

CONTRATOS PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Régimen jurídico

Teniendo en cuenta que la ahora accionada Empresas Públicas de Medellín E.S.P., es una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, al tramitar, celebrar, perfeccionar, ejecutar y liquidar contratos en cumplimiento de sus finalidades deberá sujetarse a lo previsto en el régimen de derecho privado para los negocios jurídicos celebrados entre particulares, esto es, a la disposiciones mercantiles y civiles que fueren pertinentes al igual que a los principios del derecho privado que no resulten incompatibles con los presupuestos básicos del interés general que dicha contratación entraña. Si bien fue el mismo legislador quién por medio del artículo 32 de la ley 142 de 1994 dispuso que las Empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en ejercicio de su actividad contractual se sujetarían a un régimen especial, y que éste sería el previsto en el derecho privado, éstas disposiciones no modifican su naturaleza de entidades estatales, que como tal deben sujetar el ejercicio de sus funciones a los principios que rigen la función pública administrativa en los términos del artículo 209 constitucional, al igual que a los principios generales de la contratación estatal y del contrato. En éste sentido, los procesos de contratación y los contratos celebrados por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios no se encuentran desligados de principios vitales tales como los de transparencia, selección objetiva, legalidad, conmutatividad, sujeción a la economía del mercado, buena fe objetiva, interés general, planeación, estructuración conforme a los intereses generales de la colectividad, y en fin, a todos aquellos que consoliden el interés general que es inherente a dicha contratación, lo anterior por supuesto, sin desconocer las disposiciones que de manera especial regulan su actividad previstas en la Ley 142 de 1994.

CONTRATOS PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Jurisdicción competente

Ahora bien, teniendo en cuenta que la sujeción de las Empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios al régimen de derecho privado en ejercicio de su actividad contractual, no modifica su naturaleza de entidades públicas, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es competente para asumir el conocimiento de las controversias que surjan en ejercicio de dicha actividad, ello de conformidad con lo previsto en el inciso 1º del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES - Facultad exclusiva de la administración

Ya en anteriores oportunidades se había resaltado que según los artículos 2º, 209 de la Constitución Política, el Estado tiene como fines esenciales, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Por su parte, el artículo 365 de la misma Carta Política dispone que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del estado, que es su deber asegurar que su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional y que podrán ser prestados por éste directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares y que *“en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”*. Pues bien, de las normas referidas se encuentra que la actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados, a la promoción y prevalencia de los intereses generales y a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política y, de otro, a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos. Esta preceptiva superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993... De otro lado la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad, sometimiento a las leyes nacionales y la reversión consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley. Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que el contrato estatal se constituye en un instrumento de la administración para la satisfacción de las finalidades estatales, pues por medio de éste el Estado persigue la adecuada prestación de los servicios públicos en colaboración con el

contratista y que para garantizar ello puede ejercer las denominadas potestades excepcionales al derecho común. Estas facultades se entienden incorporadas en la mayoría de los contratos estatales y se encuentran catalogadas por la Ley 80 de 1993 como poderes excepcionales al derecho común. El que sean poderes excepcionales al derecho común significa que a la administración se le conceden una serie de potestades que rompen con la posición simétrica que en principio debe tener cada parte dentro de un contrato y que, por consiguiente, la entidad estatal se coloca contractualmente en una situación de privilegio ya que sólo ella tiene el correspondiente poder especial y sólo ella puede usarlo legítimamente. Y es que si la razón de ser de la concesión de ese poder excepcional es propender por la efectiva prestación del servicio público mediante la ejecución del objeto contractual y si ese poder rompe con la posición simétrica que en principio debe existir entre las partes del contrato, resulta obvio que esos poderes solamente los tiene la entidad estatal y nunca el contratista, salvo ciertos casos excepcionales. De otra manera, si los tuvieran ambas partes, es decir la entidad estatal y el contratista, no habría rompimiento alguno de la simetría posicional de las partes dentro del contrato, aspecto este que es de la esencia de las cláusulas excepcionales, y por esa vía finalmente también se llegaría a la satisfacción del interés individual del contratista sin que contara el interés general que es el que debe prevalecer. Y si sólo los tuviera el contratista habría ciertamente un rompimiento de la simetría posicional de las partes contractuales pero definitivamente en el sólo y exclusivo beneficio del interés individual del contratista lo que sería ilegal por ser esto contrario a la satisfacción del interés general. Así que entonces, en resumen, las potestades excepcionales al derecho común sólo la tiene la administración y nunca el contratista, sin perder de vista que dichas facultades sólo pueden ejercerse por aquella en la forma, por los motivos y para los fines expresamente señalados en la ley y sin perjuicio de los derechos del colaborador de la administración.

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES - Derecho privado - Procedencia

En tratándose de contratos que se rigen por las normas del derecho privado, nada impide que las partes en ejercicio del principio de la autonomía dispositiva o negocial, puedan pactar el ejercicio de facultades que no sean de aquellas que impliquen el ejercicio de una potestad que la ley considera excepcional, como por ejemplo la facultad de liquidar unilateralmente el contrato, la cual definitivamente no es una de aquellas enlistada en los artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Definición

La liquidación de los contratos estatales se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuanto, lo que puede hacerse por las partes de común acuerdo, por la administración unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para "dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial".

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Liquidación unilateral del contrato - Definición

Por su parte la liquidación unilateral es una actuación administrativa posterior a la terminación normal o anormal del contrato que se materializa en un acto administrativo motivado, mediante el cual la administración decide unilateralmente realizar el balance final o corte final de las cuentas del contrato estatal ya terminado, precisando quién le debe a quien y cuanto y que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ya sea porque el contratista no se presentó a ésta o porque las partes no llegaron a un acuerdo sobre las cuentas a finiquitar. De ésta forma, se entiende que la liquidación unilateral del contrato es de carácter subsidiario, pues sólo resulta procedente en tanto no se haya podido llevar a cabo la liquidación bilateral.

LIQUIDACIÓN CONTRATOS - Liquidación unilateral - Viabilidad

Teniendo en cuenta que la liquidación de los contratos se encuentra regulada por los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, se entiende que la liquidación unilateral del contrato si bien es una facultad legal, no es de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común, ya que la Ley 80 no la enlista como tal en sus artículos 14 y siguientes que se

refieren al ejercicio de dichas potestades. Ahora bien, si se entiende que la liquidación unilateral no es de aquellas que la Ley enlista como potestades o facultades al derecho común, nada impide que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, tal como lo son los contratos celebrados por Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, las partes en ejercicio de la autonomía dispositiva o negocial puedan convenir su ejercicio, siempre y cuando dicha estipulación no vaya en contra de normas imperativas, no se encuentre expresamente prohibida por la Ley y, por supuesto, que con su ejercicio no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales. Con otras palabras, resulta totalmente válido que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, las partes convengan que ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, siempre y cuando que esa posibilidad haya sido prevista y autorizada dentro del pliego de condiciones o acordada en el mismo contrato, que no vaya en contra de normas de carácter imperativo, y que no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales. Luego, si lo que ocurre es que en un contrato celebrado por una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, que se rige por normas de derecho privado, las partes convienen que ante la falta de acuerdo la entidad lo liquide unilateralmente, esa estipulación es válida, así como también los diferentes actos que se expidan para hacerlo, siempre y cuando que no exista norma que lo prohíba y no afecte la prestación del servicio público o el interés general...Así las cosas, bajo el entendido de que la liquidación unilateral es una facultad que no implica el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común, resultaba totalmente válido que las partes, en ejercicio de su autonomía dispositiva o negocial, estipularan que la ahora demandada podía proceder a liquidarlo unilateralmente, ante la falta de acuerdo para hacerlo bilateralmente, pues tal acuerdo no transgredía normas de carácter imperativo y no se afectó la prestación del servicio público objeto del contrato. Con otras palabras, teniendo en cuenta que el ejercicio de la facultad de liquidación unilateral por parte de la entidad, podía convenirse en desarrollo del postulado de la autonomía dispositiva o negocial, que además se previó en el contrato y que dicha estipulación no comporta la transgresión de una norma imperativa, es conclusión obligada que no son nulas previsiones en ese sentido del pliego de condiciones, ni las similares del contrato, ni las resoluciones que con ese fundamento se expidieron.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C.; veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 05001-23-31-000-2002-04432-01(56939)

Actor: ARIEL AGUIRRE OCAMPO

Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Contenido: Descriptor: Se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia por no encontrar demostrados los cargos de nulidad de los actos de liquidación unilateral /Restrictor: Régimen jurídico de los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios/ Las potestades excepcionales al derecho común como mecanismos de regulación, control y vigilancia de la

prestación de los servicios públicos en ejercicio de la actividad contractual / La liquidación del contrato y la posibilidad de que se pacte el ejercicio de la liquidación unilateral en los contratos.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 11 de febrero de 2016 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo Antioquía, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

1. Lo Pretendido

El 1º de noviembre de 2002¹ el señor **Ariel Aguirre Ocampo** presentó demanda contra **Empresas Públicas de Medellín E.S.P.** solicitando que se declarara que se rompió el equilibrio económico del contrato No. 1104309 celebrado entre éstos el 16 de marzo de 1999 y que en consecuencia ésta se encuentra obligada a restablecerlo.

Pide también, que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 170531 del 3 de abril de 2001 y la No. 220602 del 6 de diciembre de 2001 mediante las cuales, respectivamente, se ordenó la liquidación unilateral del contrato y se resolvió el correspondiente recurso de reposición.

Solicita como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las sumas de \$88'625.715,00, por concepto de los perjuicios causados por la menor amortización de los recursos; de \$73'682.590,51, por concepto de los perjuicios ocasionados por la ineficacia en la fórmula de reajuste convenida; de \$118'362.751,80, por concepto de los perjuicios causados por la menor facturación; de \$1'057.395,86, por concepto de los intereses causados por la mora en la liquidación unilateral.

Pide además que las sumas referidas sean ajustadas conforme a la fórmula convenida desde la amortización del anticipo hasta la fecha de vencimiento del plazo convenido y que se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

Estima la cuantía total de proceso en la suma de \$192'102.738,00.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

En diciembre de 1998 la demandada dio apertura al proceso de contratación directa No. CD-0001937 con el objeto de contratar el cambio de medidores y tapas para las cajas de medidores, el corte y la reinstalación de acometidas de acueducto y la construcción de acometidas de acueducto y alcantarillado en las diferentes zonas atendidas por el sistema de acueducto de E.P.M. Grupo 3 (Zona sur).

16 de marzo de 1999 se celebró entre el demandante y la demandada, bajo el sistema de precios unitarios fijos el contrato No. 1104309 en el cual se reprodujo el objeto del proceso de contratación directa.

¹ Folios 1238 a 1377 del C. No. 1.

Como valor total del contrato se fijó la suma de \$1.087'589.362,00 pagaderos así: un 20% a título de anticipo dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su perfeccionamiento y el saldo restante mediante actas parciales mensuales de ejecución de obra.

Según lo convenido el contrato se ejecutaría mediante el sistema de entrega de direcciones en las cuales el contratista debía ejecutar las obligaciones a su cargo.

Como plazo de ejecución del contrato se fijó el término de 365 días contados a partir de la suscripción del acta de ejecución de las obras, esto es, desde el 12 de abril de 1999.

Dicho contrato fue modificado por las Actas de Modificación Bilateral No. 1 del 5 de octubre de 1999 (obra extra por un valor de \$40'588.302,00)²; la No. 2 del 7 de marzo de 2000 (obras extras y adicionales por un valor de \$102'838.000,00)³; la No. 3 del 21 de marzo de 2000 (prórroga del plazo, obras extras y adicionales)⁴; y la No. 4 del 4 de mayo de 2000 (prórroga del plazo por 45 días)⁵.

Para conservar el equilibrio económico se estableció en los pliegos de condiciones una fórmula matemática para el ajuste de los precios unitarios, la cual fue conocida y aceptada por el contratista al presentar su propuesta.

Al tener que suministrar algunos materiales importados para la ejecución del contrato presentó un listado de precios.

La situación económica presentada en Colombia afectó los precios de los materiales importados y con ello el análisis de todos los precios unitarios del contrato y la fórmula matemática referida nunca reflejó ni las alzas de los precios de los materiales, ni la inflación interna ni la devaluación del peso frente al dólar.

Señala que si bien renunció a reclamar por los sobrecostos que se pudieran presentar durante la mayor permanencia en la ejecución de las obras, no renunció a reclamar los perjuicios ocasionados por desequilibrio económico ocasionado por la ineficacia en la fórmula de reajuste convenida para reflejar las alzas de los precios de los materiales importados y la devaluación de la moneda y por la menor facturación derivada de la disminución en las órdenes de trabajo.

Si bien el contratista solicitó el restablecimiento del desequilibrio económico del contrato producido por la menor facturación ante la disminución en las órdenes de trabajo y la ineficacia de la fórmula matemática convenida, dichas peticiones fueron negadas por la administración previendo la posibilidad de estudiarlas una vez finalizado el contrato.

Por medio de la Resolución No. 170531 del 23 de abril de 2001 se ordenó la liquidación unilateral del contrato sin incluir el reconocimiento de los perjuicios derivados del desequilibrio económico del contrato, la cual se notificó sólo hasta el 10 de agosto de 2001.

Contra dicha decisión se instauró el recurso de reposición el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 220602 del 6 de diciembre de 2001 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes.

² Folio 300 del C. No. 1.

³ Folios 309 a 310 del C. No. 1.

⁴ Folios 324 a 325 del C. No. 1.

⁵ Folio 291 del C. No. 1.

Dice que debe declararse la nulidad de las Resoluciones referidas por no incluirse en ellas los sobrecostos generados por el desequilibrio económico del contrato y por haber sido expedidas por fuera del término previsto en la ley para que la administración ordenara la liquidación del contrato.

3. El trámite procesal.

Admitida que fue la demanda⁶ y noticiado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y la demandada Empresas Públicas de Medellín E.S.P. le dio respuesta⁷ oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Después de decretadas y practicadas las pruebas⁸ y de resultar fracasada la audiencia de conciliación, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión⁹, oportunidad que sólo fue aprovechada por el demandado.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

En sentencia del 11 de febrero de 2016 el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, pues declaró de oficio la nulidad de la expresión *“Si no hubiere acuerdo para liquidar el contrato o el contratista no se presenta dentro del término establecido, la respectiva liquidación se hará unilateralmente por parte de Las(sic) Empresas”* contenida en el No. 39.6 del pliego de condiciones, declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 170532 del 3 de abril de 2001 y la No. 220602 del 6 de diciembre de 2001 y negó los restantes pedimentos de la demanda.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Luego de referirse a la actuación surtida en primera instancia, su competencia, al régimen aplicable al presente asunto, al principio del equilibrio económico del contrato y de hacer un breve recuento de las pruebas arrimadas al proceso, procede a pronunciarse sobre la competencia de la demandada para incluir en los pliegos de condiciones su facultad para liquidar unilateralmente el contrato No. 1104309 de 1.999 ante la falta de acuerdo entre las partes.

Si bien en el contrato No. 1104309 nada se dijo sobre la liquidación, a través de la cláusula sexta las partes acordaron el pliego de condiciones haría parte integral de éste y mediante el No. 39.6 de dicho documento se estableció que ante la falta de acuerdo entre ellas para liquidarlo E.P.M. E.S.P. procedería a liquidarlo unilateralmente, lo cual no era posible, pues dicha facultad era exclusiva de los contratos regidos por el Estatuto general de contratación estatal, régimen del cual se encontraban excluidos los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios según los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994.

Dice que teniendo en cuenta que los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, tal como lo era la demandada E.P.M. se regían por el derecho privado, debían liquidarse bilateralmente y ante la falta de acuerdo entre las

⁶ Folio 1379 del C. No. 1.

⁷ Folios 1383 a 1395 del C. No. 1.

⁸ Folio 1396 del C. No. 1.

⁹ Folio 1464 del C. No. 1.

partes debían liquidarse por el juez del contrato, más no unilateralmente por la Entidad Pública contratante.

Al ser la liquidación unilateral una potestad ajena a los contratos que se rigen por el derecho privado, no pueden las partes en el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad incluir en ellos cláusulas a través de las cuales se faculte a la entidad contratante para ejercer dicha potestad, pues ello iría en contra del ordenamiento jurídico.

Con base en lo anterior declara de oficio la nulidad absoluta del No. 39.6 del pliego de condiciones y de las Resoluciones Nos. 170532 del 3 de abril de 2001 y la No. 220602 del 6 de diciembre de 2001 por objeto ilícito al considerar que en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, no podían las partes facultar a la entidad pública contratante para ejercer una potestad propia de los contratos que se rigen por el Estatuto general de contratación estatal.

Niega la pretensión relativa al restablecimiento del desequilibrio económico producido por la ineficacia de la fórmula de reajuste de precios prevista en el pliego de condiciones por estimar que en el presente asunto el actor no había logrado acreditar que la devaluación del peso colombiano frente al dólar y el alza en los precios de los materiales importados hubiera generado un impacto significativo en los elementos o factores determinantes del precio del contrato, así como tampoco que la fórmula de reajuste prevista en el pliego de condiciones resultaba ineficaz para contrarrestar el incremento de los precios de los materiales.

Agrega que el análisis de precios unitarios presentados por el contratista junto con la reclamación presentada ante la demandada el 13 de febrero de 2001 no resultaba una prueba idónea para demostrar el alegado desequilibrio económico del contrato.

Por otro tanto, niega la pretensión relativa al restablecimiento del desequilibrio económico del contrato ocasionado por la menor facturación en relación con el promedio de trabajo inicialmente programado al estimar que la variación en las órdenes de trabajo y en las cantidades de obra de obra a ejecutar era una circunstancia contemplada desde los pliegos de condiciones del proceso de contratación directa, que el contratista tenía conocimiento de dicha circunstancia desde la presentación de su propuesta conviniendo con la contratante que si por dichas variaciones se afectaba sustancialmente el plazo o el precio del contrato realizarían los ajustes correspondientes, tal como en efecto ocurrió a través de la suscripción de las 4 actas de modificación bilateral.

Por último niega la pretensión relativa al reconocimiento de los intereses moratorios causados por el incumplimiento de la obligación a cargo de la demandada de liquidar el contrato suscrito al estimar que éstos sólo resultaban exigibles una vez ejecutoriada la providencia que ordenara la liquidación judicial y que al no haberse logrado demostrar el alegado desequilibrio económico causado, no procedía el reconocimiento de suma alguna por dicho concepto.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN.

Contra lo así resuelto la demandada Empresas Públicas de Medellín E.S.P. interpuso el recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

Incurrió en equivocación el Tribunal al declarar la nulidad de las Resoluciones Nos. 170532 del 3 de abril de 2001 y la No. 220602 del 6 de diciembre de 2001, pues teniendo en cuenta que con el contrato No. 1104309 se afectaba la prestación de un servicio

público, la E.P.M. sí tenía la facultad no sólo de pactar cláusulas excepcionales, sino de ordenar la liquidación unilateral del contrato según la Resoluciones Nos. 1 de 1995 y la No. 151 de 2001 de la CRA y los artículos 14 y 61 de la Ley 80 de 1993.

Dice que es el mismo artículo 31 de la Ley 142 de 1994 que señala que la Ley 80 de 1993 resulta aplicable a los contratos celebrados por Empresas Prestadoras de Servicios Públicos cuando en éstos se pacte el ejercicio de cláusulas excepcionales y a través del No. 2.36 se estableció el ejercicio de dichas cláusulas en el contrato No. 1104309.

Agrega que sí en el contrato de obra suscrito deben entenderse pactadas las cláusulas excepcionales al derecho común conforme a las Resoluciones Nos. 1 de 1995 y la No. 151 de 2001 de la CRA, con mayor razón debe entenderse incorporada la de liquidación unilateral y que el ejercicio de dicha facultad también se encontraba previsto en el No. 2.37 del pliego de condiciones.

Trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 19 de noviembre de 2015 bajo el radicado No. 2006-02579-01, para luego concluir que no podía el Tribunal declarar la nulidad de los referidos actos administrativos al encontrarse estos ajustados a la Ley y que contrario a lo que éste afirmaba la demandada sí tenía la competencia para ordenar la liquidación unilateral del contrato.

También incurrió en una equivocación el Tribunal al declarar de oficio la nulidad absoluta del numeral 39.6, inexistente en el pliego de condiciones del proceso de contratación directa No. CD-001937 que dio origen al contrato No. 1104309 y no tuvo en cuenta que las reglas para liquidarlo se fijaron en el No. 2.37 el cual se encuentra en firme y frente al cual no efectuó pronunciamiento alguno.

Por último, señala que el Tribunal vulneró el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y 281 del Código General del Proceso y con ello el artículo 29 de la Constitución Política al declarar oficiosamente la nulidad absoluta del numeral 39.6 del pliego de condiciones, pues dicha pretensión no había sido solicitada en la demanda, para lo cual trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 27 de enero de 2016, bajo el radicado No. 33.880.

Con base en lo anterior, el apelante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y que en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda o que en su lugar se emita un fallo inhibitorio.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público guardó silencio en este asunto.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes

VII. CONSIDERACIONES.

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** Régimen jurídico de los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios; **2)** Las potestades excepcionales al derecho común como mecanismos de regulación, control y vigilancia de la prestación de los servicios públicos en ejercicio de la actividad contractual; **3)** La liquidación unilateral del contrato y la

posibilidad de que se pacte su ejercicio en los contratos que se rigen por normas de derecho privado; 4) Los hechos probados; 5) La solución del caso concreto.

1. Régimen jurídico de los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

En lo relativo al régimen jurídico aplicable a las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, ya ésta Subsección había precisado:

“El servicio público “rompe de una manera tan profunda la idea simple del contrato según los postulados del derecho civil, que comienza a sostenerse como verdad jurídica del contrato administrativo la de su desigualdad por naturaleza, esto es, a favor del interés general que implica todo servicio público. Así, el contratista no solo se vincula al cumplimiento de las obligaciones normales y ordinarias de todo contrato, sino también, y de manera especial, al funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, sometido por otra parte a un concreto régimen de exorbitancias en donde la administración goza de poderes y prerrogativas unilaterales para imponerse en la relación negocial. Desde el punto de vista del control, los litigios suscitados con ocasión de estos contratos se someten al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa^{10-11”}.

En cuanto a “los negocios jurídicos y de los actos unilaterales en materia de servicios públicos, se observa una peculiar interrelación normativa y de principios de los llamados derechos público y privado, dentro del contexto de la economía de mercado y la libre competencia. Resulta interesante observar como el legislador en estas materias quebró las profundas barreras existentes entre la concepción intervencionista, que proclamaba estructuras jurídicas rígidas de estricto derecho administrativo y las neoliberales, que abren el proceso a la competencia, para regular los servicios públicos en aspectos tan neurálgicos como los de sus actos y contratos, diseñando un sistema donde lo predominante son las normas del derecho privado, sin abandonar en ciertos aspectos la aplicación de disposiciones y principios ligados al derecho administrativo”¹².

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sub-sección C por “mandato constitucional (artículos 334, 365 y 370), los servicios públicos en Colombia están sujetos al régimen especial que para ellos determine la ley. Ahora bien, debe señalarse que este mandato se refiere a los servicios públicos en general, expresión que sin duda cubre los servicios públicos domiciliarios, en otras palabras, el género incluye la especie¹³. En desarrollo de estos preceptos constitucionales se expidió la Ley 142 de 1994. Se trata entonces de una ley ordinaria que manda al Estado intervenir en los servicios públicos, utilizando los instrumentos a los que hace referencia el artículo 3 de la propia ley, en especial la regulación, la vigilancia y el control de las empresas y de los servicios que ellas prestan. Además, la Ley 142 es una norma especial en materia de servicios públicos domiciliarios y, en consecuencia, su aplicación es preferente respecto de otras leyes, también se trata de una ley que regula íntegramente la materia y, por tanto, deroga todas las disposiciones legales preexistentes que regulen este tema¹⁴. En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994, cabe señalar que se trata de una ley que no sólo se aplica a los servicios públicos domiciliarios; sin embargo, para la Sala resulta claro que, dentro de esos ámbitos de aplicación se encuentra el régimen de las empresas prestadoras de dichos servicios y las actividades que ellas realizan. Es así como el artículo 32 de la mencionada ley establece que, “salvo que la Constitución o la

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La figura del contrato administrativo”, ob., cit. (Original del fallo que se cita).

¹¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

¹² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

¹³ En relación con la especialidad del derecho de los servicios públicos véase CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-066 de 1997 (Original del fallo que se cita).

¹⁴ ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 65-68.

*misma ley dispongan otra cosa, los actos de todas las empresas de servicios públicos, **así como los requeridos para la administración** y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”. (Negrilla propia) Así las cosas, la Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los **actos necesarios para su administración**, en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital 100% público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá este sólo se aplicará de manera excepcional”¹⁵.*

Una aproximación a las bases jurídicas de los servicios públicos domiciliarios “permite concluir sin mayor dificultad la consolidación del derecho privado como la regla general rectora de la actividad de los operadores de los servicios públicos en todo lo relacionado con sus actos y contratos, y a la vez, la proclamación de una regla de excepción, de obvia aplicación restrictiva, sujeta a las disposiciones del derecho administrativo, que rige un pequeño número de contratos relacionados con los servicios públicos y principalmente con aquellas actuaciones tendientes a la producción de actos típicamente administrativos, que dicho sea, constituyen materialmente un ámbito muy restringido en la actividad de las empresas prestatarias de servicios públicos, principalmente en los asuntos que implican relaciones con el usuario y en el desarrollo de procedimientos que conllevan afectaciones al interés general”¹⁶.

Este “contexto de inversión a los postulados tradicionales corresponde indudablemente a una nueva concepción en el manejo de otrora responsabilidades públicas, en lo que ha dado en llamar Gaspar Ariño, el cambio del modelo de Estado como consecuencia de las transformaciones profundas en los procesos económicos y sociales, que consolidan un sistema fundado en la competencia, libre dentro del mercado”¹⁷, que indudablemente influyen y determinan los fenómenos jurídicos propios del servicio público, en especial el tema de los contratos y de las actuaciones unilaterales que puedan darse en su prestación”¹⁸¹⁹.

Los “desarrollos normativos de las Leyes 142 y 143 ambas de 1994, conforme a las previsiones constitucionales de los artículos 333, 334, 336 y 365 a 370, implicaron definitivamente un abandono a la regla general de la legalidad aplicable a los negocios jurídicos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos, en la medida que trajeron un rompimiento de la dogmática tradicional del derecho administrativo, creando

¹⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 13 de abril de 2011, expediente 37423 (Original del fallo que se cita).

¹⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

¹⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar (e tal), *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1997, pp.19 ss (Original del fallo que se cita).

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de septiembre 23 de 1997, expediente S-701. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado ha resumido todo el problema del régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos en los siguientes términos: “[...] los esquemas clásicos: derecho público igual jurisdicción administrativa y derecho privado igual jurisdicción ordinaria, han perdido fuerza en nuestro sistema, tal como se infiere de la interpretación, entre otras, de las Leyes 80 de 1993 y 142 de 1994. En conclusión: a) Los actos y contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria...c) Así mismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulado en los artículos 128 y ss y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las comisiones de regulación, en las cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción administrativa (artículo 31 inciso 2), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas...e) Los contratos especiales enunciados en el artículo 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el artículo 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa [...]”(Original del fallo que se cita).

¹⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

en su reemplazo una base jurídica, particular y especial, conformada a partir de la aplicación del derecho privado para atender las exigencias de la vida económica sustentadora de los servicios públicos²⁰ (Resaltado por fuera del texto).

En este sentido, “puede sostenerse que el ordenamiento jurídico ha respondido a la nueva concepción del servicio público creando un sistema jurídico sumido en los principios y reglas del derecho civil y comercial, que destacan la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, de iniciativa, de empresa y de competencia, donde se sanciona la competencia desleal y cualquier acto que perturbe el libre tráfico jurídico de la competencia, tanto en el comercio interno, como en el internacional, en este último, imponiendo sanciones para el dumping y las subvenciones. Se pretende evitar que las prácticas desleales perturben el orden que debe reinar en el mercado,

²⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

en el cual debe triunfar el mejor, quien ofrezca mejores bienes y servicios, porque exige un interés general en la prevalencia de ese orden^{21,22}.

De "la lectura de los artículos, 2, 30, 31, 32, 33 y 39 de la Ley 142 de 1994, se deduce sin mayores dificultades esta novedosa realidad jurídica de interrelación entre cláusulas propias de supuestos ordenamientos disímiles, según las ópticas jurídicas tradicionales. Conforme a esta relación jurídica, se deduce una especie de regla general en cuanto al régimen aplicable a los contratos

²¹ Este problema ya había sido resuelto por la Corte Constitucional, incluso con anterioridad a la claridad legislativa que hoy nos brinda la Ley 689 de 2001, al respecto señalo la corporación en la sentencia 066 de 1997 lo siguiente: En efecto, pretende la ley objeto de control someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. No es otro el objetivo del envío que el artículo 31 de la ley 142 de 1994 hace, en tratándose de contratos celebrados por dichas empresas, al párrafo 1° del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la primera ley citada disponga otra cosa. En igual forma y directamente, el artículo 32 de la misma ley deja en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan lo contrario, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas...Pero independientemente de la anterior discusión doctrinal sobre qué debe ser objeto de normas del derecho público o del derecho privado, considera la Corte que esa sola apreciación no puede constituir base suficiente para declarar la inexecutable del régimen establecido por el legislador para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en vista de que la norma constitucional que los organiza no lo determina expresa y menos privativamente. Al respecto, simplemente el Constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas, etc. Luego, el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la ley 142 y entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad Superior...Tampoco desbordó el legislador la competencia dada por el Constituyente para expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública, toda vez que el régimen de contratos organizado en la ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios que pueden ser prestados bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, etc. (ver artículo 15 de la ley). Entonces, la ley 80 de 1993 no podía cubrir a todas las personas en posibilidad de prestar los servicios públicos domiciliarios, por ello fue necesario dictar una reglamentación especial sobre la materia y ésta nada tiene que ver con el inciso final del artículo 150 de la Carta, sino con los artículos 365 y 367 de la misma, directos depositantes de tal facultad en el legislador. Lo dicho anteriormente sirva para destruir el argumento que pretende la inconstitucionalidad de las normas objeto de control por violación del artículo 333 de la Constitución, pues si bien éste guarda relación con el tema tratado en tanto se refiere a la iniciativa privada, libre competencia económica, no abuso de posiciones dominantes y alcance de la libertad de empresa frente al interés social y el ambiente, se reitera que, por razón de su especialidad, la constitucionalidad de tales tópicos debe examinarse a la luz de los artículos 365 y siguientes arriba enunciados, relativos a los servicios públicos y particularmente a los domiciliarios, y no tanto a otros con incidencia tangencial, no obstante el control de constitucionalidad integral que a esta Corte compete. Más cuando el artículo 333 citado no constituye un catálogo de cuanto los particulares pueden o no hacer, para que sea razonable la interpretación dada por el actor. Así mismo, lo relativo a la posibilidad de que las Comisiones de Regulación, de acuerdo con los artículos 31 y 35 de la ley 142 de 1994, determinen de manera general la inclusión facultativa u obligatoria de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos y la celebración de licitaciones públicas u otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes, cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios requieran bienes o servicios provistos por terceros. Dice el actor que tales disposiciones son inconstitucionales, pues "el legislador de la ley 142 de 1994 le creó al Presidente de la República, para que la ejerciera a través de las Comisiones de Regulación, una COMPETENCIA para, so pretexto de ejercer "el control, la inspección y vigilancia" de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, REGLAMENTAR la GESTION CONTRACTUAL en dichas entidades. Sin embargo, ni expresa ni tácitamente dicha COMPETENCIA encuentra asidero en el artículo 370 de la Constitución Política". En verdad, tal competencia no la dispone expresamente el artículo 370 Superior, pero en parte alguna la Constitución prohíbe que las Comisiones de Regulación dicten normas de carácter general que, no obstante no ser leyes, puedan constituir el parámetro objetivo por el actor reclamado. Así, teniendo en cuenta que las Comisiones de Regulación derivaron esa competencia directamente de la ley y ésta fue facultada por los artículos 365 y 367 de la Constitución para organizar lo relativo a los servicios públicos en general, y a los domiciliarios en particular, lo cual incluye, desde luego, la posibilidad de desarrollar dentro del marco legal lo referente a los contratos de manera independiente de la ley 80 de 1993, como tantas veces se ha sostenido en este pronunciamiento, no es admisible el cargo imputado por el actor, en razón a que no existe el traslado de competencias del legislador al Presidente de la República, sino que se trata, se repite, de una facultad atribuida por el legislador directamente a las Comisiones de Regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y en la ley (Original del fallo que se cita).

²² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

de las empresas de servicios públicos domiciliarios, según la cual están sujetos al derecho privado, no obstante que por excepción en casos precisamente determinados por la misma Ley 142 de 1994, se rigen por el derecho administrativo^{23,24}

*La “insistencia del legislador en remitir la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos al derecho privado tiene sus fundamentos ideológicos en la ruptura del Estado intervencionista y en la consolidación de las economías de mercado. Para el legislador, las empresas de servicios públicos deben actuar en el tráfico jurídico ordinario, como unos sujetos más del mercado. Precisamente en el artículo 30 de la Ley de Servicios Públicos se establece que: “[...] Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar, en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución política [...]”. Esto es, de manera directa y sin complejos ideológicos frente al derecho administrativo y la sustantividad del contrato del Estado, se instituye al derecho privado como la legalidad aplicable por estas entidades prestadoras de servicios públicos, dentro de una clara y definitiva política de acatamiento a las directrices neoliberal, que tradicionalmente se hacen acompañar de este ordenamiento jurídico por ser el propio y natural de la iniciativa privada y la libertad de negociación en el mercado*²⁵.

*Conforme con “la redacción del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones introducidas por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, salvo en los casos en que la Ley de Servicios Públicos disponga otra cosa, como ocurre en los eventos en que las Comisiones de Regulación hagan obligatoria la inclusión de cláusulas de excepción o exorbitantes en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos domiciliarios y en los eventos en que por solicitud de éstas se incluyan en todos los demás*²⁶.

Cuando la inclusión “sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetas al control de la jurisdicción contencioso administrativa, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1150 de

²³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de abril 20 de 2005, expediente 23835. Esta posición doctrinal ha sido históricamente reiterada y aún hoy se mantiene intacta como una verdad incontrovertible que genera seguridad jurídica y que no puede ser desconocida por ningún operador o interprete de las normas sobre servicios públicos domiciliarios. Precisamente en reciente providencia del H. Consejo de Estado se indicó sobre este tema lo siguiente: “La anterior cita muestra como la Ley 142 de 1994 previó situaciones específicas, sobre casos en los cuales el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública era aplicable a los contratos de empresas de servicios públicos, no sin antes advertir que la generalidad de la norma, es que la Ley 80 de 1993 no es aplicable a las empresas estatales que presten servicios públicos. Al tomar en conjunto los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, se tiene que existe una regla general sobre las normas aplicables a las empresas de servicios públicos, seguida por unas excepciones a la regla, las cuales se encuentran diseminadas en otras disposiciones de la Ley 142. Para una mejor comprensión de lo expuesto, se observa que: La regla general indica que los actos y contratos de las empresas de servicio público -incluido su constitución- se someterán a las reglas de derecho privado (Art. 32), sin importar que las mismas sean de carácter público (Art. 31 Inc. 1°). la excepción a la regla general se inicia con la posibilidad de incluir forzosamente cláusulas exorbitantes en los contratos celebrados por cualquier empresa de servicios públicos (Art. 31 Inc. 2°). Otras excepciones a la regla se encuentran diseminadas a lo largo de la Ley 142 (Arts. 39, 44.4, 154 entre otros) La sola interpretación sistemática de las normas en mención, arroja la solución legal al problema de competencia sometido a la consideración de la Sala, pues se entiende que la generalidad de las normas aplicables al tipo de contrato demandado, son las reglas de derecho privado” (Original del fallo que se cita).

²⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

²⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

²⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

2007, cuya comprensión implica que el no someterse al Estatuto mencionado implica que en el desarrollo de la actividad contractual por las empresas que prestan servicios públicos deben observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal según los mandatos constitucionales de los artículos 209 y 267 de la Carta Política, así como los mandatos convencionales tanto sustanciales de la Convención Americana de Derechos Humanos [en especial la garantía efectiva de los derechos –artículo 1-; a la protección de la vida –artículo 4.1-; a la protección de la integridad personal –artículo 5.1-; a la igualdad ante la ley –artículo 24.; y, a la protección o garantía judicial efectiva –artículo 25-], como aquellos en los que se afecte a las personas o colectividades por virtud del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales –Protocolo de San Salvador-, [especialmente cuando se trata de la protección eficaz de los derechos a la salud –artículo 10- y a un medio ambiente sano –artículo 11- que puedan resultar vulnerados con ocasión de la prestación, no prestación o deficiente prestación de los servicios públicos]²⁷.

Es de advertir, “que cuando esta norma tuvo vigencia en los términos iniciales de la ley 142 de 1994, siempre se consideró que estaba mal redactada. Sin embargo, por fuera de esta consideración, lo único que se podía concluir de la remisión que el artículo 31 original de la ley 142 de 1994 hacía al parágrafo primero del artículo 32 de la ley 80 de 1993, es que se reiteraba que el régimen jurídico de las empresas que tenían por objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios, no podía ser otro que el derecho privado. Así lo entendía el Consejo de Estado al aplicar esta norma cuando era procedente^{28,29}”

Ahora bien, la remisión anteriormente mencionada “fue expresamente modificada por la ley 689 de 2001, la cual constituye sin mayores dubitaciones la regla aplicable frente a cualquier aproximación jurídica al tema que nos ocupa, e impide que el intérprete del régimen jurídico en cuestión haga afirmaciones, aplicaciones o remisiones de normatividades extrañas como la de la ley 80 de 1993 para hacer juicios de legalidad de la conducta de los actores de la contratación dentro de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Desde el 31 de agosto de 2001, día en que fue publicada en el diario oficial 44537 la ley 689 de ese año, entró a regir un marco jurídico específico y preferente para los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se caracteriza en su artículo 3, al modificar el 31 de la Ley 142 de 1994, por excluir expresamente, como regla general, de cualquier aplicación a la ley de la contratación pública del Estado³⁰”.

²⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de junio 10 de 2004., expediente 24764. “A pesar de que la ley 80 enmarcó los contratos en una sola categoría, en el parágrafo 1º del art. 32 determina que los contratos de los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que “correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social” no están sujetos a las disposiciones de ese régimen de contratación y “se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”. Sobre esa disposición, la sala plena de esta corporación señaló que los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal “no sólo no serán estatales en los términos del estatuto general de contratación pública, sino que sus conflictos no deberán dirimirse por la jurisdicción administrativa cuando actúen bajo la forma de establecimiento de crédito, compañía de seguros o de entidad financiera y siempre que el objeto del contrato corresponda al giro ordinario de su actividad propia. Esos contratos estarán así regulados por las normas legales aplicables a la actividad financiera de crédito o seguros, como, por ejemplo, el estatuto orgánico del sistema financiero, el código de comercio, el código civil, etc. El juez será el ordinario civil, que es el natural de la clase de conflictos originados en contratos propios de esas actividades” (Original del fallo que se cita).

²⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

³⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

Según “la ley 689 de 2001 en la nueva redacción del artículo 31 de la 142 de 1994 que “[...] 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 la contratación de la administración pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa [...]”.³¹³²

Se relaciona, también, “por el legislador como otra excepción a la regla general enunciada en los casos de contratos celebrados por los entes territoriales con las empresas de servicios públicos, con el objeto de que éstas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, casos éstos en donde se aplicarán integralmente las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Es más, el legislador insiste en que para efectos del principio de transparencia, la selección del contratista en estos eventos deberá siempre realizarse previa licitación pública, de conformidad con el estatuto de la contratación pública del Estado. Así mismo en el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones introducidas por la Ley 689 de 2001, se prevé otra clara excepción al excluir de la aplicación del derecho privado algunos contratos, como los de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, o de acceso al espectro electromagnético³³³⁴.”

Bajo estos presupuestos, resulta claro que en el caso del derecho colombiano de los servicios públicos, el legislador desarrolló un sistema mixto de evidente influencia del derecho privado, principalmente comercial, para regir los contratos de las empresas de servicios públicos, sin negarle espacio, pero a título de excepción al derecho administrativo³⁵, en casos de contratos

³¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 30 de septiembre de 2004, expediente 25453. Sobre la magnitud de este cambio legislativo se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Se advierte que esta ley aclaró la confusión que había con la remisión que el original artículo 31 hacía al parágrafo 1º del art. 32 de la ley 80 de 1993, en cuanto señaló expresamente que los contratos celebrados por las entidades estatales que prestan servicios públicos, no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De otra parte, corrigió la imprecisión en que incurrió el art. 31 de la ley 142, que había sido puesto de presente por esta Sección al señalar que cuando se incluían cláusulas exorbitantes “todo lo relativo a tales cláusulas” se regía, en cuanto fuera pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y “los actos” en los que se ejercitaran esas facultades estaban sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual significaba que sólo se regía por la ley 80 de 1993 y se sometía a la jurisdicción administrativa lo relativo a las cláusulas y los actos en los que se ejercitaran los poderes exorbitantes. Es claro que la ley 689 de 2001 expresamente asigna a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el control de los contratos que contengan cláusulas exorbitantes y el de los contratos que celebren las entidades territoriales con las empresas del sector.” (Original del fallo que se cita).

³² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

³³ Ahora bien, la Superintendencia de Servicios Públicos al ser consultada sobre el régimen de contratación que le es aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, señaló que a estas no les son exigibles las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación Estatal, conforme a lo consagrado en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. Adicionalmente, estableció que “la norma general está representada por la aplicación del régimen de derecho privado, salvo en los casos en que como se dijo anteriormente, en el contrato se dé aplicación a los mecanismos excepcionales previstos en los artículos 31 y 35 de la ley de servicios públicos. Es importante tener en cuenta que, si bien es cierto que el régimen de actos y contratos de las empresas de servicios públicos es de derecho privado salvo las excepciones previstas en la Ley 142 de 1994, ello no significa que en los procesos de contratación que se celebren no deban observarse los principios de transparencia y de libre competencia, ya que conforme lo dispone el artículo 30 ídem, las normas sobre contratos que contiene la Ley 142 de 1994 se interpretarán y aplicarán de acuerdo con los principios del Título Preliminar de la misma, en la forma que mejor garantice la libre competencia de oferentes y que mejor impida los abusos de posición dominante”. SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. Concepto jurídico No.624 de octubre 8 de 2010, en [www.superservicios.gov.co] (Original del fallo que se cita).

³⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

³⁵ Por otra parte, si bien es cierto que en los contratos de prestación de servicios domiciliarios celebrados por la administración y regidos sólo por el derecho privado, “no se cuestiona la posibilidad de que las partes pacten la cláusula de multas o la cláusula penal, dado que tales estipulaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad son de uso común y válidas en dicho régimen, no lo es menos que la administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como

*considerados como de tradicional estirpe pública, en cuanto implican ejercicio de poder concedente para el desarrollo de actividades de servicios sin que el Estado se desprenda del privilegio sobre los mismos, admitiendo tan sólo su gestión por la iniciativa particular(...)*³⁶.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la ahora accionada Empresas Públicas de Medellín E.S.P., es una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, al tramitar, celebrar, perfeccionar, ejecutar y liquidar contratos en cumplimiento de sus finalidades deberá sujetarse a lo previsto en el régimen de derecho privado para los negocios jurídicos celebrados entre particulares, esto es, a la disposiciones mercantiles y civiles que fueren pertinentes al igual que a los principios del derecho privado que no resulten incompatibles con los presupuestos básicos del interés general que dicha contratación entraña.

Si bien fue el mismo legislador quién por medio del artículo 32 de la ley 142 de 1994 dispuso que las Empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en ejercicio de su actividad contractual se sujetarían a un régimen especial, y que éste sería el previsto en el derecho privado, éstas disposiciones no modifican su naturaleza de entidades estatales, que como tal deben sujetar el ejercicio de sus funciones a los principios que rigen la función pública administrativa en los términos del artículo 209 constitucional, al igual que a los principios generales de la contratación estatal y del contrato.

En éste sentido, los procesos de contratación y los contratos celebrados por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios no se encuentran desligados de principios vitales tales como los de transparencia, selección objetiva, legalidad, conmutatividad, sujeción a la economía del mercado, buena fe objetiva, interés general, planeación, estructuración conforme a los intereses generales de la colectividad, y en fin, a todos aquellos que consoliden el interés general que es inherente a dicha contratación, lo anterior por supuesto, sin desconocer las disposiciones que de manera especial regulan su actividad previstas en la Ley 142 de 1994^{37 38}

ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994”. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 15 de noviembre de 2011, Exp: 21.178 (Original del fallo que se cita).

³⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1º de julio de 2015, Exp. 37.197.

³⁷ “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.

³⁸ Postura predicable igualmente para las Universidades Públicas, entidades frente a las cuales ya la Subsección C de la Sección Tercera de ésta Corporación, mediante sentencia proferida el 29 de abril de 2015 bajo el Radicado No. 33.244 había señalado “Así que entonces, es claro que el régimen contractual previsto para las universidades estatales y las instituciones educativas de nivel superior de carácter estatal u oficial es un régimen especial, pues al tramitar, celebrar, perfeccionar, ejecutar y liquidar contratos, en cumplimiento de sus finalidades, deberán sujetarse a lo previsto en el régimen de Derecho privado para los negocios jurídicos celebrados entre particulares, esto es a la disposiciones mercantiles y civiles que fueren pertinentes al igual que a los principios del derecho privado que no resulten incompatibles con los presupuestos básicos del interés general que dicha contratación entraña (...) Ahora, si bien la misma ley dispuso que las universidades en ejercicio de su actividad contractual se sujetarían a un régimen especial, y que éste sería el previsto en el derecho privado, éstas disposiciones no modifican su naturaleza de entidades estatales, que como tal deben sujetar el ejercicio de sus funciones a los principios que rigen la función pública administrativa en los términos del artículo 209 constitucional y 13 de la Ley 1150 de 2007, al igual que a los principios generales de la contratación estatal y del contrato, los cuales deberán quedar reflejados en todos sus actos y decisiones de naturaleza previa a la celebración del contrato mismo, su adjudicación, perfeccionamiento, ejecución y liquidación(...) En éste sentido, los procesos de contratación y los contratos de las universidades públicas, no están desligados de principios vitales tales como los de transparencia, selección objetiva, legalidad, conmutatividad, sujeción a la economía del mercado, buena fe objetiva, interés general, planeación, estructuración conforme a los intereses generales de la colectividad, y en fin, a todos aquellos que consoliden el interés general que es inherente a dicha contratación, sin que por ello se desconozcan o se mengüen los intereses subjetivos de los proponentes y contratistas que colaboran con el cumplimiento de los propósitos y las finalidades para los cuales han sido instituidas las universidades y entidades educativas en la Ley 30 de 1992”.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la sujeción de las Empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios al régimen de derecho privado en ejercicio de su actividad contractual, no modifica su naturaleza de entidades públicas, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es competente para asumir el conocimiento de las controversias que surjan en ejercicio de dicha actividad, ello de conformidad con lo previsto en el inciso 1º del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

2. Las potestades excepcionales al derecho común como mecanismos de regulación, control y vigilancia de la prestación de los servicios públicos en ejercicio de la actividad contractual.

Ya en anteriores oportunidades se había resaltado que según los artículos 2º, 209 de la Constitución Política, el Estado tiene como fines esenciales, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan³⁹; que la función administrativa ésta al servicio de los intereses generales y que se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad⁴⁰.

Por su parte, el artículo 365 de la misma Carta Política dispone que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del estado, que es su deber asegurar que su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional y que podrán ser prestados por éste directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares^{41 42} y que *“en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”*

Pues bien, de las normas referidas se encuentra que la actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados, a la promoción y prevalencia de los intereses generales y a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política y, de otro, a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Esta preceptiva superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al disponer que *“los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”*⁴³

De otro lado la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad, sometimiento

³⁹ Artículo 2º de la Constitución Política.

⁴⁰ Artículo 365 de la Constitución Política.

⁴¹ Artículo 365 de la Constitución Política.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 8 de agosto de 2012, Exp. 23.358.

⁴³ Esta es la redacción con que quedó la norma después de la modificación que le introdujo el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

a las leyes nacionales y la reversión consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley⁴⁴

Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que el contrato estatal se constituye en un instrumento de la administración para la satisfacción de las finalidades estatales, pues por medio de éste el Estado persigue la adecuada prestación de los servicios públicos en colaboración con el contratista y que para garantizar ello puede ejercer las denominadas potestades excepcionales al derecho común.

Estas facultades se entienden incorporadas en la mayoría de los contratos estatales y se encuentran catalogadas por la Ley 80 de 1993 como poderes excepcionales al derecho común.

El que sean poderes excepcionales al derecho común significa que a la administración se le conceden una serie de potestades que rompen con la posición simétrica que en principio debe tener cada parte dentro de un contrato y que, por consiguiente, la entidad estatal se coloca contractualmente en una situación de privilegio ya que sólo ella tiene el correspondiente poder especial y sólo ella puede usarlo legítimamente.

Y es que si la razón de ser de la concesión de ese poder excepcional es propender por la efectiva prestación del servicio público mediante la ejecución del objeto contractual y si ese poder rompe con la posición simétrica que en principio debe existir entre las partes del contrato, resulta obvio que esos poderes solamente los tiene la entidad estatal y nunca el contratista, salvo ciertos casos excepcionales.

De otra manera, si los tuvieran ambas partes, es decir la entidad estatal y el contratista, no habría rompimiento alguno de la simetría posicional de las partes dentro del contrato, aspecto este que es de la esencia de las cláusulas excepcionales, y por esa vía finalmente también se llegaría a la satisfacción del interés individual del contratista sin que contara el interés general que es el que debe prevalecer.

Y si sólo los tuviera el contratista habría ciertamente un rompimiento de la simetría posicional de las partes contractuales pero definitivamente en el sólo y exclusivo beneficio del interés individual del contratista lo que sería ilegal por ser esto contrario a la satisfacción del interés general.

Así que entonces, en resumen, las potestades excepcionales al derecho común sólo la tiene la administración y nunca el contratista, sin perder de vista que dichas facultades sólo pueden ejercerse por aquella en la forma, por los motivos y para los fines expresamente señalados en la ley y sin perjuicio de los derechos del colaborador de la administración.

No obstante lo anterior y en tratándose de contratos que se rigen por las normas del derecho privado, nada impide que las partes en ejercicio del principio de la autonomía dispositiva o negocial, puedan pactar el ejercicio de facultades que no sean de aquellas que impliquen el ejercicio de una potestad que la ley considera excepcional, como por ejemplo la facultad de liquidar unilateralmente el contrato, la cual definitivamente no es una de aquellas enlistada en los artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

3. La liquidación del contrato y la posibilidad de que se pacte el ejercicio de la liquidación unilateral en los contratos que se rigen por normas de derecho privado.

⁴⁴ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tesis Doctoral. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net./10016/8339>.

La liquidación de los contratos estatales se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato⁴⁵, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuanto, lo que puede hacerse por las partes de común acuerdo, por la administración unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para “*dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial*”⁴⁶

Por su parte la liquidación unilateral es una actuación administrativa posterior a la terminación normal o anormal del contrato que se materializa en un acto administrativo motivado, mediante el cual la administración decide unilateralmente realizar el balance final o corte final de las cuentas del contrato estatal ya terminado, precisando quién le debe a quien y cuanto y que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ya sea porque el contratista no se presentó a ésta o porque las partes no llegaron a un acuerdo sobre las cuentas a finiquitar⁴⁷.

De ésta forma, se entiende que la liquidación unilateral del contrato es de carácter subsidiario, pues sólo resulta procedente en tanto no se haya podido llevar a cabo la liquidación bilateral.

Teniendo en cuenta que la liquidación de los contratos se encuentra regulada por los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, se entiende que la liquidación unilateral del contrato si bien es una facultad legal, no es de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común, ya que la Ley 80 no la enlista como tal en sus artículos 14 y siguientes que se refieren al ejercicio de dichas potestades.

Ahora bien, si se entiende que la liquidación unilateral no es de aquellas que la Ley enlista como potestades o facultades al derecho común, nada impide que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, tal como lo son los contratos celebrados por Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, las partes en ejercicio de la autonomía dispositiva o negocial puedan convenir su ejercicio, siempre y cuando dicha estipulación no vaya en contra de normas imperativas, no se encuentre expresamente prohibida por la Ley y, por supuesto, que con su ejercicio no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales.

Con otras palabras, resulta totalmente válido que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, las partes convengan que ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, siempre y cuando que esa posibilidad haya sido prevista y autorizada dentro del pliego de condiciones o acordada en el mismo contrato, que no vaya en contra de normas de carácter imperativo⁴⁸, y que no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales.

Luego, si lo que ocurre es que en un contrato celebrado por una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, que se rige por normas de derecho privado, las partes convienen que ante la falta de acuerdo la entidad lo liquide unilateralmente, esa estipulación es válida,

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp. 16.293.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 15.239.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 17 de octubre de 2012, Expediente: 22.220.

así como también los diferentes actos que se expidan para hacerlo, siempre y cuando que no exista norma que lo prohíba y no afecte la prestación del servicio público o el interés general.

5. Los hechos probados.

En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación se encuentra demostrado que en diciembre de 1998 la demandada dio apertura al proceso de contratación directa No. CD-0001937 con el objeto de contratar el cambio de medidores y tapas para las cajas de medidores, el corte y la reinstalación de acometidas de acueducto y la construcción de acometidas de acueducto y alcantarillado en las diferentes zonas atendidas por el sistema de acueducto de E.P.M. Grupo 3 (Zona sur).

Por medio del No. 2.37 se señaló:

“2.37 LIQUIDACIÓN UNILATERAL.

Si no hubiere acuerdo para liquidar el contrato o el Contratista no se presenta, dentro del término establecido en el numeral 2.25.1, de ciento veinte (120) días calendario, la respectiva liquidación se hará unilateralmente por parte de Las Empresas” (Fol. 34 vto. del C. No. 1.)

También se encuentra demostrado que el 16 de marzo de 1999 se celebró entre el demandante y la demandada, por el sistema de precios unitarios fijos el contrato No. 1104309, en el cual se reprodujo el objeto de la contratación directa (Fols. 275 a 277 del C. No. 1).

Si bien nada se dijo en el contrato respecto de la liquidación del contrato, a través de la cláusula sexta las partes convinieron:

“SEXTA: Aplicación del Pliego de Condiciones. Todos los numerales de las Condiciones Especiales del Contrato incluidas en el pliego de condiciones y especificaciones, la adenda 1, al igual que la propuesta y las normas de la ley 142 de 1994, del decreto 118 del 1º de octubre de 1998 de Las Empresas Públicas de Medellín y la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, en cuanto le sean aplicables en un caso determinado” (Fol. 277 del C. No. 1).

Por medio del Oficio No. 964757 del 24 de agosto de 2001 el demandado requirió al accionante para que acudiera a una reunión el 30 de agosto de 2001 con el objeto de fijar las condiciones de terminación del contrato (Fol. 910 del C. No. 1) y a través del Oficio del 31 de agosto de 2001 le otorgó un término de dos (2) días para que aprobara la solicitud de terminación bilateral del contrato (Fols. 911 a 912 del C. No. 1).

Ante la negativa del contratista de aceptar las condiciones de liquidación bilateral del contrato ante el no reconocimiento de la Entidad del presunto desequilibrio económico del contrato presuntamente producido, por medio del Oficio No. 968925 del 17 de septiembre de 2001 le presentó una nueva propuesta de liquidación bilateral del contrato, advirtiéndole que ante la negativa de aceptarla E.P.M. no estaría dispuesta a prorrogar nuevamente el Contrato (Fols. 914 y 915 del C. No. 1).

A Través del Oficio No. 916644 del 21 de noviembre de 2000 la demandada remitió un borrador de la liquidación del contrato para la firma del contratista, quién se negó a firmarlo presentado una nueva solicitud de reconocimiento del desequilibrio económico del contrato, tal como se lee en la Resolución No. 170531 del 23 de abril de 2001.

Por medio de la Resolución No. 170531 del 23 de abril de 2001 se ordenó la liquidación unilateral del contrato sin incluir el reconocimiento de los perjuicios derivados del desequilibrio económico del contrato (Fols. 916 a 918 del C. No.1), la cual se notificó sólo hasta el 10 de agosto de 2001(Fol. 919 del C. No. 1).

Contra dicha decisión se instauró el recurso de reposición el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 220602 del 6 de diciembre de 2001 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes (Fols. 228 a 234 del C. No. 1).

6. La solución del caso concreto.

Pues bien, de las probanzas arrojadas y que atrás se reseñaron, se encuentra demostrado que a través del numeral 2.37 del pliego de condiciones del proceso de contratación directa No. CD-0001937, se previó la posibilidad de que se pactara en el contrato que la entidad podía ejercer la facultad de liquidación unilateral, ante la falta de acuerdo entre ellas para hacerlo bilateralmente.

También se encuentra demostrado que las partes a través de la cláusula sexta del contrato convinieron que todas las estipulaciones contenidas en el pliego de condiciones harían parte integral del contrato, que la ahora demandada requirió al accionante en diversas oportunidades para que fijara los términos de la liquidación bilateral y firmara el acta respectiva, sin que éste lo hubiera hecho, razón por la cual la accionada procedió a expedir las Resoluciones que ahora se impugnan.

Así las cosas, bajo el entendido de que la liquidación unilateral es una facultad que no implica el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común, resultaba totalmente válido que las partes, en ejercicio de su autonomía dispositiva o negocial, estipularan que la ahora demandada podía proceder a liquidarlo unilateralmente, ante la falta de acuerdo para hacerlo bilateralmente, pues tal acuerdo no transgredía normas de carácter imperativo y no se afectó la prestación del servicio público objeto del contrato.

Con otras palabras, teniendo en cuenta que el ejercicio de la facultad de liquidación unilateral por parte de la entidad, podía convenirse en desarrollo del postulado de la autonomía dispositiva o negocial, que además se previó en el contrato y que dicha estipulación no comporta la transgresión de una norma imperativa, es conclusión obligada que no son nulas previsiones en ese sentido del pliego de condiciones, ni las similares del contrato, ni las resoluciones que con ese fundamento se expidieron.

Por último, es de precisar que si bien el funcionario judicial sí ostenta la competencia para declarar de oficio, total o parcialmente, la nulidad absoluta de los negocios jurídicos, siempre y cuando esté plenamente demostrada y se encuentren presentes en el proceso las partes que lo celebraron, o sus causahabientes, en el presente asunto no resultaba procedente declarar de oficio la nulidad absoluta porque era válida ya que había sido pactada, no contrariaba norma imperativa ni afectaba la prestación del servicio.

Luego, como así no lo vio ni lo decidió el Tribunal de primera instancia, lo que se impone es la revocatoria de los numerales Primero y Segundo de la parte resolutive de la sentencia impugnada y la confirmación de los demás.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales Primero y Segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, por las razones expuestas en ésta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR los restantes numerales de la parte resolutive de la sentencia apelada.

TERCERO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Aclaró voto

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

Salvó de voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente de la Subsección C