

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO / DERECHO PRIVADO / NORMATIVIDAD DEL CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL MUNICIPAL / CLÁUSULA EXCEPCIONAL / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN

[L]os contratos de prestación de servicios públicos celebrados por una empresa de servicios públicos domiciliarios están regidos por las normas del derecho privado, conclusión a la cual se llega dado el régimen especial al que se halla sujeta esta clase de negocios jurídicos, como se explica a continuación. La Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, vigente en el momento en que se celebró el contrato (...) de 1997, reguló, en el Título II, el régimen de actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos y, en el artículo 31 estableció que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se rigen por el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esto es, por el derecho privado, salvo que en la misma ley se dispusiera otra cosa. Así, el artículo 39 de la Ley 142 de 1994 dispuso que los contratos especiales que se celebren para la gestión de servicios públicos se regirán por el derecho privado, excepto el contrato especial de concesión para el uso de los recursos naturales o del medio ambiente. (...) Así las cosas, se tiene que el contrato de prestación del servicio de aseo integral (...) de 1997, fue celebrado por una empresa industrial y comercial del Estado del nivel municipal, constituida como empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, que por lo tanto, está sometido a las normas del derecho privado, sin perjuicio de las cláusulas excepcionales autorizadas por el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y la Resolución 01 del 18 de mayo de 1995, cuya regulación está contenida en el Estatuto General de la Contratación Pública –Ley 80 de 1993-.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 31 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 32 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 39

EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / EQUILIBRIO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / REVISIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO / SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONDICIONES ECONÓMICAS / FACULTADES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO

[A] los contratos estatales regidos por el derecho privado les son aplicables las normas civiles y comerciales y en tal sentido lo concerniente a la equivalencia de las prestaciones contractuales se encuentra regulado expresamente en el artículo 868 del Código de Comercio. (...) En este punto, cabe precisar que la referida disposición legal en los contratos estatales regidos por el derecho privado, tiene un alcance diferente al previsto en los contratos celebrados entre particulares bajo el régimen civil o mercantil. En efecto, el derecho privado, cuando el contrato está en ejecución, la parte afectada con el advenimiento de alguna circunstancia imprevisible y extraordinaria puede solicitar su revisión, siempre y cuando se abstenga de cumplir la prestación económica alterada hasta que el juez del contrato lo revise, ya que, de lo contrario, esto es, de haberse satisfecho, se parte del supuesto de que el afectado asumió los efectos nocivos de su ocurrencia y,

por tanto, ya no habría nada que revisar y sobre lo cual regresar o volver. Por el contrario, en los contratos celebrados por las entidades estatales, sea que se rijan por normas de derecho público o de derecho privado, en ellos prima su finalidad encaminada directa o indirectamente a la satisfacción del interés general, razón por la cual no se puede suspender su ejecución ante la ocurrencia de una circunstancia imprevista que impacte negativamente su economía, hasta que se revise el contrato por el juez; por lo tanto, la aplicación del artículo 868 del Código de Comercio en este ámbito tiene un alcance diferente y, con fundamento en dicha norma, en el contrato estatal regido por normas de derecho privado, las partes pueden solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato aunque la ejecución de este haya terminado. Bajo este contexto, para el caso que nos ocupa, el artículo 868 del Código de Comercio autorizó al juez para revisar si las condiciones económicas que las partes tuvieron en cuenta al momento de celebrar el contrato se vieron alteradas durante su ejecución por factores sobrevinientes, extraordinarios, imprevistos o imprevisibles que hubieren hecho excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes, con el objeto de reestablecer el equilibrio del mismo.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 868

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / EQUILIBRIO DEL CONTRATO ESTATAL

Las condiciones de la teoría de la imprevisión han sido desarrolladas por la jurisprudencia, en la cual se han estudiado los requisitos de procedencia que se concretan en: (i) que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva; (ii) que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles posteriores a la celebración del contrato; (iii) que esas circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa; y (iv) que el acontecimiento resulte ser ajeno a la voluntad de las partes. Así entonces, es palmario que el hecho que se alega como causa de ruptura del equilibrio financiero del contrato debe ser exógeno y posterior al contrato, ostentar carácter de imprevisto e imprevisible y que no sea imputable a ninguna de las partes, al tiempo que deberá tratarse de un hecho que haya generado una afectación grave, anormal y desproporcionada, de la equivalencia de cargas y prestaciones propias del negocio jurídico concreto. En conclusión, en el proceso sub examine se debe analizar con fundamento en la teoría de la imprevisión dispuesta en el Código de Comercio, si durante la ejecución del contrato surgieron causas extraordinarias y no imputables a las partes que hayan generado una excesiva onerosidad, y si los hechos aducidos por el demandante corresponden a eventos imprevistos e imprevisibles que, como lo afirmó, afectaron gravemente la ecuación contractual.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la aplicación de la teoría de la imprevisión en casos como el presente, ver: Ver, entre otras, la sentencia de 16 de mayo de 2019, exp. 43306, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

EQUILIBRIO DEL CONTRATO ESTATAL / EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL /

RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO

[S]e observa que la jurisprudencia se ha encargado de distinguir entre la figura del equilibrio económico del contrato y el incumplimiento contractual, pues al paso que la primera tiene como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo, para lo cual incluso se autoriza a las entidades contratantes para que, en sede administrativa, adopten los mecanismos encaminados a preservar esas condiciones y la dotó de instrumentos útiles tendientes a lograrlo, tales como la aplicación de los mecanismos de ajuste, actualización y revisión de precios, cuya materialización podrá efectuarse directamente por la Administración, en el caso del incumplimiento contractual la reclamación se ubica en el ámbito de la responsabilidad (...) Diferencia que adquiere relevancia en la medida en que el restablecimiento de la ecuación contractual conducirá al reconocimiento de los mayores costos que haya afrontado la parte afectada con su quebrantamiento, mientras que el incumplimiento contractual implica el derecho a la indemnización integral de perjuicios.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de agosto de 2013, expediente 22947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

PLIEGO DE CONDICIONES / CONFIGURACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES / CONTENIDO DE PLIEGO DE CONDICIONES / FACULTADES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO / TARIFA / TARIFA DE ASEO / OBLIGACIONES DEL PROPONENTE / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL

[L]a Comisión de Regulación tiene las siguientes funciones, a saber: (i) define las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada y, (ii) establece los topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas de servicios públicos. Así las cosas, la modalidad de servicio público ordinario de aseo se encuentra sometido al régimen de libertad regulada de tarifas, de tal manera que su fijación es realizada por la entidad tarifaria local -en este caso, (...)-; sin embargo, como ya se dijo, esta facultad no es arbitraria, en tanto debe estar acorde con los lineamientos establecidos por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Ahora bien, en los años 1996 y 1997 la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió las resoluciones que se enuncian a continuación, relacionadas con el servicio ordinario de aseo prestado en capitales de departamentos y en municipios con más de 8.000 usuarios y con menos de 8.000 usuarios: (i) Resolución CRA 12 del 9 de mayo de 1996 (...) (ii) Resolución CRA 19 de 1996 (...) (iii) Resolución CRA 15 de 1997 (...) De acuerdo con el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, las fórmulas tarifarias tienen una vigencia de 5 años, sin embargo, el legislador estableció la posibilidad de modificarlas o prorrogarlas durante su vigencia, si existe acuerdo entre la empresa prestadora de los servicios públicos y la Comisión de Regulación y excepcionalmente modificarlas de oficio o a petición de parte cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que existen razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias

previstas. (...) En este orden de ideas, [la empresa municipal] debía ajustar sus tarifas a la Resolución CRA 15 de 1997, puesto que, por un lado, el Municipio de Neiva, a 31 de julio de 1997, prestaba el servicio de aseo a 55.602 usuarios, y por otro, tal como ya se dijo, las fórmulas tarifarias definidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico eran de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas de servicios públicos sometidas al régimen de libertad regulada. (...) Para la época en que se dio apertura a la licitación pública (...) de 1997 y celebración del contrato de aseo (...), si bien dicha resolución se encontraba vigente, las nuevas fórmulas tarifarias solo eran aplicables a partir del mes de enero de 1998, es decir, en la etapa de ejecución del contrato. Bajo este contexto, es claro que el proponente debió estructurar la propuesta con base en los costos definidos en el pliego de condiciones de la licitación pública (...) de 1997 -tal como se hizo-, ya que las fórmulas tarifarias dispuestas en la Resolución CRA 15 de 1997 no le eran aplicables para la época en que presentó su oferta. Así las cosas, no es de recibo para la Sala la afirmación del actor, en cuanto sostuvo que la entidad indujo a error a los proponentes por los costos de prestación del servicio de aseo que estableció en los pliegos de condiciones, pues al haber sido (...) adjudicataria del contrato en estudio, se supone que se trataba de una persona experta en la materia y, por lo tanto, estaba en la obligación de estructurar con seriedad su oferta, puesto que era su deber estudiar, preparar y presentar su propuesta con base en esa fuente de información y, si era del caso, presentar las observaciones correspondientes, porque éstos podían o debían ser ajustados en el proceso de selección. Es menester recordar que la responsabilidad de planeación se encuentra en cabeza de todos los actores que intervienen en la actividad contractual, es así que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado que los particulares que celebran y ejecutan contratos con las entidades estatales colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones, y por consiguiente, el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración, puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas, sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse. Mucho menos podrán pretender los contratistas, en este último caso, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 - ARTÍCULO 370 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 73 / DECRETO 1524 DE 1994 ARTÍCULO 1/ LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 88 / LEY 286 DE 1996 - ARTÍCULO 1

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la planeación de todos los actores en la actividad contractual, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de abril de 2013, exp. 27315, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / AUSENCIA DE PRUEBA / FALTA DE PRUEBA / OBLIGACIONES DEL CONTRATO / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

[L]a Sala ha sostenido que el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del

objeto del contrato. Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico. Así mismo tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral. Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contratantes que, de manera injustificada se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulada. Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligacional, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de mayo de 2019, exp. 58895, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

TARIFA / TARIFA DE ASEO / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / INAPLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / EQUILIBRIO DEL CONTRATO ESTATAL / UTILIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

Ahora bien, podría suceder que el cambio regulatorio hubiere generado una mayor remuneración para el contratista, puesto que el porcentaje de los recaudos efectivos por el servicio de aseo -88%- se establecía, como ya se dijo, de acuerdo con las tarifas “establecidas o que establezcan la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Neiva y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico”; sin embargo, este hecho no implicaba -como lo alegó el demandante- el rompimiento de la ecuación económica del contrato, ya que la afectación de esta ecuación no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades mayores, sino por los mayores sobrecostos que, con ocasión de situaciones imprevistas, sobrevinientes, ajenas a la voluntad de las partes, alteren de forma grave la economía del contrato y generen una excesiva onerosidad en su ejecución. En otras palabras, se reitera que, en el sub-lite, no se presentaron las circunstancias que configuran la teoría de la imprevisión, porque la regulación de las tarifas de la prestación del servicio ordinario de aseo por parte de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y su posible modificación era un hecho conocido por el contratista desde el momento de la presentación de su propuesta y de la suscripción del contrato, y en tal medida la mayor remuneración que hubiere recibido no podía incidir en los costos de la prestación del servicio en los términos en que se contrató ni tampoco hacía más onerosa la prestación del servicio. Como tampoco se probó el incumplimiento de una obligación contractual radicada en cabeza de la entidad demandada.

DICTAMEN PERICIAL / VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / ACREDITACIÓN DE LOS SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL

La función del dictamen pericial consiste fundamentalmente en dar claridad al funcionario judicial en el proceso sobre hechos que se piensa que tienen alguna

repercusión en éste y que por su naturaleza o configuración requieren de conocimientos cualificados o especialísimos. (...) se entiende que el dictamen pericial es uno más de los medios de prueba que pueden ser arrimados al proceso para demostrar la ocurrencia de un determinado hecho que resulte relevante para el litigio. Así las cosas, es claro que el funcionario judicial podrá restarle eficacia probatoria al dictamen pericial allegado como prueba a un proceso cuando éste no ofrezca la claridad, firmeza y certeza para dar por demostrado un determinado hecho que resulta relevante para la solución de la controversia. Analizada la experticia que obra en el expediente se evidencia que no se constituye en una prueba suficiente para demostrar los sobrecostos aducidos por el contratista, toda vez que los peritos se limitaron a efectuar la operación que se les solicitó en la demanda y en el decreto de la prueba, de tal manera que, los peritos basados en la contabilidad de la sociedad demandante (estados de financieros, comprobantes de caja, comprobantes de egresos, facturas de compras, recibos de gastos, comprobantes de nómina, conciliaciones bancarias, etc) determinaron los "ingresos, egresos y pérdida" de la empresa Aseo Total durante los años 1998 y 1999 y, con base en ello concluyeron que los costos asumidos por el contratista con ocasión de la ejecución del contrato 072 de 1997 fueron mayores al ingreso obtenido por el servicio de aseo. En los términos del artículo 868 del Código de Comercio, se tiene que pese a que los peritos tuvieron en cuenta la información financiera y contable de la empresa Aseo Total, y con base en esta información determinaron unas pérdidas percibidas durante la ejecución del contrato, no bastaba con acreditar tal hecho, sino que también era necesario la acreditación de que la supuesta desproporción grave de las prestaciones que resultó excesivamente onerosa para el contratista, se originó por hechos imprevistos al momento de celebrarse el contrato y no atribuibles a la demandante y con ocasión a los cuales se le habrían generado tales pérdidas económicas, o por un incumplimiento contractual imputable a la entidad demandada. Así las cosas, teniendo en cuenta que en la demanda se menciona como causa del desequilibrio económico del contrato los sobrecostos en la prestación del servicio ordinario y especial de aseo, para la Sala el dictamen pericial no resulta suficiente, puesto que resultaba fundamental que reflejara el análisis de documentos, tales como la propuesta presentada por el contratista, el pliego de condiciones, las estipulaciones contractuales, los informes de ejecución del contrato, entre otros documentos, que resultaban fundamentales para comprobar la veracidad de la información, dado que en ellos se encuentra descrita la metodología que emplearía el contratista para prestar cada uno de los componentes de los servicios a contratar, los equipos, materiales, insumos, personal mínimo exigidos y recursos que debía utilizar y los que efectivamente utilizó en la ejecución del contrato, y en general los costos directos e indirectos, conceptos que son los que precisamente se echan de menos y que son necesarios para demostrar los sobrecostos extraordinarios -o perjuicios- cuyo reconocimiento pretende y que, según su dicho, lo llevaron a la deficiente prestación del servicio de aseo. En este sentido, los peritos, con base en la contabilidad de la empresa Aseo Total y, sin tener en cuenta los demás componentes antes referidos que hubieran servido de parámetro para liquidar este tipo de perjuicios, realizaron simplemente un resumen mensual de ingresos y egresos de 1998 y 1999 y, bajo este contexto calcularon los perjuicios por concepto de la ruptura del equilibrio económico del contrato en la suma (...) Es decir, los estados financieros muestran la situación financiera de la empresa Aseo Total pero no aportan elementos de convicción sobre que los perjuicios por ellos calculados corresponden a hechos imprevistos o imprevisibles originados con posterioridad a la celebración del contrato que hubiera sido la causa de tales resultados económicos o al incumplimiento de una obligación contractual de la entidad demandada, lo cierto es que del dictamen pericial no puede deducirse que el contratista incurrió en mayores costos basados en el

análisis de los valores de la propuesta y los sobrecostos que efectivamente el contratista alega se causaron por concepto de la recolección, transporte, tratamiento y disposición final de residuos sólidos y demás componentes relacionados con la prestación del servicio de aseo del contrato 072 de 1997, que permitan demostrar que los mismos eran mayores o menores a los previstos en el contrato inicial, y que se produjeron por una causa externa a las partes o por el incumplimiento contractual de la demandada respecto de sus propias obligaciones.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 233 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 241 / CÓDIGO DE COMERCIO -ARTÍCULO 868

ACREDITACIÓN DE LOS SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / RESIDUOS SÓLIDOS / COSTO DE LA RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS / RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS / RESIDUOS HOSPITALARIOS / RECOLECCIÓN DE RESIDUOS HOSPITALARIOS

El servicio ordinario tiene como objetivo la prestación del servicio en relación con las siguientes clases de residuos sólidos: (i) de origen residencial, y (ii) otros que por su naturaleza, composición, tamaño y volumen, a juicio de la entidad prestadora del servicio público domiciliario de aseo pueden ser manejados por ella de acuerdo con su capacidad, y que no correspondan a ninguno de los tipos de servicio definido como especial. Por su parte, el servicio especial de aseo es el relacionado con las siguientes clases de residuos: (i) los que por su naturaleza, composición, tamaño, volumen y peso no puedan ser recolectados, manejados, tratados o dispuestos normalmente a juicio de la entidad de aseo; (ii) los que por su ubicación, presenten dificultades en su manejo por inaccesibilidad de los vehículos recolectores; (iii) peligrosos y, (iv) hospitalarios e infecciosos. El servicio especial de aseo consagró como componentes del mismo la recolección, transporte y tratamiento de aquellos residuos sólidos, que, como ya se dijo, no pueden ser manejados de manera normal por la entidad prestadora del servicio. En relación con el servicio especial de residuos hospitalarios e infecciosos, este comprendía la recolección y disposición final, en tanto dichos residuos debían ser tratados previamente por la persona generadora. (...) La empresa (...), con quien se celebró el negocio jurídico por ser operador especializado y con experiencia en el sector, al presentar la propuesta y suscribir el contrato tenía pleno conocimiento de que los costos propuestos correspondían al servicio especial de aseo y bajo esas condiciones se comprometió a prestar el servicio especial de residuos hospitalarios, es decir, el contratista estructuró su propuesta basado en estas condiciones y consecuencias.

PRUEBA TRASLADADA / ADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TRASLADADA / ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA TRASLADADA

Para que un documento pueda ser valorado como prueba trasladada debe cumplir con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil. En el sub lite, el documento -versión libre- aportado por el demandante no puede ser valorado como prueba trasladada, pues no cumplió con los requisitos legales para ello, en tanto no se trasladó de un proceso a otro. Adicionalmente, las versiones libres que reposen en dichos procesos administrativos no pueden ser tenidos en cuenta, dado que no se encuentran sometidas a la formalidad del juramento, como sí ocurre con la prueba testimonial. Así las cosas, siempre que

se quiera hacer valer la declaración de una persona dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 185

PRINCIPIO DE LEGALIDAD / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / EQUILIBRIO DEL CONTRATO ESTATAL / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO / ALCANCE DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

El demandante afirmó que no se le reconocieron efectos jurídicos a la protocolización de la declaración del silencio administrativo positivo que solicitó ante el Notario 57 del Círculo de Bogotá, mediante la escritura pública (...), respecto de la comunicación que presentó a la entidad estatal, en la que pretendió el reconocimiento de un supuesto desequilibrio económico del contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 numeral 16 de la Ley 80 de 1993. (...) en el caso sub examine, importa destacar, que, la norma especial consagratoria del silencio administrativo positivo dispuesta en el artículo 25 numeral 16 de la Ley 80 de 1993 es aplicable a aquellos negocios jurídicos sometidos al estatuto contractual. Como ya se indicó, el régimen jurídico aplicable al contrato objeto de la presente controversia es el derecho privado, por lo que, si bien, el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 consagra el silencio administrativo positivo para aquellas peticiones que se formulen en el curso de la ejecución del contrato, dicha estipulación no le era aplicable al negocio jurídico sub examine y, por tanto, no había lugar a su configuración. En consecuencia, la Sala considera impróspera la pretensión primera inciso segundo de la demanda, por medio de la cual se solicitó ante esta Jurisdicción la declaratoria de reconocimiento de los efectos jurídicos del silencio administrativo positivo respecto de la petición de equilibrio económico del contrato. El principio de legalidad consiste en que la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos que dicte y las actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas superiores. (...) En sentido práctico, el principio de legalidad constituye una limitación a la actividad de la administración, por cuanto significa que ella no puede hacer todo cuanto quiera sino solamente aquello que le permita la ley. (...) Para que el principio de legalidad tenga efectividad y realidad práctica, el Estado creó medios de control respecto de la administración, para evitar en lo posible que se viole este principio. (...)

COMPETENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / FALTA DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA

La competencia es la facultad o poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinada función. Esta facultad es dada por la ley y es un requisito de orden público, es decir, que es de estricto cumplimiento, de manera que si no existe, el acto nace, pero viciado de ilegalidad. Por el contrario, la incompetencia consiste en que una autoridad toma una decisión sin estar facultada legalmente para ello. Esta causal puede darse por violación de cualquiera de los elementos que conforman la competencia, como veremos más adelante. La competencia la determinan tres elementos diferentes: el elemento material, el elemento territorial y el elemento temporal: 1. La competencia "ratione materiae". Se refiere al elemento material de la competencia, es decir, el objeto de ella. Ese objeto se traduce en las diferentes funciones que una autoridad puede ejercer legalmente. 2. La competencia "ratione loci". Es la competencia territorial, esto es, el territorio dentro del cual la autoridad puede ejercer legalmente sus funciones. 3. La competencia "ratione temporis". Es la competencia temporal. Se refiere al tiempo durante el cual

la autoridad puede ejercer legalmente sus funciones . En este orden de ideas, la Sala resalta que el ordenamiento jurídico, considerado como el conjunto de normas que regula las diferentes situaciones jurídicas que se presentan dentro de una sociedad, asigna a los diferentes actores derechos y obligaciones propias de un Estado Social de Derecho. Dentro de los sujetos del marco jurídico colombiano, que ha sido establecido conforme con la pirámide normativa encabezada por la Constitución Política, se encuentran los servidores públicos a quienes se les ha asignado el cumplimiento de determinadas funciones de conformidad con sus respectivas competencias. (...) En síntesis, el principio de legalidad establece que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. Respecto de los contratos estatales, la Sala precisa que al ser sinalagmáticos y conmutativos, las partes se obligan a cumplir con las obligaciones, dentro del ámbito de sus competencias, para el cumplimiento de los fines para los cuales fueron suscritos.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 84 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 6

COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / MULTA AL CONTRATISTA / FALTA DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / MULTA / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El Consejo de Estado ha tenido una posición clara y reiterada en relación con la competencia de la Administración para pactar multas en los contratos no sometidos a la Ley 80 de 1993, sino a normas de derecho privado y la falta de competencia para aplicarlas y hacerlas efectivas, mediante acto administrativo. (...) En definitiva, las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad podían pactar multas por incumplimiento del contrato. No obstante, la competencia para imponerla unilateralmente y hacerla efectiva, le corresponde al juez del contrato, precisamente porque las competencias de las entidades estatales y sus representantes están dadas por la ley y no pueden atribuirse ni derivarse de un acuerdo de voluntades que carezca de soporte legal y, porque resultan ajenas a las facultades que los contratantes pueden ejercer dentro de un contrato sujeto a las normas del derecho privado, en tanto, las partes del contrato se encuentran en igualdad de condiciones. Así las cosas, Empresas Públicas [del municipio] no tenía competencia funcional para imponer multa al contratista, de tal manera, la Sala declarará la nulidad de los actos administrativos acusados -Resoluciones (...)-, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del C.C.A. que dispone que toda persona podrá solicitar, por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de las decisiones de la administración cuando hayan sido expedido por funcionarios u organismos incompetentes. (...) Así las cosas, teniendo en cuenta que la Sala accedió a las pretensiones anulatorias únicamente en relación con las Resoluciones (...), que impusieron una multa al contratista por falta de competencia funcional para expedirlas, y en razón a que dichos actos se encuentran contenidos en la liquidación unilateral del contrato (...), se declarará la nulidad parcial del acto de liquidación unilateral en ese aspecto.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 84

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la facultad para imponer multas al contratista, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de octubre de 1994, exp. 9288, C.P. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 20 de febrero de 1997, exp. 12669, C.P. Daniel Suárez Hernández. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 18496, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En similar sentido, ver sentencia del 7 de abril de 2011, exp. 17765, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; sentencia del 28 de septiembre de 2011, exp. 15476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 15 de noviembre de 2011, exp. 21178, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 41001-23-31-000-2000-03907-01(44420)

Actor: ASEO TOTAL E.S.P.

Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA E.S.P.

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: Contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios - Desequilibrio económico del contrato – Silencio administrativo positivo – Competencia de las entidades públicas cuyo régimen contractual se rige por el derecho privado para imponer multas - Liquidación unilateral del contrato.

Procede la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 26 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El 5 de diciembre de 1997, Empresas Públicas de Neiva celebró con la empresa Aseo Total el contrato 072 de 1997, para la prestación del servicio integral de aseo en la ciudad de Neiva y para el diseño, construcción, operación y mantenimiento

técnico del relleno sanitario. Durante su ejecución se presentaron sobrecostos y pérdidas que el demandante atribuyó a la inaplicación de la Resolución 15 de 1997 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y a la no atención del censo de reclasificación de usuarios; además, porque consideró que la entidad demandada no reguló las tarifas del servicio especial de aseo, generando para el contratista un desequilibrio económico del contrato.

Adicionalmente, la empresa Aseo Total solicitó la declaración de nulidad de los actos administrativos que le impusieron una multa por cuanto consideró que los mismos se encuentran viciados por falta de competencia, y de los actos por medio de los cuales la entidad liquidó unilateralmente el contrato 072 de 1997, por haber efectuado descuentos indebidos, y no haber incluido los reconocimientos a los que el demandante afirma tener derecho.

I.- ANTECEDENTES

1. Demanda

El 10 de octubre de 2000 (fls. 2-67, c. 1), la empresa de Aseo Total E.P.S., a través de apoderado (fls. 2, c. 1), presentó demanda de controversias contractuales contra las Empresas Públicas de Neiva E.S.P., para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

a. Pretensiones Principales

Primera. Que se declare que por causa del demandado se rompió el equilibrio económico del contrato, por cuanto, en los veintidós meses de ejecución, el actor recibió pago total de TRES MIL SETECIENTOS DIECIOCHO MILLONES TRESCIENTOS NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTISIETE PESOS M/CTE (\$3.718'309.527), mientras se causaban gastos de SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MIL CIENTO VEINTICUATRO PESOS M/CTE (\$739'831.124) y costos por CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS PESOS M/CTE (\$4.530'467.700), diferencia que da una pérdida neta de MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$1.551'987.297), en diciembre de 1999. De donde resulta en total una liquidación económica de la demanda del contrato por SEIS MIL TRESCIENTOS SIETE MILLONES CINCUENTA Y DOS MIL SETECIENTOS QUINCE PESOS M/CTE (\$6.307'052.715), según detalle en la sección "estimación razonada de la cuantía".

Bajo la misma pretensión anterior, que se dé efecto, en los términos de la Ley 80, artículo 25, numeral 16, al silencio administrativo positivo, que se contiene en escritura pública 2209, otorgada ante la Notaría 57 del Círculo de Bogotá, mediante la cual se protocolizó el silencio administrativo positivo para que surtiera los efectos de ley contra el demandado.

Segunda. Que declarado el desequilibrio, se condene al demandado a pagar al actor la suma de MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$1.551'989.297), correspondiente a la pérdida sufrida por la operación del servicio contratado.

Tercera. Que son nulas las Resoluciones 2924 de agosto 11 de 1999 y 3074 de octubre 28 de 1999, expedidas por el demandado con multa de \$176'162.700, por carecer enteramente de fundamento legal.

Cuarta. Que son nulas las Resoluciones 149 de febrero 28 de 2000 y 388 de mayo 28 de 2000, proferidas por el demandado, de liquidación unilateral del contrato, por las razones de ilegalidad que se precisan infra.

Quinta. Que declarada la nulidad de los actos acusados, el Tribunal confeccione liquidación judicial del contrato, que comprenda la pérdida probada y la razonable utilidad por el lapso de operación y los demás conceptos a que haya lugar para el justo restablecimiento del equilibrio económico del contrato, según la estimación razonada de la cuantía, junto con la utilidad calculada por los treinta y ocho (38) meses sin ejecutar, por DOS MIL DOSCIENTOS VEINTIDÓS MILLONES MIL NOVECIENTOS VEINTITRÉS PESOS M/CTE (\$2.222'001.923), a pesos de Septiembre de 2000.

Sexta. Que, en las condenas anteriores, se agregue lo que salga a valer el lucro cesante y el daño emergente al día del restablecimiento causado, más indexación o actualización del dinero en compensación íntegra por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, junto con los frutos corrientes y de mora que se hayan causado y se causen sobre las cantidades de dinero hasta fecha de pago.

A la suma fijada se le agreguen intereses comerciales a la tasa máxima legal, calculadas al momento en que se causaren las compensaciones no pagadas, en el lapso comprendido entre el 1° de enero de 1998 al 31 de octubre de 1999.

Sétima. Que a la sentencia se dé cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, sin pretermitir el ajuste de valor del art. 178 ibidem.

Octava. Que se condene al demandado al pago de las costas del proceso.

b. Pretensiones subsidiarias

Primera. A la primera, segunda, tercera y cuarta principales:

Que la entidad pública demandada es responsable de los daños causados al actor, e imputables a su conducta omisiva, por haberse negado a restablecer el equilibrio económico del contrato, de una parte, e impuesto sanciones económicas, sin causa legal, por la otra, con grave daño antijurídico para el contratista que se vio abocado a no poder continuar la ejecución del contrato;

Segunda. A la primera, segunda, tercera y cuarta principales y primera subsidiaria:

Que la entidad demandada es responsable de los perjuicios causados a mi poderdante por negar el restablecimiento impetrado, imponer sanción económica sin justa causa y no acceder a la liquidación bilateral del acuerdo, para los reconocimientos respectivos;

Tercera. A las cuatro primeras peticiones principales y dos subsidiarias anteriores:

Que la entidad demandada, con su renuencia, sin causa legal alguna, empobreció al actor con detrimento de su patrimonio, pues lo vinculó a la ejecución del contrato desatendiendo luego las exigencias legales sobre restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Como fundamento fáctico señaló lo siguiente:

1. Empresas Públicas de Neiva dio apertura a la licitación pública 01 el 15 de agosto de 1997, mediante Resolución 1228 (fls. 12-13, c. 1). El contrato se adjudicó a la convocante mediante Resolución 1457 del 26 de noviembre de 1997 (fls. 29-39, c. 1 de pruebas), y se celebró el 5 de diciembre de ese mismo año (fls. 42-60, c. 1 de pruebas), con el objeto de prestar, por 5 años, el servicio de aseo integral en la ciudad de Neiva, para el diseño, construcción, operación y mantenimiento técnico del relleno sanitario, por valor de \$10.500'000.000, teniendo en cuenta el cálculo de la indexación mensual. La remuneración del contratista consistió en un porcentaje igual al 88% de los recaudos efectivos de las tarifas de aseo, que percibieren mensualmente Empresas Públicas de Neiva.

2. La empresa Aseo Total, durante 22 meses de operación¹, percibió un desfase entre los ingresos recibidos, costos y gastos causados, porque la estructura tarifaria establecida en los pliegos de condiciones y aplicada al contrato celebrado, no estaba acorde con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, el Decreto Reglamentario 605 de 1996 ni en la Resolución 15 del 25 de julio de 1997 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, *“Por la cual se establecen las metodologías de cálculo de las tarifas máximas con arreglo a las cuales las entidades tarifarias locales deben determinar las tarifas de prestación del servicio ordinario de aseo y se dictan otras disposiciones”*.

3. Empresas Públicas de Neiva en los pliegos de condiciones mantuvo la vigencia de las tarifas que venía cobrando a los usuarios por la prestación del servicio de aseo y, con base a estos ingresos históricos proyectó los ingresos con los cuales remuneraría al nuevo operador del servicio, pero amplió la cobertura del mismo, es decir, incluyó nuevos componentes en su prestación. Por lo anterior, la entidad incurrió en un error en el cálculo de la remuneración dispuesta en dichos pliegos e

¹ El contrato de aseo terminó el 31 de octubre de 1999, es decir, tuvo un plazo de 22 meses, puesto que, fue objeto de terminación por mutuo acuerdo entre las partes (fls. 496-497, c. 10).

indujo a error al proponente adjudicatario quien elaboró su propuesta y la ajustó al marco financiero dispuesto en los mismos.

4. Pese a lo anterior, y teniendo en cuenta que el contrato se encontraba sometido a las disposiciones expedidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, Aseo Total consideró, cuando presentó su oferta, que la contratante iba a aplicar –aunque no lo hizo- la Resolución 15 del 25 de julio de 1997 de la CRA, vigente al momento de la apertura de la licitación pública y celebración del contrato, la cual establecía las tarifas justas para la prestación del servicio de aseo y, con la cual hubiere obtenido la suficiencia financiera y económica consagrada en el artículo 87.4 de la Ley 142 de 1994.

5. Durante la ejecución del contrato se presentaron, entre otras, las siguientes contingencias: (i) la disposición técnica de los residuos sólidos en el relleno sanitario se pagó como de disposición de residuos a cielo abierto; (ii) la clasificación de los usuarios establecida por la entidad difería de la dispuesta en el Decreto 605 de 1996; (iii) no aplicó el censo de reclasificación de usuarios para su incorporación y reubicación de categorías y, (iv) no reguló las tarifas del servicio especial de aseo, por lo que este servicio se prestó sin cobro alguno.

6. La empresa Aseo Total, a través de varios comunicados², puso en conocimiento de la entidad estatal las causas del desequilibrio económico del contrato; sin embargo, la entidad estatal fue omisiva y renuente en la adopción de los mecanismos para su restablecimiento.

7. Es así que, la empresa Aseo Total mediante oficio AC-03-112-99 del 31 de mayo de 1999, dirigido a las Empresas Públicas de Neiva, informó las causas que generaron el desequilibrio económico, así: (i) el número de usuarios era menor al proyectado; (ii) inexistencia de una estructura tarifaria aplicable al contrato; (iii) la inaplicabilidad de la Resolución CRA 15 de 1997; (iv) morosidad de los usuarios; (iv) no actualización del censo de usuarios.

² Oficio VP-01457/97-063/98 radicado el 20 de octubre de 1998; oficio del 20 de noviembre de 1998 radicado el 3 de diciembre de ese mismo año; oficio AC-03-013-99 radicado el 11 de febrero de 1999; oficio radicado el 23 de marzo de 1999; oficio AC-03-171-99 radicado el 6 de agosto de 1999; oficio GER-001-245-99 radicado el 30 de agosto de 1999 y, oficio AC-03-205-99 radicado el 30 de agosto de 1999.

8. Frente a este comunicado, la entidad estatal guardó silencio. Razón por la cual, Aseo Total protocolizó el silencio administrativo positivo ante la Notaría 57 del Círculo de Bogotá, mediante escritura pública 2209 del 14 de septiembre de 1999, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 numeral 16 de la Ley 80 de 1993.

9. Empresas Públicas de Neiva, mediante la Resolución 2924 del 11 de agosto de 1999, que fue confirmada por la Resolución 3074 del 28 de octubre de ese mismo año impuso una multa al contratista por \$176'162.700. Estos actos, según la demandante, fueron expedidos: (i) sin competencia alguna, porque el régimen aplicable al contrato es el derecho privado, por lo que la entidad debía acudir al juez del contrato para su imposición; (ii) la sanción monetaria fue desproporcionada e inequitativa, toda vez que la falta de *"identificación de los vehículos de aseo no da para tanto"*; (iii) con violación al debido proceso, porque la causa de los retrasos en la recolección de basura, durante los meses de enero y febrero de 1999, obedeció a la ola invernal –fuerza mayor-.

10. Debido a que los ingresos percibidos por Aseo Total, para el cumplimiento del objeto contractual, no cubrían los costos de la prestación del servicio, la empresa no tuvo otra opción que terminar de forma anticipada el contrato.

11. El 13 de octubre de 1999, las partes suscribieron el acta de terminación anticipada del contrato, con efectos jurídicos a partir del 31 de octubre de ese mismo año.

12. El 28 de febrero de 2000, Empresas Públicas de Neiva liquidó unilateralmente el contrato de aseo, mediante Resolución 149, que fue confirmada por la Resolución 388 del 28 de mayo de ese mismo año. Como razones de inconformidad con los actos referidos, expresó: a) el acta de terminación del contrato por mutuo acuerdo, no significa que se pierda el derecho de restablecer la ecuación financiera y económica del contrato; b) no reconoció las reclamaciones realizadas por concepto de la no aplicación de la estructura tarifaria establecida en la Resolución CRA 15 de 1997, de la reclasificación de los usuarios dispuesto en el censo y, de recolección, transporte y disposición final de residuos patógenos; c) descontó los costos de las obras remediales del relleno sanitario que realizó la entidad directa y unilateralmente, sin autorización del contratista, y el valor de las multas impuestas por la Corporación Autónoma Regional de Magdalena a las Empresas Públicas de Neiva.

La parte demandante adujo que las decisiones administrativas unilaterales proferidas por las Empresas Públicas de Neiva infringieron las siguientes normas: artículos 2, 3, 4, 13 y 58 de la Constitución Política; artículos 2, 3, 84 y 87 del Código Contencioso Administrativo; artículos 3 (inciso 2), 4 (numerales 3, 8 y 9), 5 (numeral 1) y, 27, 28 50, 51, 60 y 61 de la Ley 80 de 1993; artículos 1501, 1592,1602, 1603, 1618, 1621, 1622 y 1624 del Código Civil; artículos 822, 830, 831, 867 y 871 del Código del Comercio; artículo 81 del Código de Procedimiento Civil; Ley 142 de 1994 y, la Resolución 15 de 1997 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

El 29 de marzo de 2001, el Tribunal Administrativo del Huila admitió la demanda y dispuso la notificación de dicha decisión a la entidad demandada y al Ministerio Público (fls. 134-136, c. 1).

2. Contestación de la demanda

El 26 de junio de 2001, Empresas Públicas de Neiva E.S.P. contestó la demanda (fls. 142-177, c. 1). Se opuso a las pretensiones formuladas por la parte demandante, por las siguientes razones:

1. De conformidad con el contrato 072 de 1997, Aseo Total debía proyectar y ejecutar el servicio de aseo de acuerdo a las dos modalidades -ordinario y especial-, contemplado en el Decreto 605 de 1996.
2. El pliego de condiciones estableció que las tarifas vigentes en ese momento serían la base para calcular la remuneración del contratista y, según el acuerdo contractual, la remuneración comprendía los costos de la prestación del servicio en todos sus componentes, y que el contratante no quedaba obligado a reintegrarle suma alguna por estos conceptos ni a efectuar ajustes o revisiones de precios de ninguna clase.
3. Aceptó que en los pliegos de condiciones no se hizo ninguna mención a la Resolución CRA 15 de 1997, así como tampoco lo hizo ningún proponente, por lo que no era cierto que Aseo Total hubiera previsto la suficiencia financiera y económica del contrato bajo el entendido de que se le aplicaría la referida resolución.

4. Empresas Públicas de Neiva no asumió una obligación contractual con la empresa Aseo Total de aplicar la Resolución CRA 15 de 1997. Las resoluciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico referidas al régimen tarifario, es un asunto ajeno al negocio jurídico, ya que, su aplicación o no por parte de Empresas Públicas de Neiva se circunscribe a una actividad funcional, propia y autónoma derivada de su gestión y condición de empresa directamente responsable frente a los usuarios por la prestación del servicio público de aseo.

5. Argumentó que la entidad tampoco incumplió un deber legal por no haber ajustado las tarifas a la mencionada Resolución CRA 15 de 1997, porque la metodología dispuesta en la misma no obligaba a cobrar la tarifa máxima, sino que disponía la facultad de aquéllas de fijar una cuantía menor, razón por la cual, quienes pretendían llegar a las tarifas máximas, que en ese entonces no fue el caso de las Empresas Públicas de Neiva, debían elaborar un plan progresivo de ajuste, de manera tal que sólo pudieran cobrarse al usuario una vez finalizado el periodo de transición, es decir luego del 31 de diciembre de 2001.

6. El hecho de que la remuneración del contratista se hubiera estructurado como un porcentaje de los recaudos efectivos por concepto de tarifas, no implicaba que el contratista fuera el titular del derecho a percibir las y, en esa medida, los aumentos de las mismas no podían significarle un mayor provecho.

7. En lo concerniente al desequilibrio económico alegado por el actor, dijo que no hubo ninguna inducción a error a los oferentes por parte de las Empresas Públicas de Neiva al diseñar el pliego de condiciones que rigió la Licitación 01 de 1997, puesto que la entidad mantuvo la vigencia de las tarifas que venía cobrando a los usuarios por la prestación del servicio de aseo, condiciones que fueron aceptadas por los proponentes y sobre esa base se proyectaron o han debido proyectarse las ofertas, y en ningún momento hubo variación de las mismas durante el plazo del contrato, haciendo para el contratista más onerosa la ejecución de sus obligaciones.

8. Señaló que Empresas Públicas de Neiva no definió la forma de cobro por la atención de la ruta hospitalaria, porque no había nada que definir, en tanto, el contrato dispuso que con la remuneración pactada quedaban cubiertos todos los

componentes de la prestación del servicio de aseo, entre los cuales se encontraba el servicio especial de residuos patógenos u hospitalarios.

9. En cuanto a la falta de aplicación por parte de Empresas Públicas de Neiva del censo de usuarios elaborado por la empresa Aseo Total, indicó que era una obligación a cargo del contratista; pero que no se había estipulado que la contratante debiera aplicar dicho censo ni utilizar sus resultados a la hora de calcular el porcentaje de la remuneración. En todo caso, dicha obligación no era exigible sino cuando el contratista hiciera entrega íntegra de dicho censo, y siempre que estuviera elaborado de forma correcta, cuestión que nunca ocurrió.

10. Respecto a la cobertura del servicio durante la vigencia del contrato, la frecuencia de recolección, la división en zonas de la ciudad, la clasificación de los usuarios, así como de la supuesta diferencia de esta última en relación con lo señalado en el Decreto 605 de 1996, señaló que se trató de meras aseveraciones sin ningún soporte probatorio; no obstante, algunas de ellas se encuentran referidas a obligaciones del contratista, así como a situaciones que él conocía al momento de presentar su propuesta.

11. En relación con el silencio administrativo positivo, indicó que la omisión de la entidad de dar respuesta a las peticiones económicas del contratista no podía servir de causa a un acto administrativo presunto y, según la jurisprudencia, esa figura tiene un alcance restrictivo y resulta aplicable únicamente en relación con peticiones cuya solución sea necesaria para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratistas.

El 28 de septiembre de 2001 se dio apertura a la etapa de pruebas (fls. 182-184, c. 1), y el 19 de febrero de 2008, se corrió traslado para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto (fl. 407, c. 3).

3. Alegatos de conclusión

3.1. La parte demandante (fls. 423-432, c. 3) reiteró los argumentos expuestos en la demanda y agregó que los medios de prueba practicados en el proceso, tales como, los testimonios y los dictámenes periciales sustentaban las pretensiones formuladas en la demanda.

3.2. La parte demandada (fls. 417-422, c. 3) reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y resaltó que en el presente caso no se presentó ningún hecho constitutivo de desequilibrio financiero del contrato.

3.3. El Ministerio Público guardó silencio.

4. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Huila, en sentencia del 26 de marzo de 2012 (fls. 435-510, c. ppal), decidió:

Primero: Negar la nulidad de las resoluciones 2924 de 11 de agosto de 1999 y 3074 de 28 de octubre de 1999, por la cual se imponen unas multas, así como de las resoluciones 149 de 28 de febrero de 2000 y 388 de 28 de mayo de 2000 que liquidan unilateral el contrato, proferidas todas por las Empresas Públicas de Neiva E.S.P.

Segundo: Negar que por causa del ente demandado, Empresas Públicas de Neiva E.S.P., se haya roto el equilibrio económico del contrato 072 celebrado el 5 de diciembre de 1997 entre ésta y la Sociedad Aseo Total E.S.P., para el servicio de aseo integral en la ciudad de Neiva, junto con el diseño y operación del relleno sanitario.

Tercero: Negar igualmente, los efectos reclamados por la ocurrencia del silencio administrativo positivo, del reconocimiento del lucro cesante

Cuarto: Negar el pago del valor reclamado como daño emergente por la sociedad demandante Aseo Total E.S.P. por la pérdida sufrida por la operación del servicio contratado.

Quinto. Negar las pretensiones subsidiarias solicitadas.

Como fundamento de esta decisión, argumentó:

1. Empresas Públicas de Neiva se encontraba facultada para imponer multas al contratista porque las partes lo pactaron así en el contrato que celebraron.
2. Consideró que en el desarrollo del contrato de aseo no se configuró el desequilibrio financiero del mismo, porque el contratista recibió un promedio mensual de \$157'943.589, es decir, por encima del promedio de las remuneraciones expuestas en el pliego de condiciones, lo que coincidía con los valores ofertados por la contratista en su propuesta económica.
3. Señaló que si bien los dictámenes periciales y los testimonios se refirieron a mayores costos y gastos frente a los ingresos obtenidos mensualmente por la

ejecución del contrato de aseo integral, no se demostró que aquellos se derivaran, exclusivamente, de la prestación del servicio contratado, en las condiciones normales pactadas.

4. Frente a la Resolución CRA 15 de julio de 1997, consideró que no alcanzaba a convertirse en un factor sobreviniente generador de desequilibrio financiero, sino más bien en una pérdida de oportunidad, puesto que, siendo experto en el tema de aseo, no estuvo atento a los cambios normativos de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, que le hubieran reportado mejores condiciones para haber contratado dicho servicio domiciliario.

5. Respecto al silencio administrativo positivo, señaló que, en razón a que el demandante no aportó las pruebas necesarias para deducir la obligación que reclamaba, no se le podían dar los efectos reclamados, puesto que no era posible reconocer actos presuntos contrarios a la Constitución y la Ley.

5. El recurso de apelación

La demandante sustentó el recurso de apelación (fls. 514-525, c. ppal), con las siguientes razones:

1. Los actos administrativos que impusieron una multa al contratista se expidieron sin competencia, puesto que, para la época en que se proferieron, ni la ley ni la jurisprudencia del Consejo de Estado facultaba a la administración para imponerlas, aquellos solo podían ser impuestas por el juez del contrato. La jurisprudencia señalaba que *“con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser juez y parte en dicha actividad comercial. Le corresponde al juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos facticos o jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa”*.

2. En la sentencia no se reconoció el desequilibrio económico del contrato, porque no se valoraron los dictámenes periciales rendidos en el curso del proceso, los cuales reflejaban la situación económica de la empresa Aseo Total y acreditaban que los gastos y costos fueron superiores a los ingresos.

3. El hecho de que el demandante, al fijar sus tarifas, no hubiera hecho referencia alguna a la Resolución CRA 15 de 1997, no implicaba, ni podía implicar, que la sociedad Aseo Total hubiera autorizado al Municipio de Neiva para que no cumpliera esos actos, puesto que es deber de la administración sujetarse a la ley y a los reglamentos.

4. El *a quo* violó el principio de unidad de la prueba, porque no valoró todas las aportadas al proceso. Lo anterior, porque en la sentencia no se valoró la versión libre que rindió el gerente de las Empresas Públicas de Neiva ante la Contraloría Municipal de Neiva, en la cual se evidencia las dificultades que por culpa de la administración se presentaron en la ejecución del contrato.

5. Y, se desconoció el artículo 25 numeral 16 de la Ley 80 de 1993, porque no dio efectos jurídicos a la protocolización del silencio administrativo positivo del que da cuenta la Escritura Pública 2209 del 14 de septiembre de 1999, registrada en la Notaría 57 del círculo de Bogotá.

6. Trámite en segunda instancia

El recurso de apelación fue concedido mediante providencia del 4 de mayo de 2012 y admitido por esta Corporación el 6 de julio de ese mismo año (fl. 533, c. ppal). Asimismo, mediante auto del 10 de agosto de 2012, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 538, c. ppal).

6.1. La demandante reiteró lo expuesto en el recurso de apelación (fls. 539-569, c. ppal) y, agregó que, si bien las partes pactaron en el contrato de aseo integral la facultad de la entidad de imponer multas al contratista, dicha estipulación estaba viciada de nulidad absoluta, por objeto ilícito, por lo que el Tribunal debió declararla de oficio.

6.2. El Ministerio Público conceptuó que se debía confirmar la sentencia apelada (fls. 571-588, c. ppal), por las siguientes razones: (i) la entidad estatal estaba facultada por el contrato para imponer multas al contratista; (ii) el contratista tenía conocimiento de la existencia de la Resolución 15 CRA de 1997, por lo tanto, no se configuró el desequilibrio económico del contrato, por no ser una causa sobreviniente a la celebración del contrato; (iii) según las diligencias de inspección judicial y dictámenes periciales, los ingresos percibidos por el contratista coinciden

con la remuneración expuesta en el pliego de condiciones y los valores ofertados; (iv) en el contrato no se estableció la obligación de la entidad estatal de aplicar el censo de usuarios entregado por el contratista 10 meses después de perfeccionado el mismo, y (v) la declaración de incumplimiento de una de las partes del contrato estatal requiere como condición que quien demanda pruebe que cumplió todas y cada una de las obligaciones a su cargo.

6.3. La parte demandada guardó silencio en esta etapa procesal.

II.- CONSIDERACIONES

La Sala estima necesario precisar que al presente asunto le resultan aplicables las reglas del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-, toda vez que la demanda se interpuso el 10 de octubre de 2000, vale decir, en vigencia de dicha norma y antes de que entrara en vigor la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que prescribe en el artículo 308 la regla de transición para procesos iniciados en vigencia del anterior estatuto.

1. Presupuestos procesales

1.1. Competencia

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, establece que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. En el caso *sub examine*, el extremo demandado lo conforma Empresas Públicas de Neiva³, cuya naturaleza corresponde a la de una empresa industrial y comercial del Estado, es decir, una entidad estatal, en los

³ Empresas Públicas de Neiva fue creada mediante Acuerdo del Concejo Municipal No. 25 del 17 de noviembre de 1959 como un establecimiento público autónomo del orden municipal, encargado de la dirección, administración y prestación del servicio público de acueducto, alcantarillado, plazas de mercado, aseo, y alumbrado. Luego, mediante Acuerdo del Concejo Municipal No. 011 del 9 de marzo de 1987, se transformó en una empresa industrial y comercial del Estado, organizada bajo la modalidad de empresa de servicios públicos de carácter oficial. Posteriormente, a través del Decreto 286 del 4 de septiembre de 1997, expedido por el alcalde de Neiva, se redefinió como una empresa oficial de servicios públicos domiciliarios, organizada como empresa industrial y comercial del municipio de Neiva.

términos del literal a) del numeral 1° del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, prestadora de servicios públicos domiciliarios, sujeta al régimen de la Ley 142 de 1994.

Así mismo, esta Corporación es competente en razón de la cuantía, pues a la fecha de presentación de la demanda -10 de octubre de 2000- la pretensión mayor debía superar los 500 SMLMV, es decir, \$130.050.000⁴ y como en este caso equivale a \$3.148'905.315 el proceso tiene vocación de doble instancia ante esta Corporación.

1.2. Legitimación en la causa

En lo referente a la legitimación en la causa por activa, se evidencia que la empresa Aseo Total acudió a la administración de justicia con vocación procesal para obrar como demandante, toda vez que fungió como parte contratista en el contrato de aseo integral 072 de 1997, objeto de controversia.

Con respecto a la legitimación en la causa por pasiva, Empresas Públicas de Neiva, ostenta vocación procesal para integrar el extremo demandado, por haber participado como entidad estatal contratante en el negocio jurídico sometido a debate.

1.3. La caducidad de la acción

El término de caducidad del medio de control de controversias contractuales está regulado en el artículo 136 -numeral 10 del C.C.A.-.

El contrato de aseo integral 072 de 1997, celebrado entre Empresas Públicas de Neiva y Aseo Total, se rige por las normas de derecho privado -aspecto que será materia de posterior análisis-, es decir, no le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 y, por tal motivo, en principio, no requiere de liquidación; sin embargo, las partes del contrato, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pactaron realizar dicho trámite, conforme da cuenta el ordinal I numeral 4 del pliego de condiciones del contrato, el cual estableció que el mismo sería objeto

⁴ El salario mínimo legal mensual que rigió en el año 2000 era de \$260.100, por disposición del Decreto 2647 del 23 de diciembre de 1999.

de liquidación, “dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de su terminación o vencimiento”.

El 13 de octubre de 1999, las partes suscribieron el acta de terminación del contrato 072 de 1997 por mutuo acuerdo, con efecto a partir del 31 octubre de ese mismo año y, además, se convino en que el negocio jurídico sería objeto de liquidación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y siguientes del estatuto contractual.

Al respecto, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 señala que la liquidación del contrato estatal se debe realizar en todos los contratos de tracto sucesivo, en aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y en los demás que lo requieran.

Ese mismo precepto legal establece que la liquidación se realizará de mutuo acuerdo, dentro del término fijado en el pliego de condiciones o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los 4 meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que lo disponga.

Por su parte, el artículo 61 *ibidem*, consagró que en caso de no ser posible la liquidación bilateral porque no se llegue a un acuerdo o porque el contratista no se presenta, la liquidación será practicada unilateralmente por la entidad, mediante acto administrativo motivado, dentro de los 2 meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto, del establecido por la ley, según previsión dispuesta en el literal d), numeral 10 del artículo 136 del CCA.

En efecto, Empresas Públicas de Neiva mediante Resolución 149 del 28 de febrero de 2000, que fue confirmada por la Resolución 388 del 28 de mayo de ese mismo año, liquidó unilateralmente el contrato 072 del 5 de diciembre de 1997⁵.

De acuerdo con el artículo 136 del CCA, la demanda fue interpuesta en tiempo como quiera que en este caso la liquidación unilateral del contrato se realizó el 29

⁵ En el *sub lite*, si bien las partes acordaron en el acta de terminación que el contrato sería objeto de liquidación unilateral de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, Empresas Públicas de Neiva no contaba con autorización legal para realizar la liquidación de la forma en que lo hizo, puesto que, tratándose de contratos estatales que se rigen por el derecho privado, la entidad pierde competencia para liquidar el contrato de forma unilateral, pues este poder extraordinario no lo contempla la ley civil ni comercial, luego no podría asumirlo la entidad estatal sin autorización legal; pero toda vez que el actor no alegó la falta de competencia por el factor funcional no resulta procedente un pronunciamiento sobre el mismo.

de febrero de 2000 y la acción se interpuso el 10 de octubre de ese mismo año, lo que fuerza concluir que no había operado el fenómeno preclusivo de la caducidad para ese momento.

2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos y pretensiones de la demanda, así como de lo aducido en el recurso de apelación formulado contra la sentencia de primera instancia, le corresponde a la Sala establecer si se produjo la ruptura del equilibrio económico del contrato, en detrimento patrimonial de la sociedad hoy demandante, por la no aplicación, por parte de la entidad contratante, de la Resolución 15 de 1997 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA-, y la no utilización del censo de usuarios, así como la circunstancia de no establecer una estructura tarifaria al servicio especial de aseo, como se alega en la demanda.

De igual manera, habrá de examinarse la legalidad de los actos por medio de los cuales la entidad impuso una multa al contratista, a efectos de determinar si la entidad demandada tenía o no competencia para su expedición. Así mismo, se deberá determinar si los actos de liquidación unilateral son nulos por las razones de ilegalidad aducidas en la demanda, es decir por haber efectuado descuentos indebidos y no haber incluido los reconocimientos a los que el demandante afirma tener derecho.

3. Análisis del caso

Al examinar la demanda y los argumentos centrales del recurso, la Sala encuentra que la censura principal radica en que Empresas Públicas de Neiva no reconoció el desequilibrio económico del contrato de aseo integral 072 de 1997, con lo cual, a juicio del actor, se vulneraron los artículos 3, 4 (numeral 3), 5 (numeral 1) y, 26, 27, 28 y 50 de la Ley 80 de 1993, que imponían la obligación de adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento.

Sostuvo el actor que dicha ruptura de la ecuación contractual fue causada fundamentalmente, por tres factores: (i) la no aplicación de la Resolución 15 del 25 de julio de 1997 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA-, la cual estableció las metodologías de cálculo de las tarifas máximas con arreglo a las cuales las entidades tarifarias locales deben determinar

las tarifas de prestación del servicio ordinario de aseo; (ii) la entidad contratante no determinó una estructura tarifaria para el pago del servicio especial de aseo de residuos hospitalarios y (iii) no aplicó el censo de usuarios elaborado por el contratista.

Igualmente, se reprochan los actos administrativos a través de los cuales la entidad estatal impuso una multa al contratista y liquidó unilateralmente el contrato, incluyendo la deducción de su monto.

Previo a analizar los puntos de debate planteados por el demandante, la Sala pasará a hacer algunas precisiones relevantes para el análisis de la presente controversia.

3.1. Régimen jurídico aplicable al contrato de aseo integral 072 de 1997 celebrado por Empresas Públicas de Neiva y la empresa Aseo Total

Empresas Públicas de Neiva y la empresa Aseo Total suscribieron el contrato de aseo integral 072 del 5 de diciembre de 1997, con un plazo de ejecución de 5 años -entre el 16 de diciembre de 1997 y el 16 de diciembre de 2002-.

Como se señaló en líneas precedentes, Empresas Públicas de Neiva, entidad contratante, ostentaba la naturaleza jurídica de una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, en esta medida, podría pensarse en principio que el contrato se rige por el Estatuto de Contratación de las Entidades Estatales, Ley 80 de 1993, pues se trata de una de las entidades referidas en su artículo 2º, como sujetos a sus disposiciones. No obstante, los contratos de prestación de servicios públicos celebrados por una empresa de servicios públicos domiciliarios⁶ están regidos por las normas del derecho privado, conclusión a la cual se llega dado el régimen especial al que se halla sujeta esta clase de negocios jurídicos, como se explica a continuación.

⁶ Ley 142 de 1994. “Artículo 15. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el párrafo del artículo 17”.

La Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, vigente en el momento en que se celebró el contrato 072 de 1997, reguló, en el Título II, el régimen de actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos y, en el artículo 31 estableció que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se rigen por el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁷, esto es, por el derecho privado, salvo que en la misma ley se dispusiera otra cosa.

Así, el artículo 39 de la Ley 142 de 1994 dispuso que los contratos especiales que se celebren para la gestión de servicios públicos se regirán por el derecho privado, excepto el contrato especial de concesión para el uso de los recursos naturales o del medio ambiente.

También el inciso 2º del citado artículo 31 de la Ley 142 de 1994 señaló que en los eventos en que las Comisiones de Regulación disponen obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos tipos de contratos⁸ y, en los eventos en que por solicitud de éstas se incluyan en todos los demás, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

Así las cosas, se tiene que el contrato de prestación del servicio de aseo integral 072 de 1997, fue celebrado por una empresa industrial y comercial del Estado del nivel municipal, constituida como empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, que por lo tanto, está sometido a las normas del derecho privado, sin perjuicio de las cláusulas excepcionales autorizadas por el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y la Resolución 01 del 18 de mayo de

⁷ El párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 disponía: “Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias del objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”.

⁸ La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en virtud de las facultades conferidas por el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, expidió la Resolución 01 del 18 de mayo de 1995, la cual definió las reglas para la inclusión de las cláusulas exorbitantes en los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo. Además, contempló la posibilidad de que en los contratos distintos a los de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa que se celebren, se pacten cláusulas excepciones al derecho común de interpretación, terminación y modificación unilaterales, sometimiento a las leyes nacionales, de reversión y caducidad del contrato, previstas en la Ley 80 de 1993, previa autorización de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

1995, cuya regulación está contenida en el Estatuto General de la Contratación Pública –Ley 80 de 1993-.

3.2. El equilibrio financiero del contrato

Tal como se señaló en líneas anteriores a los actos y contratos celebrados por Empresas Públicas de Neiva le son aplicables las normas de derecho privado, régimen que se funda primordialmente en la autonomía de la voluntad de los extremos contractuales y en tal medida el ordenamiento jurídico reconoce que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Ahora, a los contratos estatales regidos por el derecho privado les son aplicables las normas civiles y comerciales y en tal sentido lo concerniente a la equivalencia de las prestaciones contractuales se encuentra regulado expresamente en el artículo 868 del Código de Comercio.

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 este punto, cabe precisar que la referida disposición legal en los contratos estatales regidos por el derecho privado, tiene un alcance diferente al previsto en los contratos celebrados entre particulares bajo el régimen civil o mercantil.

En efecto, el derecho privado, cuando el contrato está en ejecución, la parte afectada con el advenimiento de alguna circunstancia imprevisible y extraordinaria puede solicitar su revisión, siempre y cuando se abstenga de cumplir la prestación económica alterada hasta que el juez del contrato lo revise, ya que, de lo contrario, esto es, de haberse satisfecho, se parte del supuesto de que el afectado asumió los efectos nocivos de su ocurrencia y, por tanto, ya no habría nada que revisar y sobre lo cual regresar o volver.

Por el contrario, en los contratos celebrados por las entidades estatales, sea que se rijan por normas de derecho público o de derecho privado, en ellos prima su finalidad encaminada directa o indirectamente a la satisfacción del interés general, razón por la cual no se puede suspender su ejecución ante la ocurrencia de una circunstancia imprevista que impacte negativamente su economía, hasta que se revise el contrato por el juez; por lo tanto, la aplicación del artículo 868 del Código de Comercio en este ámbito tiene un alcance diferente y, con fundamento en dicha norma, en el contrato estatal regido por normas de derecho privado, las partes pueden solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato aunque la ejecución de este haya terminado.

Bajo este contexto, para el caso que nos ocupa, el artículo 868 del Código de Comercio autorizó al juez para revisar si las condiciones económicas que las partes tuvieron en cuenta al momento de celebrar el contrato se vieron alteradas durante su ejecución por factores sobrevinientes, extraordinarios, imprevistos o imprevisibles que hubieren hecho excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes, con el objeto de reestablecer el equilibrio del mismo.

Las condiciones de la teoría de la imprevisión han sido desarrolladas por la jurisprudencia⁹, en la cual se han estudiado los requisitos de procedencia que se concretan en: (i) que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva; (ii) que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles posteriores a la celebración del contrato; (iii) que esas circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa; y (iv) que el acontecimiento resulte ser ajeno a la voluntad de las partes.

Así entonces, es palmario que el hecho que se alega como causa de ruptura del equilibrio financiero del contrato debe ser exógeno y posterior al contrato, ostentar carácter de imprevisto e imprevisible y que no sea imputable a ninguna de las partes, al tiempo que deberá tratarse de un hecho que haya generado una afectación grave, anormal y desproporcionada, de la equivalencia de cargas y prestaciones propias del negocio jurídico concreto.

⁹ Ver, entre otras, la sentencia de 16 de mayo de 2019, exp. 43306, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

En conclusión, en el proceso *sub examine* se debe analizar con fundamento en la teoría de la imprevisión dispuesta en el Código de Comercio, si durante la ejecución del contrato surgieron causas extraordinarias y no imputables a las partes que hayan generado una excesiva onerosidad, y si los hechos aducidos por el demandante corresponden a eventos imprevistos e imprevisibles que, como lo afirmó, afectaron gravemente la ecuación contractual.

3.2.1. La no aplicación de la Resolución 15 del 25 de julio de 1997 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA- y su alegada incidencia en la ecuación contractual

El actor afirmó que la falta de aplicación de la Resolución 15 del 25 de julio de 1997 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA- 1997, ocasionó el desequilibrio económico del contrato, en tanto, esta resolución establecía las tarifas justas para la prestación del servicio público de aseo que le hubieren permitido al contratista la suficiencia financiera consagrada en el artículo 87.4 de que trata la Ley 142 de 1994 para desarrollar de forma eficiente la ejecución del contrato de aseo.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que, en realidad, lo que adujo el demandante no fue la ocurrencia, con posterioridad a la celebración del contrato, de un hecho imprevisto e imprevisible, constitutivo de un álea extraordinaria, que haya afectado de manera grave la ejecución de sus prestaciones, haciéndolas mucho más onerosas frente a lo pactado en el contrato, sino que le está imputando a la entidad demandada un incumplimiento, respecto de una obligación que le atribuyó.

Al respecto, se observa que la jurisprudencia se ha encargado de distinguir entre la figura del equilibrio económico del contrato y el incumplimiento contractual, pues al paso que la primera tiene como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo, para lo cual incluso se autoriza a las entidades contratantes para que, en sede administrativa, adopten los mecanismos encaminados a preservar esas condiciones y la dotó de instrumentos útiles tendientes a lograrlo, tales como la aplicación de los mecanismos de ajuste, actualización y revisión de precios, cuya materialización podrá efectuarse

directamente por la Administración, en el caso del incumplimiento contractual la reclamación se ubica en el ámbito de la responsabilidad, surgida “(...) de la inobservancia o del cumplimiento tardío o defectuoso del contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre y voluntaria acordaron las partes al tiempo de su celebración, evento que, de acreditarse, se ubica en el campo de la responsabilidad contractual, lo que a la postre faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido las obligaciones a su cargo o que hubiera estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo negocial o su cumplimiento, en ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios (...)”¹⁰. Diferencia que adquiere relevancia en la medida en que el restablecimiento de la ecuación contractual conducirá al reconocimiento de los mayores costos que haya afrontado la parte afectada con su quebrantamiento, mientras que el incumplimiento contractual implica el derecho a la indemnización integral de perjuicios.

Por lo anterior, el análisis en el presente caso, deberá efectuarse teniendo en cuenta esta distinción. Al respecto, en relación con la inaplicación, por parte de la entidad demandada, de la Resolución 15 del 25 de julio de 1997 expedida por la CRA, se observa:

El artículo 370 de la Constitución Política de 1991, señala que “*corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten*”.

La Ley 142 de 1994 creó la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico como una unidad administrativa especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico y, se autorizó al Presidente a delegar las competencias a él atribuidas por el artículo constitucional a dicha comisión¹¹.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de agosto de 2013, expediente 22947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹ Al respecto, el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 dispone: “*Delegación de funciones presidenciales a las Comisiones. El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta Ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta Ley. Las normas de esta Ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones*”.

Concretamente, mediante el Decreto 1524 de 1994¹² el Presidente de la República delegó en la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, la función de fijar las políticas generales a él atribuidas por el artículo 370 constitucional, en relación con el servicio público de aseo.

Tal como se observó la Ley 142 de 1994 facultó a las Comisiones de Regulación para fijar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, para tal fin, las respectivas comisiones tienen la responsabilidad de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad¹³.

Para el cumplimiento de esta actividad social, el artículo 73 de la Ley 142 de 1994¹⁴, atribuyó a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA-, entre otras funciones, la de establecer las fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios.

El Título VI de la ley 142 de 1994 regula el régimen tarifario de las empresas de servicios públicos. Específicamente, lo relativo a: (i) el régimen de regulación o libertad tarifaria, (ii) el sistema de subsidios, que se otorgarán para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas, (iii) las prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia, y que implican abuso de posición dominante y, (iv) los procedimientos, metodologías, fórmulas, estructuras, estratos, facturación, opciones, valores y, en general, todos los aspectos que determinan el cobro de las tarifas.

¹² Artículo 1° del Decreto 1524 de 1994.

¹³ Artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

¹⁴ El numeral 11 del artículo 73 dispone: “Artículo 73. Funciones y facultades generales. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos (...). Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales: (...) 73.11. Establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, cuando ello corresponda según lo previsto en el artículo 88; y señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre”.

A su turno, el artículo 88 de la Ley 142 de 1994 dispone que el régimen de regulación tarifaria puede ser de libertad regulada¹⁵, libertad vigilada¹⁶ o, un régimen de libertad. Al respecto el citado artículo señaló:

Artículo 88. Regulación y libertad de tarifas. Al fijar sus tarifas, las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o un régimen de libertad, de acuerdo a las siguientes reglas:

88.1. Las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas, salvo en los casos excepcionales que se enumeran adelante. De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada.

88.2. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.

88.3. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores. Corresponde a las comisiones de regulación, periódicamente, determinar cuándo se dan estas condiciones, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.

En síntesis, la Comisión de Regulación tiene las siguientes funciones, a saber: (i) define las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada y, (ii) establece los topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas de servicios públicos.

Así las cosas, la modalidad de servicio público ordinario de aseo se encuentra sometido al régimen de libertad regulada de tarifas¹⁷, de tal manera que su fijación es realizada por la entidad tarifaria local -en este caso, Empresas Públicas de Neiva-; sin embargo, como ya se dijo, esta facultad no es arbitraria, en tanto debe

¹⁵ Artículo 14 numeral 10. “Libertad regulada. Régimen de tarifas mediante el cual la comisión de regulación respectiva fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor”.

¹⁶ Artículo 14 numeral 11. “Libertad vigilada. Régimen de tarifas mediante el cual las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar libremente las tarifas de venta a medianos y pequeños consumidores, con la obligación de informar por escrito a las comisiones de regulación, sobre las decisiones tomadas sobre esta materia”.

¹⁷ La Comisión de Regulación de Agua Potable, a través de la Resolución 12 de 1996 -parte considerativa-, dispuso que las entidades descentralizadas que presten el servicio de aseo se rigen por el sistema de libertad regulada para la fijación de las tarifas de dicho servicio. Así mismo, la Resolución 15 de 1997, en su artículo 27 señaló que “las tarifas del servicio ordinario de aseo quedan sometidas al Régimen de Libertad Regulada de tarifas. Su fijación será realizada por la entidad tarifaria local, sujeta a lo dispuesto en esta resolución”.

estar acorde con los lineamientos establecidos por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

Ahora bien, en los años 1996 y 1997 la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió las resoluciones que se enuncian a continuación, relacionadas con el servicio ordinario de aseo prestado en capitales de departamentos y en municipios con más de 8.000 usuarios y con menos de 8.000 usuarios: (i) Resolución CRA 12 del 9 de mayo de 1996 *“Por la cual se establecen los criterios y se adopta la metodología con arreglo a los cuales las empresas prestadoras del servicio público domiciliario de aseo deben determinar las tarifas de prestación del servicio ordinario.”*; (ii) Resolución CRA 19 de 1996 *“Por la cual se establecen los criterios y se adopta la metodología con arreglo a los cuales las entidades prestadoras del servicio público domiciliario de aseo con menos de ocho mil usuarios deben determinar las tarifas de prestación del servicio ordinario”* y, (iii) Resolución CRA 15 de 1997 *“Por la cual se establecen las metodologías de cálculo de las tarifas máximas con arreglo a las cuales las entidades tarifarias locales deben determinar las tarifas de prestación del servicio ordinario de aseo y se dictan otras disposiciones”*. Esta resolución derogó la Resolución 12 de 1996.

De acuerdo con el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, las fórmulas tarifarias tienen una vigencia de 5 años, sin embargo, el legislador estableció la posibilidad de modificarlas o prorrogarlas durante su vigencia, si existe acuerdo entre la empresa prestadora de los servicios públicos y la Comisión de Regulación y excepcionalmente modificarlas de oficio o a petición de parte cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que existen razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas¹⁸.

¹⁸ En relación con la modificación de fórmulas tarifarias, la CRA expidió las siguientes resoluciones: a) Resolución CRA 26 de 1997, por la cual se establecen el procedimiento y los requisitos para la solicitud de modificación de las fórmulas tarifarias aplicables para los servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo. b) Resolución CRA 27 de 1997, por la cual se establecen los requisitos para la solicitud de modificación del valor de unos parámetros de las fórmulas tarifarias aplicables al servicio de Aseo; c) Resolución CRA 40 de 1998, por la cual se adiciona la Resolución 26 de 1997 d) Resolución CRA 95 de 1999, mediante la cual se establece el procedimiento único y los requisitos para la solicitud de modificación de las fórmulas tarifarias aplicables para los servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo”, e) Resolución CRA 117 de 1999, por medio de la cual se deroga la Resolución CRA 95 de 1999 y se establece el procedimiento único para el trámite de la solicitud de modificación de las fórmulas tarifarias aplicables para los servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo.

A su turno, la Ley 286 de 1996 *“por la cual se modifican parcialmente las Leyes 142 y 143 de 1994”* dispuso en su artículo 1° la celeridad y plazos con los que se alcanzarían los límites en materia de factores de contribución, tarifas y subsidios definidos en la Ley 142 de 1994. Respecto al servicio de agua potable y saneamiento básico señaló un periodo de transición máximo hasta el 31 de diciembre de 2001.

En desarrollo de esta normativa, las entidades tarifarias locales debían definir su plan de transición tarifario considerando lo establecido en las Resoluciones 23 CRA del 15 de octubre de 1996 *“Por la cual se define la gradualidad para incrementar las tarifas de los consumos básicos de los estratos bajos”* y, Resolución 25 del 5 de diciembre de 1996, *“Por la cual se determina el alcance de la Resolución 23 de 1996 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico”*. Estas resoluciones fueron derogadas por la Resolución CRA 68 del 16 de diciembre de 1998.

Por otra parte, la Resolución CRA 15 de 1997 estableció el procedimiento de aplicación de tarifas del servicio ordinario de aseo¹⁹. Al respecto, estableció que, una vez fijadas las tarifas, para poder ser aplicadas, debía previamente comunicarlas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, así como a los usuarios, en un lapso no mayor a 15 días calendario a partir de la aprobación de la Junta Directiva²⁰.

Ahora, se tiene que la Resolución CRA 15 de 1997 empezó a regir el 31 de julio de 1997, fecha en la cual se efectuó su publicación en la gaceta del Ministerio de Desarrollo Económico (artículo 33), sin embargo, las entidades tarifarias tenían plazo hasta el 31 de diciembre de 1997 para ajustar las tarifas a dicha resolución y, hasta el 31 de enero de 1998 para comunicar el nuevo plan de ajuste a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

En este orden de ideas, Empresas Públicas de Neiva debía ajustar sus tarifas a la Resolución CRA 15 de 1997, puesto que, por un lado, el Municipio de Neiva, a 31

¹⁹ El procedimiento para la aplicación de tarifas de la Resolución CRA 12 de 1996, según lo dispuesto en el párrafo del artículo 32, se encontraba establecido en la Resolución CRA 3 de 1996, artículos 3,4, 5 y 6.

²⁰ Artículos 28, 29 y 30 de la Resolución CRA 15 de 1997.

de julio de 1997, prestaba el servicio de aseo a 55.602 usuarios²¹, y por otro, tal como ya se dijo, las fórmulas tarifarias definidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico eran de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas de servicios públicos sometidas al régimen de libertad regulada.

Para la época en que se dio apertura a la licitación pública 01 de 1997 y celebración del contrato de aseo 072 -esto es, entre el 15 de agosto y el 5 de diciembre de 1997, respectivamente-, si bien dicha resolución se encontraba vigente, las nuevas fórmulas tarifarias solo eran aplicables a partir del mes de enero de 1998, es decir, en la etapa de ejecución del contrato.

Bajo este contexto, es claro que el proponente debió estructurar la propuesta con base en los costos definidos en el pliego de condiciones de la licitación pública 01 de 1997 -tal como se hizo-, ya que las fórmulas tarifarias dispuestas en la Resolución CRA 15 de 1997 no le eran aplicables para la época en que presentó su oferta.

Así las cosas, no es de recibo para la Sala la afirmación del actor, en cuanto sostuvo que la entidad indujo a error a los proponentes por los costos de prestación del servicio de aseo que estableció en los pliegos de condiciones, pues al haber sido Aseo Total E.S.P. adjudicataria del contrato en estudio, se supone que se trataba de una persona experta en la materia y, por lo tanto, estaba en la obligación de estructurar con seriedad su oferta, puesto que era su deber estudiar, preparar y presentar su propuesta con base en esa fuente de información y, si era del caso, presentar las observaciones correspondientes, porque éstos podían o debían ser ajustados en el proceso de selección.

Es menester recordar que la responsabilidad de planeación se encuentra en cabeza de todos los actores que intervienen en la actividad contractual, es así que la jurisprudencia del Consejo de Estado²² ha manifestado que los particulares que celebran y ejecutan contratos con las entidades estatales colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones, y por consiguiente, el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración, puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que

²¹ Como ya se dijo, la Resolución CRA 15 de 1997, aplicaba al servicio ordinario de aseo prestado en capitales de departamentos y en municipios con más de 8.000 usuarios.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de abril de 2013, exp. 27315, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

sean subsanadas, sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse. Mucho menos podrán pretender los contratistas, en este último caso, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos.

Por otra parte, es claro que la entidad estatal no cumplió con la obligación de ajustar los costos del servicio ordinario de aseo, de acuerdo con las fórmulas tarifarias establecidas por la Comisión de Regulación durante la ejecución del contrato, pues se repite, debían aplicarse a partir del mes de enero de 1998.

Se advierte, sin embargo, que no se trató del incumplimiento de una obligación contractual, pues la misma no fue pactada en el negocio jurídico y tampoco en el pliego de condiciones de la licitación que lo precedió. No obstante, la Sala analizará si este hecho alteró la fórmula de precio y si produjo la afectación económica que el contratista adujo haber sufrido.

Dicho lo anterior, la Sala procede a señalar los hechos que encontró probados en el expediente:

1. Las partes celebraron el contrato 072 el 5 de diciembre de 1997, por valor de \$10.500'000.000 teniendo en cuenta el cálculo de la indexación mensual y por un plazo de 5 años.

2. Según el objeto del contrato, al contratista le correspondía prestar el servicio de aseo integral, el cual comprendía, en resumen, los siguientes conceptos: (i) recolección de las basuras residenciales, comerciales, industriales, institucionales y similares; residuos patógenos u hospitalarios; desechos y basuras de las plazas de mercado y espacios públicos adyacentes; escombros de construcciones de arrojo clandestinos; escombros de construcciones de arrojo de autor conocido hasta de un metro cúbico; arena, tierra y material del barrido; animales arrojados sin vida en la vía pública; elementos vegetales provenientes del corte o poda de árboles o jardines inferiores a un metro cúbico –los cuales debían ser debidamente embolsados o empacados-; (ii) transporte, descargue y adecuada disposición de todos estos desechos, basuras, y residuos en el sitio de disposición final; (iii) barrido y la limpieza de vías,

parques, monumentos y áreas públicas de la ciudad. Así mismo, estaba encargado de (iv) realizar el diseño, construcción, operación y mantenimiento técnico del sitio destinado o que se destine al relleno sanitario, ubicado en el predio denominado Los Angeles, de propiedad de las Empresas Públicas de Neiva.

3. El pliego de condiciones que sirvió de base a la licitación pública 01/97 estableció, en el ordinal I numeral 8, que la remuneración del contratista - equivalente al 88% de lo efectivamente recaudado por la prestación del servicio de aseo²³-, comprendía todos los conceptos a que aludía el objeto de la licitación y, por ende, del contrato²⁴.

4. Respecto a las indicaciones específicas para la elaboración de la propuesta económica, el ordinal IV numeral 3 literal m) estableció que los oferentes debían presentar el análisis de costos actuales y su proyección anual durante la vigencia del contrato y, formular y justificar el costo de operación mediante el análisis de cada uno de los componentes de cada servicio por separado. Así mismo, debía tener en cuenta, en todo caso, que la única retribución que recibiría por la ejecución del objeto contratado, sería un porcentaje de los recaudos efectivos por el servicio de aseo, de acuerdo con las tarifas y la indexación mensual establecidas y que establezcan la Junta Directiva de las

²³ Según el pliego de condiciones, por efectivamente recaudado, se entiende lo recaudado del respectivo mes, más la cartera recuperada por concepto de aseo en dicho mes, que corresponda a la ejecución del contrato (ordinal I, numeral 8 inciso tercero).

²⁴ En la cláusula quinta del contrato

072 de 1997, se estableció la forma de pago, así: *“Las Empresas Públicas de Neiva se obligan a pagar al contratista por los servicios efectivamente prestados, de que da cuenta la cláusula primera, una suma de dinero igual a 88% de los recaudos efectivos de las tarifas de aseo que perciban mensualmente las empresas públicas de Neiva, incluida la indexación mensual que establezcan las entidades competentes. Esta remuneración comprende todos los conceptos a que alude el objeto del contrato. (...) Parágrafo primero. El contratista queda obligado a elaborar dentro de los tres (3) meses siguientes al perfeccionamiento del contrato el censo de usuarios del servicio de aseo y a entregar oportunamente a las Empresas Públicas en medio magnético las novedades sobre la ampliación de la cobertura del servicio de recolección y los cambios que se produzcan a los usuarios en cuanto puedan tener incidencia en la aplicación de las tarifas. Parágrafo segundo. A su vez las Empresas Públicas entregaran cada mes al contratista un listado detallado de lo facturado a cada usuario o suscriptor por el servicio de aseo para efecto de la conciliación respectiva, previa entrega por parte de aseo total del medio magnético correspondiente. En el evento en que en el proceso de conciliación se determinen inconsistencias en la facturación referentes a omisiones o mala liquidación de uno o varios usuarios respecto de la tarifa oficial vigente las Empresas Públicas de Neiva deberán corregir tales deficiencias en el periodo siguiente de facturación, reconociendo a Aseo Total E.S.P. el pago respectivo. Parágrafo tercero. Como en la remuneración pactada se entienden comprometidos en su totalidad los costos administrativos, financieros, operativos, de publicidad y promoción, fiscales, de inversión y cualesquiera otros correspondientes a la prestación de los servicios contratados en todos sus componentes, así como la retribución del capital, el trabajo y los conocimientos técnicos del contratista, las Empresas Públicas de Neiva no quedan obligadas a reintegrarle suma alguna por estos conceptos ni a efectuar ajustes o revisiones de precios ni costos de ninguna clase (...).”*

Empresas Públicas de Neiva y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

5. La cobertura del contrato se estableció en el ordinal I numeral 2, en resumen, así:

- Población del perímetro urbano de Neiva: 300.000 habitantes.
- Cobertura del servicio: 93%.
- Número de usuarios del servicio de aseo, a 31 de julio de 1997: 55.602.
- Toneladas de basura: entre 150 y 180 toneladas diarias.
- Valores facturados y efectivamente recaudados por la prestación del servicio de aseo entre los meses de enero y agosto de 1997:

AÑO 1997			
FACTURADO		RECAUDADO	
Enero	\$ 145'927.936	Enero	\$ 142'764.343
Febrero	\$ 147'828.294	Febrero	\$ 145'561.599
Marzo	\$ 152'200.999	Marzo	\$ 150'553.403
Abril	\$ 155'008.926	Abril	\$ 151'324.905
Mayo	\$ 157'763.863	Mayo	\$ 159'733.687
Junio	\$ 159'524.851	Junio	\$ 157'034.187
Julio	\$ 162'903.336	Julio	\$ 160'045.386

El contratista en la propuesta²⁵ relacionó los costos por concepto de recolección y transporte domiciliario, barrido manual y/o mecánico, recolección y transporte de grandes generadores, limpieza especial y, manejo y adecuación del relleno sanitario y, los soportó a precios unitarios incluyendo el AIU.

Luego, estableció la estructura de costos para la ejecución del contrato y la proyección sobre el recaudo a 5 años. Al respecto se observa que dispuso una estructura mensual de costos por concepto de la prestación del servicio de aseo y las proyecciones durante los años posteriores así:

a) Estructura de costos:

Servicio	Incidencia	Valor mensual
Recolección y transporte domiciliario	50.69%	\$68'881.142
Barrido Manual y/o mecánico	25.92%	\$34'200.498
Recolección y transporte grandes generadores	0.38%	\$505.580
Limpieza especial	2.10%	\$2'772.618

²⁵ En el proceso no obra copia íntegra de la propuesta. Se aportaron parcialmente por el demandado solo 26 folios aparentemente de la misma, en los que se detallan los costos para la prestación del servicio de aseo (fls. 12-37, c. 13).

Manejo relleno sanitario	17.83%	\$23'530.927
Adecuación relleno sanitario	3.07%	\$4'055.826
Subtotal propuesta	100%	\$131'946.592
Costo administrativo		\$ 23'163.248
Total mensual propuesta		\$155'109.924

b) Proyecciones sobre el recaudo:

Año	Valor recaudado por las E.P de Neiva / Promedio año	Recaudo del 88% para Aseo Total / Promedio mes
1998	\$2.038.365.776	\$169'863.815
1999	\$2.405.601.000	\$200'466.750
2000	\$2.838.997.907	\$236'583.159
2001	\$3.350.476.290	\$279'206.358
2002	\$3.954.103.434	\$329'508.619

7. Las partes suscribieron el acta de inicio del contrato el 16 de diciembre de 1997.

8. El 17 de febrero de 1998 (fls. 115-117, c. 1 de pruebas), las partes suscribieron el *“acta de inspección a los equipos de recolección de basura, barrido y operación del relleno sanitario de Aseo Total E.S.P., una vez vencido el periodo de implementación de 60 días contemplado en el contrato”*. En este documento se dejó constancia de que el equipo automotor y otros equipos de los que disponía Aseo Total para la prestación del servicio se encontraban incompletos, otros en reparación o fuera de servicio y, otros, no se encontraban en el lugar de inspección.

9. Durante la ejecución del contrato, Empresas Públicas de Neiva impuso diversas multas al contratista por el incumplimiento parcial de las obligaciones del contrato 072 de 1997, a saber:

-. Resolución 1832 del 18 de mayo de 1998 y su confirmatoria 1930 del 9 de julio de 1998 (fls. 4-7 y 45-47, c. 11), por la cual se impuso al contratista tres multas por incumplimiento en los horarios de recolección; por la cantidad o calidad del equipo requerido y, por la no prestación del servicio de recolección por varios días en algunos sectores de la ciudad de Neiva durante la primera quincena del mes de febrero de 1998.

-. Resolución 2381 del 28 de diciembre de 1998 y su confirmatoria 2557 del 10 de marzo de 1999 (fls. 2-4 y 10-16, c. 12), por la cual se impuso al contratista seis multas por el equipo faltante; por la falta de instalación de la báscula

camionera; por la no recolección de basuras detectada el 8 de julio de 1998; por utilización de la volqueta sin cubierta y en servicio para la cual no estaba destinada; por 7 vehículos que operaban sin logotipo y la leyenda de las Empresas Públicas de Neiva y sin la indicación del teléfono de Aseo Total para reclamos; por la falta de evacuación de las bolsas del barrido detectadas el 23 de julio y el 28 de julio de 1998.

-. Resolución 2182 del 15 de octubre de 1998 y su confirmatoria 2382 de 1998 del 28 de diciembre de 1998 (fls. 1-4 y 93-98, c. 13), por la cual se impuso al contratista cinco multas por el uso de volqueta sin carga o cubierta; por falta de sistemas o dispositivos eficaces para impedir la diseminación en vía pública o lixiviados; por manejo inadecuado (falta de incineración) de los desechos hospitalarios; por uso no apropiado de volqueta en servicio diferente y sin carpa; por la no recolección de basuras en algunos sitios de los barrios Los Guadales, Pedregal, La Victoria y las Palmas.

-. Resolución 2924 del 11 de agosto de 1999 y su confirmatoria 3074 del 28 de octubre de ese mismo año (fls. 2-6 y 85-91, c. 14) -actos reprochados en el presente proceso-, por la cual se impuso al contratista seis multas por la falta de leyenda y logotipos alusivos a las Empresas Públicas de Neiva; por falta de 3 recolectores compactadores; por los horarios y frecuencias de recolección de basuras en diversos sectores o zonas de la ciudad; por no disponer del equipo suficiente de reemplazo.

10. Igualmente, durante la ejecución del contrato, el contratista solicitó en diversas oportunidades a la entidad que se ajustara la estructura tarifaria del contrato, entre los cuales se destacan los siguientes:

-. Oficio 1457/97-0063/98 radicado el 3 de diciembre de 1998 (fl. 396-397, c. 1 de pruebas), en el cual señaló la imposibilidad de asumir los costos de la construcción de la red eléctrica para operar la báscula de pesaje en el relleno sanitario.

-. Oficio radicado el 3 de diciembre de 1998 (fl. 398-400, c. 1 de pruebas), en el cual solicitó que se modificara el costo del componente de tratamiento y disposición final de basuras e informó que estaba asumiendo el costo de incineración de los residuos patógenos el cual correspondía a los generadores.

-. Oficio AC-03-013-99 radicado el 11 de febrero de 1999 (fl. 404, c. 1 de pruebas), en la cual adjuntó copia de los resultados de los aforos que aplicó a “*Surabastos, Mercaneiva, Optimo y Olímpica*” sujetos a la aplicación de la nueva estructura tarifaria.

-. Oficio AC-03-112-99 radicado el 1 de junio de 1999 (fl. 401-403, c. 1 de pruebas), en el cual informó que las causas del desequilibrio obedecían a que (i) el número de usuarios era menor al proyectado; (ii) inexistencia de una estructura tarifaria aplicable al contrato; (iii) la inaplicabilidad de la Resolución CRA 15 de 1997; (iv) morosidad de los usuarios; (iv) no actualización del censo de usuarios.

-. Oficio AC-03-171-99 radicado el 6 de agosto de 1999 (fl. 405-406, c. 1 de pruebas), en la cual reiteró la petición de ajustar el servicio ordinario de aseo de acuerdo con la Resolución 15 de 1997 y el costo de disposición final de residuos de acuerdo con la Resolución 69 de 1998 de la CRA.

-. Oficio AC-GER-001-245-99, radicado el 29 de agosto de 1999 (fl. 407-408, c. 1 de pruebas), en la cual informó que la empresa no cuenta con los recursos para atender la “*piscina de lixiviados*”.

-. Oficio AC-03-205-99 radicado el 30 de agosto de 1999 (fl. 409-410, c. 1 de pruebas), en la cual informó un detrimento en la facturación por no haberse adoptado la estructura tarifaria de la CRA.

11. En el acta del 22 de septiembre de 1999 (fls. 204- 216, c. 1), la entidad informó al contratista el procedimiento administrativo iniciado por causa de los múltiples incumplimientos a las obligaciones del contrato 072 de 1997. Señaló que una vez agotado el debido proceso la entidad tomaría una decisión, como la caducidad, terminación unilateral del contrato, terminación por mutuo acuerdo, cambio de condiciones del contrato, modificación de cláusulas, entre otras.

12. El 13 de octubre 1999, las partes suscribieron acta de terminación del contrato, con efectos jurídicos a partir del 31 de octubre de ese mismo año, en la cual se justificó su terminación, a saber:

[Las partes] hemos convenido dar por terminado de común acuerdo el contrato de prestación del servicio de aseo integral y para el diseño, construcción y mantenimiento del relleno sanitario de la ciudad de Neiva, celebrado por las partes el día 5 de diciembre de 1997. Que como consecuencia de la terminación del contrato por mutuo acuerdo se deberá proceder a la liquidación del mismo de conformidad con los artículos 60 y siguientes de la Ley 80 de 1993 y normas que la modifican y reglamentan, así como en los términos contractuales. Las partes dejan expresa constancia que la decisión contenida en la presente acta se realiza con el fin de garantizar la adecuada prestación del servicio público de manejo y disposición final de residuos sólidos en la ciudad, en aras de salvaguardar el interés general y con ello darle aplicación a la normatividad legal vigente en especial la Ley 80 de 1993. Igualmente esta acta constituye la culminación del procedimiento administrativo notificado a la sociedad Aseo Total el día 22 de septiembre del año en curso, acorde a los documentos que conforman el mismo, debidamente aportado por las partes

13. El 28 de febrero de 2000, mediante Resolución 149 y su confirmatoria 388 del 28 de mayo de ese mismo año, Empresas Públicas de Neiva liquidó unilateralmente el contrato 072 de 1997, así:

1.- ÍTEMS A FAVOR DE ASEO TOTAL:

1.1. Cartera (Anexo 1)

Matriz con la facturación durante la vigencia del contrato donde se observa el monto de la cartera (86%), según contrato. El 59.9% es de cartera irre recuperable por su alto nivel de morosidad: \$437.528.366.

1.2. Reconocimiento de intereses de mora a la tasa del 2.17% mensual de conformidad con la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria: \$9.494.365.

2. Reconocimiento recolección de basura en zonas rurales: \$50.600.000.

TOTAL ÍTEMS A FAVOR DE ASEO TOTAL: \$497.622.731.

2. DEDUCCIONES A FAVOR DE EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA E.S.P.

2.1. OBRAS REMEDIALES RELLENO SANITARIO (Anexo No. 3)

Valor: \$267.144.060.

2.2. Multa de la CAM (Anexo 4) – 100 SMLMV (\$203.826) – Res. 02033 del 03-08-98: \$20.832.600.

2.3. Multa de la CAM (Anexo 5) – 10 SMLMV (\$203.826) – Res. 02216 del 27-10-98: \$2.038.260.

2.4. Multa de la CAM (Anexo 6) – 50 SMLMV (\$236.460) – Res. 059 del 02-02-99: \$11.823.000.

2.5. Multa de EEPP (Anexo 7) – Res. 02924 del 11-08-99: \$176.162.700.

TOTAL DEDUCCIONES A FAVOR DE EE.PP: \$478.000.620.

Diferencia a favor de ASEO TOTAL E.S.P.: \$19.622.111.

14. Ahora bien, en el curso del proceso judicial se practicaron los siguientes dictámenes periciales:

14.1. El demandado solicitó inspección judicial con intervención de peritos (i) a la Subgerencia Administrativa y Financiera de la entidad, con el fin de verificar los pagos efectuados por las Empresas Públicas de Neiva y su recibo por parte de la sociedad demandante y (ii) a las oficinas de Aseo Total, para verificar los gastos en que incurrió la empresa demandante durante la ejecución del contrato y el destino que finalmente se le otorgó a los recursos públicos pagados.

En la diligencia de inspección judicial realizada el 22 de agosto de 2002 por contadores públicos a Empresas Públicas de Neiva el demandante solicitó que se absolviera el siguiente cuestionario:

1. Verificar en sus asientos contables y certificar:

a. Los ingresos por facturación del servicio de aseo, durante los 22 meses de operación del servicio por parte de la empresa Aseo Total E.S.P., recibidos por las Empresas Públicas de Neiva. La operación del servicio se inició el 16 de Diciembre de 1997 y se terminó el 13 de Octubre de 1999.

b. Los pagos efectuados, durante el mismo término, por parte de las Empresas Públicas de Neiva a su operador Aseo Total E.S.P., por la prestación del servicio de aseo integral y relleno sanitario.

c. Verificar el comportamiento de la cartera, por este concepto, de los usuarios morosos durante el mismo periodo (los 22 meses de operación del servicio).

2. Verificar en sus asientos contables y certificar:

a. Los ingresos por facturación por servicio de aseo, durante el año 2000, recibidos por las Empresas Públicas de Neiva E.S.P.

b. Verificar los pagos realizados por las Empresas Públicas de Neiva E.S.P. por la operación del servicio de aseo, interventoría y relleno sanitario realizados durante el año 2000, a las siguientes empresas:

1. Ciudad Limpia - Fanalca

2. Servicaí.

3. Armando Albarracín

Para los efectos económicos de remuneración a estas empresas debe tenerse en cuenta los contratos originales y sus respectivas ampliaciones a través de los Otrosí.

Los peritos presentaron su dictamen el 28 de julio de 2004²⁶. Con fundamento en los libros y los documentos que soportaban los asientos contables, determinaron que los pagos efectuados por Empresas Públicas de Neiva a la empresa Aseo

²⁶ fls. 351-356 c. 2 y c. 16 al 19.

Total en el periodo comprendido entre el 21 de enero de 1998 y el 16 de noviembre de 1999, fue de \$3.440'707.027²⁷.

En relación con lo solicitado por la empresa Aseo Total E.S.P., concluyeron lo siguiente:

(i) Ingresos por facturación:

Concepto	Diciembre de 1997	Año 1998	Año 1999
Facturación por tarifas	\$ 171'700.556	\$ 2.277'245.893	\$ 2.071'847.873
Facturación por descuentos	\$ 538.648	\$ 9'221.504	\$ 77'118.417
Facturación por descargos	\$ 8'622.429	\$ 108'304.547	\$ 128'571.471
Por aprovechamientos	\$ 180.591	\$ 6'563.485	\$ 854.017
Total	\$ 179'964.928	\$ 2.382'892.421	\$ 2.124'154.944

(ii) Pagos efectuados: \$3.440'707.027.

(iii) Asientos contables:

a) Durante el periodo de enero a octubre de 2000:

Facturación por tarifas:	\$2.939'373.808
Facturación por descuentos:	\$18'771.258
Facturación por descargos:	\$160'888.863
Por aprovechamientos:	\$10'885.772
Total ingresos facturados:	\$3.092'377.185

b) Pagos realizados en el año 2000 por las Empresas Públicas de Neiva a Ciudad Limpia-Fanalca, Servicai Ltda. y Armando Albarracín Palomino, por la operación del servicio de aseo.

Es del caso señalar que en el presente proceso no se valorará lo relacionado con los contratos celebrados entre Empresas Públicas de Neiva y Ciudad Limpia-Fanalca, Servicai Ltda. y Armando Albarracín Palomino, puesto que son contratos posteriores a los que motivan la demanda y que no ocupan la atención de la Sala. Mediante auto del 12 de agosto de 2004 se corrió traslado a las partes para la contradicción de la pericia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 238 del C.P.C. El apoderado de la parte demandante objetó el dictamen pericial, porque

²⁷ El valor pagado a diciembre de 1998 fue de \$1.691'011.640 y, a noviembre de 1999 fue de \$1.749'695.387.

los peritos no absolvieron la totalidad de los interrogantes planteados en el cuestionario previamente formulado.

Mediante auto del 7 de septiembre de 2004, el Tribunal *a quo* aclaró que lo pretendido por el demandante era la complementación del dictamen -no objeción-, en tanto los peritos no evacuaron la totalidad de las respuestas a los interrogantes formulados.

El 12 de julio de 2006, los peritos presentaron la complementación del dictamen pericial (fls. 386-397, c. 2). Con fundamento en los libros y los documentos que soportaban los asientos contables, absolvieron lo solicitado por la parte demandante, consistente en verificar el comportamiento de la cartera de los usuarios morosos durante los 22 meses de operación del servicio. Al respecto, informaron que este punto no fue desarrollado en el dictamen, porque las Empresas Públicas de Neiva no contaban con registros contables ni estadísticos detallados para poder hacer el análisis solicitado por el demandante. Adjuntaron certificación suscrita por el Jefe de la División de Cobranzas, el Jefe de División Financiera y el funcionario encargado del Software comercial y financiero, en la cual manifiestan que no reposa información al respecto.

14.2. Dictámenes periciales practicados por cuatro auxiliares de la justicia -dos economistas y dos contadores- con el objeto de demostrar los hechos alegados por el actor con ocasión de la supuesta ruptura del equilibrio financiero del contrato, a saber:

14.2.1. El 05 de septiembre de 2003²⁸, los peritos economistas presentaron dictamen pericial.

Con base en los balances y estados de resultados aportados por la parte actora, concluyeron que se rompió la ecuación financiera y económica del mismo, puesto que el total de ingresos recibidos por la empresa por concepto de la prestación del servicio de aseo fue de \$3.718'309.527,37²⁹, mientras que el total de costos³⁰ más

²⁸ Cuaderno 5.

²⁹ Los ingresos en el año 1998 fueron de \$1.991'692.169 y para el año 1999 fueron de \$1.726'617.358.

³⁰ Los costos en el año 1998 fueron de \$2.322'833.113 y para el año 1999 fueron de \$2.207'634.587,25,

gastos³¹ fue de \$5.270'298.824,77, lo que equivalía a una pérdida de \$1.551'989.297,40³².

Bajo este contexto, aseguraron que, de los 22 meses de ejecución del contrato, la empresa Aseo Total solo presentó utilidad en 6 meses, los restantes representaron pérdidas para el contratista, situación que le impedía continuar con la ejecución del acuerdo.

Por otra parte, efectuaron el cálculo de los perjuicios originados con ocasión de la celebración del contrato 072 de 1997 y determinaron que ascendían a la suma de \$6.235'303.834. En dicha operación obtuvieron la suma de \$3.139'710.086 por concepto del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, la suma de \$2.192'613.067 como lucro cesante y la suma de \$902'980.681 por concepto de daño emergente.

Para conceptuar los perjuicios económicos del contrato, aplicaron la siguiente metodología:

(i) En lo atinente al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, señalaron que tomaron el promedio de las tarifas vigentes a diciembre de 1999 en cada uno de los estratos de las ciudades de Ibagué, Manizales, Pasto, Popayán, Armenia y Pereira -ciudades semejantes a Neiva- y la estructura tarifaria promedio en cada uno de los estratos y número de usuarios reales en la ciudad de Neiva durante los 22 meses de ejecución del contrato. Compararon los ingresos que recibió Aseo Total durante dicho lapso con los ingresos de las tarifas promedio. La diferencia de ingreso durante dicho ciclo con el factor de actualización correspondiente a cada mes de operación del contrato, multiplicado por cada una de las diferencias de ingresos mensuales, equivalía a la reclamación por concepto de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

(ii) El lucro cesante se obtuvo con base en los ingresos que obtendría la empresa Aseo Total desde noviembre de 1999 hasta diciembre de 2002, fecha en la cual terminaría el contrato de aseo. Tomaron una utilidad del 20% sobre dichos ingresos, multiplicada por cada uno de los factores de actualización

³¹ Los gastos en el año 1998 fueron de \$422'148.086,36 y para el año 1999 fueron de \$317'683.038.

³² La pérdida operacional en el año de 1998 fue de \$753'289.029,99 y para el año 1999 fue de \$798'700.267,41.

correspondientes a cada uno de los meses entre noviembre de 1999 y diciembre de 2002.

(iii) El daño emergente lo analizaron teniendo en cuenta la tasa de interés promedio autorizada por la Superintendencia Bancaria entre noviembre de 1999 y septiembre de 2000, con la cual se liquidó el interés total sobre los pasivos del balance a 31 de diciembre de 1999, y el 20% de agencias en derecho.

Por otra parte, determinaron que las causas de naturaleza económico-tarifaria de la ruptura de la ecuación económica y financiera del contrato fueron: (i) las tarifas que se cobraban para el servicio de aseo en la ciudad de Neiva a diciembre de 1999 eran menores a las establecidas en otras ciudades; (ii) la inexistencia de una estructura tarifaria aplicable al servicio de aseo, en tanto el cobro no obedecía a la realidad del servicio prestado y; (iii) la falta de aplicación de la Resolución CRA 15 de 1997, la cual establecía tarifas rentables para la prestación del servicio de aseo.

Finalmente, los peritos concluyeron, en resumen, lo siguiente: (i) la ecuación financiera y económica del contrato se rompió durante los 22 meses de ejecución porque los ingresos fueron inferiores a los gastos y costos; (ii) si la empresa hubiese alcanzado su punto de equilibrio hubiera dado cumplimiento al contrato; (iii) las tarifas de aseo de Neiva eran inferiores a las tarifas de ciudades semejantes; (iv) el mecanismo que utilizó Aseo Total para el restablecimiento de la ecuación económica del contrato, es acertado ya que las tarifas que ellos tomaron como justas eran muy semejantes a las del promedio empleadas en el presente experticio.

14.2.2. El 31 de octubre de 2002³³, los peritos contadores públicos presentaron dictamen pericial con base en las cifras contenidas en los balances y estados de resultados de los años 1998 y 1999, las cuales fueron tomadas de los libros de contabilidad que suministró la empresa Aseo Total.

En su experticia, los peritos concluyeron que la empresa Aseo Total tenía una pérdida operacional, para el año 1998 de \$753'289.029,99 y para el año 1999 de \$798'700.267,41, y que el atraso de sus obligaciones fue generado como

³³ Cuadernos 2, 3 y 4.

consecuencia del desequilibrio económico y financiero del contrato celebrado con Empresas Públicas de Neiva.

Tal como se explicó en líneas precedentes, la parte demandante alegó que una de las causas que ocasionó la ruptura del equilibrio económico del contrato fue la no aplicación de las fórmulas tarifarias establecida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -Resolución 15 de 1997-, la cual debía ser resarcida por la entidad demandada, y señaló que esa alteración de la ecuación contractual se materializó porque los valores establecidos en el pliego de condiciones no cubrían los costos, gastos y utilidad de la prestación del servicio de aseo.

No obstante, ya se explicó que, para que se configure el rompimiento del equilibrio económico del contrato, la afectación de la ecuación contractual debe provenir -salvo que se alegue el hecho del príncipe³⁴- de un hecho posterior a la celebración del contrato, externo a las partes y extraordinario, y la omisión que se le imputa a la entidad demandada no tiene tales características.

En primer lugar, la Sala reitera que la Resolución CRA 15 de 1997 no era aplicable al procedimiento precontractual y, por lo tanto, las condiciones tenidas en cuenta por el proponente para la ejecución del contrato fueron las dispuestas en el pliego de condiciones; de ahí que, cualquier reconocimiento adicional, habría de sujetarse a la prueba de que durante el contrato se hubiera hecho más onerosa la prestación del servicio de aseo objeto del negocio jurídico, o de que la Empresa Aseo Total hubiera incurrido en costos extraordinarios por hechos anormales o imprevistos, sucedidos con posterioridad a la celebración del contrato, no imputables a las partes, al punto de surgir la alegada ruptura de la ecuación contractual.

En segundo lugar, se observa que si bien la entidad estatal tenía la obligación indefectible de sujetarse a la regulación establecida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y, en tal sentido, debió ajustar durante la ejecución del contrato los costos de la prestación del servicio de aseo conforme a las fórmulas tarifarias dispuestas en la Resolución 15 de 1997, lo cierto es que la omisión de la entidad demandada, no tornaba más onerosa la ejecución del contrato en relación con los términos en que se

³⁴ Que se produce cuando el rompimiento del equilibrio económico del contrato proviene de la aplicación de una medida de carácter general, proferida por la entidad contratante, en el ejercicio de sus funciones.

celebró ni hacía más difícil su cumplimiento, en tanto, dicho cambio regulatorio si bien era previsible³⁵, no justificaba que el contratista supeditara a una expectativa el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y la economía del contrato, construida a partir de los parámetros establecidos en el pliego de condiciones, en los cuales no se tuvo en cuenta un cambio tarifario con base en la referida resolución.

En este punto, cabe reiterar que la omisión de la entidad contratante de ajustar las tarifas a la Resolución CRA 15 de 1997, *stricto sensu* no genera el rompimiento de la ecuación económica del contrato. En efecto, tal como ya se explicó, la alteración de la ecuación contractual implica cambios de las condiciones tenidas en cuenta al momento de celebrar el negocio jurídico, por circunstancias extraordinarias ocurridas con posterioridad a su celebración y ajenas a las partes, que hubieren hecho excesivamente onerosa su ejecución para una de ellas.

Por el contrario, la Sala³⁶ ha sostenido que el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.

Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico.

³⁵ En las indicaciones específicas contenidas en el pliego de condiciones se estableció *“En la propuesta económica se presentará el análisis de costos actuales y su proyección anual durante la vigencia del contrato, se formulará y justificará el costo de operación mediante el análisis de cada uno de los componentes de cada servicio por separado. // El oferente deberá tener en cuenta en todo caso que la única retribución que recibirá por la ejecución del objeto a que se contrae la licitación, será un porcentaje de los recaudos efectivos por el servicio de aseo, de acuerdo con las tarifas y la indexación mensual establecidas y que establezcan la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Neiva y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico”*.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de mayo de 2019, exp. 58895, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Así mismo tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral³⁷.

Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contratantes que, de manera injustificada se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulada.

Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligacional, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados.

Ahora bien, podría suceder que el cambio regulatorio hubiere generado una mayor remuneración para el contratista, puesto que el porcentaje de los recaudos efectivos por el servicio de aseo -88%- se establecía, como ya se dijo, de acuerdo con las tarifas “establecidas o que establezcan la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Neiva y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico”; sin embargo, este hecho no implicaba - como lo alegó el demandante- el rompimiento de la ecuación económica del contrato, ya que la afectación de esta ecuación no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades mayores, sino por los mayores sobrecostos que, con ocasión de situaciones imprevistas, sobrevinientes, ajenas a la voluntad de las partes, alteren de forma grave la economía del contrato y generen una excesiva onerosidad en su ejecución.

En otras palabras, se reitera que, en el *sub-lite*, no se presentaron las circunstancias que configuran la teoría de la imprevisión, porque la regulación de las tarifas de la prestación del servicio ordinario de aseo por parte de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y su posible modificación era un hecho conocido por el contratista desde el momento de la presentación de su propuesta y de la suscripción del contrato, y en tal medida la mayor remuneración que hubiere recibido no podía incidir en los costos de la prestación del servicio en los términos en que se contrató ni tampoco hacía

³⁷ “[13] Sobre el particular consultar sentencia proferida por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947, C.P: Mauricio Fajardo Gómez”.

más onerosa la prestación del servicio. Como tampoco se probó el incumplimiento de una obligación contractual radicada en cabeza de la entidad demandada.

Adicionalmente, en el caso *sub examine*, no se probó que la empresa Aseo Total haya sufrido un detrimento patrimonial, derivado de una excesiva onerosidad del contrato de aseo, ni se acreditó que la indicada empresa hubiera incurrido, sin su culpa, en costos extraordinarios que le ocasionaran pérdidas o menoscabos patrimoniales, o que hubiere sufrido perjuicios derivados de un incumplimiento contractual de la entidad; lo cierto es que de las pruebas que obran en el expediente no puede deducirse que realmente el contratista incurrió en costos excepcionales originados en la ejecución del contrato.

Según lo dispuesto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, el dictamen pericial es aquel medio probatorio que tiene por objeto *“verificar hechos que interesen al proceso y que requieran de especiales conocimientos científicos, técnicos y artísticos”*.

La función del dictamen pericial consiste fundamentalmente en dar claridad al funcionario judicial en el proceso sobre hechos que se piensa que tienen alguna repercusión en éste y que por su naturaleza o configuración requieren de conocimientos cualificados o especialísimos.

Ahora bien, el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil establece que el juez al apreciar el dictamen pericial deberá verificar el cumplimiento de requisitos tales como *“la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos”* y además valorarlo junto con los demás medios de prueba que obren en el proceso.

De esta forma, se entiende que el dictamen pericial es uno más de los medios de prueba que pueden ser arrimados al proceso para demostrar la ocurrencia de un determinado hecho que resulte relevante para el litigio. Así las cosas, es claro que el funcionario judicial podrá restarle eficacia probatoria al dictamen pericial allegado como prueba a un proceso cuando éste no ofrezca la claridad, firmeza y certeza para dar por demostrado un determinado hecho que resulta relevante para la solución de la controversia.

Analizada la experticia que obra en el expediente se evidencia que no se constituye en una prueba suficiente para demostrar los sobrecostos aducidos por el contratista, toda vez que los peritos se limitaron a efectuar la operación que se les solicitó en la demanda y en el decreto de la prueba, de tal manera que, los peritos basados en la contabilidad de la sociedad demandante (estados de financieros, comprobantes de caja, comprobantes de egresos, facturas de compras, recibos de gastos, comprobantes de nómina, conciliaciones bancarias, etc) determinaron los “*ingresos, egresos y pérdida*” de la empresa Aseo Total durante los años 1998 y 1999 y, con base en ello concluyeron que los costos asumidos por el contratista con ocasión de la ejecución del contrato 072 de 1997 fueron mayores al ingreso obtenido por el servicio de aseo.

En los términos del artículo 868 del Código de Comercio, se tiene que pese a que los peritos tuvieron en cuenta la información financiera y contable de la empresa Aseo Total, y con base en esta información determinaron unas pérdidas percibidas durante la ejecución del contrato, no bastaba con acreditar tal hecho, sino que también era necesario la acreditación de que la supuesta desproporción grave de las prestaciones que resultó excesivamente onerosa para el contratista, se originó por hechos imprevistos al momento de celebrarse el contrato y no atribuibles a la demandante y con ocasión a los cuales se le habrían generado tales pérdidas económicas, o por un incumplimiento contractual imputable a la entidad demandada.

Así las cosas, teniendo en cuenta que en la demanda se menciona como causa del desequilibrio económico del contrato los sobrecostos en la prestación del servicio ordinario y especial de aseo, para la Sala el dictamen pericial no resulta suficiente, puesto que resultaba fundamental que reflejara el análisis de documentos, tales como la propuesta presentada por el contratista, el pliego de condiciones, las estipulaciones contractuales, los informes de ejecución del contrato³⁸, entre otros documentos, que resultaban fundamentales para comprobar la veracidad de la información, dado que en ellos se encuentra descrita la metodología que emplearía el contratista para prestar cada uno de los componentes de los servicios a contratar, los equipos, materiales, insumos, personal mínimo exigidos y recursos que debía utilizar y los que efectivamente

³⁸ Se aportó con la demanda los oficios a través de los cuales Aseo Total remitió los informes mensuales, sin embargo, no anexó los mencionados informes (fls. 528-549, c. 1).

utilizó en la ejecución del contrato, y en general los costos directos e indirectos, conceptos que son los que precisamente se echan de menos y que son necesarios para demostrar los sobrecostos extraordinarios -o perjuicios- cuyo reconocimiento pretende y que, según su dicho, lo llevaron a la deficiente prestación del servicio de aseo.

En este sentido, los peritos, con base en la contabilidad de la empresa Aseo Total y, sin tener en cuenta los demás componentes antes referidos que hubieran servido de parámetro para liquidar este tipo de perjuicios, realizaron simplemente un resumen mensual de ingresos y egresos de 1998 y 1999 y, bajo este contexto calcularon los perjuicios por concepto de la ruptura del equilibrio económico del contrato en la suma de \$1.551'989.297, en síntesis, así:

Año	Ingresos	Egresos	Déficit
1998	\$1.991'692.169	\$2.744'981.199	\$753'289.029
1999	\$1.726'617.358	\$2.525'317.625	\$798'700.267
Total	\$3.718'309.527	\$5.270'298.824	\$1.551'989.297

Es decir, los estados financieros muestran la situación financiera de la empresa Aseo Total pero no aportan elementos de convicción sobre que los perjuicios por ellos calculados corresponden a hechos imprevistos o imprevisibles originados con posterioridad a la celebración del contrato que hubiera sido la causa de tales resultados económicos o al incumplimiento de una obligación contractual de la entidad demandada, lo cierto es que del dictamen pericial no puede deducirse que el contratista incurrió en mayores costos basados en el análisis de los valores de la propuesta y los sobrecostos que efectivamente el contratista alega se causaron por concepto de la recolección, transporte, tratamiento y disposición final de residuos sólidos y demás componentes relacionados con la prestación del servicio de aseo del contrato 072 de 1997, que permitan demostrar que los mismos eran mayores o menores a los previstos en el contrato inicial, y que se produjeron por una causa externa a las partes o por el incumplimiento contractual de la demandada respecto de sus propias obligaciones.

Así mismo, el cálculo de tarifas de aseo de la ciudad de Neiva en comparación con otras ciudades similares, tales como Ibagué, Manizales, Pasto, Popayán, Armenia y Pereira, tampoco resulta suficiente para acreditar los supuestos *“ingresos menores que no le permitían cubrir los costos y gastos para alcanzar el punto de equilibrio o ecuación económica o financiera”* ni para sostener que era imperativa la aplicación de tarifas superiores a las que se hallaban vigentes en la ciudad de

Neiva, en tanto la Resolución CRA 15 de 1997 señala una metodología de precios techo, es decir, no establece un costo fijo para el cobro del servicio, razón por la cual, la entidad tarifaria local, de conformidad con las condiciones de prestación determina libremente sus tarifas sin superar el tope establecido en la citada resolución y, para el cálculo de las mismas, se tienen en cuenta los costos de referencia del servicio, los cuales se calculan con base en la metodología expedida por la CRA y la afectación de esos costos por los porcentajes de subsidio y contribuciones³⁹.

Por las razones expuestas, para la Sala el dictamen pericial no se constituye en una prueba suficiente para demostrar los hechos en que se soportaron las pretensiones de la demanda. Adicionalmente, al analizar la experticia aislada, pero también conjuntamente con las demás pruebas, se advierte que no se probó el alegado rompimiento del equilibrio económico o el incumplimiento del contrato por la entidad demandada, en tanto, se insiste, en el proceso se echa de menos la prueba de otros documentos que eran indispensables para constatar la veracidad de la información.

Por otra parte, el demandante aportó a este proceso los documentos que a continuación se relacionan y con los cuales pretende demostrar la afectación económica del contrato: los estados financieros de 1998 y 1999⁴⁰ y, cuadros comparativos relacionados con los costos medios del servicio⁴¹, criterios para la aplicación de la justa estructura tarifaria de acuerdo con el promedio de basuras generadas, la metodología establecida en la Resolución 15 de 1997 y valor calculado de costos y utilidad razonable⁴²; modelación de facturas e ingresos sobre la aplicación de las tarifas justas durante los 22 meses de operación con base en usuarios reales, indexación y porcentaje de recaudo promedio⁴³; esquema sobre tarifas vigentes de enero de 1998 a octubre de 1999⁴⁴; comparativo entre los esquemas de tarifas justas y las aplicables al contrato 072 de 1997⁴⁵, cálculo del restablecimiento del equilibrio económico

³⁹ En efecto, se señala en el artículo 367 constitucional: *“La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.”*. Así mismo en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, sobre el régimen tarifario se indica: *“El régimen tarifario está orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.”*

⁴⁰ Folios 432-439, c. 1.

⁴¹ Folio 470, c. 1.

⁴² Folio 471, c. 1.

⁴³ Folios 472-473, c. 1.

⁴⁴ Folios 474-477, c. 1

⁴⁵ Folio 478-479, c. 1.

del contrato con datos del DANE⁴⁶; cálculos del lucro cesante⁴⁷ y daño emergente⁴⁸.

Los referidos documentos reflejan el ejercicio que realizó el demandante para demostrar el mayor ingreso que a su sentir hubiere recibido con la aplicación de las fórmulas tarifarias dispuestas en la Resolución CRA 15 de 1997, así como la pérdida que adujo haber sufrido durante los 22 meses de ejecución del contrato; no obstante, su contenido no podrá ser tenido en cuenta por la Sala porque no es una prueba idónea para sustentar la existencia de un hecho imprevisto e imprevisible que hubiera afectado de manera significativa la ecuación contractual o un incumplimiento de obligaciones contractuales de la entidad demandada, en tanto corresponden a cálculos y operaciones elaborados por el contratista, quien no es la persona encargada de establecer las tarifas de acuerdo con la metodología dispuesta por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y tampoco son documentos producidos durante la ejecución de la actividad contractual que permitan probar la forma en que se ejecutó el contrato.

Cabe recordar que, conforme lo dispone el artículo 177 del CPC, aplicable por remisión expresa del artículo 168 y 267 del CCA, quien alega un hecho debe demostrar la ocurrencia del mismo para que se produzca el efecto pretendido, ya que la sola afirmación de la demandante no es suficiente para acreditarlo.

3.2.2. Costos relacionados al servicio especial de aseo de residuos hospitalarios

El demandante afirmó que, aunque no existía regulación tarifaria para el caso del servicio especial de aseo de desechos hospitalarios, requirió al ente tarifario para que definiera la forma de cobro de este servicio, puesto que la Ley 142 de 1994 y el Decreto 605 de 1996 calificaron este servicio como especial y, por lo tanto, debía ser remunerado con tarifas especiales, siendo imposible prestarlo sin cobro alguno.

La Constitución Política de 1991⁴⁹ dispuso que los servicios públicos domiciliarios son inherentes a la finalidad social del Estado y, por tanto, se debe asegurar su

⁴⁶ Folio 480, c. 1.

⁴⁷ Folios 481-484, c. 1.

⁴⁸ Folio 485, c. 1.

prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; para tal fin, confió al legislador la potestad de fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios, su cobertura, calidad y financiación, el régimen tarifario y los sujetos encargados de fijar las tarifas.

La Ley 142 de 1994 regula el régimen de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; así como las actividades que realizan las personas prestadoras de servicios públicos y demás actividades complementarias.

El artículo 14 dispuso que el servicio público de aseo consiste en la recolección municipal de residuos, principalmente sólidos, siendo aplicable la referida ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos.

El artículo 146, en relación con el servicio de aseo, establece que el precio que se exija al usuario dependerá no sólo de los factores de costos que contemplen las fórmulas tarifarias sino en todo caso de la frecuencia con la que se le preste el servicio y del volumen de residuos que se recojan.

A su vez, el artículo 164 de la misma normativa, incorpora costos especiales, con el fin de garantizar el adecuado ordenamiento y protección de las cuencas y fuentes de agua y la recolección, transporte y tratamiento de los residuos líquidos, e indicó que, para el caso del servicio de aseo, las fórmulas tomarán en cuenta los costos de disposición final de basuras y rellenos sanitarios.

El Decreto 605 del 27 de marzo de 1996⁴⁹, por el cual se reglamentó la prestación del servicio de aseo consagró como componentes del mismo la recolección, el barrido y limpieza de vías y áreas públicas, transporte, transferencia, tratamiento, aprovechamiento y disposición final.

En relación con las modalidades de prestación del servicio, el mismo decreto precisó que podía ser ordinario o especial (artículo 11).

⁴⁹ Artículos 365 al 370 de la Constitución Política.

⁵⁰ Decreto 605 de 1996, "Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994 en relación con la prestación del servicio público de aseo". (Derogado por el Decreto 1713 de 2002).

El servicio ordinario tiene como objetivo la prestación del servicio en relación con las siguientes clases de residuos sólidos: (i) de origen residencial, y (ii) otros que por su naturaleza, composición, tamaño y volumen, a juicio de la entidad prestadora del servicio público domiciliario de aseo pueden ser manejados por ella de acuerdo con su capacidad, y que no correspondan a ninguno de los tipos de servicio definido como especial.

Por su parte, el servicio especial de aseo es el relacionado con las siguientes clases de residuos: (i) los que por su naturaleza, composición, tamaño, volumen y peso no puedan ser recolectados, manejados, tratados o dispuestos normalmente a juicio de la entidad de aseo; (ii) los que por su ubicación, presenten dificultades en su manejo por inaccesibilidad de los vehículos recolectores; (iii) peligrosos y, (iv) hospitalarios e infecciosos.

El servicio especial de aseo consagró como componentes del mismo la recolección, transporte y tratamiento de aquellos residuos sólidos, que, como ya se dijo, no pueden ser manejados de manera normal por la entidad prestadora del servicio.

En relación con el servicio especial de residuos hospitalarios e infecciosos, este comprendía la recolección y disposición final, en tanto dichos residuos debían ser tratados previamente por la persona generadora.

Revisado el material probatorio, se aprecia que de conformidad con el objeto del proceso de licitación 01/1997, la prestación del servicio integral de aseo en la ciudad de Neiva, comprendía la recolección y disposición final de residuos patógenos u hospitalarios.

Así mismo, estableció que la remuneración consistente en un porcentaje de los recaudos efectivos por el servicio de aseo, comprendía todos los componentes enmarcados en el objeto de la licitación, entre los cuales se encontraban, como ya se dijo, los residuos hospitalarios.

Como quedó establecido anteriormente, la propuesta económica debía contener el estudio de costos actuales y su proyección anual durante la vigencia del contrato y formular y justificar el costo de operación mediante el análisis de cada uno de los componentes de cada servicio por separado.

Revisada la estructura de costos a precios unitarios que el contratista estableció en la propuesta, este servicio especial lo incorporó en el ítem denominado "*limpieza especial*", el cual discriminó varios conceptos, tales como: mano de obra operativa, equipo operativo, insumos y materiales.

Frente a esta consideración, se advierte que, al no contar con copia íntegra de la propuesta, no le es dable a la Sala determinar las condiciones particulares que permitan evidenciar la forma en que el contratista ofertó este servicio especial.

Concretamente, la cláusula octava del contrato de aseo 072 de 1997 dispuso que la empresa Aseo Total mantendría una ruta especial para la recolección y transporte de desechos y residuos hospitalarios con una frecuencia diaria en turno diurno, de acuerdo con su propuesta. Para este efecto utilizaría una camioneta tipo furgón modelo 1997, con aislamiento de poliuretano de 2 pulgadas, forrada completamente en aluminio con piso en lámina alfajor con sus respectivos sifones con canaleta para su lavado. La disposición final de estos desechos o residuos se haría estrictamente de conformidad con las disposiciones legales que regulen especialmente esta materia; en todo caso la disposición final de estos desechos se haría por incineración.

Mediante oficio 127-006, radicado el 27 de enero de 1998 (fl. 300, c. 1 de pruebas), en respuesta al oficio 3648, Aseo Total informó a Empresas Públicas de Neiva la implementación de la ruta hospitalaria la cual operaría a partir del 30 de enero de ese mismo año.

El 20 de febrero de 1998 (fl. 298-299, c. 1 de pruebas), Aseo Total solicitó autorización a la entidad para subcontratar el servicio de incineración de los residuos hospitalarios, puesto que en la propuesta solo había considerado los costos derivados de la construcción de una celda de seguridad para la disposición de los mismos.

En el Acta 13 de Comité Extraordinario Comercial y Técnico de Aseo del 4 de diciembre de 1998 (fl. 301-304, c. 1 de pruebas), se dejó constancia de que Empresas Públicas de Neiva presentaría a la Junta Directiva el estudio tarifario del servicio de residuos hospitalarios para su aprobación.

En el Acta 14 de Comité Extraordinario Comercial y Técnico de Aseo del 21 de enero de 1999 (fl. 305-307, c. 1 de pruebas) el contratista informó que el 15 de febrero de ese mismo año entregaría la estructura tarifaria del servicio de residuos patógenos para la aprobación de la Junta Directiva de Empresas Públicas de Neiva.

El 21 de junio de 1999, a través del oficio AC-03-137-99, en respuesta al oficio 1651 del 18 de junio de 1999 (fl. 314, c. 1 de pruebas), Aseo Total remitió a la entidad el listado actualizado de los generadores de residuos patógenos adscritos a la ruta hospitalaria.

El 16 de septiembre de 1999, mediante oficio AC-03-217-99, radicado 0155 (fl. 350, c. 1 de pruebas), Aseo Total reiteró a la entidad la necesidad de iniciar la facturación del servicio especial toda vez que no contaba con las condiciones financieras para subsidiar el costo total de dicho servicio.

A su turno, Empresas Públicas de Neiva mediante oficios 1651 del 18 de junio de 1999 (fl. 354, c. 1 de pruebas) y 2848 del 20 de septiembre de 1999 (fl. 352, c. 1 de pruebas), con el objeto de determinar los costos de la ruta hospitalaria, solicitó al contratista información relacionada con soportes contables, costos de vehículos, costos de incineración, análisis de AIU, listado y frecuencia de la ruta hospitalaria que en la actualidad estaba prestando el servicio de recolección de patógenos.

Igualmente, obran en el expediente diversas certificaciones expedidas por los usuarios del servicio especial, las cuales informan que la empresa Aseo Total prestó el servicio de recolección de residuos hospitalarios, y la relación semanal de recolección por este concepto (fls. 321-342 y 343-349, c. 1 de pruebas).

Conforme a las anteriores consideraciones, de acuerdo con el pliego de condiciones, propuesta parcial y el contrato 072 de 1997, este servicio especial se encontraba incorporado dentro de la remuneración del 88% de los recaudos efectivos de las tarifas de aseo.

Ahora bien, los costos por la prestación de este servicio especial no se encontraban regulados por la Comisión de Regulación de Agua Potable y

Sanearamiento Básico. La entidad tarifaria local dispuso el costo que cobraría por dicho concepto y el oferente así lo aceptó.

En este sentido, en primer lugar, no se demostró que durante la ejecución del contrato la prestación del servicio especial haya sido excesivamente onerosa para el contratista, en tanto se evidencia que se cumplieron las condiciones en que se pactó su prestación.

Lo anterior, lo confirma el oficio del 6 de agosto de 1999 (fls.315-320, c. 1), en el cual el contratista remitió a la entidad los análisis de costos para modificar las tarifas de la ruta hospitalaria. En el documento se lee lo siguiente:

Costos y tarifas de la ruta hospitalaria:

Esta ruta es atendida con un vehículo especial que garantiza la seguridad en la prestación, y dos operarios dedicados a ello. La recolección se presta a los diferentes hospitales, clínicas, centros médicos veterinarios y odontológicos, con la frecuencia requerida por cada usuario. Una vez recogido, estos residuos se llevan a una empresa que cuenta con el servicio de incineración, y después de realizado este proceso, se disponen las cenizas en una celda especial del relleno sanitario (...).

En la actualidad el servicio se presta sin cobro alguno para los usuarios, lo cual dificulta la financiación de su prestación, poniendo en peligro la continuidad del servicio (...).

Al respecto, en el mismo oficio, el contratista determinó que los costos por la prestación del servicio de residuos hospitalarios debían considerar “los costos directos que consisten en costos de personal y operación del vehículo teniendo en cuenta combustibles, llantas, amortización del vehículo y gastos de mantenimiento, así como los costos de tratamiento de los residuos, que son prestados por un tercero, a un costo establecido por Kg. De igual manera, se deben tener en cuenta los gastos de administración y atención comercial y la utilidad esperada en la prestación”.

Y a renglón seguido el contratista, propuso que la forma de cobro a los usuarios debía “ser similar a la de un gran productor en el servicio ordinario, en la que se tiene en cuenta una tarifa por tonelada, se determina la cantidad de toneladas presentadas y con base a esto se cobra”.

En efecto, durante la ejecución del contrato, el contratista (i) estableció un plan de ruta hospitalaria, (ii) realizó el transporte y disposición final de los residuos

hospitalarios, (iii) estableció una frecuencia para la prestación del mismo y (iv) dispuso un vehículo operativo para su prestación. Condiciones que se observa fueron establecidas en el pliego de condiciones.

Entiende la Sala que, durante la ejecución del contrato, el contratista consideró que, por tratarse de un servicio que el Decreto 605 de 1997 calificó como especial requería de tarifas especiales; razón por la cual solicitó a la entidad estatal que reglamentara su costo y propuso que se asimilara a la de un gran productor del servicio ordinario de aseo.

Si bien durante la ejecución del contrato, la empresa Aseo Total solicitó a la entidad que considerara la modificación de los costos asociados con el servicio de residuos hospitalarios, porque a su juicio requería ser cobrado con tarifas especiales, las partes no llegaron a un acuerdo al respecto y, en tal medida, dicha labor debió ser ejecutada por el contratista en las condiciones advertidas como fundamento de la licitación.

La empresa Aseo Total, con quien se celebró el negocio jurídico por ser operador especializado y con experiencia en el sector, al presentar la propuesta y suscribir el contrato tenía pleno conocimiento de que los costos propuestos correspondían al servicio especial de aseo y bajo esas condiciones se comprometió a prestar el servicio especial de residuos hospitalarios, es decir, el contratista estructuró su propuesta basado en estas condiciones y consecuencias.

En definitiva, en el plenario no fue posible conocer concretamente y con certeza las condiciones especiales en que el contratista ofertó la prestación del servicio especial de aseo al no obrar en el expediente copia íntegra de la propuesta, en consecuencia, no es dable establecer si las situaciones que se generaron en la ejecución del contrato y que aduce el actor iban en detrimento de la facturación, recaudo y, consecuentemente de sus ingresos, correspondían a situaciones no previstas en su propuesta, pliegos de condiciones y en el contrato.

En todo caso las pruebas aportadas al proceso, tales como los cuadros elaborados por el contratista y los dictámenes periciales practicados tampoco demuestran los perjuicios alegados y, como ya se dijo, la experticia no tiene el mérito para acreditar el rompimiento del equilibrio económico del contrato por

hechos imprevistos e imprevisibles que hayan ocasionado al contratista unos sobrecostos extraordinarios sucedidos con posterioridad a la celebración del contrato

Al respecto, el artículo 177 del C.P.C. dispone que, *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, por lo que, en el presente caso, era a la parte demandante a quien le correspondía probar mediante los documentos idóneos no sólo la afectación económica que adujo que sufrió, sino que debió acreditar además que la misma provino de causas ajenas a las partes, imprevistas e imprevisibles, en aras de obtener el restablecimiento solicitado en sus pretensiones.

3.2.3. Censo de usuarios

El demandante afirmó que, una vez cumplida la obligación de entregar el censo de reclasificación de usuarios, Empresas Públicas de Neiva no realizó los respectivos ajustes para mejorar los recaudos y de contera, la remuneración del contratista, lo que se tradujo en perjuicios cuya indemnización reclama, es decir que le imputó un incumplimiento contractual a la entidad demandada.

Al respecto, en el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

En el ordinal VI literal d) del pliego de condiciones se estableció la obligación del contratista de realizar el censo de los usuarios del servicio de aseo y mantenerlo constantemente actualizado, suministrando a la entidad el listado de nuevos usuarios, con indicación de direcciones, nombres y apellidos y categoría (residencial, industrial, comercial, etc.).

El párrafo primero de la cláusula quinta del contrato 072 de 1997 dispuso que el contratista debía entregar dentro de los tres (3) meses siguientes al perfeccionamiento del contrato el censo de usuarios del servicio de aseo, así como la de entregar oportunamente en medio magnético las novedades sobre la ampliación de la cobertura del servicio de recolección y los cambios que se

produjeran en los usuarios en cuanto podían tener incidencia en la aplicación de las tarifas.

A renglón seguido el párrafo segundo de la referida cláusula estableció que, a su vez Empresas Públicas de Neiva entregaría cada mes al contratista un listado detallado de lo facturado a cada usuario o suscriptor por el servicio de aseo para efecto de la conciliación respectiva, previa entrega por parte de Aseo Total del medio magnético correspondiente. Y que en el evento en que en el proceso de conciliación se determinaren inconsistencias en la facturación referentes a omisiones o mala liquidación de uno o varios usuarios respecto de la tarifa oficial vigente, Empresas Públicas de Neiva debía corregir tales deficiencias en el periodo siguiente de facturación, reconociendo a Aseo Total el pago respectivo.

Obran en el expediente comunicaciones⁵¹ enviadas por el contratista a las Empresas Públicas de Neiva, en las cuales se observa que el cumplimiento en la elaboración del censo no se realizó dentro de los 3 meses dispuestos en el contrato -hecho que admitió el demandante-, sino que sus entregas fueron realizadas de forma parcial, así:

Fecha de entrega informes parciales	Concepto
20 de octubre de 1998	Comuna 9
13 de noviembre de 1998	Comuna 2
4 de diciembre de 1998	Comuna 4
26 de enero de 1999	Comuna 6
23 de febrero de 1999	Comuna 1
2 de marzo de 1999	Comuna 3
23 de marzo de 1999	Comuna 5
25 de mayo de 1999	Comuna 10
8 de junio de 1999	Comuna 2
12 de julio de 1999	Comuna 7
21 de julio de 1999	Comuna 8

Respecto a este punto, cabe señalar que dichos oficios dejaron constancia de la fecha en que se hizo entrega del informe parcial y la comuna correspondiente, pero en el expediente no obran los respectivos informes.

El 24 de febrero de 1999, mediante oficio AC-03-053-99 (fl. 458, c. 1), el contratista solicitó a la entidad que realizara la actualización del censo de usuarios de las comunas 1,2, 4, 6 y 9, en tanto ya había hecho entrega de los respectivos informes.

⁵¹ Oficios visibles a folios 445-457, c. 1.

A través del comunicado AC-03-237-99 del 27 de septiembre de 1999 (fl. 237, c. 1 de pruebas), el contratista solicitó a la entidad que realizara la actualización en la base de datos de los usuarios con el censo entregado por el contratista, toda vez que había realizado el mismo con base en el último catastro entregado por la entidad referente al mes septiembre de 1998, y requería estar actualizada con el catastro de usuarios de forma mensual de acuerdo con el parágrafo segundo de la cláusula quinta del contrato.

El 28 de julio de 1999, mediante comunicados AC-03-0162-99, en respuesta al oficio 2061 (fl. 460, c. 1), el contratista anexó el listado de usuarios que se encontraban mal categorizados de acuerdo con el uso del predio.

El 27 de julio de 1999, Empresas Públicas de Neiva solicitó al contratista expedir el listado por comunas, que especificara el campo del número de la cuenta, estrato actual y estrato propuesto para realizar el reajuste tarifario una vez verificado el sistema y poder llevar a cabo su implementación.

El demandante sustentó la reclamación por este concepto en un cuadro denominado *“Novedades Censo de Usuarios a Reclamar”*, el cual estableció las fechas a partir de las cuales se debieron aplicar los ajustes y efectuar los posteriores recaudos⁵².

Sobre los anteriores hechos rindió testimonio la señora Nidia Peña Javela (fls. 232-236, c. 2), quien para la época de los hechos, se desempeñó como Jefe de la Oficina de Control Interno -entre el 16 de enero de 1996 y el 15 de enero de 1998- y Jefe de la Oficina de Planeación -entre del 2 de febrero de 1998 y el 8 de noviembre de 2000- de las Empresas Públicas de Neiva, y declaró que se opuso a la aprobación inmediata del censo de usuarios, tal como lo exigía la empresa Aseo Total, ya que este debía realizarse en conjunto con Empresas Públicas de Neiva, porque iba a ser el soporte para la facturación de aseo. Respecto del mismo señaló que una vez verificada la información por el Jefe de Facturación de la entidad el censo realizado por el contratista presentaba inconsistencias en la categorización de los usuarios

Igualmente, la señora Carolina Morea Arce (fls. 246-254, c. 2), el 21 de agosto de 2002, quien para la época de los hechos, se desempeñó como Jefe de Sistemas

⁵² Folio 440, c. 1 de pruebas.

de las Empresas Públicas de Neiva y era quien expedía la certificación del recaudo y recuperación de cartera, declaró en el proceso que Aseo Total no cumplió con la elaboración del censo en los términos previstos, en tanto, no lo presentó oportunamente y *“quedó incompleto y la parte que hicieron no estaba perfectamente efectuada”*.

Finalmente, la señora Mercedes Motta Manrique (fls. 237-240, c. 2), el 21 de agosto de 2002, quien para la época de los hechos, se desempeñó como Asesora de Aseo de las Empresas Públicas de Neiva, declaró que Aseo Total entregó el censo de usuarios por comunas casi un año después, y se evidenció que la información contenida en el mismo era inconsistente en cuanto a la categorización de los usuarios, *“cuando empezaron a reportar los grandes y pequeños generadores de basura, estaban todos los datos malos; por eso les prestamos una terminal a un funcionario de Aseo Total, es decir las herramientas que necesitaba para poder agilizar la exactitud de las cuentas”*.

La Sala da crédito a los testimonios rendidos por las señoras Nidia Peña Javela, Carolina Morea Arce y Mercedes Motta Manrique, pues las declarantes fueron funcionarias que prestaban sus servicios en la entidad demandada y desempeñaban actividades relacionadas con la verificación de la información contenida en el censo de usuarios del contrato de aseo 072 de 1997, por lo que su versión es idónea para dar cuenta de la forma en que el contratista entregó el referido censo, además en sus declaraciones no se advierten contradicciones o vacíos que impidan darle credibilidad, en cambio, son libres y narran, de conformidad con la información plasmada en el censo, cómo se presentó.

Además, aunque los testimonios provienen de personas que para la época de los hechos se desempeñaban como funcionarios que prestaban sus servicios a la entidad demandada, la Sala precisa que sus declaraciones no pueden considerarse sospechosas, en los términos de los artículos 217 y 218 del CPC, porque no se encuentran en circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad por su interés o relación con una de las partes -entidad demandada-, puesto que para la fecha en que rindieron sus declaraciones -21 de agosto de 2002- ya no tenían dicha calidad y porque sus afirmaciones revelan que el censo de usuarios que entregó el contratista presentó inconsistencias en relación con la categorización de los usuarios.

En este orden de ideas, en el expediente se encuentra acreditado que el contratista entregó el censo de usuarios; sin embargo, no lo entregó dentro de la oportunidad establecida en el contrato para el cumplimiento de la obligación y la información contenida en el mismo presentó inconsistencias, es decir, no cumplía con las condiciones para proceder a su aplicación y recibo a satisfacción por parte de la entidad.

En otras palabras, en el presente asunto el actor no probó que cumplió la obligación de presentar el censo de usuarios dentro de los tres (3) meses contados a partir del perfeccionamiento del contrato, condición sin la cual no es posible pretender el reconocimiento de los perjuicios causados por el supuesto incumplimiento del contratante.

Igualmente, el cuadro “*novedades censo de usuarios a reclamar*” elaborado por el contratista para soportar su reclamación y en el cual estableció las fechas a partir de las cuales se debieron aplicar los ajustes y efectuar los posteriores recaudos, no obedece a una prueba idónea y tampoco refleja el cumplimiento óptimo de dicha obligación.

En este caso, la Sala reitera, que conforme lo dispone el artículo 177 del CPC, quien alega un hecho debe demostrar la ocurrencia del mismo para que se produzca el efecto pretendido, ya que la sola afirmación de la demandante no es suficiente para acreditarlo. Como en el proceso no se acreditó el cumplimiento y entrega a satisfacción del censo de usuarios elaborado por el contratista, no se configuró el incumplimiento de la entidad estatal.

Ahora bien, observa la Sala que, según el apelante, el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta una prueba que demostraba las dificultades que se presentaron en la ejecución del contrato por circunstancias imputables a la entidad demandada, ya que no valoró la versión libre que el señor Ariel Rincón Machado, quien se desempeñó para la época de los hechos como Gerente de las Empresas Públicas de Neiva, rindió ante la División de Investigaciones de la Contraloría Municipal de Neiva.

Al respecto, se observa que, en efecto, el Tribunal *a quo* decretó el traslado del proceso administrativo que se adelantó ante la Contraloría Municipal de Neiva, no obstante, el órgano de control no lo remitió al proceso, por razones de índole

presupuestal, en tanto, requirió se diera traslado del costo de las copias al sujeto procesal que lo solicitó.

Es así, que el demandante mediante memorial del 7 de marzo de 2003 aportó al proceso únicamente copia de la versión libre rendida por el gerente de Empresas Públicas de Neiva en la investigación que adelantó la División de Investigaciones de la Contraloría Municipal de Neiva por el supuesto sobrecosto en la contratación del servicio de recolección y disposición final de basuras y su interventoría dentro del marco de la urgencia manifiesta decretada por la Junta Directiva de Empresas Públicas de Neiva a finales del año 1999.

Para que un documento pueda ser valorado como prueba trasladada debe cumplir con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil. En el *sub lite*, el documento -versión libre- aportado por el demandante no puede ser valorado como prueba trasladada, pues no cumplió con los requisitos legales para ello, en tanto no se trasladó de un proceso a otro. Adicionalmente, las versiones libres que reposen en dichos procesos administrativos no pueden ser tenidos en cuenta, dado que no se encuentran sometidas a la formalidad del juramento, como sí ocurre con la prueba testimonial. Así las cosas, siempre que se quiera hacer valer la declaración de una persona dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio.

4. Procedencia del silencio administrativo positivo en materia contractual

El demandante afirmó que no se le reconocieron efectos jurídicos a la protocolización de la declaración del silencio administrativo positivo que solicitó ante el Notario 57 del Círculo de Bogotá, mediante la escritura pública 2209 del 14 de septiembre de 1999, respecto de la comunicación que presentó a la entidad estatal, en la que pretendió el reconocimiento de un supuesto desequilibrio económico del contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 numeral 16 de la Ley 80 de 1993.

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

1.- La empresa Aseo Total presentó a Empresas Públicas de Neiva oficio radicado el 1° de junio de 1999 (fls. 401-403, c. 1 de pruebas), con el fin de informar las causas del rompimiento del equilibrio económico del contrato 072 de 1997, las cuales hizo consistir en las siguientes: (i) el número de usuarios es menor a los

que el contratista había proyectado; (ii) la estructura tarifaria aplicada por la entidad estatal no obedece a la realidad del servicio prestado -los costos son mayores al ingreso obtenido por la prestación de dicho servicio-; (iii) la inaplicabilidad del sistema tarifario previsto en la Resolución 15 de 1997 de la CRA; (iv) la morosidad del recaudo de cartera y la no suspensión del servicio a los usuarios morosos y, (v) la no aplicación del censo de usuarios entregado por el contratista.

2.- La Empresa Aseo Total, al no haber obtenido respuesta de la comunicación dentro de los 3 meses siguientes, solicitó ante el Notario 57 del Círculo de Bogotá la protocolización de la declaración del silencio administrativo positivo, mediante la escritura pública 2209 del 14 de septiembre de 1999 (fls. 486-498, c. 1 de pruebas), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 numeral 16 de la Ley 80 de 1993.

El numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone que en las solicitudes que se presenten en desarrollo de la ejecución del objeto contractual, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante.

Ahora bien, en el caso *sub examine*, importa destacar, que, la norma especial consagratoria del silencio administrativo positivo dispuesta en el artículo 25 numeral 16 de la Ley 80 de 1993 es aplicable a aquellos negocios jurídicos sometidos al estatuto contractual.

Como ya se indicó, el régimen jurídico aplicable al contrato objeto de la presente controversia es el derecho privado, por lo que, si bien, el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 consagra el silencio administrativo positivo para aquellas peticiones que se formulen en el curso de la ejecución del contrato, dicha estipulación no le era aplicable al negocio jurídico *sub examine* y, por tanto, no había lugar a su configuración.

En consecuencia, la Sala considera impróspera la pretensión primera inciso segundo de la demanda, por medio de la cual se solicitó ante esta Jurisdicción la declaratoria de reconocimiento de los efectos jurídicos del silencio administrativo positivo respecto de la petición de equilibrio económico del contrato.

5. De la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales Empresas Públicas de Neiva impuso una multa al contratista

El demandante afirmó que el acto administrativo contenido en la Resolución 2924 del 11 de agosto de 1999, que fue confirmada por la Resolución 3074 del 28 de octubre de ese mismo año, por medio de la cual la entidad demandada le impuso una multa al contratista por valor de \$176'162.700, está viciado de nulidad, por cuanto (i) fue expedido con falta de competencia, porque la administración no se encontraba facultada ni por la ley ni la jurisprudencia para su imposición, decisión que le correspondía al juez del contrato; (ii) la sanción monetaria fue desproporcionada e inequitativa y, (iii) la decisión se produjo con violación al debido proceso, porque la causa de los retrasos en la recolección de basuras, obedeció a motivos de fuerza mayor.

Pasará la Sala a abordar, en primer término, el estudio del cargo de falta de competencia de la administración para expedir los actos administrativos, pues de llegar a prosperar, no será necesario el estudio de los demás cargos.

El principio de legalidad consiste en que la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos que dicte y las actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas superiores.

En sentido práctico, el principio de legalidad constituye una limitación a la actividad de la administración, por cuanto significa que ella no puede hacer todo cuanto quiera sino solamente aquello que le permita la ley.

Para que el principio de legalidad tenga efectividad y realidad práctica, el Estado creó medios de control respecto de la administración, para evitar en lo posible que se viole este principio.

El Código Contencioso Administrativo en su artículo 84 consagra que la acción de nulidad de los actos administrativos procede *“cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes”*.

La competencia es la facultad o poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinada función. Esta facultad es dada por la ley y es un requisito de orden

público, es decir, que es de estricto cumplimiento, de manera que si no existe, el acto nace, pero viciado de ilegalidad.

Por el contrario, la incompetencia consiste en que una autoridad toma una decisión sin estar facultada legalmente para ello. Esta causal puede darse por violación de cualquiera de los elementos que conforman la competencia, como veremos más adelante.

La competencia la determinan tres elementos diferentes: el elemento material, el elemento territorial y el elemento temporal:

1. La competencia *“ratione materiae”*. Se refiere al elemento material de la competencia, es decir, el objeto de ella. Ese objeto se traduce en las diferentes funciones que una autoridad puede ejercer legalmente.

2. La competencia *“ratione loci”*. Es la competencia territorial, esto es, el territorio dentro del cual la autoridad puede ejercer legalmente sus funciones.

3. La competencia *“ratione temporis”*. Es la competencia temporal. Se refiere al tiempo durante el cual la autoridad puede ejercer legalmente sus funciones⁵³.

En este orden de ideas, la Sala resalta que el ordenamiento jurídico, considerado como el conjunto de normas que regula las diferentes situaciones jurídicas que se presentan dentro de una sociedad, asigna a los diferentes actores derechos y obligaciones propias de un Estado Social de Derecho. Dentro de los sujetos del marco jurídico colombiano, que ha sido establecido conforme con la pirámide normativa encabezada por la Constitución Política, se encuentran los servidores públicos a quienes se les ha asignado el cumplimiento de determinadas funciones de conformidad con sus respectivas competencias.

En efecto, el artículo 6 de la Constitución Política establece que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación de sus funciones. Así mismo el inciso segundo del artículo 123 *ibidem* prescribe que *“(...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el*

⁵³ Consultar, entre otros, Rodríguez Rodríguez, Libardo *“Derecho Administrativo General y Colombiano”*, Tomo Teoría General de la Prueba Judicial”, Decimosexta edición, Editorial Temis S.A., 2008, páginas 291 y ss.

reglamento.” La norma superior consagra claramente que el ejercicio de las funciones propias de los servidores públicos se encuentra delimitado por la Constitución, la ley y el reglamento.

En síntesis, el principio de legalidad establece que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. Respecto de los contratos estatales, la Sala precisa que al ser sinalagmáticos y conmutativos, las partes se obligan a cumplir con las obligaciones, dentro del ámbito de sus competencias, para el cumplimiento de los fines para los cuales fueron suscritos.

El Consejo de Estado ha tenido una posición clara y reiterada en relación con la competencia de la Administración para pactar multas en los contratos no sometidos a la Ley 80 de 1993, sino a normas de derecho privado y la falta de competencia para aplicarlas y hacerlas efectivas, mediante acto administrativo.

Desde antes de la expedición de la Ley 80 de 1993, es decir, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, la jurisprudencia⁵⁴ sostenía, con base en el principio de igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, que era viable pactar multas en los contratos que se regían por el derecho privado; sin embargo, ninguna de las partes podían directa y unilateralmente arrogarse el privilegio de multar a la otra por incumplimientos de sus obligaciones, sino que debían acudir para ello al juez del contrato.

Mediante auto del 20 de febrero de 1997⁵⁵, la Corporación al analizar un contrato que se regía por el derecho privado celebrado en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, refirió que la Ley 80 de 1993 no había consagrado ni las multas ni la cláusula penal pecuniaria como cláusulas implícitas en el contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias, por consiguiente, cuando se pretendiera utilizar esas figuras *“deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente”*.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de octubre de 1994, exp. 9288, C.P. Daniel Suárez Hernández.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 20 de febrero de 1997, exp. 12669, C.P. Daniel Suárez Hernández.

Posteriormente, la Sección Tercera⁵⁶ reiteró la misma tesis, al respecto sostuvo que en los contratos suscritos por las entidades públicas regidos por el derecho privado, las partes estaban en condición de igualdad, de manera que ninguna de ellas podía ejercer la potestad para imponer multas mediante un acto administrativo, siendo al juez a quien le correspondía verificar el incumplimiento y determinar la viabilidad de las sanciones.

En definitiva, las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad podían pactar multas por incumplimiento del contrato. No obstante, la competencia para imponerla unilateralmente y hacerla efectiva, le corresponde al juez del contrato, precisamente porque las competencias de las entidades estatales y sus representantes están dadas por la ley y no pueden atribuirse ni derivarse de un acuerdo de voluntades que carezca de soporte legal y, porque resultan ajenas a las facultades que los contratantes pueden ejercer dentro de un contrato sujeto a las normas del derecho privado, en tanto, las partes del contrato se encuentran en igualdad de condiciones.

Así las cosas, Empresas Públicas de Neiva no tenía competencia funcional para imponer multa al contratista, de tal manera, la Sala declarará la nulidad de los actos administrativos acusados -Resoluciones 2924 del 11 de agosto de 1999 y 3074 del 28 de octubre de ese mismo año-, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del C.C.A. que dispone que toda persona podrá solicitar, por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de las decisiones de la administración cuando hayan sido expedido por funcionarios u organismos incompetentes.

6. Liquidación unilateral del contrato 072 de 1997

Mediante la Resolución 149 del 28 de febrero de 2000, que fue confirmada por la Resolución 388 del 28 de mayo de ese mismo año, Empresas Públicas de Neiva liquidó unilateralmente el contrato de aseo 072 de 1997.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 18496, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En similar sentido, ver sentencia del 7 de abril de 2011, exp. 17765, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; sentencia del 28 de septiembre de 2011, exp. 15476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 15 de noviembre de 2011, exp. 21178, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

El actor señaló en la demanda que los actos referidos fueron expedidos con falsa motivación, porque se afirmó que, por el hecho de suscribir el acta de terminación del contrato por mutuo acuerdo, el contratista perdía el derecho de restablecer la ecuación financiera y económica del contrato, y lo cierto, era que el contratista en ninguna etapa contractual manifestó la renuncia a tal derecho.

Así mismo, alegó la omisión en la liquidación unilateral del contrato 072 de 1997 de los reconocimientos reclamados por concepto de la falta de aplicación de la Resolución CRA 15 de 1997, la reclasificación de usuarios dispuesta por el contratista en el censo de usuarios y, por la recolección, transporte y disposición final de residuos patógenos.

Adicionalmente, se opuso a las deducciones que efectuó Empresas Públicas de Neiva en contra de Aseo Total, por las siguientes razones: (i) La suma que descontó por concepto de obras remediales del relleno sanitario (\$267'144.060), obedeció a que la Empresas Públicas de Neiva asumió por sí, y ante sí, la responsabilidad de contratar con terceros las obras remediales en el relleno sanitario dejadas de ejecutar por Aseo Total, sin ninguna autorización o acuerdo con el contratista sobre las obras que iba a ejecutar y los costos que se iban a causar; (ii) las sumas relacionadas con dos multas impuestas por la Corporación Autónoma Regional de Magdalena a las Empresas Públicas de Neiva por valor de \$20'832.600 y \$2'038.260, respectivamente, por el manejo y obras realizadas en el antiguo relleno sanitario. Lo anterior, no obedecía al objeto del contrato 072 de 1997 y; (iii) la suma relacionada con la multa impuesta por la Corporación Autónoma Regional de Magdalena a las Empresas Públicas de Neiva por valor de \$11'823.000, se impuso a la entidad estatal en su calidad de contratante y supervisora del contrato 072 de 1997, por permitir a la empresa Aseo Total el indebido manejo dado a los residuos sólidos hospitalarios.

En primer término, resulta necesario precisar que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante está encaminado, de un lado, a que se declare la falta de competencia de la administración para proferir los actos que impusieron una multa al contratista y, de otro lado, a que se reconozca el desequilibrio económico del contrato 072 de 1997 y los efectos jurídicos del silencio administrativo positivo en relación con dichas causas, temas que fueron objeto de análisis por parte de la Sala en líneas precedentes.

Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados, en tanto, al juez sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia que se hubiere adoptado en primera instancia.

Al respecto, se advierte que en el recurso de apelación no se realizó ningún reproche en relación con los descuentos que realizó Empresas Públicas de Neiva a la empresa Aseo Total en el acto de liquidación unilateral por concepto de las obras remediales del relleno sanitario y por las multas que impuso la Corporación Autónoma Regional de Magdalena a Empresas Públicas de Neiva y que fueron trasladadas al contratista en dicho acto; razón por la cual, la Sala no se pronunciará al respecto, puesto que se repite, el juez de segunda instancia está limitado al estudio de los motivos de inconformidad expresados por el recurrente en el recurso de apelación.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la Sala accedió a las pretensiones anulatorias únicamente en relación con las Resoluciones 2924 del 11 de agosto de 1999 y 3074 del 28 de octubre de ese mismo año, que impusieron una multa al contratista por falta de competencia funcional para expedirlas, y en razón a que dichos actos se encuentran contenidos en la liquidación unilateral del contrato 072 de 1997, se declarará la nulidad parcial del acto de liquidación unilateral en ese aspecto.

7. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –aplicable en el *sub lite*–, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena de costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

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

FALLA

REVOCAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 26 de marzo de 2012, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución 2094 de 11 de agosto de 1999 que impuso una multa al contratista y su confirmatoria, la Resolución 3074 del 28 de octubre de ese mismo año, expedida por Empresas Públicas de Neiva E.S.P., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución 149 del 28 de febrero de 2000, que fue confirmada por la Resolución 388 del 28 de mayo de ese mismo año, por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato de aseo 072 de 1997 celebrado entre Empresas Públicas de Neiva E.S.P. y Aseo Total E.S.P., en cuanto incluyó la deducción de la multa contenida en las Resoluciones 2094 y 3074 de 1999.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

SEXTO: Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Aclaración de voto

legis



ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO

COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / MULTA AL CONTRATISTA / FALTA DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / MULTA / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

[E]stimo conveniente precisar que, en efecto, el acto impositivo de la multa, cuya legalidad se cuestionó en este proceso, adolecía de nulidad, por cuanto, al ser expedido en el terreno del derecho privado, la empresa de servicios públicos carecía de competencia para adoptar esa decisión mediante acto administrativo, por no contar con habilitación legal para obrar en esa dirección. Sin embargo, la anterior circunstancia merecería un tratamiento distinto en el evento de que la multa impuesta hubiera tenido origen en el acuerdo de las partes que se hubiera introducido expresamente en el texto negocial, en ejercicio de la libre autonomía de la voluntad. En esa hipótesis resultaría jurídicamente válido que en el acto de liquidación -el que, por demás, no se anuló por no haber sido elevado en su contra un cargo de falta de competencia- operara una simple compensación de cuentas por pacto expreso derivado de la cláusula de multas, sin que ello, se reitera, hubiera viabilizado la expedición de un acto sancionatorio de por medio.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: María Adriana Marín

ACLARACIÓN DE VOTO

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 41001-23-31-000-2000-03907-01(44420)

Actor: ASEO TOTAL E.S.P.

Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA E.S.P.

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
(ACLARACIÓN DE VOTO)**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Subsección, me permito señalar que, aunque comparto lo resuelto en el proceso de la referencia, estimo pertinente aclarar el entendimiento de la siguiente consideración realizada en la sentencia:

“En definitiva, las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad podían pactar multas por incumplimiento del contrato. No obstante, la competencia para imponerla unilateralmente y hacerla efectiva, le corresponde al juez del contrato, precisamente porque las competencias de las entidades estatales y sus representantes están dadas por la ley y no pueden atribuirse ni derivarse de un acuerdo de voluntades que carezca de soporte legal y, porque resultan ajenas a las facultades que los contratantes pueden ejercer dentro de un contrato sujeto a las normas del derecho privado, en tanto, las partes del contrato se encuentran en igualdad de condiciones”.

En relación con el aparte que se cita, estimo conveniente precisar que, en efecto, el acto impositivo de la multa, cuya legalidad se cuestionó en este proceso, adolecía de nulidad, por cuanto, al ser expedido en el terreno del derecho privado, la empresa de servicios públicos carecía de competencia para adoptar esa decisión mediante acto administrativo, por no contar con habilitación legal para obrar en esa dirección.

Sin embargo, la anterior circunstancia merecería un tratamiento distinto en el evento de que la multa impuesta hubiera tenido origen en el acuerdo de las partes que se hubiera introducido expresamente en el texto negocial, en ejercicio de la libre autonomía de la voluntad.

En esa hipótesis resultaría jurídicamente válido que en el acto de liquidación -*el que, por demás, no se anuló por no haber sido elevado en su contra un cargo de falta de competencia*- operara una simple compensación de cuentas por pacto expreso derivado de la cláusula de multas, sin que ello, se reitera, hubiera viabilizado la expedición de un acto sancionatorio de por medio.

En los términos anteriores, dejo expuestos los argumentos de mi aclaración.

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Consejera de Estado

