones técnicas y los planos del proyecto se anexan a las condiciones y términos de la invitación. (...)” (fl. 71 documento no. 01 invitación – expediente digital).

2) Complementariamente en el anexo no. 2 de la referida invitación se determinaron las condiciones técnicas particulares para la ejecución del contrato, tales como la identificación precisa de la ubicación de los sectores objeto de intervención (fls. 82 a 105 *ibidem*).

3) Al cabo de un poco más de dos (2) meses de ejecución, contados desde la suscripción del acta de inicio del 28 de febrero de 2018 del contrato no. 1-01-35100-01208-2017, el consorcio contratista mediante comunicación del 5 de abril de 2018 con radicación no. C-RZ5-047-2018 presentó un informe sobre la situación actual del negocio jurídico “*producto de la recopilación y depuración de la información suministrada por la entidad y la encontrada en campo*” (documento no. C-RZ5-047 carpeta correspondencia enviada – anexos de la demanda – expediente digital), documento en el que puso de presente lo siguiente:

“(...) en el primer ejercicio de depuración, se logró evidenciar que los tramos relacionados en el grupo 1.2 RENOVACIÓN REDES LOCALES DE ACUEDUCTO PARA LA OPTIMIZACIÓN DEL SERVICIO EN EL SECTOR HIDRÁULICO 01 – BOSA EN LA ZONA 5, son los mismos tramos relacionados en el grupo 1.4 RENOVACIÓN DE REDES LOCALES DE ACUEDUCTO EN EL SECTOR HIDRÁULICO 02 –

KENNEDY EN LA ZONA 5, por lo tanto, de 60 tramos el listado quedo reducido a 48.

(...).

De acuerdo a las actividades iniciales del contrato, se realizaron los recorridos de reconocimiento de los tramos asignados en conjunto con la interventoría y la Supervisión por parte de la EAAB-ESP. De dichos recorridos se obtuvo como resultado la disminución de los tramos a construir y/o renovar por diferentes motivos de carácter técnico, dentro de los cuales se encuentran principalmente: la futura ampliación de las Avenidas 1° de Mayo y Tintal; futura construcción del Metro de Bogotá; corredores con pólizas vigentes de estabilidad de contratos ejecutados, entre otros.

Adicional se encuentran los tramos de redes pendientes por permisos de Red Matriz de la EAAB-ESP y los tramos que en el ejercicio de la solicitud de los permisos ante la Secretaría de Movilidad, a la fecha, han sido negados por encontrarse contratos de obra en ejecución del IDU y/o Fondo de Desarrollo Local.

(...).

Así las cosas, solo el 25,58% de la cantidad de obra contratada se puede ejecutar a la fecha, lo que equivale al 34,84% del valor del contrato.” (ibidem – mayúsculas fijas del original).

4) De otra parte, en cuanto a los riesgos en el informe técnico final del contrato de obra no. 1-01-35100-01208-2017 elaborado por los profesionales a cargo de la supervisión de la EAAB ESP, en el acápite correspondiente a la evaluación de riesgos numeral 2.3.1.4 página 79 del documento, se evidenció lo siguiente:

“Se realizó la evaluación de los riesgos identificados en el periodo registrado en este informe, los cuales obedecen a la imposibilidad de ejecutar en su totalidad las actividades contractuales iniciales por parte del Contratista, debido a que la información suministrada por la Entidad Contratante no corresponde a la realidad de los hallazgos en terreno. Situación no atribuible al Contratista.

Ante la negativa de la EAAB-ESP en cuanto la modificación del contrato de obra no. 1-01-35100-01208-201[7] que permitiría ejecutar el presupuesto ofertado por el Consorcio Renovación Z5, teniendo en cuenta la forma en que se estructuraron los estudios previos, invitación pública y el contrato de referencia. Ante los desaciertos en la verificación de las redes de la EAAB-ESP y demás resultados desfavorables encontrados por el Contratista en los apliques realizados y el desequilibrio económico para el Contratista, la Gerencia Corporativa de Servicio al cliente de la EAAB-ESP, propuso realizar una terminación bilateral anticipada del contrato e iniciar los trámites pertinentes para ello” (fl. 79 documento no. 3532002-2019-0722 informe final – carpeta actas – expediente digital – se resalta).

5) En relación con las declaraciones de los testigos recibidos en audiencia en la primera instancia y relacionados en el recurso de apelación, está acreditado que el

18 de julio de 2023 se llevó a cabo la diligencia de pruebas en la que se escuchó a los testigos que ambas partes solicitaron, diligencia de la que son especialmente relevantes los siguientes aspectos:

a) De la declaración del ingeniero civil Mauricio de San Vicente, representante legal del consorcio Z5⁹, se extrae la imposibilidad de ejecución del consorcio, pues *“encontr[ó] que había problemas con futuras ampliaciones de la 1° de Mayo, del Tintal, futura construcción del metro de Bogotá, corredores con pólizas vigentes de estabilidad de contratos ejecutados, tramos que ya habían ejecutado otros contratistas con la EAAB, tramos que se encontraban en sitios privados, todos los problemas habidos y por haber”*.

b) El testimonio rendido por la ingeniera civil Marcia Herrera Méndez¹⁰, coordinadora técnica del proyecto vinculada en su momento al consorcio demandante, puso de presente lo siguiente en relación con el conocimiento previo de la ejecución superpuesta en los tramos objeto del contrato:

[PREGUNTADO:] Nos amplía por favor a que se refiere con las dificultades en la ejecución del contrato?

[CONTESTÓ:] (...) de un listado que nos entregó la EAAB, teníamos unas direcciones en las cuales teníamos que hacer algunas renovaciones de las redes objeto del contrato para la ampliación del anillo hidráulico de la zona, entonces se hicieron unas visitas conjuntas con la interventoría y la supervisión para los puntos de intervención, dado en los pliegos de condiciones, ratificados en el contrato, de los cual se pudo evidenciar que había unos tramos específicos que no se podían construir porque se encontraban unos, en los corredores viales de proyección de la construcción del metro de Bogotá y no teníamos el permiso, dos, se presentó también la situación en la que la EAAB ya había hecho las renovaciones, y otra de las dificultades era que otros contratistas del IDU nos negaron la intervención porque eran vías de espacio público y porque tenían aun vigentes pólizas de estabilidad de otros contratos.

(...).

[PREGUNTADO:¹¹] En algún momento el ingeniero quien fungía como Gerente Corporativo de Servicio al Cliente de la EAAB reconoció que hubo un error en la estructuración y planeación del contrato?

⁹ La declaración de parte del ingeniero civil Mauricio de San Vicente fue solicitada por la entidad demandada y por la compañía de seguros llamada en garantía (minuto 9:25 en adelante - documento no. 49 del expediente digital).

¹⁰ El testimonio de la ingeniera civil Marcia Herrera Méndez, quien se desempeñó como coordinadora técnica del proyecto, fue solicitado por la parte demandante, consorcio Renovación Z5 (minuto 35:52 en adelante - *ibidem*).

¹¹ A partir del minuto 46:54 tomó la palabra el apoderado judicial del consorcio demandante.

[CONTESTÓ:] Si es evidente. El contrato obedece a una mejora en las redes de prestación del servicio, estos contratos tienen unos estudios realizados por la misma zona 5, existe un documento anterior al pliego de condiciones que relaciona las redes y tramos especificados en el contrato.

(...).

Nosotros presentamos informes detallados con fotografías, con planos de redes del mismo catastro de las redes del acueducto, la supervisión estuvo con nosotros todo el tiempo y la interventoría. Esa fue la conclusión y por eso se tomó la decisión de terminar el contrato porque no teníamos como ejecutar

(...).

Llegamos abrir la obra y la obra ya estaba la tubería puesta, presentamos bastantes informes presentamos, cartas presentadas tanto por nosotros como por la interventoría, entonces es evidente que si hubo una falencia en la EAAB, no se hizo una revisión, pero es evidente, la única que puede manejar y manipular esas redes es la EAAB y los terceros, únicamente autorizados por ella misma. (...).” (resalta la Sala).

c) Con la declaración de la testigo, ingeniera civil Rosa María Cordeo Celis¹² en su condición de excoordinadora de la interventoría, se reconoció que solo hasta cuando se *“hicieran los apliques de excavación”* era posible conocer de la intervención previa sobre los mismos tramos.

d) A su vez, la declaración del ingeniero civil Juan Carlos Rodríguez¹³, estructurador del proyecto, puso en claro que no tuvo participación alguna en la fase contractual ni postcontractual del proyecto y que *“en ninguna parte [se indicó], [o se recibió] observación [alguna], consideración, correo o adicional”* acerca de la existencia de unas intervenciones previas sobre los mismos tramos objeto del contrato, bien por parte de la EAAB ESP o por otra entidad distrital.

e) La ingeniera Aura Milena Contreras Antolinez¹⁴, en la condición de jefe de la división acueducto de la zona 5 de la EAAB ESP aclaró que la información previa de ubicación de los tramos y estado de los mismos fue extraída del sistema de

¹² El testimonio de la ingeniera civil Rosa María Cordero Celis, con especialización en diseño y construcción de vías y Gerencia de Proyectos, quien fungía como coordinadora de la interventoría al contrato de obra objeto de análisis, fue solicitado por el consorcio demandante (hora 1:06:48 minutos en adelante - documento no. 49 del expediente digital).

¹³ El ingeniero civil, especialista en administración de proyectos, Juan Carlos Rodríguez es uno de los testigos solicitados por la entidad demandada, en su condición de estructurador del proyecto objeto de análisis (hora 1:21:41 en adelante – *ibidem*).

¹⁴ El testimonio de la ingeniera civil Aura Milena Contreras con especialización en recursos hídricos fue solicitado por la entidad demandada, quien se desempeñó como Jefe de División Acueducto Zona 5 de la EAAB (hora 1:48:03 en adelante - documento no. 49 del expediente digital).

catastro de la propia entidad. Afirmó que lo *“que se podía predecir eran las obras nuevas o recientemente intervenidas”*¹⁵.

Llama la atención además que a la pregunta realizada por la señora Agente del Ministerio Público¹⁶, dirigida a conocer si la entidad había realizado una planeación en forma previa a la contratación y si la misma empresa había ejecutado algunos contratos anteriores *“cómo era posible que se presentara esa situación (...). [CONTESTÓ:] nosotros utilizamos la información geográfica que existe en la empresa; sin embargo, [un] proyecto urbanismo no entregó la información y el sistema no se actualizó”*.

f) El testigo César Augusto Nieto Borda, ingeniero civil y profesional del servicio de acueducto zona 5 de la EAAB ESP¹⁷ refirió que el sistema de *“catastro de redes de la entidad permite ubicar las redes, [identificar] algunas consultorías previas para consultar los tramos en los puntos críticos”*.

6) En tales condiciones, contrario a lo sostenido por la entidad demandada, las pruebas que conforman el expediente soportan y acreditan idónea y puntualmente el incumplimiento del deber de información real y debida sustentación de la necesidad de contratar que tenía en su cabeza la EAAB ESP.

7) En línea con lo determinado por la propia EAAB ESP en el informe técnico final del contrato no. 1-01-35100-01208-2017 de diciembre de 2018, la evaluación de riesgos realizada permite establecer con total claridad que los referidos riesgos *“obedecen a la imposibilidad de ejecutar en su totalidad las actividades contractuales iniciales por parte del contratista, debido a que la información suministrada por la Entidad Contratante no corresponde a la realidad de los hallazgos en terreno. Situación no atribuible al Contratista. (...). Ante los desaciertos en la verificación de las redes de la EAAB ESP y demás resultados desfavorables encontrados por el contratista en los apliques realizados y el desequilibrio económico para el contratista, la Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente de la EAAB ESP propuso realizar una terminación bilateral anticipada”* (fl. 79 documento no. 3532002-2019-0722 informe final – carpeta actas – expediente digital).

¹⁵ Hora 2:18:20.

¹⁶ Hora 2:18:22.

¹⁷ La declaración del ingeniero civil César Augusto Nieto Borda fue solicitado por la entidad demandada (hora 2:27:02 en adelante *ibidem*).

En ese contexto fáctico y probatorio es claro que la falta de seguimiento y debido control de las intervenciones en redes propias de la EAAB ESP no puede corresponder a una situación imprevisible y que escape a su manejo, pues, se trata de las ejecuciones de presupuesto, personal y obra adelantadas por la misma entidad en el terreno de ejecución de su objeto, esto es, en la ciudad de Bogotá, y específicamente para la zona 5, que, además, cuenta con una división especial dentro de la organización de su planta de personal¹⁸.

8) Al respecto, debe observarse que si bien no todos los tramos de imposibilidad de ejecución correspondían a contratos previamente suscritos por la misma EAAB ESP, lo cierto es que, era deber de esta indagar con las demás entidades distritales con quienes pudiera verse afectado el objeto contractual correspondiente, por tratarse de los mínimos de indagación y corresponsabilidad de las demás entidades cuyas ejecuciones son igualmente en la ciudad de Bogotá.

La referida falta de coordinación y comunicación de la EAA ESP con otras entidades distritales es la demostración del incumplimiento de los principios de la función administrativa y de gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, aplicables al caso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 en virtud del cual “[l]as entidades estatales que por disposición legal cuentan con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209¹⁹ y 267²⁰ de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas

¹⁸ Esta conclusión se extrae de las declaraciones rendidas por los testigos solicitados por la propia EAAB ESP, ingenieros Aura Milena Contreras, jefe de División Acueducto Zona 5, Juan Carlos Rojas y César Augusto Nieto profesionales de la EAAB ESP.

¹⁹ El artículo 209 constitucional es como sigue: “[l]a función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.” (se resalta).

²⁰ El artículo 267 de la Constitución determina que: “[l]a vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.”.

al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal".

9) De otra parte, en aplicación de los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, se advierte que cuando la entidad se obligó a suministrar los planos, estudios técnicos y cantidades de obra para que el contratista pudiera desarrollar su labor, se obligó a hacerlo de conformidad con la calidad media de las prácticas del sector correspondiente; así las cosas, para la Sala es claro que de acuerdo con la obligación derivada de la buena fe, la información suministrada por la entidad debía estar conforme con las prácticas del sector en términos de suficiencia y calidad y, en consecuencia, debía acreditarse que la información no satisfizo esos estándares como en efecto ocurrió en el presente asunto²¹.

10) Advierte la Sala que la entidad demandada no aportó al expediente las pruebas que le permitieran acreditar que el hecho de no contar con la información debidamente actualizada al momento de la preparación de la invitación o que los estudios previos y requerimientos de la necesidad de la EAAB ESP no correspondiera a elementos de su responsabilidad y de exclusivo resorte, pues, muy al contrario de lo pretendido con el recurso de apelación, se trata de información indispensable cuyo recaudo y averiguación sí es de su exclusiva responsabilidad, por el hecho de ser la entidad contratante y la receptora de la ejecución contractual.

11) Al propio tiempo, la entidad contratante tampoco acreditó de forma alguna el retardo o mora en la ejecución contractual adelantada por parte del contratista, al punto que permitiera excusar su propio incumplimiento; por el contrario, lo que se logró demostrar fue precisamente que el contratista en forma diligente puso en conocimiento la imposibilidad de ejecución completa del objeto contratado en los tiempos de revisión de alcance del mismo.

12) En tales circunstancias, para la Sala es evidente que la entidad demandada no demostró que las actividades que dice haber adelantado en cumplimiento de su deber de planeación estuvieron ajustadas a la realidad de la necesidad actual de la misma ni tampoco que hubieran surgido con ocasión de un evento ajeno a la

²¹ Al respecto, pueden consultarse las decisiones del Consejo de Estado, de la Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 8 de mayo de 2019, expediente con radicación no. 59039 y de la Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 23 de noviembre de 2022, expediente con radicación 66.661 MP Alberto Montaña Plata.

voluntad de las partes, razón por la cual este preciso cargo de apelación no está llamado a prosperar.

2.2.2 La ruptura del equilibrio económico del contrato

1) En el marco antes descrito, procede la Sala a pronunciarse sobre las condiciones acaecidas durante la ejecución del contrato dado que, en criterio de la entidad demandada, circunstancias ajenas a las partes generaron el rompimiento del equilibrio económico del contrato por motivo de la falta de información y conocimiento de los contratos que las otras entidades distritales, como Metro Bogotá y el IDU generan imposibilidades de ejecución, así como también contratos anteriores de la propia EAAB ESP cuya información no se encontraba en los sistemas de información disponibles, impidieron contar con información veraz previa a la ejecución del contrato.

2) Sobre ese punto de la controversia pone de presente la Sala que como la entidad contratante es una empresa industrial y comercial del Distrito Capital, de carácter oficial, prestadora de servicios públicos domiciliarios, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, cuyas actuaciones se rigen por el derecho privado de acuerdo con lo estipulado en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, pues, “[l]os 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”.

3) En esa perspectiva, la norma aplicable para el caso de un eventual desequilibrio económico del contrato es la prevista en el Código de Comercio, como se transcribe a continuación:

“ARTÍCULO 868. <REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS>. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

En tales condiciones, para la Sala es evidente que no procede el reconocimiento del desequilibrio económico solicitado por la entidad demandada, pues, según lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio antes citado, los supuestos de hecho sobre los cuales se fundamenta la petición son la ejecución de actividades ya ocurridas, sin que en modo alguno estas se refieran a obligaciones de futuro cumplimiento.

4) Por lo tanto, en las condiciones en las que la entidad demandada enmarca su pedimento no es posible arribar a un pronunciamiento positivo al respecto, motivo por el cual este preciso punto de la controversia debe resolverse desfavorablemente.

2.2.3 La liquidación del contrato no. 1-01-35100-1208-2017

1) En los términos aducidos por la entidad recurrente la liquidación judicial realizada por el tribunal de primera instancia no tuvo en cuenta que el pago del anticipo generó intereses negativos por cuenta del paso del tiempo, punto del balance general que corresponde a costos cuya responsabilidad son del resorte del consorcio contratista, la utilidad reconocida deberá descontar el valor ya pagado por el parcial de obra ejecutada, así como también debe cargarse a su cuenta el impuesto del cuatro por mil y la supuesta reducción del capital consignado en la fiducia, cifras que ascienden a \$266.963.375.

De acuerdo con la precisión anterior la utilidad esperada del contratista corresponde entonces al valor de \$180.587.603,34, valor que indexado ascendería a la suma de \$259.450.210.

Para dar respuesta a cada aspecto del presente cargo de apelación se desagregará el asunto en los puntos objeto del mismo en forma individual pago de anticipo y costos financieros, la utilidad esperada, impuesto de cuatro por mil y, disminución de capital, como se explica a continuación:

2.2.3.1 Pago de anticipo y costos financieros

1) Sobre este punto en particular, los párrafos primero y tercero de la cláusula quinta del contrato no. 1-01-35100-1208-2017 establecen, de una parte que “[l]os costos de la comisión fiduciaria serán cubiertos directamente por **EL CONTRATISTA**” y, de otra que, “[e]l contratista se obliga a restituir mensualmente a la Empresa los rendimientos financieros que produzcan los recursos administrados por la fiduciaria, únicamente mediante cheque girado por la entidad fiduciaria a favor de [la EAAB]” (fls. 54 y 55 del documento de la invitación – carpeta anexos de la demanda – expediente digital – negrillas y mayúsculas fijas del original).

2) En esa misma línea, el contrato de fiducia en la cláusula 10 de las obligaciones de la fiduciaria estableció en el numeral 10 que era de su resorte “[r]egistrar contablemente los rendimientos financieros como parte del patrimonio autónomo” (fl. 522 documento no. 3532002-2019-0722 informe final – carpeta actas – expediente digital).

3) Asimismo, el numeral 5.4 de la cláusula 5 del contrato de fiducia mercantil estipula que los rendimientos “que generen los recursos que constituyen el Anticipo, de acuerdo con lo indicado en el Contrato de Obra y en el Plan de Inversión y Utilización del Anticipo” (fl. 517 documento no. 3532002-2019-0722 informe final – carpeta actas – expediente digital).

4) La Fiduciaria Bogotá reportó que durante la ejecución del contrato no. 1-01-35100-1208-2017 objeto de análisis el consorcio Renovación Z5 realizó el depósito de los rendimientos financieros generados en el patrimonio autónomo mediante la consignación de los mismos a órdenes de la EAAB ESP, valor que asciende a la suma de \$15.302.635²².

²² La Fiduciaria del Banco de Bogotá encargada del patrimonio autónomo constituido por los recursos correspondientes al giro del anticipo del 20% del valor del contrato objeto de análisis consolidó los valores correspondientes de los rendimientos liquidados entre los meses de marzo de 2018 y abril de 2019; en el cuadro al que se hace referencia también se advierte que por cada rendimiento liquidado en forma mensual se emitió un correspondiente cheque de gerencia en favor de la EAAB ESP, en los términos del negocio jurídico (fls. 618 a 620 documento no. 3532002-2019-0722 informe final – carpeta actas – expediente digital).

5) En ese entendimiento, es claro que el paso del tiempo afecta el valor nominal de las sumas de dinero, al punto que puede conllevar a su incremento o su decrecimiento, de allí la necesidad de *“traer a valor presente el monto depreciado por el paso del tiempo. A este fenómeno se le conoce con el nombre de Corrección Monetaria, Actualización Económica o, simplemente, indexación”*²³.

6) De igual manera debe tomarse en cuenta que en el contrato de fiducia suscrito entre el consorcio Renovación Z5 y la Fiduciaria Bogotá no se previó, dentro de las obligaciones de las partes o deberes de estas, en forma alguna, el reconocimiento de intereses negativos, como lo pretende la entidad demandada por el periodo en el que se desarrolló el referido contrato, máxime si se tiene en cuenta que en forma mensual se liquidaron los rendimientos que obtuvo el valor que constituyó el patrimonio autónomo y, como se evidenció en los párrafos anteriores, tales dineros fueron consignados a órdenes de la EAAB ESP.

En ese sentido, de proceder con el reconocimiento de los llamados intereses negativos generados al mismo tiempo que los rendimientos financieros sobre las mismas sumas sería una doble utilidad sobre el dinero, pues, de una parte, se reconocen en favor de la entidad los rendimientos financieros que generan las sumas de dinero en el fideicomiso y, de otra, se liquidan intereses negativos por el periodo del tiempo de la constitución del patrimonio autónomo²⁴.

Sobre ese preciso punto de la controversia, se reitera que, en modo alguno el contrato de fiducia ni el contrato o sus documentos anexos se refieren a los intereses negativos a los que alude en el recurso de apelación la entidad demandada.

7) De acuerdo con lo anterior, sin que la entidad recurrente haya puesto en evidencia la norma u obligación de giro de los denominados por esta como intereses negativos, no tiene fundamento jurídico la petición y este preciso cargo de la impugnación deberá resolverse desfavorablemente.

²³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 30 de mayo de 2013, expediente con radicación no. 25000-23-24-000-2006-00986-01, con ponencia de la Dra. María Elizabeth García González.

²⁴ Como si se tratara de una suerte de interés sobre interés (anatocismo) proscrito en Colombia según lo dispuesto en el artículo 886 del Código de Comercio *“[l]os intereses pendientes no producirán intereses sino desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos.”*

2.2.3.2 Utilidad esperada

1) En relación con la utilidad esperada, el tribunal de primera instancia reconoció la *“utilidad esperada por el contratista porque la imposibilidad de ejecución de la totalidad del contrato no resulta atribuible a este”* (página 39 de la sentencia – documento no. 90 – expediente digital).

2) Para efectos de la liquidación se tuvieron dos (2) valores, a saber:

- Valor de la utilidad esperada total del contrato \$186.852.132,00

- Valor de la utilidad esperada incluida en el acta de obra no. 1 \$6.264.528,66” (*ibidem*).

3) Luego de la claridad en relación con las actividades ejecutadas por el contratista, el valor de la utilidad a reconocer corresponde a la suma de \$180.587.603,34 y no de \$186.852.132 inicialmente proyectada con la oferta económica para la ejecución de la totalidad del objeto contratado, razón por la que este preciso cargo de apelación no tiene vocación de prosperidad, pues, tal como lo señaló el apoderado de la entidad demandada, la decisión recurrida descontó del valor de la utilidad proyectada el valor de la obra ejecutada y facturada al contratista.

En ese sentido, la liquidación judicial realizada en primera instancia tomó en cuenta, precisamente, el hecho de que el contratista ya había recibido, en forma proporcional con el giro del acta de pago no. 1, un reconocimiento de utilidad que debía ser tenido en cuenta.

Adicionalmente, llama la atención que la diferencia en el reconocimiento de la utilidad esperada es el resultado de la operación matemática simple de restar el valor de la utilidad ya recibido con la proyectada en la oferta.

Por tal razón, no es posible proceder con este cargo de apelación, pues no corresponde a la realidad el sustento de la entidad.

2.2.3.3 Impuesto del cuatro por mil.

1) La sentencia de primera instancia se refirió a los impuestos liquidados a esa fecha y determinó, con fundamento en la cláusula décima cuarta del contrato no. 1-01-

35100-1208-2017 que estos estaban a cargo del contratista, razón por la cual se liquidó como cifra negativa en la liquidación el valor de \$13.501.708.

El cuadro de liquidación realizado por el *a quo* se transcribe a continuación:

A (19.99%) ejecutado Sector Bosa	\$ 24,978,761.01
I (0.01%) ejecutado Sector Bosa	\$ 12,495.63
U (5%) ejecutado Sector Bosa	\$ 6,247,814.16
A (19.99%) ejecutado Sector Kennedy	\$ 66,824.56
I (0.01%) ejecutado Sector Kennedy	\$ 33.43
U (5%) ejecutado Sector Kennedy	\$ 16,714.50
Impuestos a cargo del contratista	\$ (13,501,708.00)
Valor restante utilidad esperada del contrato	\$ 180,587,603.34
Total valor a reconocer a contratista	\$ 198,408,538.62

2) En esa misma línea de comprensión, el contrato de fiducia en la cláusula 17 determinó que “[t]odos los costos, gastos y desembolsos necesarios para el cumplimiento del objeto del presente contrato y los que se generen por su constitución, ejecución y disolución o liquidación, sean ellos de origen contractual o legal, al igual que la remuneración de la Fiduciaria serán a cargo del Fideicomitente. (...) [como] **“4. El pago de los tributos (impuestos, tasa y contribuciones de cualquier orden territorial o administrativo) y otros gastos que se causen con ocasión de la celebración, ejecución, terminación y liquidación de este contrato. (...).”** (fl. 528 documento no. 3532002-2019-0722 informe final – carpeta actas – expediente digital – negrillas adicionales).

3) Adicionalmente, el párrafo séptimo de la cláusula 16 del contrato de fiducia en relación con el procedimiento operativo consagró que **“una vez remite la orden de desembolso a la Fiduciaria, este ya ha efectuado la liquidación, retención y causación de los impuestos pertinentes (...).”** (*ibidem* – resalta la Sala).

De igual manera, advierte la Sala que el impuesto de cuatro por mil es liquidado al momento en el que se realizan las operaciones y movimiento financieros en el interior de la fiduciaria, por lo que, al momento de la liquidación del contrato, en esencia, no habría saldo pendiente por este impuesto, pues, se trata de la finalización de las obligaciones contractuales que no tiene que ver con los movimientos financieros a cargo de la fiducia.

4) Por consiguiente, para la Sala es claro que la liquidación de intereses, como corresponde al cuatro por mil, objeto de pronunciamiento, fue realizada por la fiduciaria al momento de efectuarse cada giro, pago o movimiento financiero, sin que tal operación sea requerida o se imponga como obligación para el momento de la liquidación del contrato de fiducia mismo, en la medida en que se trata de la finalización de la relación contractual sin que implique un movimiento u operación fiduciaria que conlleve tal liquidación de intereses; razón por la cual no procede la liquidación del impuesto de cuatro por mil, como lo pretende la entidad demandada, y en ese sentido, este preciso cargo de apelación tampoco tiene vocación de prosperidad.

2.2.3.4 Disminución de capital

1) Por último, la entidad demandada sostiene que se produjo una disminución del capital consignado en la fiducia, cifra que asciende al valor de \$257.083.690, sin que en modo alguno esta información pueda extraerse de los extractos mensuales de la fiducia, informe final de la misma e informe técnico final del contrato elaborado por la EAAB ESP (fls. 17 a 20 y 533 a 596 documento no. 3532002-2019-0722 informe final – carpeta actas – expediente digital).

2) De acuerdo con lo anterior, no es posible proceder con el análisis de una petición sin que cuente con respaldo en las pruebas que conforman el expediente, circunstancia que conlleva a la denegación de las pretensiones del recurso de alzada en cuanto a este punto se refiere.

3) Así las cosas, no tienen ninguna vocación de prosperidad los argumentos de la recurrente, pues, contrario a lo sostenido por la EAAB ESP, en el expediente está acreditado el incumplimiento en la planeación y disponibilidad de la información técnica requerida para la idónea y debida ejecución del contrato no. 1-01-35100-1208-2017, circunstancias que condujeron a que fuera imposible la ejecución del 100% del objeto contratado y que se requiriera la terminación anticipada del referido negocio jurídico.

4) En ese panorama, debido a la no prosperidad de los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada se procede a la actualización del monto del valor resultante del balance general de las obligaciones del contrato no.

1-01-35100-1208-2017, específicamente en cuanto se refiere al valor consignado en el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia, pues el valor de la condena del consorcio Renovación Z5 ordinal quinto, de la parte resolutive del fallo objeto de la impugnación, constituye la devolución de los suministros adquiridos con el desembolso del anticipo y que como no corresponde a una orden de pago de suma líquida de dinero no procede la actualización de la misma.

La referida actualización se adelantará con utilización de la siguiente fórmula:

$$Ra = \frac{Ri \times IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$$

Ra (renta actualizada); es el valor actualizado de la condena; Ri (renta inicial), es el valor de la condena impuesta en primera instancia las entidades demandadas; el IPC inicial, es el vigente a la fecha de la sentencia de primera instancia (30 de agosto de 2024) y, el IPC final, es aquel vigente en el mes anterior al momento de proferirse la presente providencia (marzo de 2026).

$$Ra = \$285.053.547,44 \times \frac{156,94 \text{ (marzo de 2026)}}{143,67 \text{ (agosto de 2024)}}$$

$$Ra = \$285.053.547,44 \times 1,092$$

$$Ra = \$311'382.360,52$$

De conformidad con lo anterior, la Sala actualizará la condena impuesta a la EAAB ESP al pago de \$311'382.360,52 en favor del consorcio Renovación Z5 por concepto de la liquidación judicial del contrato no. 1-01-35100-1208-2017.

Por lo tanto, la Sala encuentra que la decisión adoptada por el *a quo* en el sentido de declarar el incumplimiento de la EAAB ESP, de liquidar judicialmente el contrato con un balance general que arrojó valores en favor del contratista, de ordenar a la entidad contratante recibir los insumos adquiridos no utilizados en la ejecución de las actividades contratadas y denegar las demás súplicas de la demanda fue acertada por encontrar la necesaria correspondencia con la realidad procesal y lo efectivamente probado, y tan solo se modificará el ordinal cuarto de la parte

resolutiva de la sentencia apelada con el objeto de actualizar el valor establecido en este.

3. Conclusiones

1) En el presente asunto la entidad demandada, EAAB ESP se opuso a la decisión adoptada en la sentencia de primera instancia por cuanto, en su criterio, no se hizo un debido análisis de las pruebas que conforman el expediente a la luz de la teoría de la imprevisión (desequilibrio económico), puesto que para el momento previo a la celebración del contrato la entidad obró con diligencia y puso en conocimiento la información que tenía disponible; sin embargo, en la ejecución del contrato sobrevinieron circunstancias ajenas a la entidad que conllevaron a la imposibilidad de continuar con la ejecución contratada.

2) Contrario a lo sostenido en el recurso de apelación, la EAAB ESP no logró acreditar los elementos indispensables para predicar el surgimiento de una circunstancia imprevisible que condujera a que la información técnica necesaria no estuviera acorde con la realidad de los tramos a intervenir objeto del contrato no. 1-01-35100-1208-2017. La Sala modificará el ordinal cuarto de la parte resolutiva de la sentencia impugnada con el fin de actualizar el valor definido en este.

4. Condena en costas y agencias en derecho

En los términos de los artículos 188 del CPACA y 365 (numeral 1) del CGP, como el recurso de apelación de la entidad demandada se resolvió desfavorablemente, la entidad demandada, esto es, la EAAB ESP asumirá las costas procesales de la segunda instancia incluidas las agencias en derecho, las cuales deberán ser liquidadas en forma concentrada por el tribunal de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del CGP.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

Expediente no. 25000-23-36-000-2020-00298-01 (72.346)

Actor: Consorcio Renovación Z5

Controversias contractuales

Apelación de sentencia

FALLA:

1º) Modifícase el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B de 30 de agosto de 2024, el cual queda así:

“CUARTO.- CONDENAR a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ES – EAAB a pagar al Consorcio Renovación Z5 la suma de \$311'382.360,52”

2º) Confírmase en lo demás la sentencia objeto de apelación.

3º) Condénase en costas a la entidad demandada, esto es, a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – EAAB ESP, **tásense** en forma concentrada por el tribunal de primera instancia.

4º) Ejecutoriada esta providencia, por secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

(firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente
Presidente de la Subsección

Salva el voto
(firmado electrónicamente)
DIEGO FRANCO VICTORIA
Magistrado

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.