



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**  
**SALA DE DECISIÓN No. 5**

**MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**

Tunja, **28 AGO 2019,**

<b>Accionante</b>	Silvino Vargas
<b>Accionado</b>	Municipio de Duitama - Empresa de Servicios Públicos de Duitama "ESDU"
<b>Expediente</b>	15001-2331-000-2007-00206-00
<b>Acción</b>	Contractual
<b>Asunto</b>	Sentencia de primera instancia – Niega pretensiones Terminación Bilateral del Contrato de concesión N° 001-2002 de prestación de servicios de tratamiento y disposiciones final de residuos sólidos.

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia, en ejercicio de la acción contractual, contenida en el artículo 87 del C.C.A (fls. 3 a 24), interpuesta a través de apoderado judicial de la Unión temporal Biorgánicos del Tundama<sup>1</sup>, contra el Municipio de Duitama y la Empresa de Servicios Públicos de Duitama "ESDU" E.S.P en liquidación.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. LA DEMANDA (Fls 3 a 24)

Mediante apoderada judicial y en ejercicio de la acción contractual, contenida en el artículo 87 del C.C.A, la Unión temporal Biorgánicos del Tundama, pretende se declare que el Municipio de Duitama y la Empresa de Servicios Públicos de Duitama "ESDU" E.S.P en liquidación, incumplieron el contrato de concesión N° 001-2.002, cuya objeto era la prestación del servicio de tratamiento y disposición final de residuos sólidos del Municipio de Duitama, celebrado el 02 de enero de 2002, al no acceder al pago y no incluir en los actos de liquidación los valores correspondiente a las inversiones realizadas, no reconocidas, los sobrecostos incurridos durante la ejecución, las utilidades esperadas durante la vigencia total del contrato y de obligar a la unión a permanecer en las obras por mayor tiempo del previsto al momento de terminar el contrato.

<sup>1</sup> Integrada por la FUNDACION COLOMBIANA DE CIENCIAS-ODINEC- INGENIEROS ASOCIADOS I.A. SA.



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

Como consecuencia de lo anterior, **solicita se declare la nulidad del acta de terminación bilateral del contrato del 3 de febrero de 2005**, mediante el cual se da por terminado el contrato de mutuo acuerdo, habida cuenta que el contrato **no terminó por voluntad de la unión**, ya que los motivos esgrimidos son imputables a los demandados. Igualmente solicita se declare la nulidad de la liquidación unilateral del contrato de concesión adoptada mediante la Resolución N° 626 del 09 de septiembre de 2005, en cuanto que no se accedió al pago de los sobrecostos de la ejecución y de las Resoluciones N° 658 del 30 de septiembre de 2005, que resolvió el recurso de reposición y de la N° 703 del 13 de octubre de 2005, por la cual se resuelve una solicitud de adición y complemento.

A título de indemnización, solicita se condene al reconocimiento y pago de los siguientes conceptos:

- Daño Emergente: El valor de Mil Ciento Catorce Mil Novecientos Millones de Pesos \$ 1.114.900.000 o el que resulte probado en el proceso.
- Lucro Cesante: La utilidad esperada en los 83 meses restantes de contrato de concesión y dejadas de percibir en la suma de siete mil cuatrocientos veintiocho millones seiscientos nueve pesos (\$ 7.428.609.000).
- Se liquide judicialmente el contrato de concesión No. 001-2002 y se incluyan las indemnizaciones a que haya lugar a favor de la Unión Temporal.

Finalmente pretende que las sumas reconocidas al demandante sean actualizadas, se condene al pago de intereses moratorios comerciales, al doble de la tasa máxima permitida, al pago de gastos, agencias de derecho y costas.

## **1.1 HECHOS**

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

Indicó que como resultado de la licitación pública No. 001 de 2001, el 02 de enero de 2002, se firmó el contrato de concesión N° 001-2002 entre la Unión temporal Biorgánicos del Tundama y el Municipio de Duitama, la Empresa de Servicios Públicos de Duitama "ESDU" E.S.P en liquidación, relacionado con la prestación del servicio de tratamiento y disposición final de residuos sólidos del Municipio, por un término de duración de 10 años a partir del 03 de enero de 2002 y hasta el 03 de enero de 2012, tomando como promedios iniciales 70 toneladas diarias a 2.100 toneladas mensuales de conformidad con los estudios realizados.



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

Adujó que el contrato incluyó desde la elaboración de los estudios y diseños que se requieren para el tratamiento y disposición final de los residuos sólidos hasta llegar a su máxima recuperación, la ejecución de obras civiles arquitectónicas de infraestructura de servicios y de adecuaciones que se requiere para el sitio de disposición final, la realización de labores correspondientes a la operación técnica del sitio, en coordinación con la autoridad municipal proyectar una campaña de divulgación de educación sanitaria entre otras.

Refirió que el valor del contrato es indeterminado, pero para efectos fiscales se debe tener en cuenta el valor equivalente al que espera cobrar el contratista durante el primer año de concesión, calculado en pesos del año 2001, en \$ 554.400.000, más incremento anual del IPC y con una utilidad equivalente del 36.47%, señalando la forma de pago pactada.

Señaló el desarrollo del contrato así:

- El 03 de enero de 2002, una vez perfeccionado el contrato con las garantías, se suscribió acta de inicio de obra.
- El 08 de enero de 2002, mediante Resolución 011, el Alcalde de Duitama, nombra como interventor del Contrato 001-2002 al Ingeniero Alcides Pena Camacho, en su calidad de Secretario de Agricultura.
- El 30 de enero de 2002, se entregó a ESDU, la certificación de interventoría N° 005.
- El 25 de febrero de 2002, se realizó solicitud a la Gerente del ESDE por parte del U.T, para que en la planta sean tratados los residuos sólidos del Municipio de Belén.
- El 28 de febrero de 2002, mediante oficio SAG- 040-087, la interventoría, entregó la certificación No. 006.
- El 8 de marzo de 2002, Biorgánicos del Tundama envía al ESDU relación de los residuos sólidos correspondientes al mes de febrero de 2002.
- El 1 de abril de 2002, la UT Biorgánicos del Tundama envió al ESDU relación de residuos correspondiente al mes de marzo de 2002.
- El 15 de abril de 2002, se firmó convenio interadministrativo No. 001 entre la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama y el Municipio de Belén para realizar el tratamiento y disposición final de los residuos sólidos, eximiéndose de recibir desechos de construcción y residuos patógenos.
- Durante la vigencia del contrato de concesión No. 001-2002, el Personero



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

Municipal de Duitama, el interventor, Corpoboyacá, la Procuraduría Agraria y habitantes de la población realizaron una visita a la planta de tratamiento de residuos sólidos, haciendo algunas observaciones y manifestando su conformidad frente a la tecnología utilizada.

- El 29 de abril de 2002, la UT Biorgánicos del Tundama envía comunicación al Gerente de ESDU, solicitando el cumplimiento de la cláusula décimo cuarta – parágrafo tercero debido al incumplimiento de los pagos.
- El 1 de agosto de 2002, la UT Biorgánicos del Tundama, presenta a ODINEC S.A, como nuevo socio, en remplazo de inversiones intercontinentales LTDA.
- El 15 de noviembre de 2002, mediante convenio 10-2002, celebrado entre el Municipio de Duitama, ESDU y la Asociación Colombiana de Ingeniería Sanitaria y ambiental- ACODAL, para la confinación del proyecto del manejo integral de residuos sólidos inorgánicos que se generan en la ciudad de Duitama por la suma de \$420.000.000, por el término de 16 meses, contrato mediante el cual el contratista no debía hacer ninguna obra de infraestructura o invertir recursos, tan solo limitarse a la comercialización y que generó desequilibrio económico.
- El 02 de enero de 2003, se elevó acta de reunión entre el entonces Gerente del ESDU y el representante de la UT Biorgánicos del Tundama, mediante el cual se acordó que a partir del 03 de enero de 2003 ESDU entregaría pesados los residuos sólidos de Duitama, con destino al predio LOMARTIN. ESDU, pagó la factura mensual que contenga el valor que resulte de multiplicar \$220.000+ IPC+ 1%, por la cantidad de toneladas que resultaren pesadas durante el mes de enero y en una segunda cuenta del mes de febrero 2003.
- El 17 de febrero de 2003, se firmó acuerdo de pago y se fijó un valor del Contrato No. 001-2002 para el mes de enero de 2003, pactando como valor por tonelada para enero de 2003 de \$ 23.758, tomando como promedio de toneladas 1084, para un valor total de \$ 25.753.672.
- El 10 de abril de 2003, las partes del contrato se reunieron para discutir la tarifa, se acordó hacer consultas de comisión de regulación respectiva, CRAC y se dispuso como medida transitoria se adoptó como parcial la tarifa el valor cancelado para el año 2002 más el respectivo incremento del IPC + 1%, así como el reconocimiento por parte del ESDU del pago de intereses de mora por el retazo en el pago de las cuentas de cobro; observándose que el ESDU acepta su incumplimiento en los pagos, situación que fue menguando los derechos e intereses de la U.T.



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

- El 19 de febrero de 2004, mediante adición modificatoria del Contrato 001-2002, se establece para la vigencia fiscal del 2004 el valor de \$ 25.537, como tarifa de acuerdo a las toneladas pesadas, para efectos fiscales el valor estimado en \$ 358.000.000, actualización, renovación y mantenimiento de vigencia de las pólizas.
- El 13 de agosto de 2003, se realiza una reunión entre la Alcaldía de Duitama, la Procuraduría Judicial Agraria, Corpoboyacá y la UT Biorgánicos del Tundama y donde hubo manifestaciones de que la ubicación de la disposición de residuos sólidos, no cumple con los requisitos exigido, recayendo la responsabilidad en la Alcaldía, hasta tanto no se transfiera la licencia al operador o lo autorice para realizar el trámite.
- El 06 de enero de 2004, se realizó una reunión entre el Municipio de Duitama y Biorgánicos del Tundama, para evitar la suspensión del servicio y garantizar la continuidad en la prestación del mismo, no obteniendo respuesta favorable de la Alcaldía.
- El 30 de junio de 2005, mediante comunicación ESPD- EDU-240-05, que se remitió a Biorgánicos del Tundama por parte del ESDU y el oficio enviado el 20 de febrero de 2006 a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, solicitando un concepto respecto del incremento al valor por toneladas recibida de \$ 22.000 a \$ 85.125 y del oficio CAR – OR1193 donde se emitió respuesta frente al desequilibrio contractual.
- Con oficio N° 1193 del 11 de abril de 2004, la Comisión de Regulación de agua potable y saneamiento básico CRA, da respuesta a la petición de reajuste de tarifa, elevada al contratista de \$ 22.000 a \$ 85.125.
- Mediante acta de acuerdo de fecha 21 de julio de 2004, en relación con la cláusula décimo cuarta del contrato, se acordó que los pesajes correspondientes a partir del mes de febrero de 2004, serán cancelados por la UT, hasta tanto no se instale la báscula.
- Mediante acta de acuerdo del 2 de marzo de 2005, ESDU, reconoce y ordena cancelar la factura No. 763 por valor de \$25.863.259, correspondiente a la prestación del servicio entre el 4 y el 26 de enero de 2005, reduciéndose las tarifas considerablemente.
- El 25 de noviembre de 2004, el Gerente de ESDU, eleva a Corpoboyacá, solicitud de revocatoria directa de la Resolución N° 0604 de agosto de 2004, por medio de la cual se impuso una medida preventiva de cierre, con el argumento que la UT a esa fecha había ejecutado las cantidades de obra e infraestructura mínima para el proceso de optimización del proceso de disponibilidad final de residuos sólidos de acuerdo a los compromisos y



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

requerimientos de la CAR.

- El 3 de febrero de 2005, se llevó a cabo el acta de terminación bilateral del contrato de concesión, arguyendo la parte interesada que fue originada por hechos imputables directamente al Municipio de Duitama, quien era el responsable del manejo ambiental del contrato y del proyecto.

Manifestó que durante la ejecución del contrato la Unión Temporal, construyó y puso en funcionamiento un horno incinerador de residuos inorgánicos no reciclables, horno que funcionó eficientemente menos de un mes, ya que Corpoboyacá ordenó el cierre, sin hacer los ajustes necesarios, sin objeción o recurso por parte del Municipio de Duitama, no obstante fue una medida arbitraria, sin pruebas técnicas, haciendo incurrir en costos insostenibles del proyecto, buscando apresuradamente un cierre en la planta.

Relató que la UT Biorgánicos del Tundama, celebró, ejecutó y dio por terminado bilateralmente el contrato de concesión de buena fe, buscando ante todo la prestación oportuna, eficiente y continua del servicio de tratamiento y disposición final de residuos sólidos, a pesar del marcado desequilibrio económico por causas imputables al ESDU y al Municipio de Duitama, bajo la administración Municipal.

Adicionalmente acotó que el diseño del proyecto, la tecnología utilizada, la producción y comercialización del Bioabono, fueron un éxito rotundo, prueba de ello es que el contrato de concesión en sus fases iniciales, generó utilidades al municipio, cambiando con la nueva administración las variables económicas, generando un empobrecimiento del contratista y una serie de perjuicios que deberán ser reparados e indemnizados.

De igual manera, enfatizó que los actos y decisiones de la administración, no se encuadran en el ordenamiento jurídico establecido para liquidar los contratos, al desconocer las inversiones realizadas, las utilidades esperadas y el desequilibrio económico del contrato, lo cual desemboca en falsa motivación y desviación de poder.

Insiste que el desequilibrio contractual, por la terminación de forma irregular e ilegal, afectó de manera grave a la unión temporal, quien venía desempeñando el contrato de manera eficiente, competente y honesta, generando en condiciones normales utilidades para el municipio y la no existencia de sanciones en su contra, le otorga el pleno derecho a permanecer en la ejecución del contrato, máxime cuando



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

es irreprochable su conducta oficial y privada.

## **1.2 Normas violadas y concepto de la violación.**

La parte demandante sustenta jurídicamente sus pretensiones en:

- Preámbulo y Artículos 6, 13, 29, 83 y 90 de la Constitución.
- Artículos 4,17,18 y 23 de la Ley 80 de 1993
- Artículos 8, 1546,1603,1610 y 1884 del Código Civil
- Artículo 871 del Código de Comercio

Adujó que los valores y principios constitucionales no fueron observados por la entidad demandada, cuando con fundamento en los actos acusados, cercenándose cualquier oportunidad de recurrir la injusta decisión, ya que nadie podrá aceptar que se desconozcan sin justificación alguna, violentando sus derechos fundamentales.

Indicó que el Municipio de Duitama y la Empresa de Servicios Públicos de Duitama, al dar por terminado el contrato de concesión, violaron el principio fundamental de la legalidad, no solo por omitir el procedimiento establecido en la Ley para ello y el contrato, sino que se extralimitó en el ejercicio de las funciones que le correspondía como entidad contratante.

Señaló que el Municipio de Duitama y la Empresa de Servicios Públicos de Duitama, no observaron el estatuto general de contratación estatal, en razón a que incumplieron con las obligaciones como contratante para evitar una mayor onerosidad y perjuicios en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

Refirió que al no declararse terminado unilateralmente el contrato, se generó un hecho ilegal de la administración que fue minando los derechos e intereses del contratista hasta obligarlo a dar por terminado el contrato.

Arguye que el daño o lesión antijurídica, sufrida, radica en la terminación en forma anticipada del Contrato de Concesión y de sus ingresos y la no cancelación total y oportuna de la totalidad de las inversiones realizados en los derechos contractuales reclamados y por aplicación de los artículos 8, 1546,1603,1610 y 1884 del Código Civil, se impone al deudor que incumple su obligación o la cumple tardíamente, la carga de indemnizar los perjuicios generados.

Manifestó que el Municipio de Duitama y la Empresa de Servicios Públicos de



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

Duitama, incumplieron en innumerables ocasiones su obligación de tener vigente la exclusividad de la concesión, lo cual generó un considerable desequilibrio económico y financiero del contrato al otorgar parte del contrato a la Asociación ACODAL, la encargada de cancelar las facturas de cobro presentadas dentro de los plazos convenidos, al no mantener vigentes las licencias ambientales, prueba fehaciente de ello fue el cierre ordenado por Copoboyacá, desconociendo que el municipio es el responsable del manejo ambiental del contrato, al persistir en la negativa del reajuste de la tarifa y al no entregar ni mantener vigentes al contratista concesionario los volúmenes establecidos en los términos de referencia y en la propuesta de los residuos sólidos.

Acotó que el Municipio de Duitama y la Empresa de Servicios Públicos de Duitama, tenían según contrato, la obligación principal de pagar oportunamente las facturas correspondientes al tratamiento de los residuos, mantener vigentes las licencias ambientales del proyecto y no ceder el contrato, pero sus obligaciones no se limitaron a esa única prestación, de modo que tenía la obligación de ejecutar todas aquellas actividades que posibilitaran al Contratista concesionario de cumplir sus obligaciones dentro de las condiciones ofrecidas en el pliego de condiciones y dentro de los plazos estipulados.

Finalizó indicando apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado, referentes a la ecuación financiera, a que tipos de contratos se aplica y los casos de alteración.

## **2.- TRÁMITE DE LA INSTANCIA**

La demanda fue presentada ante la Oficina Judicial el 22 de febrero de 2007 (Fl. 24 vto), la cual fue inadmitida por auto del 18 de noviembre de 2008 (fl. 141), frente a lo cual la parte demandante la subsanó (fls. 142 a 179) y admitida mediante auto del 25 de febrero de 2009 (Fl. 183), disponiendo la notificación al demandado Municipio de Duitama y la Empresa de Servicios Públicos de Duitama.

La demanda fue contestada por el Municipio de Duitama (Fls. 216 a 247) y por la Empresa de Servicios Públicos de Duitama – ESDU (Fls. 292 a 345), en el término de la fijación en lista.

Mediante auto del 09 de mayo de 2012, se abrió el proceso a pruebas teniendo como tales las aportadas por las partes demandante y las demandadas y decretándose las demás pruebas solicitadas (fls. 348 a 249); con auto del 18 de junio



*Demandante: Silvano Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

de 2014 (fl. 442), se admitió la objeción por error grave del dictamen pericial rendido por la auxiliar de la justicia; mediante auto del 24 de septiembre de 2014 (fl. 475), se dispuso el decreto de pruebas por la objeción del dictamen; con auto del 15 de abril de 2015 (fls. 479 a 480), se dejó sin efectos el auto del 24 de septiembre de 2014 y se ordenó el decreto de nuevas pruebas.

El 01 de julio de 2015, se radicó la respuesta a las objeciones del dictamen rendido (fls. 589 a 591) y con auto del 7 de octubre de 2015 se dispuso correr traslado a las partes para que presenten alegatos de conclusión (fl. 612), no obstante, con auto del 01 de febrero 2017 (fls. 645 a 648), se decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 07/10/2015, se requirió a la parte demandante y con auto del 06 de julio de 2018, se dispuso cerrar el debate probatorio y correr traslado para alegatos de conclusión (fls. 678 a 681). Encontrándose el proceso al Despacho para proveer sentencia de primera instancia (fl. 707).

### **3.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

#### **3.1. Municipio de Duitama (Fls. 216 a 247)**

Dentro de la oportunidad para ello, la entidad demandada, a través de apoderado judicial presentó contestación de la demanda, oponiéndose a la prosperidad de la misma, en tanto que nunca existió un vínculo contractual, para lo cual argumentó lo siguiente:

Realizó una petición especial, relacionada con la desvinculación del Municipio de Duitama, por falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que la relación contractual fue entre la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama y la Empresa de Servicios Públicos de Duitama, de carácter descentralizado dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y presupuesto propio, por ende es la responsabilidad de las actuaciones surtidas con ocasión al proceso contractual adelantado, sin que el Municipio haya suscrito contrato con los demandantes.

Se pronunció respecto a cada hecho de la demanda, aceptando como ciertos los contenidos en los numerales 2.1.1, 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.8, 2.2.22, 2.2.26, como parcialmente cierto los hechos 2.1.2, 2.1.4, 2.1.5, 2.2.10, 2.2.11, 2.2.12, 2.2.13, 2.2.16, 2.2.17, 2.2.18, 2.2.24, 2.2.27, 2.2.28 y como no ciertos los numerados 2.1.3, 2.2.7, 2.2.23, 2.2.25 y 2.2.26, de los demás refirió no constarle.



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

Señaló que el ente territorial, no sostuvo ninguna relación contractual con la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama, ya que las causas de incumplimiento deben ser reclamadas únicamente a la ESDU, quien adelantó todo el proceso licitatorio y con quien finalmente suscribieron el contrato.

Refirió que de acuerdo con la Ley 489 de 1998, se dictaron normas de orden nacional, sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, concluyendo que las empresas de servicios públicos, en concordancia con la Ley 142 de 1994, son descentralizadas y por ello la suscripción del contrato fue entre la Unión Temporal y la Empresa de Servicios Públicos de Duitama; además porque en la brusquedad de defectos favorables a las pretensiones desconoció la existencia de una terminación bilateral del contrato, actuación que refleja una manifestación de la voluntad definitiva, como una exteriorización realizada por la persona con la finalidad de dar a conocer hacia los demás lo que desea o lo que persigue.

Enfatizó que resulta claro que las obligaciones contractuales entre las partes cesaron, quedando como único escenario para discutir la liquidación del contrato, etapa que no obstante haber quedado establecido para que se surtiera por el procedimiento de conciliación, no se llegó a ningún acuerdo, llevando a la empresa ESDU, a realizar la liquidación unilateral facultad otorgada por la Ley, para determinar el estado de las prestaciones del contrato y de todos los actos jurídicos generadores de obligaciones, el contrato es aquel en el que la voluntad de la voluntad cumple una función importante, pues su elemento característico, es el consentimiento, es decir ese acuerdo es libre de voluntad, que en el ámbito del derecho tiene un carácter técnico de autonomía de la voluntad, que cumple una función importante al ser un elemento esencial.

Destacó con la presente demanda, lo que se pretende es inducir a error al H. Tribunal, reviviendo un asunto legal que ya fue terminado, referente a la terminación del contrato de concesión, cuyas obligaciones contractuales finalizaron con las firma de las partes, acuerdo al que llegaron renunciando a incoar todo tipo de acción, por lo que resulta evidente que es una situación jurídica que desconoce el demandante frente a un aspecto evidentemente claro, dejando ver la mala fe, habiendo revivido una situación que ya finalizó.

Arguyó que de acuerdo a lo manifestado por el accionante en su demanda, lo único que pretende es la obtención de un beneficio de orden ilegal, toda vez que si



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

hipotéticamente se ocasionara perjuicios para el accionante, estos fueron generados por causa de su propio incumplimiento, y en consecuencia, no es posible sacar provecho de su propia culpa, desconociendo el acta suscrita el 03 de febrero de 2005.

Solicitó, declarar probada cualquiera de las excepciones determinadas de la siguiente manera:

*i) Falta de legitimación en la causa por pasiva:* Indicó que no es posible atribuirle algún tipo de responsabilidad al Municipio de Duitama, en vista que fue la Empresa de Servicios Públicos de Duitama, la que suscribió el contrato y en calidad de entidad descentralizada, creada de manera autónoma, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, con patrimonio propio, asume de manera directa las eventuales reclamaciones que deriven en responsabilidad.

*ii) Inexistencia de responsabilidad solidaria por parte del Municipio de Duitama:* Señaló que atendiendo el artículo 313 de la Constitución Política, los artículos 68, 72, 76 y 78 de la Ley 489 de 1998, la ESDU, es un establecimiento público dotado de personería jurídica para actuar, no existiendo justificación legal de responsabilidad solidaria.

*iii) Ineptitud de la demanda:* Refirió que existe incongruencia de los actos administrativos demandables, a través del poder, frente al acta bilateral que no aparece en las pretensiones, no demandándose todos los actos.

*iv) Indebida escogencia de la acción:* Manifestó que la acción procedente para resolver el litigio, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se persigue el reconocimiento y pago de perjuicios de daño emergente y lucro cesante, la cual debe ser interpuesta dentro del término de caducidad 4 meses.

*v) Indebida acumulación de pretensiones:* Arguyó que en las pretensiones se refieren no solo a la acción contractual y como subsidiarias las de nulidad y restablecimiento del derecho las cuales de acuerdo al marco legal, deben formularse de manera separada como lo señalan los artículos 85 y 87 del CCA, conllevando a caducidad y finalidad diferentes.



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

### **3.2. Empresa de Servicios Públicos de Duitama – ESDU (Fls. 292 a 345)**

En la oportunidad para ello, la entidad demandada, a través de apoderado judicial radicó contestación de demanda, oponiéndose a cada una de las pretensiones por carecer de fundamento fáctico y jurídico toda vez que el Contrato de Concesión N° 001-2002, suscrito por el ESDU, fue ejecutado conforme a la ley 80 de 1993, realizándose la interpretación del contrato de conformidad al estatuto contractual.

Realizó pronunciamiento respecto a cada hecho de la demanda, aceptando como ciertos los contenidos en los numerales 2.1.1, 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.22, 2.2.26, 2.2.22, 2.2.26, como parcialmente ciertos los hechos 2.1.4, 2.1.5, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.11, 2.2.12, 2.2.13, 2.2.16, 2.2.17, 2.2.18, 2.2.19, 2.2.24, 2.2.27, 2.2.28, y como no ciertos los numerados 2.1.3, 2.2.23, 2.2.25; de los demás refirió no constarle.

Destacó los antecedentes y procedimiento de la licitación pública N° 001-2001, la cual culminó el 12 de diciembre de 2001, con la respectiva adjudicación de la licitación, solo recibiendo la propuesta de la unión demandante, detallando la propuesta económica formulada, la forma de ejecución del contrato y de los criterios de evaluación, destacando que las utilidades reflejadas para los años 2002, 2003 y 2004, incluían el gasto correspondiente a la inversión que debía amortizar a 10 años y para los dos análisis la Unión temporal, presentó utilidades que dentro de los balances generales y estados de pérdida y ganancias, no se ven reflejados.

Arguyó que la ESDU, no puede asumir los malos manejos administrativos observados en la ejecución del contrato, ya que en la propuesta del contrato, se expresaron unos datos que fueron tomados de la experiencia demostrada, además porque el flujo de inversiones de los 3 pero contablemente debieron quedar amortizados a 10 años y por el contrario es la empresa la que debe requerir al contratista las utilidades estimadas en \$ 51.997.000.

Recalcó que en aplicación de las facultades de la Ley 80 de 1993, la ESDU, en ejercicio de la facultad de interpretación unilateral del contrato, no hizo nada diferente que ajustar a los marcos legales, interpretación de la cual, se recobra el grado de equilibrio que debe existir entre las partes, salvaguardando los derechos de la entidad, pero sin menoscabar o desmejorar los derechos del contratista.

Indicó que la interpretación dada por el ESDU, con invocación a esta demanda, no es otra que de una u otra manera el contratista pretendía a suscribir una modificación al



719

*Demandante: Silvano Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

contrato inicial en el que el precio de tonelada de RSU dispuesta tratada por el contratista sea de valor de \$73.600 y que se le cancele dicho precio y que se le cancelara durante la vigencia del año 2003 y 2004, lo cual implicaría cambiar las reglas y condiciones que tuvieron en cuenta al momento de celebrar el contrato, petición inadmisibile.

Reitera que ESDU, al proferir la resolución de liquidación, no hizo nada diferente que hacer uso de la interpretación unilateral del contrato y poner fin a unas enconadas divergencias contractuales que tenían antecedentes de más de un año, nacidas en infundadas reclamaciones del contratista que a todas luces desborda las reglas del contrato N° 001 -2002 y se salían de los cauces de la legalidad.

Manifestó respecto de la ruptura del equilibrio contractual que se ignoran las consideraciones expuestas en la Resolución N° 269 del 22 de abril de 2004, en donde con lujo de detalles se indicaron las razones para desatender el cacareado (Sic) desequilibrio y no se entiende por qué el demandante pretende desconocer el cúmulo de argumentos para despachar negativamente las peticiones incoadas.

Destacó que en la propuesta de la UT, esos datos estimados en una cifra superior a la plasmada en el pliego de condiciones, llegándose a indicar que la producción percapita era de 0.875 kg/hab/ día equivalente a 102.96 Tn/día, lo cual de una parte denota que el amparo de riesgo asumido por la UT, fue una cuantificación subestimada por está y por ello y a sabiendas de que el futuro del desarrollo de la ejecución del contrato se realizaría el pesaje y verificación real del número de toneladas diarias de RSU producido por los habitantes de Duitama, sobredimensionó esos datos y con la anuencia del interventor el promedio diario no alcanzó a las 45yn/ día, tal como lo registra en las certificaciones expedidas.

Señaló la mala fe y temeridad con la que actúa el demandante, en el uso indebido de los instrumentos legales de orden sustancial o procesal, desconociendo el acta de terminación bilateral del contrato, actuación que refleja la manifestación de la voluntad definitiva, contenida de manera expresa en la cláusula cuarta de la referida acta, quedando únicamente el escenario de la liquidación del contrato y como no se logró un acuerdo conciliatorio, la ESDU, realizó la liquidación unilateral, facultad otorgada por la Ley.

Solicitó, declarar probada cualquiera de las excepciones determinadas de la siguiente manera:



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

*i) Caducidad de la acción:* Indicó que en aplicación el numeral 10 del Artículo 136 del CCA y analizadas las fechas entre la liquidación del contrato y la admisión, han transcurrido más de dos años, señalando que con la liquidación unilateral, se expidió la Resolución N° 626 del 09 de septiembre de 2005, siendo la fecha a partir de la cual se empieza contar la caducidad, feneciendo el 10 de septiembre de 2007 y la demanda fue admitida hasta el 25 de febrero de 2009, encontrándose acaecido el fenómeno.

*ii) Indebida acción incoada:* Refirió que según las pretensiones 1.2.2 y 1.3, se persigue la nulidad y restablecimiento del derecho, el cual debe ser interpuesta dentro de los 4 meses y no a través de la acción contractual.

*iii) Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:* Señaló que el libelo demandatorio adolece del acápite de fundamentos de derecho, pues hace referencia al acápite en forma generalizada al igual que las normas, adoleciendo de la materialización positiva de las mismas siendo absolutamente necesaria para analizar las posibles vulneración de presuntos hechos u omisiones pues la justicia en este caso no obra de oficio siendo rogada y para cumplir con las exigencias de la ley y de nuestro sistema positivo.

*iv) Falta de legitimación en la causa por pasiva:* Manifestó que desde el 2005, mediante acuerdo No. 007 del 30 de marzo de 2005 el Concejo Municipal de Duitama, dispuso en sus artículos 1 y 2, que el encargado de la prestación del servicio público de aseo dentro del Municipio de Duitama era la empresa EMPODUITAMA LTDA y acorde con las exigencias de la Ley 142 de 1994, no es competencia de ESDU, la prestación del servicio de aseo.

*v) Inexistencia de la causa para demandar:* Refirió que ESDU, no es la responsable de la prestación de ninguno de los servicios que según el accionante son la causa de la presunta vulneración de los derechos enunciados.

*vi) Inexistencia del derecho reclamado – cobro de lo no debido:* Arguyó que es claro según los antecedentes y crudas realidades del contrato, se definieron los riesgos del costo para el mismo y no se explica por qué un año después de haberse iniciado la ejecución, la UT contratista, inició una reclamación por



715

*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

una supuesta ruptura de la ecuación contractual, no obstante, los asuntos alegados fueron asumidos por su propia cuenta y riesgo.

Reiterando que ESDU, al momento de suscribir el contrato no sólo atendió el quantum de la oferta por tonelada, sino que además de manera previsiva por tratarse de un contrato de tracto sucesivo que se debía desarrollar en un lapso de 10 años estimó que la suma de \$ 22.0000 por tonelada tratada se incrementaría anualmente en el IPC más 1 punto, esto con la finalidad de conservar por y para todo el ejercicio de la ejecución del contrato, de tal suerte que ni siquiera por el transcurso del tiempo que ha transcurrido hasta la fecha se pueda hablar de desequilibrio en la ecuación del contrato porque ese desequilibrio fue previsto, fue estimado, fue convenido, de manera que más allá del momento de la suscripción el precio fue estimado justicieramente.

#### **4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

##### **4.1 Parte demandante (Fls. 682 a 686).**

Reiteró los planteamientos esgrimidos en la demanda, solicitando se accedan a las pretensiones y agregó que a través de la prueba pericial se acreditaron los perjuicios acaecidos al contratista cumplido, el valor de las inversiones, el valor de los dineros dejados de ganar por conducto de una terminación si bien cierto bilateral, la misma atribuida a la entidad contratante, quien no realizó las gestiones propias y necesarias para tener vigente la licencia ambiental del proyecto de tratamiento y disposición final de residuos sólidos del Municipio de Duitama.

##### **4.2. Empresa de Servicios Públicos de Duitama – ESDU (Fls. 688 a 697)**

A través de apoderado, allegó escrito de alegaciones, centrando las consideraciones finales en los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda relacionados con las facultades legales de la terminación unilateral, de acuerdo a la lectura integral del pliego de condiciones, la propuesta presentada y el contrato. Adicionalmente refirió que al revisar la ejecución del contrato, se puede observar con mediana claridad que el contratista, no dio cumplimiento a varias de sus obligaciones especialmente en la ejecución de las inversiones lo cual generó un detrimento a ESDU, por lo cual solicita se absuelva de cada una de las pretensiones de la demanda.



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

#### **4.3. Municipio de Duitama: (fls. 698 a 705)**

Reiteró las mismas argumentaciones al momento de descorrer la demanda, insistiendo en la falta de legitimación en la causa por pasiva al no ostentar ningún vínculo contractual con la parte demandante.

Destacó que la litis versa sobre un contrato de concesión y en los términos del artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993, al encomendar la entidad estatal, al concesionario la prestación. Operación explotación organización o gestión total o parcial, de un servicio público o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o un bien destinado al servicio o uso público, refiere un riesgo por cuenta del concesionario, por ello contrario a lo pretendido, la obligación de la construcción y adecuación de las instalaciones, así como la obtención de la licencia ambiental debía asumirla el contratista y más cuando desatendió los requerimientos de Corpoboyacá. Coligió que no se puede desconocer el acta bilateral de terminación del contrato suscrita en debida forma y como consecuencia del incumplimiento del contratista.

Finalizó refiriéndose a la objeción del dictamen por error grave y la indebida incorporación como prueba, al no darse el traslado de la contradicción, complementación y aclaración en aplicación del artículo 238 del CPC, refiriendo nulidad del auto del 6 de julio de 2018, que ordenó correr traslado de alegatos de conclusión o en el momento de proferir el fallo, no se dé el valor probatorio.

#### **4.3. Agente del Ministerio Público: Guardo Silencio**

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. PROBLEMA JURÍDICO**

¿Corresponde a la Sala establecer si en el *sub-lite*, se presentó vicio del consentimiento que configure causal de nulidad que invalide las actuaciones y específicamente el acta de terminación anticipada y bilateral suscrita el 03 de febrero de 2005 del Contrato de concesión N° 001 de 2002, cuyo objeto era la prestación del servicio de tratamiento y disposición final de residuos sólidos del Municipio de Duitama?.



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

¿En caso afirmativo se deberá determinar, si es procedente ordenar a favor del Unión temporal Biorgánicos del Tundama el pago de las sumas solicitadas a título de indemnización por el incumplimiento de las obligaciones por parte de las entidades demandadas?.

## **2. TESIS DEL CASO**

La Sala concreta las tesis argumentativas del caso de los intervinientes, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

### **a) Tesis argumentativa propuesta por el demandante.**

Considera la parte demandante, que se debe acceder a las pretensiones de la demanda por cuanto el Municipio de Duitama y la Empresa de Servicios Públicos de Duitama, al dar por terminado el contrato de concesión, quebrantaron el principio fundamental de la legalidad, no solo por omitir el procedimiento establecido en la Ley para ello y el contrato, sino por la extralimitación en el ejercicio de las funciones que le correspondían como entidad contratante. Razona que el Municipio de Duitama y la Empresa de Servicios Públicos de Duitama, no observaron el estatuto general de contratación estatal, en razón a que incumplieron con las obligaciones como contratante para evitar una mayor onerosidad y perjuicios en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, al no declarar terminado unilateralmente el contrato, generando con ello, un hecho ilegal de la administración que fue minando los derechos e intereses del contratista hasta obligarlo a dar por terminado el contrato.

Arguye que el daño o lesión antijurídica, sufrida, radica en la terminación en forma anticipada del Contrato de Concesión y de sus ingresos y la no cancelación total y oportuna de las inversiones realizados en los derechos contractuales reclamados y por aplicación de los artículos 8, 1546, 1603, 1610 y 1884 del Código Civil, que impone al deudor que incumple su obligación o la cumple tardíamente, la carga de indemnizar los perjuicios generados.

### **b) Tesis argumentativa de la parte demandada- Municipio de Duitama**

Determina que se deben negar las pretensiones de la demanda, ya que el ente territorial, no sostuvo ninguna relación contractual con la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama, y las causas de incumplimiento alegadas deben ser



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

reclamadas únicamente a la ESDU, quien adelantó todo el proceso licitatorio y con quien finalmente suscribieron el contrato.

Enfatizó que resulta claro que las obligaciones contractuales entre las partes cesaron al suscribir el acta de terminación bilateral, quedando como único escenario para discutir la liquidación del contrato, etapa que no obstante haber quedado establecido para que se surtiera por el procedimiento de conciliación, no se llegó a ningún acuerdo, llevando a la empresa ESDU, a realizar la liquidación unilateral facultad otorgada por la Ley, para determinar el estado de las prestaciones del contrato y de todos los actos jurídicos generadores de obligaciones y que se pretende inducir a error al H. Tribunal, reviviendo un asunto legal que ya fue terminado, referente a la terminación del contrato de concesión, cuyas obligaciones contractuales finalizaron con las firma de las partes, acuerdo al que llegaron renunciando a incoar todo tipo de acción, por lo que resulta evidente que es una situación jurídica que desconoce el demandante frente a un aspecto evidentemente claro, dejando ver la mala fe, habiendo revivido una situación que ya finalizó.

**c) Tesis argumentativa de la parte demandada- Empresa de Servicio Públicos ESDU**

Considera que no puede asumir los malos manejos administrativos observados en la ejecución del contrato, ya que en la propuesta del contrato, se expresaron unos datos que fueron tomados de la experiencia demostrada, para el flujo de inversiones de los 3, pero contablemente debieron quedar amortizados a 10 años y por el contrario es la empresa la que debe requerir al contratista las utilidades estimadas en \$ 51.997.000 y en aplicación de las facultades de la Ley 80 de 1993, la ESDU, en ejercicio de la facultad de interpretación unilateral del contrato, no hizo nada diferente que ajustar a los marcos legales, interpretación de la cual, se recobra el grado de equilibrio que debe existir entre las partes, salvaguardando los derechos de la entidad, pero sin menoscabar o desmejorar los derechos del contratista.

Sostiene que al proferir la resolución de liquidación, no hizo nada diferente que hacer uso de la interpretación unilateral del contrato y poner fin a unas enconadas divergencias contractuales que tenían antecedentes de más de un año, nacida en infundadas reclamaciones del contratista que a todas luces desborda las reglas del contrato N° 001 -2002 y se salían de los cauces de la legalidad, sin afectación del equilibrio contractual aspectos analizados con las consideraciones expuestas en la Resolución N° 269 del 22 de abril de 2004, en donde se indicaron las razones de



Demandante: *Silvino Vargas*  
Demandado: *Municipio de Duitama - ESDU*  
Expediente: *15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

argumentos para despachar negativamente las peticiones incoadas.

Arguyendo que la mala fe y temeridad con la que actúa el demandante, en el uso indebido de los instrumentos legales de orden sustancial o procesal, desconoce el acta de terminación bilateral del contrato, actuación que refleja la manifestación de la voluntad definitiva, contenida de manera expresa en la cláusula cuarta de la referida acta, quedando únicamente el escenario de la liquidación del contrato y como no se logró un acuerdo conciliatorio, la ESDU, realizó la liquidación unilateral, facultad otorgada por la Ley.

#### d) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala negará las pretensiones de la demanda, por considerar que atendiendo la naturaleza de los actos demandados, no se acreditó una fuerza que haya viciado el consentimiento del representante legal de la parte demandante al momento de suscribir el 03 de febrero de 2005, el acta bilateral de terminación del contrato; si la parte demandante eligió de consenso con la entidad demandada ese cauce y luego tuvo desacuerdo con ese acto dispositivo, situación que no la ampara el derecho en el sentido pretendido en la demanda, dado que ello significaría desconocer la decisión a la que llegaron las partes para poner fin al contrato.

Aunado a lo anterior, porque la Unión Temporal en calidad de contratista, construyó y puso en funcionamiento un horno incinerador de residuos inorgánicos no reciclables que funcionó menos de un mes al no cumplir con las condiciones sanitarias y no ser viable usar el bioabono que se producía en la planta del tratamiento y hasta que la autoridad ambiental ordenó el cierre por la afectación ambiental con base a las pruebas técnicas, disposición preventiva de protección del medio ambiente que culminó con la decisión administrativa contenida en la Resolución N° 0305 del 29 de marzo de 2007.

De lo expuesto, para la Sala existió **una causa de interés público y general sobreviniente de imposibilidad del cumplimiento** de las obligaciones a la suscripción del Contrato de concesión N° 001 de 2002 aceptada por quienes suscribieron el acuerdo, que en principio no es atribuible a ninguno de los contratantes y que facultaba la aplicación de la figura de la *exceptio non adempti contractus*, art. 1609 C.C y que determinó tal situación en el acta bilateral de terminación suscrita y que así fue plasmado, sin que los argumentos referidos por la demandante tuviesen vocación de prosperidad.



Demandante: *Silvino Vargas*  
Demandado: *Municipio de Duitama - ESDU*  
Expediente: *15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

Para resolver los problemas jurídicos y las tesis planteadas, la Sala analizara los siguientes acápites considerativos:

### 3. DE LA RESOLUCIÓN DE LAS EXCEPCIONES

Advierte la Sala que las demandadas en oportunidad formularon respectivamente los siguientes medios exceptivos relacionados como: *i) Falta de legitimación en la causa por pasiva; ii) Inexistencia de responsabilidad solidaria por parte del Municipio de Duitama; iii) Ineptitud de la demanda; iv) Indebida escogencia de la acción; e v) Indebida acumulación de pretensiones; vi) Caducidad de la acción; vii) Indebida acción incoada; viii) Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales; ix) Falta de legitimación en la causa por pasiva; x) Inexistencia de la causa para demandar y xi) Inexistencia del derecho reclamado – cobro de lo no debido.*

Medios exceptivos que persiguen la exoneración en caso de condena o decisión desfavorable para las partes; no obstante, la Sala al analizar los argumentos expuesto en las diferentes contestaciones y destacados en el acápite de antecedentes, encuentra que son aspecto de análisis con el fondo del asunto, luego de la valoración en conjunto de las pruebas aportadas, decretadas y debatidas en oportunidad y con el desarrollo del acápite considerativo de la presente decisión.

### 4. DE LA NATURALEZA DE LOS ACTOS DEMANDADOS

Debe destacar la Sala que la demandante invocó en el libelo la acción de controversias contractuales contemplada en el artículo 87 del CCA, en busca de la declaratoria de incumplimiento del Municipio de Duitama y la Empresa de Servicios Públicos de Duitama “ESDU” E.S.P en liquidación, del contrato de concesión N° 001-2.002, cuya objeto era la prestación del servicio de tratamiento y disposición final de residuos sólidos del Municipio de Duitama, celebrado el 02 de enero de 2002, al no acceder al pago y no incluir en los actos de liquidación los valores correspondiente a las inversiones realizadas, no reconocidas, los sobrecostos incurridos durante la ejecución, las utilidades esperadas durante la vigencia total del contrato y de obligar a la unión a permanecer en las obras por mayor tiempo del previsto al momento de terminar el contrato.

Como consecuencia de las declaratorias anteriores, solicita se declare la nulidad del acta de terminación bilateral del contrato del 3 de febrero de 2005, mediante el cual



Demandante: *Silvino Vargas*  
Demandado: *Municipio de Duitama - ESDU*  
Expediente: *15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

se da por terminado el contrato de mutuo acuerdo, habida cuenta que el contrato no terminó por voluntad de la unión, ya que los motivos esgrimidos son imputables a los demandados. Igualmente solicita se declare la nulidad de la liquidación unilateral del contrato de concesión adoptada mediante la Resolución N° 626 del 09 de septiembre de 2005, en cuanto que no se accedió al pago de los sobrecostos de la ejecución y de las Resoluciones N° 658 del 30 de septiembre de 2005, que resolvió el recurso de reposición y de la N° 703 del 13 de octubre de 2005, por la cual se resuelve una solicitud de adición y complemento.

De manera que es claro, que en el *sub lite*, se invoca la nulidad de actos administrativos que deben ser considerados como **post contractuales**, pues devienen luego de la **terminación bilateral y liquidación unilateral de un contrato**, es decir, son actos administrativos que se emiten con posterioridad al negocio contractual, pero siguen siendo de su entorno, por lo que no cabe duda que la **invocación de la acción contractual es la correcta**, no configurándose el fenómeno de caducidad en virtud de que el acta de terminación bilateral fue suscrita el 03 de febrero de 2005 (fls. 83-87) y la demanda fue presentada el 01 de febrero de 2007 (fl. 2), encontrándose en el término determinado en el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, al no superar los dos años, no prosperando la excepción formulada por ESDU.

Aunado a lo anterior, atendiendo la naturaleza del objeto en litis, la acción incoada por la parte demandante, persigue no solo la declaratoria de nulidad, sino el incumplimiento del contrato de concesión N° 001 de 2002 y el reconocimiento de los perjuicios alegados; así las cosas, no se configura la indebida acumulación de pretensiones, excepción formulada por la parte demanda Municipio de Duitama.

Para el efecto, vale la pena traer a colación jurisprudencia del máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo<sup>2</sup>, que se refiere al tema, así:

*“(...) La conclusión a la que llegará en este proceso será la misma que se viene sosteniendo, esto es, que la acción que se debe ejercer es la contractual, no la de nulidad y restablecimiento del derecho, con la consecuencia que esto tiene sobre diversos aspectos del proceso, muy particularmente lo relativo a la caducidad de la acción. (...). En esta medida, el acto termina siendo contractual, porque pertenece a la esfera de ejecución del negocio jurídico, y concretamente de una o algunas de sus cláusulas, que se mantienen y siguen produciendo efectos aún después de la liquidación del negocio jurídico, como es la de las garantías. En esta línea de pensamiento, se expresó en el 2001 que “A primera vista se advierte que una vez liquidado el contrato, la única responsabilidad que subsiste para el contratista con la administración como dueña de la obra, es la de acudir al saneamiento de*

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C, marzo treinta (30) de dos mil once (2011), Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Radicación número: 25000-23-26-000-1993-08569-01(20917).



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

*los vicios y defectos de construcción de la obra en los términos del art. 2060 del C.C., cuando se trata de la ejecución de un contrato de obra pública, así como amparar la de las posibles acciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones laborales o de los daños causados a terceros por el contratista, riesgos que en la contratación estatal es obligatorio garantizar (Art. 25-19 y 60 ley 80 de 1993).<sup>3</sup>”*

(...)

*“De otra parte, según lo prescrito por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993<sup>4</sup>, norma vigente al momento de incoar la acción contractual, los actos expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual son controlables por vía administrativa mediante el recurso de reposición y judicialmente a través del ejercicio de la acción contractual, quiere decir que los actos administrativos expedidos por la Administración, después de la terminación del contrato, en un contrato estatal, serán enjuiciables mediante el ejercicio de la acción contractual.”<sup>5</sup>*

## 5. DEL SERVICIO PÚBLICO DE DISPOSICIÓN DE RESIDUOS

En cuanto hace referencia al servicio público de aseo y a las actividades complementarias, la Ley 689 de 2001 modificó la Ley 142 de 1994 en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 1.- Modifícase los numerales 15 y 24 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así: “Artículo 14. Definiciones. 14.24 Servicio público de aseo. Es el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos.*

*“ARTÍCULO 2.- Modifícase el numeral 20 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así: “14.20 Servicios Públicos. Son todos los servicios y actividades complementarias a los que se aplica esta ley.”*

Tal y como se puede apreciar las actividades complementarias de aprovechamiento y disposición final de los residuos sólidos constituyen, individualmente consideradas, un servicio público. Es importante señalar que cada una de las actividades referidas es susceptible de contratación separada.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 10 de mayo de 2001, Exp. 13347 M. P. Ricardo Hoyos Duque, reiterada por la sentencia de 20 de septiembre de 2001, Exp. 14582.

<sup>4</sup> La norma prescribe lo siguiente: “ARTÍCULO 77. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. “Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo. “PARÁGRAFO 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo”. (negritas de la Sala)

<sup>5</sup> Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14.667. También se expresó en esta providencia que “Si se examina la finalidad del acto administrativo impugnado, se observa que con su expedición se pretende hacer efectiva la garantía constituida para el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la calidad del servicio prestado y el buen funcionamiento de los equipos, objeto del contrato de mantenimiento celebrado y de esta manera obtener el resarcimiento de los perjuicios causados a la Administración, en protección del patrimonio público, el cual se vio afectado por no contar con los equipos y maquinaria objeto del contrato en perfectas condiciones de funcionamiento, hecho que también incidió negativamente en el cumplimiento de los cometidos estatales buscados con la contratación, que no son otros que el interés público y la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

“Con esto se evidencia que el acto administrativo expedido se encuentra directamente vinculado al contrato y su existencia se justifica en la existencia misma del negocio jurídico celebrado, lo cual confirma, sin lugar a duda, que dicho acto es de naturaleza contractual así haya sido expedido después de la terminación del contrato.”



Demandante: *Silvino Vargas*  
Demandado: *Municipio de Duitama - ESDU*  
Expediente: *15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

El “*residuo sólido*”, está definido en la normatividad más reciente sobre el particular, Decreto 2981 de 2013, artículo 2, así:

*“Es cualquier objeto, material, sustancia o elemento principalmente sólido resultante del consumo o uso de un bien en actividades domésticas, industriales, comerciales, institucionales o de servicios, que el generador presenta para su recolección por parte de la persona prestadora del servicio público de aseo. Igualmente, se considera como residuo sólido, aquel proveniente del barrido y limpieza de áreas y vías públicas, corte de césped y poda de árboles. Los residuos sólidos que no tienen características de peligrosidad se dividen en aprovechables y no aprovechables”.*

Por su parte, el “*residuo sólido aprovechable*”, se califica en la norma, como “*cualquier material, objeto, sustancia o elemento sólido que no tiene valor de uso para quien lo genere, pero que es susceptible de aprovechamiento para su reincorporación a un proceso productivo*”.

El Decreto 1505 de 2003<sup>2</sup> define el “*aprovechamiento en el marco de la gestión integral de residuos sólidos*” en su artículo 1, como:

*“el proceso mediante el cual, a través de un manejo integral de los residuos sólidos, los materiales recuperados se reincorporan al ciclo económico y productivo en forma eficiente, por medio de la reutilización, el reciclaje, la incineración con fines de generación de energía, el compostaje o cualquier otra modalidad que conlleve beneficios sanitarios, ambientales, sociales y/o económicos.”*

A su vez, el Decreto 2981 de 2013, dispone en el artículo 2 que el “*aprovechamiento*” corresponde a:

*“la actividad complementaria del servicio público de aseo que comprende la recolección de residuos aprovechables separados en la fuente por los usuarios, el transporte selectivo hasta la estación de clasificación y aprovechamiento o hasta la planta de aprovechamiento, así como su clasificación y pesaje”.*

Por su parte, la disposición final de los residuos sólidos es otra de las actividades complementarias del servicio público de aseo y, por tal razón, un servicio público en sí considerado, de acuerdo con las normas referidas.

La disposición final de los residuos, de acuerdo con las definiciones del artículo 1 del Decreto 838 de 2005, consiste en “*el proceso de aislar y confinar los residuos sólidos en especial los no aprovechables, en forma definitiva, en lugares especialmente seleccionados y diseñados para evitar la contaminación, y los daños o riesgos a la salud humana y al ambiente*”.



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

En ese orden de ideas, la disposición final de los residuos se realiza mediante la operación de un relleno sanitario, es decir, en los términos del artículo 1 del Decreto 838 de 2005:

*"Relleno sanitario. Es el lugar técnicamente seleccionado, diseñado y operado para la disposición final controlada de residuos sólidos, sin causar peligro, daño o riesgo a la salud pública, minimizando y controlando los impactos ambientales y utilizando principios de ingeniería, para la confinación y aislamiento de los residuos sólidos en un área mínima, con compactación de residuos, cobertura diaria de los mismos, control de gases y lixiviados, y cobertura final".*

A su vez, dicho artículo estableció que la actividad de disposición final de los residuos sólidos, es el proceso por medio del cual se aíslan y confinan los residuos sólidos en especial aquellos que no son aprovechables, en forma definitiva, en lugares especialmente seleccionados y diseñados de tal forma que eviten la contaminación y daños o riesgos para la salud humana y al ambiente.

De acuerdo con el artículo 12 del Decreto 838 de 2005, todos los Municipios o Distritos tienen la obligación de prever en los Planes de Gestión Integral de los Residuos Sólidos, el sistema de disposición final adecuado tanto sanitaria, como ambiental, económica y técnicamente en los que se ubique la infraestructura del relleno sanitario, de acuerdo con la normatividad vigente para asegurar la prestación del servicio de disposición final de los residuos sólidos generados en su jurisdicción de manera eficiente, sin poner en peligro la salud humana, ni utilizar procedimientos y/o métodos que puedan afectar el ambiente.

## **6. DE LA NATURALEZA Y GENERALIDADES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN**

La Ley 80 de 1993, estatuto que regula de manera general la contratación administrativa, define el contrato estatal como el acto jurídico generador de obligaciones que celebran las entidades estatales, para cumplir los fines del Estado. El artículo 32 del mencionado estatuto, trae un listado de los diferentes tipos de contratos que puede celebrar la administración pública en ejercicio de sus funciones. Entre estos están; el contrato de obra, el contrato de consultoría, el contrato de prestación de servicios, el contrato de concesión, y los encargos fiduciarios y fiducia pública y el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define el contrato de concesión, de la siguiente manera:

*"Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de*



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

*una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden."*

Una primera aproximación exegética a la norma transcrita permite señalar que la definición del contrato de concesión comprende las siguientes modalidades del mismo, la de servicio, la de obra y la de bienes públicos, regulándolas por igual. Esta apreciación ha sido recogida por el Consejo de Estado, que las resalta al definir el contrato de concesión como *"Aquel que celebran las entidades estatales con una de estas dos finalidades: otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinados al servicio o uso público"*<sup>6</sup>.

Además, debe destacarse en esa definición que la titularidad de la obra, bien o servicio siempre se mantiene en la entidad pública, de lo cual se deduce, la temporalidad del contrato, y, la entrega, en esas condiciones, de ciertas facultades inherentes al objeto y necesarias para su desarrollo. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado que:

*"Hay que destacar dos de los diferentes elementos en esta definición, la entrega u otorgamiento de potestades y el objeto concedido. En cuanto al primero de éstos; el vocablo otorgar empleado por la ley designa dos fenómenos jurídicos especialmente importantes, a saber: de una parte que el Estado siempre mantiene la titularidad del bien, obra o servicio concedido, por lo que sólo entrega su utilización o construcción, lo que implica la temporalidad del contrato; y por otra, que le entrega al concesionario las facultades públicas inherentes al objeto y necesarias para su desarrollo, como por ejemplo la posibilidad del cobro de las tasas de peajes en la concesión de obra"*<sup>7</sup>.

Es característico de este tipo de contrato que las actividades ejecutadas en cumplimiento de su objeto son de la exclusiva responsabilidad del concesionario, bajo la vigilancia de la entidad pública contratante; así lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional que define el contrato de concesión diciendo: *"La concesión es el contrato por medio del cual una entidad estatal, primera obligada a la prestación de un servicio público, confía la prestación del mismo a manera de delegación, a una persona -generalmente un particular- denominada concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación,*

<sup>6</sup> Sentencia del Consejo de Estado, de fecha 5 de mayo de 1999, Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón. Radicación No. 1190

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C. P. Enrique José Arboleda Perdomo, concepto de trece (13) de agosto de dos mil nueve (2009), Rad.11001-03-06-000-2009-00033-00 (1.952)



Demandante: *Silvino Vargas*  
Demandado: *Municipio de Duitama - ESDU*  
Expediente: *15001-2331-000-2007-00206-00*  
Acción Contractual

*organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total*<sup>8</sup>; además, es propio de este tipo de contratos administrativos que la contraprestación o remuneración que reciba el concesionario "... *puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue a la entidad estatal en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden (artículo 32, numeral 4º.)*<sup>9</sup> (Resaltado fuera de texto).

Así, la concesión administrativa en el amplio campo del Estado Social y Democrático de Derecho que la contextualiza debe verse la misma desde una doble perspectiva, desde la óptica estatal, como una opción de atender y garantizar de manera indirecta los fines esenciales del Estado, cuando no sea posible tal atención de manera directa por los entes estatales o ésta resulte más onerosa o simplemente cuando sea ineficiente el Estado en la producción del bien o en la prestación del servicio, y, además, como una oportunidad para que los particulares obtengan una remuneración o utilidad por ejercer una actividad que la constitución o la ley le atribuyen al Estado y, en ciertos casos, autoriza otorgar a particulares sin perder la titularidad del bien, obra o servicio, ha expresado el Consejo de Estado<sup>10</sup> en los términos siguientes:

*"La concesión administrativa se torna entonces dentro del contexto del Estado social y democrático de derecho en una adecuada fórmula de explotación de los bienes, servicios y ejecución de obras de titularidad pública con trascendencia económica, esto es, rentables, y que mediante su explotación puedan implicar no solo la recepción de respuestas de satisfacción para las necesidades de la comunidad sino también la posibilidad de remuneración para los particulares que se involucren con el Estado, mediante la retribución de su actividad de conformidad con los modelos y fórmulas económicos previamente definidos de manera técnica, adecuada, proporcional, racional y ponderada. VILLAR PALASÍ. Concesiones administrativas, cit., p. 695.*

*La elección de la concesión administrativa en relación con la ejecución directa es una de las decisiones más importantes y trascendentes para la administración pública. "(...) En definitiva, la elección entre el sistema concesional y la gestión directa, entre el quantum de individualismo y el quantum de colectivismo, depende en primer término de la afirmación que el Estado haga en cuanto a entrar en el campo de sus responsabilidades esa concreta función, y una vez sentado este punto, de criterios continentales, de índole técnica (mejor prestación en este sentido por el Estado), económica (ahorro estatal), política (fuerza de cohesión y persistencia del grupo político, grado de participación de los asociados y concreta eficiencia de tal participación) y educativos (...)"*

Así las cosas, para esta instancia, el contrato de concesión, es un contrato del Estado cuya finalidad es el uso de un bien público o la prestación de servicios públicos, que, en principio, como así lo dispone el estatuto superior, le corresponde prestar al

<sup>8</sup> C-068/09

<sup>9</sup> *Ibidem*

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C C. JALME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, veintidós (22) de octubre del dos mil quince (2015) Radicación número: 190012331000200700555 01 (48.061)



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

Estado y su objeto está directamente relacionado, por tanto, con el interés general, el cual está representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales.

## 7. CAUSALES Y EFECTOS JURIDICOS DE TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO DE LOS CONTRATOS ESTATALES

El inciso 2o del artículo 45 del Régimen de Contratación Estatal, Ley 80 de 1993, establece que el jefe o representante legal de la entidad pública *contratante* debe dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación en el estado *en que se encuentre*, cuando el mismo este viciado por las causales de nulidad contenidas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44, esto es, cuando sea celebrado por persona incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad, cuando se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal y/o cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el contrato.

Respecto del anterior imperativo legal, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado indicando que *"De los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, se desprende para la administración pública la obligación de terminar unilateralmente el contrato por la concurrencia de vicios que afectan su validez, sin necesidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo"*<sup>11</sup>.

De igual manera, en fallo del 9 de septiembre de 2013, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicado No. 520012331000 200021279 01, el Consejo de Estado señaló que existen unos requisitos indispensables para que la entidad estatal ejerza la potestad excepcional de declarar la terminación del contrato de manera unilateral, los cuales son, (i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, (ii) que el mismo sea el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, esto es, que esté debidamente motivado, y (iii) que la causal alegada para dar por terminado el contrato de manera unilateral esté taxativamente consagrada en la ley, y en ese sentido indicó: *"En lo atinente a la terminación unilateral del contrato, si bien la ley otorga a las entidades públicas la potestad de actuar en ejercicio de una facultad exorbitante, les impone el cumplimiento de presupuestos de forzosa aplicación y a la vez restringe la medida a los eventos previstos en la misma"*<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Sentencia del 15 de agosto de 2002 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. C. P. Ricardo Hoyos Duque. Radicación interna 20923.

<sup>12</sup> Sentencia del 9 de septiembre de 2013 del Consejo de Estado. C. P. Jaime Orlando Santofimio. Radicación interna 52001233100020002127901



Demandante: *Silvino Vargas*  
Demandado: *Municipio de Duitama - ESDU*  
Expediente: *15001-2331-000-2007-00206-00*  
Acción Contractual

En concordancia con lo anterior, la Sala destaca que los contratos existentes y válidos deben ser cumplido por las partes de buena fe, en la totalidad de las prestaciones que los vinculan y en la forma y oportunidad debidas (C.C., arts. 1602 y 1603 y C. Co., art. 871). De esta manera el cumplimiento es la forma normal u ordinaria de extinción del vínculo contractual, aunque también el contrato está llamado a **extinguirse por causas legales o contractuales**.

Por su naturaleza, función y finalidad los contratos son efímeros o transitorios y ello significa que no tienen vocación de perpetuidad, tal como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

*“(...) los contratos (...) son instrumentos para una función práctica o económica social, no tienen vocación perpetua y están llamadas a extinguirse mediante el cumplimiento o demás causas legales. La perpetuidad, extraña e incompatible al concepto de obligación, contraría el orden público de la Nación por suprimir ad eternum la libertad contractual (C.C., arts. 15, 16 y 1602, y C. Co., art. 899). (...)*

*La Constitución Política de 1991, incorporó al derecho interno los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos, consagró disposiciones de principio, enunció un catálogo mínimo de derechos fundamentales, libertades y garantías, enfatizó en la persona como centro motriz del ordenamiento, en su dignidad, libertad e igualdad, libre desarrollo de la personalidad, trabajo, profesión u oficio, garantía de la propiedad privada, función social de los derechos, iniciativa económica y libertad de empresa, cuya sola mención excluye toda relación perpetua al aniquilar per se la libertad, cuestión esta de indudable orden público por concernir a principios ontológicos de la estructura política, el ordenamiento jurídico y a intereses vitales para el Estado y sociedad. Por demás, la transitoriedad de la relación jurídica y la prohibición de relaciones contractuales u obligatorias perpetuas, deriva de los principios generales de las obligaciones”<sup>(11)</sup>.*

De esta manera, no solo por disposiciones constitucionales sino por la noción misma del contrato como instrumento jurídico-económico, este puede terminar en cualquier momento, siguiendo los artículos 1602 y 1625 del Código Civil. Las causales de dicha terminación pueden ser, entre otras, el consenso de las partes (resciliación o mutuo disenso) o porque ellas en ejercicio de la autonomía de la voluntad ceñida a la ley y a la buena fe han dispuesto de manera clara, expresa e inequívoca la terminación unilateral del contrato, esto es, la cesación o extinción del negocio jurídico por acto unilateral de una parte.

Respecto del mutuo disenso, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás, también enseñó que es uno de los correctivos jurídicos que tienen las partes contratantes en el régimen común para aniquilar el contrato, esto es, “[1]a primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan ‘mutuo disenso’, ‘resciliación’ o ‘distracto contractual’, es la prerrogativa que asiste a



772

Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

*las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que ‘toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula’<sup>13</sup>.*

La doctrina civilista<sup>14</sup>, al explicar este modo indirecto de extinción de las obligaciones, con base en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia el contrato es ley para las partes y solo puede dejarse sin efectos, por el consentimiento mutuo de ellas o por causas legales, ha señalado:

*“[E]l acto jurídico legalmente celebrado (convención, contrato o acto unipersonal) puede crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, cual si dicho acto emanase del propio legislador que lo autoriza. Además, como se ve, el propio texto enuncia la principal consecuencia del postulado al prohibirles a los agentes destruir unilateralmente, salvo excepciones..., la obligatoriedad de sus convenciones y contratos; para ello se exige un nuevo acuerdo entre los agentes, o sea su mutuo disenso (résiliation en Francia), por oposición al mutuo consentimiento que ellos prestaron al celebrar tales actos. A propósito del comentado texto legal, importa aclarar que al decir este ‘y no puede ser invalidado [el contrato] sino por su mutuo consentimiento...’, no significa que el contrato o convención pueda ser anulado por el mutuo disenso de las partes, como si el referido acto adoleciera de un vicio dirimente, pues el texto parte del supuesto del que el acto ha sido ‘legalmente celebrado’, o sea, que reúne todos los requisitos para su existencia y validez. Luego el verdadero sentido de la expresión legal impropia es la de indicar que, así como las partes gozaron de autonomía para celebrar la convención o contrato, también la tienen para deshacerlo, para revocarlo convencionalmente, para privarlo de su eficacia futura (ex nunc) y, si así lo quieren, para destruir en cuanto sea posible los efectos ya producidos (ex tunc) (...) (se resalta).*

Ahora bien, en el derecho privado es viable la terminación del contrato por el mutuo acuerdo de las partes, al amparo de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, aplicables a la contratación estatal como todas las reglas civiles y comerciales que no resulten incompatibles con el Estatuto de Contratación de la Administración Pública (arts. 13 y 40 de Ley 80 de 1993), análisis que cuenta con soporte jurisprudencial del cual se cita el determinado por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección “B”, sentencia del 26 de julio de 2012. Rad. 1300123310001998034301 (23605). C.P. Danilo Rojas Betancourth y del cual se destaca el siguiente aparte:

*“(...) En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Corporación cuando ha dicho que “el derecho público impone que los contratos de la administración como en general todos los contratos se celebran con el propósito de cumplirse, de ejecutarse con el cabal y oportuno*

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de noviembre de 1979, G.J. t. CLIX, pág. 306; en similar sentido: sentencias de 16 de julio de 1985, G.J. t. CLXXX, pág. 125; 7 de junio de 1989, G.J. t. CXCVI, pág. 162; 1° de diciembre de 1993, G.J. t. CCXXV, pág. 707; 15 de septiembre de 1998, G.J. t. CCLV, pág. 588 y 12 de febrero de 2007, exp. 00492-01, 14 de agosto de 2007, exp. 08834 - 01.

<sup>14</sup> Ospina, Fernández, Guillermo, Régimen General de las Obligaciones, Ed. Temis, Bogotá, 2005, Págs. 313 a 315 y 481



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

*cumplimiento de las prestaciones a las que tanto la administración como el contratista particular se comprometieron al celebrarlo; pero ello no impide que cuando surjan circunstancias que tornen imposible su ejecución, las partes determinen poner fin a la relación contractual sin que el contrato se haya ejecutado.*<sup>15</sup>

*19. La terminación del contrato por mutuo acuerdo o rescisión convencional, como modo anormal de conclusión de los contratos celebrados por la administración, ha sido también una figura desarrollada ampliamente en la doctrina ius administrativa; Escola a propósito expone lo siguiente:*

*Los contratos administrativos pueden concluir, al igual que los de derecho privado, en virtud de una rescisión convencionalmente acordada por las partes que los contrataron, es decir, la administración pública y el cocontratante particular.*

*De este modo, las mismas voluntades que se concertaron para dar nacimiento al contrato, se ponen de acuerdo para darle fin, sin esperar el cumplimiento del objeto del contrato, o sin aguardar la expiración del término fijado como de duración de aquél.*

*La simplicidad de esta forma de conclusión de los contratos administrativos exime de mayores comentarios, tratándose de la aplicación de un principio recibido en materia de contratos y que ha sido consagrado por el art. 1200 de nuestro Código Civil, según el cual 'Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza'.*

*El mutuo consentimiento, que fue el que creó la relación contractual, es también el que la extingue, y será igualmente la voluntad acordada de las partes la que habrá de determinar los efectos que producirá la extinción del contrato, que por lo general se limitarán al pago de la parte del precio contractual correspondiente a los trabajos o prestaciones que se hubieren cumplido y a la liquidación definitiva de la situación contractual, según su estado<sup>16</sup> (...).*

En consecuencia y frente a la **terminación bilateral del acuerdo contractual**, es de señalar que los contratos pueden terminarse de forma normal o anormal debido a diversas causas saber:

- (i) Por mutuo consentimiento, denominada también resciliación o mutuo disenso (art. 1602 C.C.);
- (ii) Por causas atribuibles a los contratantes: incumplimiento grave de la administración que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones del contratista (*exceptio non adempti contractus*, art. 1609 C.C.), o incumplimiento grave del contratista que implica su caducidad (art. 18 de la Ley 80 de 1993);
- (iii) Por causas legales o contractuales: muerte del contratista, resolución, extinción del plazo, nulidad del contrato (absoluta o relativa, art. 44

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de noviembre de 1999, exp. 10.781, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>16</sup> Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1977, Volumen I, pág. 476.



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

Ley 80 de 1993), o terminación unilateral (en los casos del art. 17 Ley 80 de 1993 o por los vicios recogidos en el art. 45 ibídem)

En decir, cuando las partes en los contratos de prestación de servicios pueden dar por terminado el contrato estatal de mutuo acuerdo sin que el contrato se haya ejecutado y en el derecho público impone que los contratos de la administración como en general todos los contratos se celebran con el propósito de cumplirse, de ejecutarse con el cabal y oportuno cumplimiento de las prestaciones a las que tanto la administración como el contratista particular se comprometieron al celebrarlo; **pero ello no impide que cuando surjan circunstancias que tornen imposible su ejecución, las partes determinen poner fin a la relación contractual sin que el contrato se haya ejecutado.**

#### 8. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

En el marco general y principio del Estatuto de Contratación pública, la administración y los particulares pueden celebrar los contratos y negocios jurídicos que se estimen necesarios para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas que persigan la satisfacción del interés público en el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos (art. 3 Ley 80 de 1993); sin embargo, es una actividad que para que **surta eficacia**, esto es, la plenitud de los efectos jurídicos deseados, debe respetar los límites impuestos por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres (arts. 16 y 1518 del C.C.).

Así las cosas, la validez indica la regularidad del contrato, es decir, existiendo responde a las prescripciones legales y su inobservancia conduce a la nulidad del contrato, además dentro de los requisitos de validez establecidos en el ordenamiento jurídico, se encuentra la capacidad de las partes para obrar; el objeto lícito, la causa lícita y el consentimiento exento de vicios (art. 1502 C.C.).

De otra parte, el consentimiento hace referencia a la exteriorización de la voluntad de una persona para aceptar derechos y obligaciones, en el marco de la autonomía privada, significando que la manifestación o declaración de voluntad, expresa o tácita, ya sea en forma verbal o escrita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente, manifestación de una conducta, por acción u omisión, en la que una parte acepta y otorga su conformidad sobre el contenido del contrato o negocio jurídico celebrado con otra, que a la vez emite en forma coincidente su asentimiento o aquiescencia en



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

torno al mismo y en donde el consentimiento debe ser libre, sano, lo que significa que debe estar exento de vicios, como son el error, la fuerza y el dolo (art. 1508 C.C.).

De allí que el error es una discordancia entre la realidad y lo que una de las partes cree sobre la identidad de las cosas, las calidades esenciales o accidentales de ellas, la naturaleza del negocio que se celebra, o la persona con quien se celebra (arts. 1509, 1510, 1511 inc. 1 y 2, 1512 y 1524 C.C.), donde el dolo, es una maquinación fraudulenta o engañosa o artificio para conseguir el consentimiento de una persona en la realización de un contrato y vicia el consentimiento cuando aparezca claramente que sin él no se hubiera contratado (art.1515 C.C.) y la fuerza, consiste en la presión física o moral que se ejerce sobre una persona con el fin de lograr la celebración del contrato, y para que vicie el consentimiento debe ser injusta, grave, determinante; debe producir una impresión fuerte a una persona en sano juicio, según las consideraciones de sexo, edad y condición (*temor: metus*).

En efecto, se ha entendido por fuerza o violencia aquella injusta presión o coacción física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a prestar su consentimiento en la celebración de un acto o negocio jurídico<sup>17</sup>, vicio que tiene por efecto su nulidad (arts. 1504, 1741, 1743, 1750 C.C.), en tanto el orden jurídico privilegia la libertad negocial y la autonomía de la voluntad de las partes en la regulación y disposición de sus intereses y la presión o coacción en que consiste la fuerza o violencia, se ha dicho, con acierto, debe producir en la víctima un sentimiento de miedo o temor que la sitúa en la disyuntiva de realizar el acto que se le propone o de sufrir un mal grave e irreparable, con lo cual se le coarta o mengua la libertad de decisión o voluntad que demanda la ley para el ejercicio válido de la disposición de intereses en el negocio jurídico<sup>18</sup>. De ahí que, realmente, la causa que vicia la voluntad no es la fuerza (*vis*) *per se*, sino el temor (*metus*) que a través de ella se infunde en el ánimo de la víctima y que la compele a otorgar su consentimiento en el acto o negocio jurídico.

El artículo 1513 del Código Civil, consagra en nuestra legislación la fuerza como vicio del consentimiento que permite solicitar la anulación del contrato, en los siguientes términos:

<sup>17</sup> Cfr. Ospina, Fernández, Guillermo, Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Ed. Temis, Bogotá, 2005, pág. 212. Hinestrosa, Fernando, *Curso de Obligaciones (Conferencias)*, segunda edición, 1961, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 147. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 1969.

<sup>18</sup> Vid. Betti, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducción al español por A. Martín Pérez, Granada, Editorial Comanares, 2000, pág. 397 y ss.



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

*“Artículo 1513. La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.*

*El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”.*

De la norma transcrita, se establece que la fuerza debe ser de tal naturaleza e intensidad que genera una impresión fuerte en una *“persona de sano juicio”*, en consideración a su edad, sexo y condición; y a renglón seguido, en el segundo supuesto se mira como fuerza todo acto que infunde en una persona un justo temor de verse expuesta ella misma, su consorte o algunos de sus ascendientes o descendientes o parientes más cercanos a un mal irreparable y grave.

Apreciándose dos elementos que se consagran en la norma para determinar la fuerza: el primero, de carácter objetivo del tipo abstracto del hombre sano de juicio que víctima del miedo cede su consentimiento en un contrato; y el segundo, de carácter subjetivo, según el cual debe examinarse para ello su edad, sexo y condición, y en ésta última acepción, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la experiencia o inexperiencia, ignorancia o conocimiento, dependencia, debilidad mental, necesidad o ligereza en la situación, que le infunden un temor justo de sufrir un mal irreparable en su persona o en sus bienes o en los de sus parientes o en las personas que le son más próximas. Sin que pueda confundirse la fuerza con el temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, el cual no basta para viciar el consentimiento.

Finalmente, en los términos del artículo 1514 *ibídem*, *“...Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento...”*; así la jurisprudencia y la doctrina<sup>19</sup>, se han encargado con base en estas disposiciones de perfilar los siguientes:

*“(...) La amenaza ha de ser idónea y de tal magnitud que someta la voluntad de quien la padece, porque real y razonablemente le causa un temor que permite llegar a la conclusión de que sólo por esa presión o coacción concurrió a la celebración del negocio, pues no se trata de un vano temor el cual no excusa (vani timoris non excusat). Es claro que la gravedad debe ser estudiada por el juez frente a cada caso concreto, con base en los criterios expuestos (objetivo y subjetivo).*

*(...)*

*Que la fuerza provenga del contratante o de un tercero o aún de acontecimientos o circunstancias especiales de la víctima. La fuerza puede ser ejercida por cualquier persona, lo cual significa que no*

<sup>19</sup> Vid. Pérez, Vives, Alvaro, *Teoría General de las Obligaciones, Volumen I, Primera Parte, Edi. Temis, Bogotá, 1953, págs. 201 y ss.*



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

*interesa el autor de la coacción o la amenaza, si lo es el cocontratante o beneficiario del acto o un tercero con el fin de obtener el consentimiento, como tampoco si es su causante o se aprovecha de los acontecimientos o la presión que éstos ejercen sobre el ánimo del contratante para lograr en esas circunstancias su consentimiento en el contrato. En realidad, se presentan eventos en que un negocio jurídico se celebra por temor e intimidación sin que la fuerza que produce ese estado se ejerza por otra persona, sino que proviene de acontecimientos sociales o de sucesos de la naturaleza o de circunstancias especiales en las que se encuentra el individuo<sup>20</sup>, casos en los cuales el consentimiento no es libre, espontáneo o voluntario, sino determinado, dirigido o encauzado por una insuperable coerción originada por dichos factores externos a una persona en particular y que generan un estado de necesidad o estado de peligro, según el caso, de quien concurre a la celebración del negocio jurídico en condiciones inicuas y con el conocimiento y aprovechamiento de la otra parte de la situación de intimidación<sup>21</sup>.*

Coligiéndose que la fuerza o violencia puede demostrarse por cualquiera de los medios probatorios legalmente aceptados, para lo cual corresponde al juzgador al valorarlos con base en los criterios expuestos, dilucidar si con determinada acción, conducta o circunstancia se mermó la libertad de una persona al momento de celebrar el negocio jurídico por un justo temor de verse expuesto a un mal grave e irreparable.

## 9. DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO Y LAS OPORTUNIDADES PARA RECLAMAR

Referido por la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción, se entiende como, *“la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes,*

<sup>20</sup> En nuestra legislación no se distinguen expresamente esos casos, como ocurre en otras latitudes (Código Civil Italiano, artículos 1447 y 1448), pero ello no ha sido óbice para que la jurisprudencia haya considerado que la fuerza o violencia puede presentarse no sólo cuando es ejercida por otros seres humanos, sino también por fuerzas extrañas o de la naturaleza; así, por ejemplo, se ha dicho que: “(...) Ante estas circunstancias, en la doctrina foránea, especialmente en la francesa, empezó a abrirse paso el criterio consistente en que la fuerza o violencia tiene la entidad de viciar el consentimiento no sólo cuando el contrato vio eliminada o menguada su libertad por la violencia de otros seres humanos, sino también cuando se aprovecha a la víctima del estado de necesidad en que ha sido colocada por fuerzas extrañas o de la naturaleza. La aceptación en el país de la doctrina precedente comenzó en el año de 1962, cuando la Corte en fallo de 17 de octubre de ese año, afirmó: 1. A la autonomía de la voluntad como base de la contratación repugna el consentimiento determinado por la violencia. Es porque así el contrato se quiere, no por obra de la voluntad espontánea y libre, sino para evitar el mal que se teme, y a impulsos del miedo. Nada más en desacuerdo con la libertad contractual, con el orden y sosiego de las gentes, y con los cimientos mismos del régimen jurídico. 2. Toda la teoría de la coacción moral como vicio del consentimiento se encamina a suprimir los efectos del negocio ajustado bajo el peso de situaciones de hecho linúitativas en tal grado de la autonomía de quien se obliga, que de otra manera no habría contratado, habida consideración de sus circunstancias personales y del medio en que actúa, aunque la violencia y su intensidad no dependan del otro contratante sino de extrañas personas, y aun en trances conflictivos dependientes nada más que de las fuerzas de la naturaleza...”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de mayo de 1984.

<sup>21</sup> Verbigracia, la Ley 201 de 1959, estableció las hipótesis de fuerza que anulan el contrato por el aprovechamiento del estado de anomalía bajo la extinta figura del estado de sitio y por violencia generalizada -artículos 1 y 2-; así mismo, actualmente en la Ley 1448 de 10 de junio de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral de las víctimas del conflicto interno armado, en el marco del modelo de justicia transicional, estableció, en el artículo 77, una serie de presunciones, unas de derecho y otras legales en relación con ciertos contratos, en las cuales dentro de los procesos de restitución de tierras se presume que existe ausencia de consentimiento o causa ilícita en los negocios y contratos de compraventa o cualquier otro mediante el cual se transfiera o se prometa transferir un derecho real, la posesión u ocupación sobre el inmueble objeto de restitución, celebrados en el período de violencia por el conflicto armado y ante ciertas circunstancias.



Demandante: Silvino Vargas  
 Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
 Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

*de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse*<sup>22</sup>.

La anterior conceptualización, permite a la Sala, colegir que existe un deber de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, el cual se encuentra regulado en la Ley 80 de 1993, norma conforme a la cual, para la consecución de los fines (artículo 4o), las entidades estatales deberán solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato y deberán adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de la propuesta, si se realizó licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa; para ello, deben utilizar los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos, si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución, y pactarán intereses moratorios.

A su turno, el artículo 5o ídem, prevé que los contratistas tienen derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato, por lo anterior, tendrán derecho a que previa solicitud a la Administración se les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de las situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas; si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

Para mayor precisión y en los términos del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, encontramos:

*“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

*Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.*

<sup>22</sup> Consejo de Estado – C.P. JAIEM ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA- sentencia del 29 de enero de 2018 – radicado 680012333000201300118-01 (52.666).



Demandante: *Silvino Vargas*  
Demandado: *Municipio de Duitama - ESDU*  
Expediente: *15001-2331-000-2007-00206-00*  
Acción Contractual

## 10. DEL CONCEPTO TÉCNICO Y EL DICTAMEN PERICIAL

Según el régimen probatorio del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios contenciosos administrativos como el de la referencia, el dictamen pericial es un medio de prueba cuyo objetivo es verificar hechos que interesan al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos de peritos. (arts. 175 y 233 C.P.C.); de allí que las partes dentro del término probatorio podrán solicitar la práctica del dictamen pericial y determinar los puntos a resolver y a su turno el Juez de conocimiento, mediante auto, deberá pronunciarse sobre la procedencia del dictamen y las cuestiones que tratará.

En tal sentido, los peritos designados por el Juez deben rendir formalmente y por escrito su dictamen, entendido como un concepto, informe u opinión según su experiencia, con el cual dan respuesta a los interrogantes formulados por las partes y el fallador; sin embargo el dictamen o prueba pericial a que hacen referencia los **artículos 233 a 242 del CPC**, se rige por estas normas, de manera que para que sea decretado y valorado como prueba **debe cumplir todos y cada uno de los requisitos contenidos en ellas**, entre otros, su práctica en legal forma y que se le dé a la parte contraria la posibilidad de contradecirlo, en aras de garantizar el derecho de defensa, que en concordancia con el artículo 232 del CGP, debe ser valorado en sana crítica.

La Sala apoyada en el análisis de la Doctrina CÉSAR MAURICIO OCHOA PÉREZ “*Tratado de los dictámenes Periciales*”- biblioteca Jurídica Ochoa Auditores 2017, retoma algunos de los planteamientos allí descritos así:

“(…)

Si alguna parte pretende alegar un vicio en el dictamen, deberá:

- i) Solicitar la comparecencia del perito a la audiencia con el fin de que argumente su opinión científica, o
- ii) Aportar otro dictamen que verse sobre los mismo hechos que se contravienen, o
- iii) Realizar ambas actuaciones

“(…)

El problema jurídico entonces es el siguiente: la Ley 1437 de 2011 ha dispuesto que el trámite de la objeción por error grave lo podrán solicitar las partes en la audiencia de contradicción del dictamen pericial, cuando así lo consideren pertinente. Pero el juez deberá tener en cuenta que las normas y las reglas aplicables a la pericial son aquellas que se regulan en el procedimiento civil (hoy Código General del Proceso); y una vez éste estudie las reglas generales, se encontrará con que la objeción por error grave, no es procedente toda vez que el código General del Proceso, lo ha prohibido; el fallador deberá aplicar la hermenéutica legal para dirimir estos conflictos. (...)”

Aunado, la Sala **precisa** con respecto del dictamen pericial y la valoración probatoria



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

dentro de la acción de la referencia, que ha sido definido por la doctrina como el reconocimiento, análisis y evaluación que un experto realiza en relación con una persona, un objeto, un fenómeno o un procedimiento, para establecer o excluir una realidad<sup>23</sup>, en tal sentido es indispensable recordar que es un **medio probatorio que procede para verificar los hechos que interesan al proceso y que requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos de auxiliares de la justicia**, quienes realizan un examen personal de las cosas o personas objeto del mismo, a través de experimentos e investigaciones, de la cual se deduce claramente, que para que se pruebe un hecho mediante dictamen pericial (conducencia) es necesario que el mismo requiera para su verificación, de especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, y que son indispensables para lograr la apreciación, deducción y entendimiento de ciertos hechos o sucesos de naturaleza “especial”.

En tal sentido, la doctrina a través de *Parra Quijano Jairo. Manual de Derecho Probatorio, págs. 351- 352. Tercera Edición. Edición Librería del Profesional*, ha manifestado que la pericia por ser una declaración de ciencia, ya sea técnica, científica o artística, no recae sobre puntos de derecho, como así señala el artículo 233 del CPC, hoy artículo 227 del CGP, mediante el cual señala que: “*La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas*”.

La disposición generó el estudio constitucional contenido en la **Sentencia C-279 de 2013** y la posición doctrina del Dr. RAMIRO BEJARANO GUZMÁN a través de la Universidad Externado, que fue divulgada en la publicación especializada *Ámbito Jurídico*<sup>24</sup> y en donde señala que:

*“La forma como se ha redactado la anterior disposición (se refiere al artículo 227 del CGP) implica que, salvo que el juez decrete un dictamen pericial de oficio, ya no se podrá solicitar en la demanda o en su contestación que se realice una experticia en el curso del proceso. Quedará abolida la opción que hoy se tiene de pedir la práctica de un dictamen pericial a través de un experto nombrado de la lista de auxiliares de la justicia, o acompañar uno rendido por un experto. (...)”.* (Negrilla y Subrayado fuera del texto).

En relación a lo anterior, el Consejo de Estado ha indicado:

*“Al respecto resulta pertinente puntualizar que la Sala, en oportunidades anteriores se ha pronunciado acerca de los poderes del juez en la valoración del dictamen pericial, así<sup>25</sup>:*

(...)

<sup>23</sup> Duque Q, Mauricio. *Prueba Documental y Pericial*, págs 325. Primera Edición. Editorial Jurídica Bolivariana.

<sup>24</sup> <http://danosyperjuicios.webnode.com.co/news/el-perito-judicial-y-la-prueba-pericial-en-el-codigo-general-del-proceso/>

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de junio de 2008, Exp. 15911.



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

*En este orden de ideas, el dictamen pericial no puede ser considerado como una camisa de fuerza, sino que constituye un medio probatorio que debe ser analizado en los términos del artículo 187 del C. de P.C.; por otra parte, el artículo 241 del C. de P.C., dispone:*

*“Artículo 241. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.*

*“Si se hubiere practicado un segundo dictamen, éste no sustituirá al primero pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere objeción por error grave”.<sup>26</sup> (Negrilla y Subrayado fuera del texto).*

De igual manera, el Consejo de Estado en sentencia de 23 de enero de 2014<sup>27</sup>, sostuvo lo siguiente:

*“(…) Tal como ha sido señalado por esta Corporación, “[l]a prueba pericial se valora de acuerdo con la sana crítica. En virtud de este principio el juez tiene la facultad de analizar el dictamen, no sólo por sus conclusiones, sino por los elementos que tuvo en cuenta para emitirlo. De manera que si alguno de esos elementos no otorga la certeza suficiente para soportar el dictamen, simplemente, el dictamen pierde su valor”<sup>28</sup>. (Negrilla y Subrayado fuera del texto).*

En pronunciamiento de esta Corporación mediante decisión del 14 de septiembre de 2016, con Ponencia de la Magistrada: Clara Elisa Cifuentes Ortiz dentro del radicado: 15001-3331-007-2006-00041-01, se indicó:

*“(…) , al cubrirse el dictamen con ese manto de duda, el peritaje debe ser excluido de valoración probatoria como lo concluyó el a quo, pero por las razones expuestas en esta oportunidad, puesto que al no dar certeza sobre dicho elemento de la experticia, el mismo pierde su valor, como lo señala la jurisprudencia del Consejo de Estado arriba mencionada, pues el mismo no resulta convincente para esta Sala” (Negrilla y subrayada fuera del texto)*

## 11. DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

El proceso judicial en su faceta probatoria es, en esencia, una actividad de reconstrucción de hechos, cuya demostración permite encuadrarlos o subsumirlos en el supuesto de las normas, para aplicar los efectos jurídicos que en las mismas se consagran y solucionar así una determinada controversia. De ahí que, excepto en los conflictos de puro derecho, la prueba tiene una importancia vital. Si el proceso es regido por el principio dispositivo, las partes deben llevar al juez los elementos de convicción de los hechos que afirman, para sustentar el derecho pretendido o para

<sup>26</sup> Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E) Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de 2015 Radicación número: 63001-23-31-000-2001-1358-01 (30827) Actor: CONSTRUCCIONES BUENDIA'S LTDA

<sup>27</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala Sentencia de 23 de enero de 2014. Radicación Núm.: 25000- 23-24-000-2005-00669-01. Actor: Distribuidora Comercial de Lentes Ltda. — Dicolentes Ltda.

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 25 de marzo de 2003, Rad. No. 25000-23-27-000-2006-00173-01. C.P.: Hugo Bastidas Bárcenas.



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

oponerse al mismo; o, en cambio, si se trata de un proceso regido por el principio inquisitivo, la iniciativa probatoria no está a cargo de éstas y será entonces el juez quien debe ejercer una amplia investigación de los hechos materia del proceso.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, frente a la carga de la prueba, señaló en sentencia de 10 de junio de 2009, expediente No. 52001-23-31-000-1997-08983-01, con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez, reiterada por la Subsección B de la misma Sección, en sentencia de 30 de junio de 2011<sup>29</sup>, siendo ponente el Consejero Doctor Danilo Rojas Betancourth, dentro del expediente No. 19001-23-31-000-1997-04001-01, que:

*“(...) La carga de la prueba es “una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”. (...)*

*Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes. (...) En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento.”*

## 12. DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO

Al proceso fueron allegados los siguientes elementos de prueba útiles a efectos de resolver el problema jurídico planteado:

- Acuerdo N° 08 del 20 de Diciembre de 1979, por el cual se crea la Empresa de Servicios Públicos Municipales de Duitama y se dictan otras disposiciones (fls. 248 a 252), como un establecimiento público descentralizado del orden municipal, como una entidad dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.
- Acuerdo N° 014 del 06 de mayo de 1980, por el que se reformó el Acuerdo N° 008 del 20 de diciembre de 1979 (fls. 253 a 254).

<sup>29</sup> 12. Por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como ‘onus probandi, incumbit actori’ y que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 177 del C.P.C. Correlativo a la carga del demandante, está asimismo el deber del demandado de probar los hechos que sustentan su defensa, obligación que igualmente se recoge en el aforismo ‘reus, in excipiendo, fit actor’. A fin de suplir estas cargas las partes cuentan con diversos medios de prueba, los cuales de manera enunciativa, se encuentran determinados en el artículo 175 C.P.C...”



*Demandante: Silvano Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

- Copia de la Escritura Pública No. 1910 del 25 de agosto de 2001, elevada en la Notaria Primera del Círculo de Duitama, mediante la cual se constituye la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama y de la escritura N° 383 del 19 de febrero de 2002, mediante la cual se reformo la U.T (fls. 25 a 51 y 165 a 179).
- Copia del **convenio N° 10-2001**, celebrado el 15 de noviembre de 2001, entre el Municipio de Duitama, la Empresa de Servicios Públicos de Duitama – ESDU y la Asociación de Ingeniería Sanitaria y Ambiental ACODAL, para la cofinanciación del proyecto de manejo integral de residuos sólidos inorgánicos de la ciudad de Duitama (fls. 52 a 55), de la cual se destacan los siguientes aspectos:

*“QUINTO: El valor total del proyecto asciende a la suma de cuatrocientos veinte millones de pesos \$ 420.000.000), de los cuales el F.P.A.A.A, aporta la suma de Doscientos veinte millones de pesos (\$220.000.000), el Municipio cofinancia la suma de cincuenta millones de pesos moneda corriente (\$ 50.000.000) y ESDU cofinanciará la suma de catorce millones de pesos (\$ 14.000.000) y el saldo es generado por la ejecución misma del proyecto, dineros que sean reinvertidos por el ORGANISMO GESTOR (...).”*

- **Contrato de Concesión No 001 de 2002**, de prestación del servicio de tratamiento y disposición final de residuos sólidos del Municipio de Duitama, suscrito el 2 de enero de 2002, entre la Empresa de servicios públicos de Duitama – ESDU y la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama (fls. 63 a 78, 255 a 270 y 572 a 580), del cual se resalta el siguiente contenido:

*“CLAUSULA PRIMERA.- OBJETO: Es la prestación del SERVICIO DE TRATAMIENTO Y DISPOSICION FINAL DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS que requiere la ciudad de DUITAMA – BOYACÁ.*

*CLÁUSULA SEGUNDA.- ALCANCE: Las labores objeto del presente contrato, que estarán a cargo del CONTRATISTA, son las señaladas en el Capítulo VII de los Pliegos de Condiciones, complementadas con el alcance y contenido de su oferta, y deberán corresponder al Objeto del presente Contrato, es decir, la prestación del Servicio de tratamiento y disposición final de los residuos sólidos de la ciudad de Duitama y comprende igualmente: a).- Elaboración de los estudios y diseños que se requieran para el tratamiento y disposición final de los residuos sólidos hasta llegar a su máxima recuperación propuesta por el contratista, con base en los análisis y verificación de los parámetros y aspectos técnicos considerados en los estudios y diseños realizados. b).- Ejecución de las obras civiles, arquitectónicas, de infraestructura, de servicios y de adecuación que se requiera para el sitio de disposición final de los residuos sólidos. C). (...).*

*CLÁUSULA TERCERA.- ZONA DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO CONCEDIDO: El Servicio de tratamiento y disposición final de los residuos sólidos, será prestado por el*



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

CONTRATISTA en la Ciudad de Duitama, cuya delimitación general aproximada, para ilustración y orientación general Je los Proponentes, se hizo en el Capítulo VIII de los Pliegos de condiciones, la cual debió ser verificada y complementada por el CONTRATISTA, en su calidad de Proponente. PARAGRAFO: En el evento de que el CONTRATISTA reciba solicitud para disponer, en el sitio de disposición final de residuos sólidos en el municipio de Duitama, residuos generados por otros Municipios, el CONTRATISTA deberá poner en conocimiento de ESDU o quien haga sus veces tal hecho, y solicitar la autorización respectiva, en nota especial en la cual se garantice que esa operación no afectará la prestación normal del servicio de aseo en cualquiera de sus componentes, y que los residuos sólidos a recibir: a) no afectarán la vida útil del proyecto Adicionalmente, en la nota de solicitud de autorización, el CONTRATISTA indicará la cantidad mensual (toneladas) estimada de los residuos sólidos a recibir y el valor por tonelada que b) cobraría al beneficiario del servicio. A la nota en mención, se deberá adjuntar la minuta del Contrato que celebraría el CONTRATISTA con el beneficiario del servicio. ESDU o quien haga sus veces recibirá una participación en la utilidad neta del 7.5% sobre el valor del tratamiento de estos residuos. Igualmente el contratante recibirá una participación del 5% de la utilidad neta.

CLÁUSULA CUARTA.- DOCUMENTOS DEL CONTRATO: Forman parte integral, regulan, complementan, adicionan y determinan las condiciones del presente contrato, los siguientes documentos: a).- La Resolución de apertura de la Licitación expedida por la ESDU. b). Los Pliegos de Condiciones preparados por la ESDU, incluyendo los Adendos, respuestas a inquietudes de los Proponentes, y demás aclaraciones hechas durante el proceso precontractual, 41 cuyo contenido completo declaro conocer y aceptar el CONTRATISTA, desde el momento en que presentó su. Propuesta, documentos éstos, que fueron la base fundamental para que el (...)

CLÁUSULA QUINTA.- PLAZO Y VIGENCIA DE LA CONCESIÓN Y DEL CONTRATO. El plazo de la Concesión será de DIEZ (10) AÑOS, a partir del tres (3) de enero del año dos mil dos, fecha en la cual el CONTRATISTA entrará a prestar el servicio concedido. El plazo mencionado, entiendo que inicia una vez esté perfeccionado el Contrato y se disponga de las actuaciones o administrativas que legalicen la entrega del Servicio al CONTRATISTA. La Concesión terminará por vencimiento del término pactado y por las demás causales que se establezcan en el Contrato, 1 o por las que determinen las normas legales vigentes que reglamentan la materia. Una vez terminada la Concesión, se procederá a la liquidación del Contrato y su término se prolongará 1 hasta que termine la liquidación, sin que ésta pueda exceder de cuatro (4) meses.  
(...)

CLÁUSULA SÉPTIMA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: Además de las obligaciones a que se refiere el objeto del presente contrato y al alcance del mismo establecidas, respectivamente, en las Cláusulas Primera y Segunda del presente contrato, más todas aquellas que no estando explícitamente indicadas en este contrato, y resulten necesarias para su cumplimiento, el CONTRATISTA tendrá a su exclusivo cargo: a) Prestar capacitación administrativa y técnica al personal a su servicio; b) Facilitar al Interventor, en cualquier momento, el acceso a sus instalaciones y en general a todas sus dependencias, así como la inspección de los equipos, la supervisión de las obras y de los servicios c) realizar los planes de información y educación a la Comunidad definidos en los Pliegos de Condiciones y ofrecidos en su Propuesta, y todas aquellas adicionales que el CONTRATISTA considere oportunas o necesarias; d) Tener sus instalaciones y oficinas en el sitio de la Planta de Reciclaje en la ciudad de Duitama, dotadas de manera que permitan el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones pactadas (...). f). Poner a disposición de las obras y servicios, los equipos ofrecidos o sus equivalentes, mantenerlos en buen estado, reemplazar los averiados y retirarlos del servicio; g) Utilizar sistemas y procedimientos adecuados, acordes con el estado dual de la técnica que fueron ofrecidos en la Propuesta y/o consignados en este Contrato; h) Mantener la generalidad,



Demandante: *Silvino Vargas*  
Demandado: *Municipio de Duitama - ESDU*  
Expediente: *15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

regularidad, continuidad y calidad del Servicio concedido, durante todo el plazo de vigencia del contrato; l) Poner en conocimiento de la ESDU, cualquier hecho o circunstancia que pueda afectar la eficiencia y/o eficacia de la adecuación y operación del proyecto, así como la prestación del Servicio materia de este contrato;) Presentar los informes exigidos por la ESDU O QUIEN HAGA LAS VECES, sobre la ejecución del presente contrato con la frecuencia y condiciones estipuladas en los Pliegos de Condiciones, la Propuesta aceptada y el presente Contrato; j) Dar cumplimiento a las disposiciones laborales vigentes en Colombia, tanto individuales como colectivas, así como a las leyes, reglamentos y disposiciones sobre higiene y seguridad industrial, vigentes en Colombia; k) Las demás obligaciones que se deriven de los Pliegos de condiciones, del presente contrato y de la Propuesta presentada y aceptada, de la cual se derivó el presente contrato.

(...)

**CLÁUSULA DECIMA CUARTA. VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE REMUNERACION EN FAVOR DEL CONTRATISTA** El valor del presente contrato, es indeterminado; no obstante, para efectos fiscales, de cálculo de las garantías, etc., será el valor equivalente al monto que espera cobrar el CONTRATISTA a la ESDU durante el primer año de la Concesión y del presente contrato, calculado en pesos del año 2011. 11.)e acuerdo con el (CONTRATISTA, este valor, para los efectos indicados, se estima en la suma de \$ 554.400.000 (QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS), moneda legal Colombiana, con un incremento anual del IPC más 1 punto para el segundo año. - Este pago se hará por el rubro; Gastos de tratamiento y disposición de basuras código No. 03051622 y del rubro, Manejo y disposición final de residuos sólidos código No. 03052904 de transferencias municipales para la vigencia fiscal de 2002- mediante Acuerdo No. 012 del 27 de noviembre del 2001 para el primer año. Estos rubros serán aprobados anualmente para cada vigencia fiscal.1

**PARÁGRAFO PRIMERO:** LA ESDU O QUIEN HAGA LAS VECES será la total responsable por; la facturación y el recaudo de los valores correspondientes a la prestación INTEGRAL del Servicio de Aseo en la Ciudad de Duitama, de acuerdo con las tarifas que diseñe , para todos y cada uno de los usuarios registrados y/o proyectados (...)

**PARAGRAFO TERCERO: FORMA DE PAGO:** La forma de pago será mensual, con corte al 30 de cada mes vencido previa presentación de la factura respectiva. Salvo excepcionalmente el primer mes de la concesión que se hará en forma anticipada. El valor de la primera para el primer año será el producto de multiplicar 70 toneladas diarias por el valor de la tonelada de \$ 22.000 Veintidós mil pesos M/L, por 30 días del mes. Los ajustes para los años siguientes se harán de común acuerdo con el resultado del pesaje, una vez se haya sido instalada la báscula de acuerdo al cronograma del contratista. (...)

**PARÁGRAFO CUARTO:** En la remuneración pactada se incluyen todos los costos en que el contratista inherente a la prestación del servicio de tratamiento y disposición final de los residuos sólidos en la ciudad de Duitama, en sus distintos componentes, tales como costos administrativos, financieros, operativos, de publicidad, fiscales y cualquier otro costo en que deba incurrir el CONTRATISTA por la prestación del servicio objeto de este contrato. (...)

(...)

**CLÁUSULA TRIGÉSIMA CUARTA: TERMINACIÓN UNILATERAL.** Cuando graves motivos, posteriores al perfeccionamiento del Contrato, sobrevinientes dentro de su ejecución, determinen que es grave inconveniente para el interés público el cumplimiento del objeto del presente contrato, previo fallo de las autoridades competentes por violación de las normas legales, éste podrá darse por terminado mediante Resolución motivada dándose aviso al CONTRATISTA con SESENTA (60) DIAS de anticipación. El CONTRATISTA renuncia expresamente a reclamar perjuicio o indemnización por tal medida, pero tendrá derecho a que se le reconozca el valor de 'cuanto haya alcanzado a realizar de acuerdo con las normas y especificaciones contractuales. (...)' (Negrilla y subrayado fuera del texto original).



Demandante: *Silvino Vargas*  
Demandado: *Municipio de Duitama - ESDU*  
Expediente: *15001-2331-000-2007-00206-00*  
Acción Contractual

- Acta de reunión de fecha 02 de enero de 2003 y del acuerdo de pago para el mes de enero del 2003 de fecha 17 de febrero de 2003 y de la adición modificatoria del Contrato No. 001 de 2002 de fecha 11 de abril de 2003 (fl. 83).
- Acta de reunión celebrada el 02 de enero de 2003, entre el Gerente de ESDU y el representante de la unión temporal Biorgánicos del Tundama (fl. 93), en la que se consignó:

*“1. A partir del día 03 del mes de Enero del año 2.003, ESDU entregará pesado los residuos sólidos de Duitama que vayan con destino al predio Lomartín*  
*2. Que según la Cláusula Décima cuarta Parágrafo 3° inciso 3°, ESDU pagará la Factura mensual, que contenga el valor que resulte de multiplicar \$22.000 pesos m/cte más el IPC más 1%, por la cantidad de toneladas que resultaren pesadas y entregadas durante el mes de Enero y en una segunda Cuenta para el mes de Febrero del presente año 2.003.*  
*3. Que el tiempo máximo y suficiente para establecer con un estudio técnico-económico el ajuste al contrato en la tarifa por tonelada será de sesenta (60) días calendario contados a partir del 03 de enero del año en curso. (...).”*

- Acuerdo de pago y valor del contrato No 001-02002, suscrita el 17 de febrero de 2003 (fl.93), mediante la cual el representante legal de la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama y el Gerente de ESDU, en compañía de los asesores jurídicos, determinaron:

*“(...)*  
*1. Teniendo en cuenta la Cláusula Cuarta Literal k) del contrato suscrito entre las partes y de acuerdo al Acta de reunión efectuada el dos (2) de enero de 2003 firmada entre las partes ; para efectos del trámite de la cuenta de cobro del mes de enero de la U.T. y para el pago de estampillas del 2003 y constitución de pólizas del mismo, hemos acordado que será sobre el valor que resulte del promedio de toneladas del mes de enero por el ajuste al valor por toneladas de Veintidós mil pesos Mete (\$22.000,00) más el I.P.0 más un (1) o sea (1.0799 %) dando un valor por tonelada para el mes de enero de Veintitrés mil setecientos cincuenta y ocho pesos Mete (\$23.758,00) teniendo en cuenta que el promedio de toneladas para el mes de enero es de 1084 T. aproximadamente, lo que nos da un resultado total por este mes de Veinticinco millones setecientos cincuenta y tres mil seiscientos setenta y dos pesos Mete (\$25.753.672,00) Por lo tanto el pago de estampillas y en el caso que sea necesario la adecuación de las pólizas para la vigencia de 2003 para el mes de enero y solo por este mes, será sobre el valor de veinticinco millones setecientos cincuenta y tres mil seiscientos setenta pesos Mete (25.753.672,0o).*  
*2. En cuanto al valor del contrato total para el resto del año 2003, se espera que para el final del mes de febrero, con el resultado que se obtenga del estudio técnico Económico y contable que se esta llevando a cabo por cada una de las partes, se adopten los acuerdos y se tomen las decisiones pertinentes para determinar los ajustes necesarios al contrato y continuar con su correcto y normal desarrollo”.*

- Acta de reunión ente la Alcaldía de Duitama – Procuraduría Judicial Agraria-Corpoboyacá y U.T Biorgánicos del Tundama de fecha 13 de agosto de 2003



Demandante: *Silvino Vargas*  
Demandado: *Municipio de Duitama - ESDU*  
Expediente: *15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

(fls. 102 a 105), en la cual se registró:

*“Toma la palabra el Procurador Agrario, Doctor Armando Ariza, Quien manifiesta que el sitio donde se disponen los Residuos Sólidos del municipio de Duitama, no cumple con los requisitos exigidos para el tratamiento de Residuos Sólidos.*

*Igualmente manifiesta sobre la viabilidad o no de usar el bioabono que se produce en la planta del tratamiento y pregunta quien se está responsabilizando de esta situación, además que se necesita voluntad para solucionar el problema ya que no puede continuar en otras administraciones.*

*Seguidamente toma la palabra el Doctor Alirio Rodríguez, Director de Corpoboyacá, dejando claro que para Corpoboyacá el responsable en este momento de la situación de la planta “Iomartin” es el Municipio y su Alcaldía Municipal, hasta tanto no se transfiera esa responsabilidad al operador o a otro por medio de documento.*

*También comento sobre los procesos en la Procuraduría, ante los requerimientos que Corpoboyacá tiene de las diferentes autoridades por lo que se le está exigiendo el cumplimiento de los términos de referencia, y pone de ejemplo el horno, el cual debe cumplir con unos requisitos. Aclara que como autoridad ambiental no les compete la negociación del contrato; y no se quiere que las basuras corran por las calles de Duitama, y entonces se tomarán unas medidas administrativas que no contemplen el cierre pues este sería más difícil, y que sí bien es cierto que no se requiere la licencia ambiental, no se puede evadir el cumplimiento de los requerimientos.*

*Toma la palabra el Ingeniero Fernando Avila, funcionario de Corpoboyacá. Quien hace un recuento de la situación de Duitama, con respecto a la Emerge Sanitaria en el mes de Septiembre y hasta Febrero de 2002, y la expedición de unos primeros términos del 14 de Febrero de 2002, habiendo solicitado; Administración Municipal, Licencia Ambiental, la cual se tramitó y se admite como solicitud de licencia ambiental; y en Junio se emitieron términos de referencia que no se han cumplido por lo que se han expedido 3 resoluciones. Se comenta a última resolución N° 594 de 2003, la cual fue notificada al Alcalde el 22 de julio de 2003.*

*(...)*

*El Señor Personero intervino, preguntando porque siempre se requería al Alcalde y no al contratista y el Doctor Alirio Rodríguez y el Procurador insistió que por ahora el responsable es la Alcaldía municipal, pero que si lo dispone el Alcalde, él puede transferir el trámite de la Licencia al operador o contratista o autorizar al operador para la solicitud de la licencia ante la Corporación y se podrá ceder por el tiempo que el contratista a operador tenga la prestación del servicio.*

*Agregó el Doctor Alirio Rodríguez que las medidas ambientales son de atención inmediata.*

*Como disposición final y conclusión del debate, se acordó que tal como se había adquirido el compromiso en la pasada reunión del 22 de Julio de 2003, la Alcaldía debe presentar un plan operativo y cronograma de obras donde se establezcan fechas y término para la realización de esas obras, en el término dispuesto en el Acta del 22 de Julio de 2003”.*

- Adición modificatoria N° 002 – 2002 de fecha 19 de febrero de 2004, en



730

Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

relación con la tarifa y el reconocimiento de intereses de mora.

- Acta de acuerdo de fecha 21 de julio de 2004, celebrada entre la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama y la empresa de servicios públicos de Duitama – ESDU.
- Acta de acuerdo de pago causado entre el 04 y el 26 de enero de 2005.
- Acta de reunión del Municipio de Duitama y la Empresa Biorgánicos, del 06 de enero de 2004 (fls. 106 a 108), en el que se trató el tema de la prestación del servicio público de aseo en el componente de disposición final de residuos sólidos en la ciudad de Duitama, en que se coligió:

*“(... ) La administración municipal manifiesta de que si no se llega a un acuerdo frente a la propuesta planteada por Biorgánicos del Tundama, tomará las medidas pertinentes para garantizar la prestación del servicio en el componente de disposición final de residuos sólidos cumpliendo con la normatividad sanitaria y ambiental en vigencia, ante la manifestación por parte de Biorgánicos del Tundama, de no poder garantizar la continuidad del servicio en las condiciones actuales y no poder llegar a un acuerdo en el ajuste del precio por tonelada dispuesta”.*

- Acta de terminación bilateral del contrato de concesión No. 001-2002 de fecha **03 de febrero de 2005** (fls. 84 a 87 y 285 a 288), suscrita entre la Empresa de Servicios Públicos de Duitama – ESDU y la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama, en la que se plasmó entre otros aspectos a destacar:

*“PRIMERA: Acuerdan las partes contratista y contratante, representadas legalmente en la forma en que se ha indicado, que por medio del presente documento dan por terminado el contrato 001-2002, de tal manera que a partir de la fecha, terminan sus obligaciones contractuales, de tal manera que tanto el contratista como el contratante cesaran la ejecución del mismo excepto en las obligaciones que sobrevienen como consecuencia de la terminación del contrato, y que se hallan convenidas en el mismo, junto con las garantías que el contratista debe cumplir como consecuencia de la relación contractual existente. SEGUNDA: Pactan las partes, que como consecuencia de esta terminación por mutuo consenso, se procederá a la liquidación del contrato de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas QUINTA, DÉCIMA OCTAVA, VIGÉSIMA, TRIGÉSIMA SÉPTIMA y concordantes del contrato cuya terminación por mutuo acuerdo se pacta. TERCERA: Como consecuencia de lo anterior, al cesar las obligaciones contractuales, LA UNIÓN TEMPORAL BIORGÁNICOS DEL TUNDAMA, queda liberado en la continuidad de la prestación del servicio, en tanto que ESDU, queda en absoluta libertad de para disponer y contratar la prestación del servicio antes referido, sin que implique para ninguna de las partes, responsabilidad de ninguna naturaleza como consecuencia de esta terminación. CUARTA: Que como consecuencia, de la presente terminación acuerdan igualmente las partes que renuncian a todo tipo de acciones civiles comerciales o contencioso administrativas, que pudieran haber surgido como consecuencia de la ejecución del contrato y durante el periodo que este mantuvo su vigencia, con excepción*



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

de aquellas que surgieren como consecuencia de su liquidación proceso para el cual las partes acuerdan que se someterán al procedimiento, conciliatorio que se surtirá ante la Jurisdicción contenciosa administrativa. QUINTA: PROCESO DE LIQUIDACIÓN Pactan las partes que para el proceso de liquidación, del contrato, esté se surtirá por el procedimiento conciliatorio previsto en la ley 23 de 1991, ley 446 de 1998 y demás normas concordantes y complementarias, para lo cual se formulará la respectiva solicitud ante el señor Procurador Delegado ante lo contencioso administrativo de Boyacá, a través de apoderado judicial, cuyos honorarios profesionales serán cancelados por partes en igualdad de proporciones. PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO: Acuerdan las partes que el término de liquidación del contrato aludido, será de cuatro (4) meses contados a partir de la suscripción del, presente documento, sin perjuicio del término que pueda utilizarse para los tramites de la conciliación prejudicial ante las autoridades pertinentes. (...)" (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

- Autorización de los socios de Biorgánicos del Tundama al representante legal, para realizar la liquidación bilateral del contrato (fl. 88).
- Resolución No. 626 del 09 de septiembre de 2005, mediante la cual se realiza la Liquidación Unilateral del Contrato de Concesión N<sup>a</sup> 2002-001, proferida por la Empresa de servicios públicos de Duitama – ESDU (fls. 134 a 136 y 271 a 273), notificada personalmente el 16/09/2005 (fl. 276) y de la cual se lee entre otros apartes:

“(...)

1. Que con fecha, febrero 3 de 2005, se celebró de común acuerdo la terminación del contrato de concesión No. 2002-001, relativo a la recolección y tratamiento de residuos sólidos, con la U.T Biorgánicos del Tundama.

2.- Que en el acta correspondiente, se estipuló que la liquidación del mismo contrato se efectuaría, ante la jurisdicción contencioso – administrativa y dentro de los cuatro meses siguientes, a su terminación.

3.- Que ESDU, promovió directamente la respectiva liquidación ante la Procuraduría 46 de asuntos administrativos, agotándose la etapa conciliatoria, el pasado 27 de junio de 2005, según constancia escrita expedida por dicha entidad.

4.- Que ante la falta de ánimo conciliatorio por parte de la U.T- Biorgánicos del Tundama, para realizar la liquidación del contrato de concesión, por mutuo acuerdo, resulta imperioso, disponer la liquidación del mismo, dejando a salvo estos precisos aspectos:

\*- Los reiterados y notorios incumplimientos en que incurrió la entidad contratista, en sus obligaciones como consta en los diferentes documentos que constan en la Empresa “ESDU”.

\*- La investigación de orden fiscal adelantada por la Contraloría, que se halla en curso por detrimento patrimonial, y cuyos resultados serán conocidos próximamente.

\*- La totalidad de los costos que demandan o impliquen el plan de abandono del predio dentro del cual se venían depositando los residuos sólidos.



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

5.- Que el Comité económico y financiero constituido en ESDU, para determinar al alcance y factores de la liquidación de la liquidación del presente contrato y el cual sirve de base para éste acto administrativo, expuso que:

La U.T BIORGANICOS DEL TUNDAMA, incurrió en éstas manifiestas omisiones:

(a).- No ha cancelado a la ESDU, el pago por concepto de utilidades del año 2002 que le corresponden de acuerdo al contrato, por concepto de ventas de abono, reciclaje de los materiales, venta de servicio a otros municipios.

(b) No realizó las obras de impermeabilización del área, obras de estabilización, permisos por parte del ICA, disponibilidad de servicios, manejo de aguas de escorrentías y tratamiento de lixiviados.

(c).- No fue eficiente y eficaz en la cantidad de producción de abono, presentada en la propuesta, afectando los ingresos y por ende la utilidad de la U.T y consecuentemente la participación a que tiene derecho la ESDU, de acuerdo a lo pactado en el contrato.

6.- El contratista presentó un estudio de costos de operación por toneladas, al día 24 de septiembre de 2003, de \$ 22.000, para ser reajustado a \$ 85.125,07 para el tratamiento de disposición final de RSU, costos que la empresa ESDU asumió con costo disposición final de relleno sanitario aprobado como tarifa techo de \$ 14.300, afectando sus ingreso al no poder realizar un nuevo estudio de tarifas por este sistema de disposición final, por consiguiente, no se ha podido trasladar a los usuarios las nuevas tarifas. Lo cual para la Empresa fue un eminente detrimento del patrimonio.

Que el primer año del contrato, a la U.T. se le cancelaron por 72 toneladas día, siendo la realidad en el segundo año se recibieron entre 38 y 42 toneladas promedio día, durante el año 2003, la empresa se servicios públicos de Duitama ESDU, ha cancelado de acuerdo a los pesajes y con un incremento del IPC más un punto (\$ 23.75), y los pesajes nos demuestran que la U.T, está recibiendo entre 45 y 50 toneladas por día, por 23 días.

(...)

#### RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar la liquidación unilateral del Contrato de Concesión No. 2002-001, celebrada entre ESDU y la U.T BIORGANICOS DEL TUNDAMA, relativo a la recolección y tratamiento de residuos sólidos, terminando por mutuo acuerdo entre las partes, el día 3 de febrero de 2005.

ARTÍCULO SEGUNDO: Fijar el valor adecuado por BIORGANICOS a favor de ESDU, según el siguiente cuadro:

#### UTILIDADES DEJADAS DE CANCELAR

AÑO	% UTILIDADES	V/R UTILIDADES
2002	5%	\$ 12.545.000
2003	5%	\$ 14.706.000
2004	5%	\$ 24.746.000

TOTAL  
LIQUIDACIÓN FINAL \$ 51.997.000

UTILIDADES \$ 51.997.000



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

INVERSIONES	\$ 345.806.709,40
MULTAS CORPOBOYACÁ	\$ 3.810.000
<b>TOTAL A FAVOR ESDU</b>	<b>\$ 401.613.709.40</b>
(...)"	

- Resolución No. 658 del 30 de septiembre de 2005, mediante la cual resuelve el recurso de reposición de la Resolución N° 626 de septiembre 9 de 2005 (fls. 277 a 282), con la que se dispuso aclarar en el sentido que el Contrato de Concesión No. 001 -2002, se refiere exclusivamente al Tratamiento y disposición final de los residuos sólidos y excluyendo la referencia a la “recolección”, que no está contemplada en el mismo contrato y confirmar en todo lo demás la decisión referida.
- Resolución No 703 del 13 de octubre de 2005, por la cual se niega por improcedente la adición y complementación solicitada de la Resolución No. 658 de septiembre 30 de 2005 (fls. 283-284).
- Informe pericial contable (fls. 381 a 384), suscrito por la Auxiliar de la Justicia ANA LUCÍA DOTTOR PIRATOBA, del cual se destaca:

*“En cumplimiento de lo ordenado por el Honorable Tribunal, me trasladé a la Ciudad de Duitama el día 25 de Julio y con el fin de establecer no solamente la ubicación de la planta procesadora de residuos sólidos de propiedad de la U.T. BIORGÁNICOS DEL TUNDAMA, FINCA LOMARTIN, VEREDA TOCOGUA DEL MUNICIPIO DE DUITAMA, y en un área aproximada de 20.000 M2 , encontré una adecuación para planta de disposición de residuos sólidos y separación de los mismos, totalmente deteriorada e inservible y en la cual se encontraban elementos como troneles de selección de material, bandas transportadoras, pisos y techos de sitios de almacenamiento, tanques de almacenamiento, casa donde funcionó en su momento los vestieres de los trabajadores y adicionalmente servían de oficinas de la empresa, casetas de instalaciones de controles, totalmente deterioradas, producto de la no utilización y por consiguiente falta de mantenimiento necesario en este tipo de plantas procesadoras.*

*Al día siguiente procedí a acudir a la oficina de la Doctora RUTH MATILDE PINTO, quien ejercía las funciones de Contadora de la U.T. BIORGANICOS DEL TUNDAMA, quien en forma muy gentil me facilitó los soportes de la parte contable que se llevaba a cabo en la empresa y que corroboran lo establecido en el cuadro que se presentó tanto al tribunal Administrativo, como también a la Contraloría General de Boyacá en el momento que la misma hizo la auditoría respectiva.*

*Con base en la anterior información procedo a rendir el presente informe pericial*

*1.- La U.T. BIORGÁNICOS DEL TUNDAMA, celebró contrato de Concesión cuyo objeto es: TRATAMIENTO Y DISPOSICION FINAL DE LOS RESIDUOS SOLIDOS DE DUITAMA, por un término de DIEZ (10) años, contados a partir del 3 de Enero de 2002.*



Demandante: Silvino Vargas  
 Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
 Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00

Acción Contractual

2.- La U.T. BIORGÁNICOS DEL TUNDAMA, prestó su servicio de acopio y disposición de los residuos sólidos en forma ininterrumpida al Municipio de Duitama, en cumplimiento a lo pactado en el documento de concesión firmado.

3.- Adicionalmente y en razón a la forma tan exitosa que estaba prestando su servicio, la empresa recibía residuos sólidos de municipios vecinos a Duitama, lo cual acrecentó su categoría por así decirlo, por ser la mejor en la prestación de este tipo de servicios en el Departamento de Boyacá.

4.- La Administración Municipal mediante resoluciones: 626 del 9 de Septiembre de 2005, 358 del 30 de Septiembre de 2005, 703 de 13 de Octubre de 2005, declara la liquidación unilateral del contrato de concesión firmado con la U.T. BIORGÁNICOS DEL TUNDAMA.

5.- Se solicita por parte del demandante se establezcan las inversiones realizadas y no reconocidas en la liquidación, sobrecostos ocasionados en el montaje de la planta procesadora de residuos sólidos, utilidades esperadas durante la vigencia del contrato.

Con los anteriores razonamientos, y teniendo en cuenta que una planta procesadora de residuos sólidos se debe diseñar y construir de acuerdo a las exigencias propias del contrato, es claro que la misma se proyectó en su conjunto no solamente para prestar un servicio de los diez (10) años por los cuales se encontraba suscrito el contrato de concesión, sino además con una proyección futurista de servicio, dada la situación de que este tipo de planta de tratamiento no existía en el Departamento de Boyacá.

El perito evaluador toma para la presentación de la cuantificación de los posibles daños y perjuicios, el valor estimado y proyectado como producido por rendimiento de la inversión en el tiempo pactado originalmente, pues aunque se presenta un acuerdo de terminación del contrato, es claro que el resultado subsiguiente sería que la planta siguiese prestando este tipo de servicio a otros municipio si volumétricamente era rentable continuar y que por lo expuesto no se pudo hacer y en consecuencia toda la inversión hecha se fue de tajo al piso en razón a la terminación unilateral de la Administración Municipal de Duitama.

En razón que la parte contable era llevada en forma minuciosa por parte de la empresa y la misma posteriormente fue verificada mediante auditoría elaborada por la CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ, donde se certifica que el ejercicio de recolección y disposición de residuos sólidos hechos por la firma U.T. BIORGÁNICOS DEL TUNDAMA y la parte contable estaba correctamente llevadas con los soportes respectivos, razón por la cual no se expidió glosa alguna a las cuentas respectivas, procedo a cuantificar los posibles daños y perjuicios establecidos de acuerdo a la siguiente información:

Para los años 2002, 2003, 2004 lo correspondiente a lo informado por parte de la U BIORGÁNICOS DEL TUNDAMA en sus informes contables.

Para los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011, lo correspondiente al valor del año anterior aumentado en el I.P.C. correspondiente a cada uno de ellos y que para el caso es el siguiente:

2005: 4,46%

2006: 4,47%

2007: 5,69%

2008: 7,67%

2009: 2,00%

2010: 3,17%

2011: 3,73%



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

*De acuerdo a los informes anuales tomados de los balances tanto de la U.T. BIORGÁNICOS DUITAMA, como de los extractados del informe de la Contraloría General de Boyacá, los ingresos año a año por la empresa fueron los siguientes:*  
*(...)*

*Para los años correspondientes a 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011, se proyecta de acuerdo a la utilidad neta antes de impuestos del año 2004 y aplicándole el I.P.C. correspondiente a cada uno de los años.*

*El resultado de la anterior proyección se establece en el cuadro anexo y que como conclusión final Nos da el siguiente resultado:*

*Valor total utilidad neta antes de impuestos tanto producidas como proyectadas durante el tiempo de vigencia contractual de la concesión entre el Municipio de Duitama y la U.T. BIORGÁNICOS DEL TUNDAMA es de CINCO MIL SEISCIENTOS DIEZ MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL PESOS ( \$ 5.610.243.000), a esto se le debe descontar la utilidad neta antes de impuestos correspondientes a los años 2002,2003,2004, ( no se hace descuento por el año 2005, en razón a que a pesar de que en informe contable de la empresa, el Municipio de Duitama no canceló lo correspondiente a ese año) o sea la suma de MIL DOSCIENTOS UN MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL PESOS ( \$ 1.201.597.000), lo cual nos da un saldo de CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL PESOS ( \$ 4.408.646.000), que en la proyección corresponde a las ganancias netas antes de impuestos dejadas de percibir por la U.T. BIORGANICOS DEL TUNDAMA en los años que no se le permitió ejecutar su trabajo de acuerdo al tiempo pactado en la concesión y el año que laboró y no se le liquidó o sea 2005.*

*Adicionalmente a lo anterior, se entra a valorar el costo correspondiente a la inversión efectuada por el contratista en lo correspondiente a la construcción física de la planta de tratamiento de residuos sólidos de acuerdo a documentación a que se tuvo acceso es la suma de MIL CIEN MILLONES DE PESOS ( \$ 1.100.000.00), esta construcción como se explicó al principio tenía una proyección a largo plazo, pero al producirse la terminación de su ejercicio, se produce un deterioro total lo cual causa la pérdida total de la inversión hecha". (Negrilla y subrayado fuera del texto original)*

- Resolución N° 0305 del 29 de marzo de 2007, expedida por Corpoboyacá, por medio de la cual, se decide un trámite administrativo ambiental de carácter sancionatorio (fls. 415 a 424 y 430 a 439) y en la que se resolvió "Ordenar el desmonte definitivo de la planta de tratamiento de residuos sólidos que funcionó en el predio "Lomarti" de la Vereda Tocogua del MUNICIPIO DE DUITAMA, de conformidad a las consideraciones expuestas en la parte motiva de este acto administrativo" y en consecuencia declarar responsable a la UT Biorgánicos del Tundama, del cargo formulado en la Resolución No. 0496 del 2 de mayo de 2006, e impuso la sanción de multa de \$ 61.200.000, equivalente a 150 SMLMV.
- Oficio 126235-0477 del 18 de junio de 2015 (fls. 486 a 488), suscrito por la Jefe División de Gestión Administrativa y Financiera de la DIAN, en el que se indicó que no es procedente remitir las declaraciones de renta de los años



Demandante: *Silvino Vargas*  
 Demandado: *Municipio de Duitama - ESDU*  
 Expediente: *15001-2331-000-2007-00206-00*  
Acción Contractual

2002,2003,2004 y 2005, presentadas por la U.T Biorgánicos del Tundama.

- Documentación contable y estados financieros de la U.T Biorgánicos del Tundama de los años 2002, 2003,2004 y 2005, entre ellos relación de egresos y facturación (fls. 490 a 571) y el oficio 02 de julio de 2015, como respuesta al oficio No. FIMB. 014/2007-00206-00 (fl. 592), con el cual se allegó el certificado de estados financieros años 2003 y 2004, balance general de 2003 y 2004 y estado de resultados (fls. 593 a 610).
- Respuesta a la objeción por error grave (fls. 589 a 591), en el que se indicó:

*"(...)*

*1.- Relaciona el Municipio de Duitama en su objeción al dictamen pericial la siguiente comparación entre los valores presentados por el perito y los que en criterio de la parte demandada corresponderían según la valoración de la misma a los reales y los cuales según el Municipio de Duitama hacen la diferencia y por consiguiente establecen el error grave en el informe pericial.*

*AÑO      INFORME PERICIAL      BALANCE GENERAL REAL  
 (SEGÚN DEMANDADO)*

*INGRESOS:*

<i>2002</i>	<i>\$ 722.384.000</i>	<i>722.385.354</i>
<i>2003</i>	<i>\$ 1.346.501.000</i>	<i>633.033.892</i>
<i>2004</i>	<i>\$ 1.168.471.000</i>	<i>473.012.838</i>

*COSTOS DIRECTOS:*

<i>2002</i>	<i>\$ 510.653.000</i>	<i>510.653.867</i>
<i>2003</i>	<i>\$ 575.667.000</i>	<i>577.123.413</i>
<i>2004</i>	<i>\$ 534.353.000</i>	<i>534.353.441</i>

*UTILIDAD BRUTA:*

<i>2002</i>	<i>\$</i>	<i>211.731.000</i>	<i>211.731.487</i>
<i>2003</i>		<i>\$ 770.834.000</i>	<i>55.910.479</i>
<i>2004</i>	<i>\$</i>	<i>634.118.000</i>	<i>- 61.340.603</i>

*La razón de la diferencia entre los ingresos correspondientes a los establecidos por el perito y lo valorado por la parte demandada, obedece a que en los años 2003 y 2004, la valoración estimada por el Municipio de Duitama no tiene en cuenta como como ingresos los reajustes tarifarios establecidos para esos años, que deben ser tenidos en cuenta, por cuanto corresponden a dineros ingresados a la empresa por concepto del servicio prestado al Municipio por parte de la empresa U.T. BIORGÁNICOS DEL TUNDAMA.*

*Si se revisa detalladamente se establece lo siguiente:*

*INGRESOS: Los valores correspondientes al año 2002, coinciden en forma casi exacta.*



*Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual*

*Los valores correspondientes a los años 2003 y 2004 difieren sustancialmente, por no ser tenidos en cuenta los reajustes y que al sumar los mismos por parte del Municipio de Duitama se encontrará que los datos son muy coincidentes.*

*COSTOS DIRECTOS: Los datos suministrados tanto por el perito como por el Municipio de Duitama son prácticamente iguales para los años 2002, 2003 y 2004.*

*UTILIDAD BRUTA: Si a los datos estimados por el Municipio de Duitama para el año 2003 de \$ 55.910.479, le sumamos el ajuste tarifario de \$ 713.438.000 el resultado final sería de: \$769.348.479, muy parecido al pericial de \$ 770.834.000.*

*Igualmente para el año 2004 si al ajuste correspondiente de \$ 695.250.000, le descontamos lo estimado por el Municipio de Duitama de \$ 61.340.603, el resultado sería \$ 633.909.397, similar al pericial de \$ 634.118.000.*

*Es claro entonces que las diferencias son debidas al no tener en cuenta el valor de los ajustes.*

*En cuanto a la falta de soportes, no significa esto que los valores asumidos por parte del perito en su valoración no sean correctos, pues fueron los mismos fueron suministrados por parte de la Contadora de la empresa U.T. BIORGÁNICOS DEL TUNDAMA y que corresponden a los valores contables que la misma le trasladaba al Municipio y que el mismo le pagaba hasta la fecha de terminación del contrato”.*

- Copia de la Resolución 4432 del 29 de diciembre de 2015 (fls. 629 a 631), a través de la cual Corpoboyacá, archivó las actuaciones administrativas ambientales contenidas en el expediente OOLA-0117/02.
- Con la contestación de la demanda por parte de la Empresa de servicios públicos de Duitama – ESDU, se allegó con anexo, determinado en el cuaderno tres, desde el proceso de la licitación pública N° 001 en su pliego de condiciones y términos de referencia, especialmente la propuesta presentada por la U.T Biorgánicos del Tundama, cronograma, calificación del personal, información financiera y contable respecto del balance y estado de pérdidas y pólizas entre otros aspectos y de la cual se destaca la propuesta económica formulada así:

### *“3.9 PROPUESTA ECONÓMICA*

*En el presente estudio de la propuesta económica ANEXO N° 16 PROPUESTA ECONÓMICA igual que en el numeral 3.7. ALCANCE DE LOS TRABAJOS QUE PRESTARÁ EL PROPONENTE- METODOLOGÍA se presenta cada una de las operaciones, insumos, mano de obra requerida, maquinaria a utilizar y resultado del TRATAMIENTO Y DISPOSICIÓN FINAL A TRAVÉS DEL MANEJO INTEGRAL DE LOS RSM CON LA BIOTECNOLOGÍA AGROCOLOMBIANA y por ende la utilización y valorización de un alto porcentaje de los RSM con la aplicación de esta biotecnología, se demuestra que se maneja integralmente dado un valor agregado a un porcentaje del 95% en promedio total de los residuos que se producen diariamente en Duitama, a diferencia de otros sistemas que disponen de la totalidad de los RSM enterrándolos y no generan beneficios ambientales ni sociales.*



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

### 3.9.1 ACLARACIÓN ANEXO 16- PROPUESTA ECONÓMICA

Los datos básicos utilizados son 102 toneladas DIA Tabla No.1

3.9.1.1 PRODUCCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS MUNICIPALES EN DUITAMA, durante 22 días al mes para un total anual de 26.400 toneladas.

3.9.1.2 La tarifa propuesta por Tratamiento y Disposición final a el Manejo Integral de los RSM — basuras de Duitama d tonelada recibida en la Planta representa la única compensación realizada de la ESDU por la prestación del servicio requerido en la presente licitación.

3.9.1.3 Es claro que el ingreso establecido en el Numeral 3.9.1.1.2 anterior, no satisface el equilibrio financiero y económico del proyecto, el cual deberá ser complementado con los ingresos producto de la comercialización de los productos reciclables y del bioabono.

3.9.1.4 Los costos totales de Producción llegan al valor de \$ 840' 465.000 anuales, el cual arroja un costo por tonelada de RSM de \$ 32.000. Este valor arroja una perdida operativa de \$ 10.000 por tonelada, con referencia a la tarifa cobrada.

3.9.1.5 Tomando en cuenta los ingresos totales el Proyecto es Factible y sustentable al arrojar una TIR del 36.47% y un VPN positivo.

3.9.1.6 Para la proyección a 10 años y el cálculo de los anteriores parámetros hemos tomado los ingresos y los egresos como si fueran fijos durante el periodo de los 10 años, sobre la base del primer año.

SUGERIMOS QUE EN EL ANÁLISIS DE ESTE ESTUDIO ECONÓMICO SE DEBE TENER EN CUENTA LA GENERACIÓN DE EMPLEO TANTO DIRECTOS (EN PLANTA — APROXIMADAMENTE 41 E INDIRECTORES —50 MÁS), LOS BENEFICIOS AMBIENTALES Y ECONÓMICAMENTE RECALCAMOS QUE AL FINALIZAR LA ETAPA DE LOS DIEZ AÑOS DE CONCESIÓN NO SE DEJARA AL MUNICIPIO EL COSTO DE RECUPERACIÓN Y ABANDONO DEL AREA DE TERRENO DONDE SE REALIZA EL TRABAJO. CON ESTA BIOTECNOLOGÍA NO SE ENTIERRA MATERIA ORGANICA PRODUCTORA DE LIXIVIADOS Y GASES.

EN UN RELLENO SANITARIO, DESPUÉS DE CLAUSURADO SE SIGUEN PRODUCIENDO ESTOS VECTORES (LIXIVIADOS — GASES) DURANTE 25 AÑOS MÁS DESPUÉS DE SU CLAUSURA, REPRESENTANDO PARA EL MUNICIPIO UN ALTO COSTO LA RECUPERACIÓN Y ABANDONO, EXIGIDO POR LAS AUTORIDADES AMBIENTALES, DE LOS TERRENOS UTILIZADOS CON LA TECNOLOGÍA DEL RELLENO SANITARIO.

(...)

TABLA NO. 1

Año	Población	Per cápita	Diaria	Anual	Acumulada
	PROYECCIO N	Kg/Hab/día	Kg/día	Ton/año	Ton/año
1.998	108,944	0.85	92,602	24.447	24.447
1.999	110,861	0.85	94,232	24.877	49.324
2.000	112,797	0.85	95,877	25.312	74.636.
2.001	114,732	0.875	100,391	26.503	101.139
2.002	116,681	0.875	102,096	26.953	128.092
2.003	118,64	0.875	103,81	27.406	155.498



Demandante: Silvino Vargas  
 Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
 Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

2.004	120,589	0.89	107,324	28.334	183.832
2.005	122,513	0.9	110,262	29.109	212.941

(...)

TABLA NO. 2

	AÑO	Anual	RSB	RECICLABLES	BIOABONO
PROYECCION		Ton/año	Ton/año	Ton/año	Ton/año
1.998	108,944	24.444	18.695	7.190	5.608
1.999	110,861	24.877	19.024	7.317	5.707
2.000	112,797	25.312	19.356	7.445	5.807
2.001	114,732	26.503	19.688	7.572	5.906
2.002	116,681	26.953	20.022	7.701	6.007
2.003	118,64	27.406	20.359	7.830	6.108
2.004	120,589	28.334	20.693	7.959	6.208
2.005	122,513	29.109	21.023	8.086	6.307

Se observa en la Tabla No.2 la proyección de la recuperación del material reciclable, la producción del BIOABONO a partir del material biodegradable, manejo que utiliza y valoriza como mínimo el 95% de las mal llamadas basuras, generando beneficios ambientales al Municipio de Duitama, a diferencia de otras tecnologías que no recuperan más que un bajo porcentaje de los residuos reciclables por parte de los recicladores en las calles y detrás de los carros recolectores.

La tarifa por tonelada será para el primer año de \$ 22.000 para realizar el manejo integral y tratamiento ambiental de los 102 tn/ día de rsm que llegan a la planta, Este Valor se incrementará anualmente de acuerdo al IPC mas 1 punto porcentual.

Se debe tener en cuenta que si totalidad de los residuos sólidos municipales (RSM - basuras) producidos en Duitama llegan a la planta separados, el valor- del-.manejo integral y tratamiento por tonelada puede llegar a 15.000.

(...)

Respecto a la participación económica del Municipio –CPEM Se destina el 5% de la UTILIDAD NETA ESTIMADA.

(...)

COSTO DEL PROYECTO — VALOR DE LA INVERSIÓN:



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

Infraestructura	\$ 645'000.000
Valor terreno de 20.000 m2	\$ 70'000.000
Estudios, diseños y convenios	\$ 145'000.000
Cerramiento y seguridad	\$ 6'000.000
Capital de trabajo	\$ 275'000.000
Derecho a uso de la Biotecnología	\$ 215'000.000
Campaña Educativa	\$ 100'000.000
Gastos legales del contrato	\$ 25'000.000

#### COSTO TOTAL DE PRODUCCIÓN

Gastos producción y funcionamiento mensual \$ 70'029.000

Para ilustración de esta oferta, el análisis económico se presenta en el ANEXO No.16 ANTEPROYECTO PARA PROCESAR 102 TONELADAS DIA DE RESIDUOS SOLIDOS MUNICIPALES EN LA CIUDAD DE DUITAMA.

(...)"

- Del decreto probatorio, se cuenta con los testimonios recepcionados de acuerdo al despacho comisorio por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Duitama, en diligencia adelantada el 26 de febrero de 2013 (Cd. Despacho comisorio fls. 76 a 88) y de los cuales se destacan los siguientes apartes:

*"(...) TESTIMONIO DEL SEÑOR OSCAR ALFREDO BOADA GUARÍN (...)*

*PREGUNTADO: Dígame al juzgado lo que sepa y le conste respecto de la celebración y terminación bilateral del convenio entre el municipio de Duitama y la empresa de servicios públicos de Duitama ESDU y la Unión temporal Biorganicos del Tundama, cuyo objeto es la prestación del servicio de tratamiento y disposición final de residuos sólidos de la ciudad de Duitama, a partir del 3 de enero de 2002. CONTESTÓ: A raíz de mi profesión y haber prestado los servicios en la empresa de servicios de Duitama y de Tunja, tuve gran información sobre la disposición de residuos en las ciudades y conocí el contrato que firmó Biorgánicos con ESDU, después estuve conociendo la planta que montaron, el tratamiento que se hacía y colaboré en la revisión del primer año de labores, posteriormente supe que el contrato se había terminado bilateralmente con excepción de una o dos cláusulas. Durante el desarrollo del contrato estuve varias veces mirando los procesos y comentando las inquietudes que tenía los contratistas al respecto del trabajo que estaban ejecutando, dando las sugerencias que me parecían del caso en la parte técnica. PREGUNTADO: Durante la época del desarrollo del contrato 3 de enero de 2002 a 3 de febrero de 2005, usted estuvo vinculado laboralmente con la empresa de servicios públicos de la ciudad de Duitama. CONTESTO: No lo estuve. (...)*

*(...)*

*TESTIMONIO DE LA SEÑORA RUTH MATILDE PINTO CORREA, a quien la señora Juez procedió a tomar el juramento de rigor por cuya (...)*

*PREGUNTADO: Dígame al juzgado lo que sepa y le conste respecto de la celebración y terminación bilateral del convenio suscrito entre el municipio de Duitama y la empresa de servicios públicos de Duitama ESDU y la Unión temporal Biorganicos del Tundama, cuyo objeto es la prestación del servicio de tratamiento y disposición final de residuos sólidos de la ciudad de Duitama, a partir del 2 de enero de 2002. CONTESTO: Yo como fui la contadora de Biorgánicos del Tundama a partir del años 2003 y pues participe en toda la parte contable, conocía la estructura de costos de la empresa, la parte del contrato, la parte administrativa contable y financiera. La empresa venía celebrando el contrato normalmente a partir del año 2003, hubo una disminución en la tarifa y en la cantidad de basura que se había comprometido la ciudad a entregar, esto fue como consecuencia de la*



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

celebración del contrato que hizo el municipio con una empresa llamada MIRCIDU, la cual la ciudad o la empresa de servicios de Duitama, le entrego a esta empresa la parte del reciclaje, todos los productos reciclables, generando así un desequilibrio económico a la unión temporal, ya que la Unión temporal también se financiaba con la venta de estos productos. Después de eso se presentaron bastantes reuniones tanto de los gerentes de ESDU que fueron dos en ese entonces, y los representantes de Biorganicos. De todas esas reuniones el municipio tomó la determinación de encargarse de gestionar la Licencia Ambiental, por que la licencia no debía ser entrega a una persona que estaba en concesión si no que debía gestionar directamente el municipio, porque como eso era una propiedad de ellos. Después de presentar proyecto de estudios económicos se le presentaron a ESDU y varios informes que ellos también solicitaron, no se logró llegar a ningún acuerdo con respecto a la tarifa porque tanto se dio la terminación, fue una de las causales de la terminación del contrato 'unilateral. Con respecto del tratamiento y disposición de los residuos sólidos durante el periodo de 2003 a 2005 que se dio la terminación, pude observar que la tecnología y el manejo de la disposición de los residuos eran óptimos y que ese proceso era bueno. PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento cuáles fueron las causas que llevaron a la terminación bilateral del contrato de concesión entre el ESDU y Biorganicos del Tundama. CONTESTÓ: El desequilibrio económico por parte de la Unión Temporal causada por el incumplimiento en la tarifa y en las cantidades de residuos sólidos pactadas. (...)PREGUNTADO POR LA PARTE ACTORA: Infórmele al despacho si tiene conocimiento que la Unión Temporal Biorganicos del Tundama, cumplió a cabalidad sus obligaciones contractuales en cuanto a la construcción de la planta para el tratamiento y la disposición final de los residuos sólidos, en caso afirmativo háganos una descripción breve, en qué consiste la planta. CONTESTÓ: Con respecto de las inversiones que hizo la Unión temporal en el sitio de disposición final creo que soy de las que más conoce esa parte, puesto que yo contabilicé registré y verifiqué físicamente cada una de las compras que realizaron los socios de la unión temporal en las etapas en las que se comprometieron a realizar dichas obras de acuerdo con los términos de referencia y el contrato. Las inversiones que fueron ratificadas por un peritaje que hizo la Contraloría General de la Nación sumaron alrededor de 1.150 millones, que comprendían las siguientes obras: Construcción de invernaderos y impermeabilización de suelos y subsuelos, estudios geotécnicos y de impacto ambiental, construcción de casetas, microrelleno, zonas administrativas, cubrimiento de los microrellenos con geotextiles, maquinaria y equipos como bandas transportadoras, tromel, entre otras y la adquisición del lote de terreno, todo lo de adecuación de vías, manejo de los suelos, entre otras. Todo esto con el fin de que la disposición final de los residuos sólidos se realizará de acuerdo con lo estipulado en el contrato, de tina forma eficiente y sin generar mayor impactos ambientales. Durante todo el tiempo que se realizó el proceso se cumplió con el objeto del contrato suscrito entre ESDU y Biorgánicos del Tundama, que consistía en la disposición final de los residuos sólidos. (...)PREGUNTADO: La empresa Biorganicos del Tundama durante la vigencia del contrato cumplió con la realización de las obras adicionales ordenadas por la autoridad ambiental CORPOBOYACÁ y no pactadas en el contrato. CONTESTÓ: Si, cada vez que había algún requerimiento ambiental se hacia con el fin de evitar inconvenientes con CORPOBOYACÁ, y si incurrió en otros costos que no estaban especificados en el contrato. (...)

(...)

TESTIMONIO DEL SEÑOR MERARDO ORTIZ SANDOVAL, (...)

PREGUNTADO: Dígame al juzgado lo que sepa y le conste respecto de la celebración y terminación bilateral del convenio suscrito entre el municipio de Duitama y la empresa de servicios públicos de Duitama ESDU y la Unión temporal Biorganicos del Tundama, cuyo objeto era la prestación del servicio de tratamiento y disposición finar de residuos sólidos de la ciudad de Duitama, a partir del 2 de enero de 2002. CONTESTÓ: Se que el municipio convocó a una serie de ponente para presentar propuesta para la solución a la problemática del tratamiento de residuos sólidos que en la época esta en crisis. Se presentaron varios ponentes y mediante un concurso de metritos biorganicos del



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

*Tundama fue seleccionado para prestar ese servicio de disposición final. Se que se celebró el contrato en la UT y la administración municipal y que se estuvo laborando por un periodo de tres años, más o menos. Luego supe que unilateralmente el municipio había decidido la acción del contrato (...)*"

### 13. CASO CONCRETO

A efectos de resolver los problemas jurídicos planteados, de acuerdo con los elementos de prueba allegados al plenario y que fueron referidos en precedencia, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

La celebración del **convenio** interadministrativo N° 10-2001, el 15 de noviembre de 2001, entre el Municipio de Duitama, la Empresa de Servicios Públicos de Duitama – ESDU y la Asociación de Ingeniería Sanitaria y Ambiental ACODAL, para la cofinanciación del proyecto de manejo integral de residuos sólidos inorgánicos de la ciudad de Duitama.

De igual manera, se acredita la suscripción el 2 de enero de 2002 del **Contrato de Concesión No 001 de 2002**, entre la Empresa de Servicios Públicos de Duitama – ESDU y la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama, para la prestación del servicio de tratamiento y disposición final de residuos sólidos del Municipio de Duitama, con un plazo y vigencia de 10 años, contados a partir del 03 de enero de 2002, por un **valor indeterminado**; no obstante para efectos fiscales las partes lo estimaron en \$ 554.400.000, con un incremento anual del IPC más 1 punto para el segundo año y una forma de pago mensual, cuyo valor para el primer año sería el producto de multiplicar 70 toneladas diarias por el valor de la tonelada de \$ 22.000 Veintidós mil pesos M/L, por 30 días del mes.

En ese orden de ideas, se encuentra que existe relación contractual entre las partes, partiendo del **convenio** interadministrativo N° 10-2002, el 15 de noviembre de 2002, entre el Municipio de Duitama, la Empresa de Servicios Públicos de Duitama – ESDU, para la cofinanciación del proyecto de manejo integral de residuos sólidos inorgánicos de la ciudad de Duitama y la posterior suscripción del contrato N° 001 de 2002, entre empresa de servicios públicos de Duitama – ESDU y la Unión Temporal, no configurándose la excepción de falta de legitimación por pasiva interpuesta respectivamente por las demandadas.

Ahora bien, en desarrollo del contrato de concesión, el 13 de agosto de 2003, se adelantó reunión con la participación de la Alcaldía de Duitama, la Procuraduría



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

Judicial Agraria, CORPOBOYACÁ y U.T Biorgánicos del Tundama, en la cual se indicó por parte del Procurador Agrario, que el lugar donde se disponían los Residuos Sólidos del Municipio de Duitama, no cumplía con los requisitos exigidos para el tratamiento de Residuos Sólidos, aspectos relacionados puntualmente con el objeto y finalidad del Contrato de Concesión No 001 de 2002.

De la precitada reunión, también se indicó **que no era viable usar el bioabono que se producía en la planta del tratamiento**, además de la necesidad de voluntad para solucionar la situación ya que no podía continuar, acordándose que el Municipio de Duitama, debía presentar un plan operativo y cronograma de obras donde se establecieran fechas y término para la realización de esas obras, según lo dispuesto en el Acta del 22 de Julio de 2003.

Encuentra además la Sala que en la ejecución del contrato, la Unión Temporal, construyó y puso en funcionamiento un horno incinerador de residuos inorgánicos no reciclables, horno que funcionó menos de un mes, en virtud a que CORPOBOYACÁ ordenó el cierre por la afectación ambiental con base a las pruebas técnicas, disposición preventiva y previa en protección del medio ambiente que culminó con la decisión contenida en la Resolución N° 0305 del 29 de marzo de 2007, por medio de la cual, se decidió el trámite administrativo ambiental de carácter sancionatorio y en la que se resolvió *“Ordenar el desmonte definitivo de la planta de tratamiento de residuos sólidos que funcionó en el predio “Lomarti” de la Vereda Tocogua del MUNICIPIO DE DUITAMA, de conformidad a las consideraciones expuestas en la parte motiva de este acto administrativo”* y declarar responsable a la UT Biorgánicos del Tundama, del cargo formulado en la Resolución No. 0496 del 2 de mayo de 2006, e impuso la sanción de multa de \$61.200.000, equivalente a 150 SMLMV.

De los aspectos probados, la Sala colige que existió y se configuró una dificultad de seguir con la ejecución del contrato de concesión que se había pactado inicialmente por diez años, surgiendo una circunstancia de interés público y general que en efecto imposibilitaba su ejecución y por ello las partes decidieron dar fin a la relación contractual al no cumplirse los requisitos exigidos para el tratamiento de Residuos Sólidos, aspectos relacionados puntualmente con el objeto y finalidad del Contrato de Concesión No 001 de 2002.

Igualmente, para la Sala, está acreditada la suscripción del Acta de terminación



737

*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

bilateral del contrato de concesión No. 001-2002 de fecha 03 de febrero de 2005, entre los extremos en litis, Empresa de Servicios Públicos de Duitama – ESDU y la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama, en la que se plasmó que desde dicha fecha finalizaban las obligaciones contractuales, de tal manera que tanto el contratista como el contratante cesaron la ejecución del mismo y con la terminación acordaron a la par, la renuncia a todo tipo de acciones civiles comerciales o contencioso administrativas, que pudieran haber surgido **como consecuencia de la ejecución del contrato y durante el periodo que este mantuvo su vigencia.**

De lo anterior se desprende que pese a que el contrato de **Concesión No 001 de 2002**, entre la Empresa de servicios públicos de Duitama – ESDU y la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama, tenía un plazo de 10 años, solo tuvo ejecución de tres (3) años, un (1) mes y un (1) día, lapso resultante de tomar la fecha de inicio y la fecha de suscripción del acta bilateral de terminación al no cumplirse los requisitos exigidos para el tratamiento de Residuos Sólidos y por no ser viable usar el bioabono que se producía en la planta del tratamiento.

De igual manera, en el **acta de terminación bilateral**, acordaron las partes que para la liquidación proceso, se someterían al procedimiento conciliatorio que se surtirá ante la Jurisdicción contenciosa administrativa, previsto en la Ley 23 de 1991, ley 446 de 1998 y demás normas concordantes y complementarias, en un lapso de cuatro (4) meses contados a partir de la suscripción del acta.

No obstante al no llegarse a un acuerdo para la liquidación por mutuo acuerdo, a través de la Resolución No. 626 del 09 de septiembre de 2005, se realizó la Liquidación Unilateral del Contrato de Concesión N° 2002-001, proferida por la Empresa de Servicios Públicos de Duitama – ESDU y en la cual se fijó como valor adecuado por BIORGÁNICOS a favor de ESDU la suma de \$ 401.613.709.

Ahora bien, atendiendo los argumentos expuestos por la parte demandante, desarrolla la Sala los cargos de la siguiente manera:

**Primer Cargo- Vulneración del principio de legalidad por terminación anticipada del Contrato de Concesión**

Refiere la parte demandante, como eje central del objeto en litis, que el Municipio de Duitama y la Empresa de Servicios Públicos de Duitama, al dar por terminado el contrato de concesión, quebrantaron el principio fundamental de la legalidad, no solo



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

por omitir el procedimiento establecido en la Ley para ello y el contrato, sino que se extralimitaron en el ejercicio de las funciones que le correspondía como entidad contratante, al no observar el estatuto general de contratación estatal, en razón a que incumplieron con las obligaciones como contratante para evitar una mayor onerosidad y perjuicios en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

Refirió que al no declararse terminado unilateralmente el contrato, se generó un hecho ilegal de la administración que fue minando los derechos e intereses del contratista hasta obligarlo a dar por terminado el contrato en forma bilateral que le causó un daño o lesión antijurídica en los ingresos y la no cancelación total y oportuna de la totalidad de las inversiones realizados en los derechos contractuales reclamados, solicitando aplicación de los artículos 8, 1546, 1603, 1610 y 1884 del Código Civil, que imponen al deudor que incumple su obligación o la cumple tardíamente, la carga de indemnizar los perjuicios generados.

En virtud del cargo, referido por la parte demandante, la Sala atendiendo el marco normativo y jurisprudencial expuesto en el acápite de consideraciones, lo primero a destacar, es que con independencia del título o denominación que se le dé a un determinado negocio jurídico, tal circunstancia no resulta determinante de la tipología a la que obedece, pues para tal fin indefectiblemente deben consultarse los elementos de su esencia<sup>30</sup>, o en otras palabras, la función económico-social que del negocio emana, sin cuya concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o derivaría en un contrato distinto:

*“Lo expuesto conduce a señalar que la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo negocial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio decidan otorgar las partes, sino que dicha naturaleza o modalidad derivan, fundamentalmente, de la función económico-social que el acto jurídico esté llamado a cumplir o, en otros términos, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate; de ahí que el contrato, como forma específica de negocio jurídico, se califique como la más cotidiana y usual forma de disposición de intereses en procura de una función práctica, económica o social y que en consideración a la función o funciones que les corresponda desplegar, el ordenamiento jurídico instituya categorías o tipos de contratos dentro de un esquema fáctico concreto, definitorio de su naturaleza, clase o especie, algunas de ellas reguladas expresamente por el legislador, otras por la sociedad -de suerte que surgen incluso de los usos y de las prácticas sociales- y otras por el tráfico jurídico mismo, diferenciándose así los contratos típicos y nominados de los atípicos y los innominados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia”.*<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Artículo 1501 del Código Civil. COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

<sup>31</sup> Sección Tercera del Consejo de Estado, 18 de marzo de 2010, Expediente: 14390, Actor: COINVERPROL LTDA. Vrs. Junta Administradora Seccional de Deportes Bogotá D.C.



Demandante: *Silvino Vargas*  
 Demandado: *Municipio de Duitama - ESDU*  
 Expediente: *15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

Observa la Sala que la tipología contractual del negocio jurídico **No 001 de 2002**, ciertamente, obedeció a una concesión del servicio público de aseo en su componente de tratamiento, aprovechamiento y disposición final de basuras y como sustento de lo anterior debe recordarse que de conformidad con el inciso segundo del artículo 367 de la Constitución Política, los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen.

Así mismo, se pone de presente que al tenor de lo dispuesto en el numeral 24 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, el servicio público domiciliario de aseo *“Es el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos”*.

Ahora bien, el contrato de concesión se encuentra regulado de manera privativa por las normas de derecho público, en cuanto que a partir de su implementación y de cara a la escasez de recursos del Presupuesto Nacional, se ha procurado que los particulares colaboren con el Estado en la consecución de sus fines incorporando capital privado, a cambio de que aquellos puedan explotar económicamente un bien, una obra o un servicio a cargo del Estado.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de manera general, definió el contrato de concesión como aquel que celebran las entidades estatales con una de estas dos finalidades: otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, de un lado, o encomendar a dicho concesionario la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o un bien destinado al servicio o uso público; en ambos casos el contrato comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, siempre por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad estatal.

Como contraprestación se reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue a la entidad estatal en la explotación del bien o en una suma periódica, única



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden artículo 32, numeral 4<sup>32</sup>.

Con fundamento en lo anotado se reitera que a través de la celebración del Contrato de **Concesión No 001 de 2002**, el Municipio de Duitama, entregó en concesión a la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama, la prestación del servicio público de aseo en su componente de tratamiento, aprovechamiento y disposición final de basuras o residuos sólidos de la zona urbana.

Para tal propósito, el ente territorial proporcionó unos aportes en dinero de acuerdo a lo establecido en el Convenio N° 10-2002, para la cofinanciación del proyecto de manejo integral de residuos sólidos inorgánicos de la ciudad de Duitama, la correspondiente operación de las actividades encomendadas, como tramitar las licencias que se requerían para el normal desarrollo del proyecto, referentes a la construcción, ambientales y sanitarias.

Por su parte el contratista, como concesionario de la prestación del servicio público de aseo, en su componente de tratamiento, aprovechamiento y disposición final de residuos sólidos, ejecutaría las obras para poner en marcha el proyecto y operaría por 10 años el programa de recepción, selección y transformación de basuras, para el correspondiente proceso de conversión de residuos sólidos, período durante el cual obtendría para su provecho y mantenimiento del proyecto las sumas resultantes de reciclaje y del material orgánico debiendo destinar un pequeño porcentaje de esos conceptos al ente territorial como tasa de retorno de la inversión, facilitando el terreno donde se adelantaría la ejecución del contrato de concesión.

De lo anterior, encuentra la Sala que un contrato de concesión de un servicio público esencial como el que se celebró, dada su naturaleza y alta relevancia por el impacto social que está llamado a generar, indefectiblemente debe estar soportado en estudios técnicos y de factibilidad que permitan establecer en primer orden la

<sup>32</sup> El artículo 32 numeral 4º de la ley 80 de 1993 define el contrato de concesión en los siguientes términos:

*"Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden".*

*En otras oportunidades se ha expresado: "Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público..., así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en... tarifas...". Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995); Consejero Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza; Radicación número: 750. En similar dirección, puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2000, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros; Expediente: 12619.*



739

*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

verdadera necesidad de la colectividad y, a partir de allí, las opciones o modalidades existentes para satisfacerla y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja, las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios a contratar, los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de su celebración, la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, o profesionales, en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante, todo ello con el fin de que el ente territorial logre materializar el principio de selección objetiva a través de la escogencia de la mejor oferta, pues solo de esa manera, esto es, **solo a partir de la precisa identificación de las necesidades de la colectividad en esa materia**, podrá establecer quién se encuentra en mejor posibilidad de satisfacer el bien público.

Así las cosas, descendido a la valoración probatoria del *in judice*, equivale a afirmar que la celebración de ese tipo de contrato por un espacio tan prolongado de tiempo necesariamente **debía estar apoyada en estudios serios que dieran cuenta**, por ejemplo, la mejor solución a largo plazo para la disposición final de los residuos sólidos del Municipio de Duitama, y **especialmente el cumplimiento de los requisitos y licenciamiento ambiental y sanitario** respecto de la ubicación del sitio para aminorar los efectos de incineración u otras estrategias para la reducción o mutación de los residuos.

No obstante, la Unión Temporal en calidad de contratista, **construyó y puso en funcionamiento un horno incinerador de residuos inorgánicos no reciclables que funcionó menos de un mes al no cumplir con las condiciones sanitarias y no ser viable usar el bioabono** que se producía en la planta del tratamiento y hasta que la autoridad ambiental ordenó el cierre por la afectación ambiental con base a las pruebas técnicas, disposición preventiva de protección del medio ambiente que culminó con la decisión administrativa contenida en la Resolución N° 0305 del 29 de marzo de 2007, al ordenar el desmonte definitivo de la planta de tratamiento de residuos sólidos que funcionó en el predio “Lomarti” de propiedad del contratista, ubicado en la Vereda Tocogua del MUNICIPIO DE DUITAMA, que acredita que existió y se configuró una dificultad de seguir con la ejecución del contrato de concesión que se había pactado inicialmente por diez años, circunstancia de interés público y general que en efecto imposibilitaba su



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

ejecución y por ello las partes podían determinar poner fin a la relación contractual al no cumplirse los requisitos exigidos para el tratamiento de Residuos Sólidos, aspectos relacionados puntualmente con el objeto y finalidad del Contrato de Concesión No 001 de 2002.

De lo expuesto, para la Sala existió **una causa de interés público y general sobreviniente de imposibilidad del cumplimiento** de las obligaciones a la suscripción del Contrato de concesión N° 001 de 2002 aceptada por quienes suscribieron el acuerdo, que en principio no es atribuible a ninguno de los contratantes y que facultaba la aplicación de la figura de la *exceptio non adempti contractus*, art. 1609 C.C y que determinó tal situación en el acta bilateral de terminación suscrita y que así fue plasmado.

Sin embargo, el tema de fondo que provocó este litigio, versa sobre los vicios que alega el contratista que lo llevaron a suscribir la terminación anticipada de mutuo acuerdo del contrato de concesión No. 001-2002 de fecha **03 de febrero de 2005** (fls. 84 a 87 y 285 a 288), entre la Empresa de servicios públicos de Duitama – ESDU y la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama, para el servicio de tratamiento y disposición final de los residuos sólidos que requiere la ciudad de DUITAMA – BOYACÁ, cuyo régimen jurídico aplicable al mismo es el contenido en la Ley 80 de 1993<sup>33</sup>, vigente para la época de su celebración (art. 38 Ley 153 de 1887), pues, a juicio de la sociedad actora, concurrió a ella mediando un vicio del consentimiento que acarrea su nulidad, así como irregularidades en el trámite llevado a cabo para su firma y actuaciones posteriores.

Con base en los razonamientos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios expuestos, encuentra la Sala que con la suscripción del acta de fecha 03 de febrero de 2005, las partes del contrato de concesión N° 001 de 2002, expresamente lo dieron por terminado de mutuo acuerdo y, en consecuencia, se extinguieron las obligaciones allí contraídas; así para esta instancia, en el acta se aprecia la existencia de un consentimiento mutuo o recíproco, como lo exige la ley para que se configure el mutuo disenso o convenio extintivo expreso (cfr. artículos 1602 y 1625 Código

---

<sup>33</sup> Cabe anotar que el contrato se tipificó como de obra por involucrar la actividad del relleno sanitario para la destinación final de las basuras y desechos un componente de obras; no obstante, si se mira la definición que de éste trae el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 [1o. Contrato de Obra: Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago], parecería que no se enmarca en éste sino en el del contrato de prestación de servicios [3o. Contrato de prestación de servicios: Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad], por cuanto los componentes y prestaciones mayores son propias de esta categoría de contratos. De todos modos, recuérdese que la nominación que de un contrato hagan las partes no determina su naturaleza y tipología, dado que es el objeto y las prestaciones que en él se acuerden, los que perfilan su noción y elementos y dan lugar a su existencia de acuerdo con la ley.



740

*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

Civil, 864 Código de Comercio), pues, ha de recalcarse que ella contiene una declaración bilateral de los contratantes con destino a aniquilar el convenio sinalagmático de concesión que los ligaba, es decir, una decisión acerca de la disolución del vínculo, mediante un consentimiento recíproco para dar por extinguido el negocio jurídico.

De acuerdo con lo anterior, la empresa de servicios públicos municipales de Duitama y la Unión Temporal demandante, encaminaron su voluntad a la terminación del contrato de concesión N° 001 de 2002 tal y como aparece expresado en el acuerdo mencionado, teniendo aquí plena **aplicación el principio de la prevalencia de la intención de las partes**, según el cual *“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”* (art. 1618 Código Civil), regla de la que se deduce que cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se torna en inocuo cualquier intento de interpretación que desconozca, limite o restrinja los efectos legales de un acuerdo cuyo sentido es claro y definitivo.

Para la Sala las partes dieron por terminado anticipadamente el contrato de concesión N° 01 de 2002, a través del mutuo disenso consignado en el acta bilateral de fecha 03 de febrero de 2005, en tanto emitieron una declaración de voluntad expresa, directa, coincidente y concordante con la finalidad de deshacer, extinguir y liberarse del acuerdo y privarlo de sus efectos jurídicos, tal y como se corrobora en el acta demandada, no encontrándose de las pruebas allegadas y valoradas hasta esta etapa que la misma estuvo incurso en vicio en el consentimiento.

### **Segundo Cargo- Incumplimiento de las obligaciones de la entidad demandada del Contrato de Concesión que generó desequilibrio financiero**

Se precisa en atención a la resolución del primer cargo de violación, que por ser la terminación por mutuo acuerdo, en principio no habría lugar a indemnizaciones, ni reclamaciones posteriores de las partes fundamentadas en el período restante que faltaba por cumplir del contrato de concesión N° 01 de 2002, ni en el acta que lo extingue, pues no solo quedó plasmada en la cláusula cuarta; sino como también se dijo, tiene que presumirse que esa estipulación de finalizar el convenio jurídico es el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, excepto, como también ya se vio, que mediara un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) u otra causal de nulidad



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

del negocio jurídico, que conduzca a la invalidación de la misma, porque **las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en las mismas.** Premisa que también se fundamenta en el principio de que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, *“venire contra factum proprium non valet”*, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

Como consecuencia de lo anterior, la parte demandante alegó vicio del consentimiento que, en su concepto debe dar paso al aniquilamiento del acta de terminación del contrato que fue firmada por las partes. Empero, para la Sala, no logró la demandante **demostrar la fuerza o violencia que afirmó fue ejercida contra su representante legal por las demandadas** y que lo condujo a celebrar en su nombre el negocio jurídico bilateral extintivo que se enjuicia.

Atendiendo el acervo probatorio analizado en precedencia, la Sala advierte que según la *causa petendi* de la demanda, los hechos que sustentan las pretensiones consisten en diversas acciones y omisiones en el cumplimiento del contrato, atribuibles tanto al Municipio de Duitama, como la Empresa de servicios públicos de Duitama – ESDU, que supuestamente forzaron a que el representante legal de la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama, Silvino Vargas, suscribiera el acta de terminación del contrato (fl. 87), con respaldo de apoderado autorizado por la junta de socios de la sociedad, influenciado por la presión o algún tipo de inducción que viciara la suscripción de la misma.

De la lectura específica del concepto de violación del objeto en litis, la Sala, encuentra que ni los documentos, ni los testimonios, ni el dictamen pericial, pruebas debidamente practicadas en el proceso dan cuenta del vicio de fuerza o violencia que alega la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama, que llevó a su representante legal a negociar y suscribir el acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato, producto de la presión e intimidación de las circunstancias propias de un estado de penuria o precariedad<sup>34</sup>, que insinúa con el argumento de un supuesto incumplimiento del acuerdo contractual, o en los pagos y en de la exclusividad del contrato de concesión, con el fin de provocarle un temor de experimentar un mal inminente y grave.

<sup>34</sup> *“Al no existir otras pruebas de naturaleza como aquéllas que comprende la legislación comercial, tales como el proceso concursal o la quiebra misma, el fallador no podrá atender la exigua perspectiva del demandante en torno al tema de la evidente quiebra en la que apoya su pretensión de nulidad bajo el rodaje de los que se conoce como un estado de necesidad que hizo alterar su consentimiento. Lo hasta aquí expresado equivale a sentencia que parte alguna se probó la “evidente quiebra del actor anunciada con un mal futuro e irreparable”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 1996, exp. 9476, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.*



791

*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

Ahora, visto que los testimonios rendidos, como prueba decretada a favor de la parte demandante (fls. 348 a 349) y destacados en precedencia fueron rendidos por personas vinculadas, cercadas o con alguna relación con la sociedad actora para el tiempo del contrato, e incluso uno de ellos menciona que la terminación del contrato de concesión obedeció al desequilibrio financiero, otro que no le costaba las razones de la terminación, se constituyen en declaraciones que aunque no deban desestimarse en forma absoluta y de inmediato por esa vinculación con la demandante, es menester analizarlas en los términos del inciso final del artículo 218 del C. de P.C., según el cual corresponde al fallador apreciar los testimonios sospechosos con mayor rigurosidad, “*de acuerdo con las circunstancias de cada caso*”, pues por sí solas no producen la certeza requerida respecto de los hechos que se pretenden demostrar<sup>35</sup>, excepto que estuviesen respaldadas por otras pruebas dentro del informativo.

Dicho de otro modo, los mencionados testigos tendrían un interés en el resultado del proceso y su declaración podría ser parcializada, de suerte que su versión debe estudiarse en conjunto con las demás pruebas que obran en el proceso. Así, no ofrecen la convicción necesaria en relación con las razones o motivos por los cuales se produjo la terminación por mutuo acuerdo del contrato; si en verdad existió o no consentimiento recíproco de las partes en el acta que la contiene y no estuvo afectada esa declaración por vicios del consentimiento o si en el procedimiento que dio lugar a la misma se presentaron o no irregularidades (desviación de poder), dado que las otras pruebas que reposan en el expediente no permiten corroborar lo manifestado por ellos en relación con dichos puntos.

Igualmente la Sala analiza en adición a estas circunstancias de sospecha, que los testimonios solicitados y decretados a favor de la actora<sup>36</sup> están lejos de probar los puntos pretendidos por ella, debido a la vaguedad respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se exponen o llegaron a su conocimiento los hechos materia de declaración o simplemente por el desconocimiento de las mismas, en tanto analizados en conjunto, se infiere que si bien conocen de la suscripción o firma de un acta entre las partes para dar por terminado el contrato de mutuo acuerdo y de la controversia que se venía presentando entre ellas en relación con el cumplimiento de las obligaciones que emanaban de él, ninguno de ellos es claro en su versión o exposición sobre los hechos y circunstancias determinantes o las razones por las cuales se terminó realmente el contrato.

<sup>35</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia de 12 de febrero de 1980, M.P. José María Esguerra Samper.

<sup>36</sup> Auto de pruebas del 09 de mayo de 2012 (fls. 348-349)



Demandante: *Silvino Vargas*  
Demandado: *Municipio de Duitama - ESDU*  
Expediente: *15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

En efecto recalca la Sala que al pretenderse el incumplimiento del contrato y la consecuencia ineludible del desequilibrio financiero, se debe tener claro que dicha circunstancia puede derivarse de hechos o actos imputables a la Administración o al contratista, como partes del contrato, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, **posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes.**

Sobre el particular, la jurisprudencia ha referido puntualmente:

*“(...) cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él<sup>28</sup> o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos. A este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato. En efecto, en los contratos de obra pública, ha manifestado el Consejo de Estado que “en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato”<sup>37</sup>.*

Pero además de la prueba de tales hechos es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, que el factor de oportunidad no la haga improcedente. En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo *“los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”*; luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual,

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011, Expediente 18080



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual y es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al **principio de la buena fe** y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

Asimismo, tampoco es admisible que una de las partes por vía judicial, una vez fenecida la relación contractual **interprete de forma unilateral las cláusulas inicialmente convenidas en el contrato** o negocio jurídico estatal con el objeto de satisfacer sus intereses personales, pues aceptar dicha posibilidad no sólo vulneraría los principios que rigen la actividad contractual del estado sino el principio de buena fe objetiva que según los dictados de los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil debe regir toda relación comercial, quedando plenamente demostrado para la Sala que el contrato de concesión N° 001 de 2002, tenían un **valor** para efectos fiscales las partes lo estimaron en \$ 554.400.000, con un incremento anual del IPC más 1 punto para el segundo año y una forma de pago mensual, cuyo valor para el primer año será el producto de multiplicar 70 toneladas diarias por el valor de la tonelada de \$ 22.000 Veintidós mil pesos M/L, por 30 días del mes, es decir las partes plasmaron las condiciones económicas de acuerdo a una proyección previa a la celebración del mismo y de acuerdo a la valoración probatoria, no se configuró que la demandante, ejerciera la potestad de reclamar el desequilibrio financiero en oportunidad.



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

Para la instancia, se itera, el principio de la buena fe objetiva que impone fundamentalmente que las partes contratantes respeten y acaten en esencia lo pactado, razón por la cual cualquier actuación desplegada por una de ellas tendiente a interpretar unilateralmente las reglas inicialmente convenidas en perjuicio o desmedro de los intereses de su cocontratante se tornaría totalmente contraria a dicho principio y en ese orden de ideas según el análisis considerativo y valoración probatoria, no permite deducir si quiera asumo que la parte demandante en calidad de contratista, hubiese informado, manifestado o indicado previ6 a la suscripción del acta de terminación bilateral del 03 de febrero de 2005, afectación financiera, hechos que fueron posteriores a finiquitar el negocio jur6dico o que el incumplimiento de la demandada conllevara a tal situación.

Para el *sub judice*, tal como fue expuesto detalladamente, para que las circunstancias esgrimidas por el libelista configuren un vicio de fuerza que anule el negocio jur6dico, es necesario que sean de tal intensidad que conduzcan a la merma de la libertad de la parte que la soporta, en cuanto le provocan un temor de sufrir un mal grave e irreparable que no le deja otra alternativa u opción razonable para evitarlo que celebrar el negocio jur6dico; usualmente, cuando se presenta un incumplimiento contractual, como lo esgrime la parte actora, sea por la falta de ejecución por una de las partes de sus **obligaciones, o la ejecución tardía o defectuosa de las mismas**, no es una vicisitud de la relación obligatoria que se estudie a la luz de los vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo) y de la nulidad que éstos generan, sino en el escenario del régimen de responsabilidad que la misma conlleva para exigir el derecho a su cumplimiento sea a través de la conminación directa o extrajudicial para provocar en forma espontánea la solución por el deudor, o mediante la ejecución forzada por las vías judiciales.

Para la Sala, las diferencias que se puedan suscitar a propósito del cumplimiento de las obligaciones en un contrato, no pueden viciar en principio y por sí solas el consentimiento en otro negocio jur6dico que celebren las mismas partes, sino que deberán estar acompañadas de otro tipo de supuestos que permitan conformar tal irregularidad en la expresión de la voluntad, porque como fuente de obligaciones que es el contrato y, por ende, al constituir un vínculo jur6dico, es de derecho que cualquiera de sus partes pueda exigir, presionar, perseguir o demandar de la otra determinada conducta o comportamiento (prestación de dar, hacer o no hacer) ajustado a su tenor, y aún contra su voluntad, en el entendido de que se encuentra autorizado para ello y que hace parte del desenvolvimiento del acuerdo contractual y del régimen de responsabilidad que reconoce y favorece el orden jur6dico. Esto



Demandante: *Silvino Vargas*  
 Demandado: *Municipio de Duitama - ESDU*  
 Expediente: *15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

significa que los actos de cumplimiento o incumplimiento del débito contractual por las partes, su exigencia o las controversias que se presenten con ocasión al desarrollo de la relación obligacional no son por definición y, por lo ordinario, constitutivos de fuerza o violencia que puedan restringir o mermar de manera injusta e ilegítima la libertad para expresar el consentimiento en la celebración de un acto bilateral de terminación del contrato.

Así las cosas, los hechos señalados por la parte demandante, no comprobados, por sí solos no pueden ser considerados como mecanismos de apremio, amenaza o intimidación que se subsuman en la noción de fuerza o violencia, y que, por ende, hayan impulsado a su representante legal a convenir contra su voluntad la terminación lograda con la demandada Empresa de Servicios Públicos de Duitama – ESDU, toda vez que la fuerza para que vicie el consentimiento debe ser injusta y de tal intensidad y grado que coarte la libertad de elección de celebrar la convención o el riesgo de sufrir un mal grave e irreparable, inclinando en forma determinante su decisión hacia la primera, situación no acreditada en el *sub lite*.

Aunado, para la Sala tampoco se demostró, se hubiesen dado conductas de **incumplimiento** del Municipio de Duitama o con la demandada Empresa de Servicios Públicos de Duitama – ESDU, quedando en libertad la sociedad contratista de estar cumplida en lo suyo y de acudir a las vías judiciales para desligarse del vínculo que la unía a aquel mediante la solicitud de resolución del contrato con indemnización de perjuicios (condición resolutoria tácita, art. 1546 C.C.<sup>38</sup>), estando amparada entre tanto con la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*, art. 1609 C.C.<sup>39</sup>), medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica, en vez de concurrir a la celebración de un negocio jurídico extintivo del contrato, figura esta última que fue a la que acudió en consenso y conllevó a suscribir el acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato de concesión N° 01 de 2002.

De manera que, para la Sala, no se acreditó una fuerza que haya viciado el consentimiento del actor al momento de suscribir el acta de terminación del contrato; si la parte demandante eligió de consenso con la entidad demandada ese

<sup>38</sup> Artículo 1546 del C.C., a cuyo tenor: “[e]n los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”

<sup>39</sup> El artículo 1609 *ibidem*, que preceptúa que “[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplido en la forma y tiempo debidos.”



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

cauce y luego se arrepintió de ese acto dispositivo, situación que no la ampara el derecho en el sentido pretendido en la demanda, dado que ello significaría **desconocer la decisión a la que llegaron las partes para poner fin al contrato y así a las diferencias que se venían presentando en su ejecución** y, de rebote, vulnerar el ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad en el que descansa y se ampara dicho acuerdo, que es ley para las partes.

Debe recordar la Sala que los contratos de la administración son celebrados por las entidades públicas que la integran para cumplir los fines estatales (art. 2 C.P.), la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (artículo 3 Ley 80 de 1993), todo bajo el principio de legalidad, en desarrollo del interés general y en ejercicio de la función administrativa (art. 209 de C.P.). De ahí que se predique que el contrato estatal es un medio de colaboración o cooperación entre el Estado y los particulares para la satisfacción de los bienes y servicios colectivos que constituyen su objeto, de suerte que cualquier interferencia, complicación, problema, discrepancia o divergencia en la relación jurídica que emana de él amenaza su cabal obtención y el logro de las finalidades generales que animan a contratar, lo que permite que puedan terminarse por mutuo acuerdo contratos cuando en esos **casos las exigencias del servicio y el interés público lo aconsejen y justifique**, aspectos que acaecieron para que el Contrato de concesión N° 001 de 2002, se terminara en consenso y anticipadamente ya que la ejecución del mismo no podía adelantarse por aspectos de interés general al no cumplir el terreno con las disposiciones ambientales y sanitarias.

En ese orden de ideas, el argumento expuesto por la parte demandante respecto de la ilegalidad del acta de terminación del contrato, con fundamento en que previamente a esa medida, se debieron agotar los mecanismos de declaración unilateral para no afectar al contratista y no buscar solución directa de las controversias contractuales, previstos en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, y la conciliación, amigable composición y transacción, sobre lo cual debe señalarse que en parte alguna se condiciona en el sentido indicado el ejercicio de la prerrogativa que tienen las partes para terminar por mutuo acuerdo los contratos, en los términos de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, aplicables a la contratación estatal como todas las reglas civiles y comerciales que no resulten incompatibles con el Estatuto de Contratación de la Administración Pública (arts. 13 y 40 de Ley 80 de 1993), máxime cuando, como ocurre tratándose de esas figuras, tal facultad y la convención que la materializa son fruto precisamente



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

de la autonomía de la voluntad de la cual son titulares para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

### **Tercer Cargo- Valoración de la prueba pericial como fundamento de las pretensiones**

Ahora bien, esta instancia continuando con la valoración allegada al plenario proceda a la **apreciación del dictamen pericial** decretado como prueba solicitada por la parte demandante (fls. 348-349) y practicado, consistente en la **experticia contable** (fls. 381 a 384), rendida por la Auxiliar de la Justicia ANA LUCÍA DOTTOR PIRATOBA, referido ampliamente en el acápite probatorio y del cual se destaca:

*“( ... ) En razón que la parte contable era llevada en forma minuciosa por parte de la empresa y la misma posteriormente fue verificada mediante auditoría elaborada por la CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ, donde se certifica que el ejercicio de recolección y disposición de residuos sólidos hechos por la firma U.T. BIORGÁNICOS DEL TUNDAMA y la parte contable estaba correctamente llevadas con los soportes respectivos, razón por la cual no se expidió glosa alguna a las cuentas respectivas, procedo a cuantificar los posibles daños y perjuicios establecidos de acuerdo a la siguiente información (... )”*

Conforme a la prueba en análisis, cabe anotar que la apreciación del dictamen se basó en los análisis de contabilidad del registro y proyección de los libros, balances e informes de la sociedad demandante, dictamen puesto en conocimiento de las partes conforme al auto del 26 de marzo de 2014 (fls. 405-407) y frente al cual, el apoderado del **Municipio de Duitama formuló objeción** (fls. 409 a 414) al mismo al considerar que:

*“( ... )*

*la información para realizar el dictamen pericial fue obtenida por parte de la contadora de la empresa demandante, sin embargo con el experticio no fue aportada dicha documentación, razón por la cual se generan serias dudas respecto de las fuentes que dieron origen a la determinación técnica.*

*Tampoco se refiere específicamente a cuales documentos del soporte contable hicieron parte del peritaje, por- lo tanto, no se le puede asignar algún tipo de confiabilidad, siendo que carece absolutamente de los fundamentos técnicos, por lo tanto es apenas lógico que con el dictamen se hubiese aportado el soporte contable a que hace referencia en el escrito.*

*Es evidente que la falencia de no aportar los soportes contables con el dictamen, pugna con la plena garantía del derecho de contradicción de la prueba pericial, teniendo en cuenta que la parte que represento no puede ejercer plenamente su derecho, al no tener certeza de la confiabilidad de los documentos aportados por los mismos demandantes.*

*Conforme lo enunciado lo procedente era que la auxiliar de la justicia agregara al dictamen los soportes contables, máxime cuando parte de esos documentos debían ser presentados ante la*



Demandante: Silvino Vargas  
Demandado: Municipio de Duitama - ESDU  
Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00  
Acción Contractual

*DIAN, razón por la cual se debe restar cualquier valor probatorio al experticio presentado por la doctora Ana Lucia Dottor Piratoba.*

(...)

*Conforme las apreciaciones señaladas por la doctora Ana Lucia Dottor Piratoba, se puede evidenciar que no son simples opiniones, sino que tienden a favorecer a la parte demandante, teniendo en cuenta que no se puede catalogar como exitosa la prestación del servicio, ni tampoco ser la mejor del Departamento de Boyacá, en consideración a que precisamente la razón de la terminación bilateral del contrato, fue la indebida ejecución de la Planta, es decir que no son ciertos los argumentos de la auxiliar de justicia, prueba de ello es el proceso sancionatorio de Corpoboyacá adelantado en contra de la unión temporal Biorganicos del Tundama, en el cual se determinó que estaba incumpliendo con las normas ambientales y ordenó el desmonte de la planta.*

*Con el ánimo de favorecer a la parte demandante, la perito emite conceptos subjetivos para hacer creer al Despacho que era una planta en correcto funcionamiento de alta rentabilidad, y de esta forma inducir en error, sobre la responsabilidad del ente territorial.*

*A su vez se evidencia la falta de imparcialidad de la doctora Ana Lucia Dottor Piratoba, cuando afirma que "toda la inversión hecha se fue de tajo al piso en razón a la terminación unilateral de la Administración Municipal de Duitama", siendo una apreciación sin fundamento alguno, teniendo en cuenta que la terminación se realizó de forma bilateral y no como erróneamente se señala en el dictamen, además, se puede observar que con frases como la acá traída a colación, la perito pretende imputar unos supuestos perjuicios al ente territorial.*

(...)"

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala en los términos del numeral 6 del artículo 238<sup>40</sup> del CPC, resuelve **la objeción por error grave** propuesta, destacando que el error en el objeto del dictamen pericial ha sido reconocido jurisprudencialmente<sup>41</sup> como la vía procesal para atacar el dictamen pericial como consecuencia de un vicio o falencia que altera las condiciones y características de la experticia, sin embargo para que proceda el mismo se requiere **verificar la falla de tal magnitud** respecto de la distorsión errada del examen, al respecto el Consejo de Estado<sup>42</sup>, precisó:

*"Para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que este se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que el haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos"<sup>43</sup>.*

<sup>40</sup> "6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare"

<sup>41</sup> Corte Constitucional T- 920 del 2004

<sup>42</sup> Concordante la Corte Suprema de Justicia, también ha venido manejando como criterio para determinar cuándo el error es grave, al tenor de lo establecido en el artículo 238 del CPC, como "error manifiesto de hecho", esto es, aquel que "debe ser manifiesto, protuberante, además de importante cuantía si se trata de regulaciones numéricas como avalúos o respecto a un punto importante en los demás casos".

<sup>43</sup> Sección primera- sentencia del 26 de noviembre de 2009- expediente AP 2004-2049.



795

*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

El referente jurisprudencial señala que para la configuración del error grave impone que el pronunciamiento técnico del concepto sea equivocado o un juicio falso sobre la realidad, pues las bases sobre las que está concebido, además de erróneas, son de tal entidad que provocan conclusiones equivocadas en el resultado de la experticia y en consecuencia, resultan exigentes los parámetros para la calificación del error grave, quedando claro, que aún la existencia de un “error”, no significa automáticamente la calificación de “error grave”<sup>44</sup>.

En tal sentido, recuerda la Sala que los peritos designados, deben rendir formalmente y por escrito su dictamen, entendido como un concepto, informe u opinión según su experiencia, con el cual dan respuesta a los interrogantes formulados por las partes y el fallador; sin embargo el dictamen o prueba pericial a que hacen referencia los artículos 233 a 242 del CPC<sup>45</sup>, se rige por estas normas, de manera que para que sea decretado y valorado como prueba debe cumplir todos y cada uno de los requisitos contenidos en ellas, entre otros, su práctica en legal forma y que se le dé a la parte contraria la posibilidad de contradecirlo, en aras de garantizar el derecho de defensa.

Para el efecto, cabe recordar nuevamente que el dictamen pericial fue una prueba decretada a solicitud de la parte demandante, quien en la demanda indicó: “(...) Solicito se sirva nombrar a un auxiliar de la justicia contador, como perito contable ... para que rinda experticia y/o dictamen frente a) el valor de la totalidad de ingresos, utilidades dejadas de percibir por todo concepto por el concesionario unión Temporal Biorgánicos del Tundama discriminado cada una, con ocasión de la terminación del contrato de concesión en forma anticipada al vencimiento de término inicial del contrato, teniendo como fundamento la propuesta inicial (...)”<sup>46</sup>, es decir, encuentra la Sala que con dicho experticio se pretendía establecer valores de utilidad, ganancia frente a la inversión realizada por el contratista.

Teniendo en cuenta el objeto y argumento de la prueba pericial, el experticio rendido por la auxiliar de la justicia, se limitó a la revisión contable de la situación económica de la sociedad demandante, con base en los informes y balances rendidos por la interesada, ya que la información fue obtenida directamente por la contadora de la empresa, sin que se realizara un comparativo o análisis objetivo de la misma, permitiendo a esta instancia advertir que la prueba no genera mayores aportes probatorios frente al objeto en litis de nulidad del acta bilateral de terminación

<sup>44</sup> Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp. AG-9005.

<sup>45</sup> Norma vigente para la fecha de recaudo probatorio.

<sup>46</sup> Ver folios 22 y 23



Demandante: *Silvino Vargas*  
Demandado: *Municipio de Duitama - ESDU*  
Expediente: *15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

anticipada del contrato o del desequilibrio financiero, puesto en conocimiento en oportunidad a la entidad contratante.

En efecto, la Sala concluye que el dictamen rendido, no cumple con los propósitos para determinar vicios de nulidad del acta suscrita el 03 de febrero de 2005, incumplimiento de las obligaciones contractuales, no constituyéndose en prueba eficiente de validez de lo reclamado ni por la parte demandante, especialmente porque no se tiene certeza de los elementos objetivo e imparciales que tuvo la perito para emitirlo, limitándose a bases contables.

No obstante, el Consejo de Estado en sentencia de 23 de enero de 2014<sup>47</sup>, sostuvo lo siguiente:

*“Tal como ha sido señalado por esta Corporación, “[l]a prueba pericial se valora de acuerdo con la sana crítica. En virtud de este principio el juez tiene la facultad de analizar el dictamen, no sólo por sus conclusiones, sino por los elementos que tuvo en cuenta para emitirlo. De manera que si alguno de esos elementos no otorga la certeza suficiente para soportar el dictamen, simplemente, el dictamen pierde su valor”<sup>48</sup>. (Negrilla y Subrayado fuera del texto).*

Así que para que se configure el error grave o no valoración del dictamen referido, el Municipio de Duitama, debió controvertir con otro medio de prueba, la experticia pericial y determinar el yerro sobre el que está concebido, además que las erróneas consideraciones provocaron conclusiones equivocadas en el resultado de la experticia y en consecuencia, resultan exigentes los parámetros para la calificación del error grave.

Como consecuencia de lo anterior, considera la Sala que en el asunto bajo estudio **no procede la objeción por error grave** formulada por el apoderado de la parte demandada Municipio de Duitama, pues aunque el dictamen rendido se limitó a ser una prueba de verificación de la contabilidad de la Unión Temporal, no comporta elemento que determinen el incumplimiento contractual o el vicio en el consentimiento para la suscripción del acta de terminación bilateral suscrita el 03 de febrero de 2005, ni fue debatida con otro medio de prueba que determinara certeza en lo pretendido.

Pero, como se ha dicho a lo largo de este proveído, en el caso de autos no se presenta ninguna de estas circunstancias, pues no hay incumplimiento de la entidad

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala Sentencia de 23 de enero de 2014. Radicación Núm.: 25000-23-24-000-2005-00669-01. Actor: Distribuidora Comercial de Lentes Ltda. — Dicolentes Ltda.

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 25 de marzo de 2003, Rad. No. 25000-23-27-000-2006-00173-01. C.P.: Hugo Bastidas Bárcenas.



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
*Acción Contractual*

contratante, no existe un acto general de Estado que haya conllevado la situación alegada por el demandante y tampoco quedó acreditada la existencia de circunstancias imprevistas posteriores a la celebración del contrato, porque como pudo verse el alza en los precios del asfalto es una situación anterior a la suscripción del contrato, absolutamente previsible y evidente, en tanto no todas las hipótesis de desequilibrio económico del contrato tienen la virtualidad de conducir su restablecimiento, por el contrario, para que haya lugar a tal reconocimiento es necesario que se pruebe la gravedad del menoscabo sufrido por el contratista, la cual no quedó acreditada, y además que la circunstancia que dio lugar al rompimiento de la ecuación financiera no corresponde a un riesgo propio de la actividad que haya sido asumido por el contratista, como ocurrió en el caso de autos, donde el contratista realizó y asumió costos que no previó y que presentó en la propuesta derivada del pliego de condiciones y consolidándose en el contrato, es decir que la falta de planeación y proyección del interesado conllevaron a la causa directa de su aminoración económica.

Además, cuando se pactan precios unitarios con posibilidad de reajuste determinados por el IPC, como ocurrió en el contrato de concesión N° 001 de 2002, el contratista asume el riesgo de los incrementos del mercado, a menos que este se dé de manera imprevista y desproporcionada y, luego, durante la ejecución del contrato reclamar una suerte de desequilibrio económico; comportamiento que de ser admisible configuraría una práctica desleal, contraria a la buena fe contractual que no solo afecta la ejecución de los contratos y el patrimonio de la entidad contratante sino también a los demás participantes del proceso de selección.

Tampoco puede pasarse por alto que dentro del AIU propuesto por la unión Temporal, se estipuló un porcentaje del 5% del valor total del contrato para imprevistos, de modo tal que en el evento de presentarse tales situaciones, éstas quedaron comprendidas dentro del mencionado porcentaje, que como se dijo, al igual que los precios, fue fijado por el contratista en su propuesta inicial.

En ese orden de ideas, la prueba pericial judicial, conlleva a la Sala a ratificar que no existe vocación de prosperidad lo pretendido por la parte demandante, en tanto no se logró acreditar nulidad por vicios en la suscripción del acta de terminación bilateral de fecha 03 de febrero de 2005 y que como consecuencia de lo anterior se generó desequilibrio financiero que invalide el acta de liquidación unilateral.



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama -ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

## 14. CONCLUSIONES

- En un contrato de concesión de un servicio público esencial como el que se celebró, dada su naturaleza y alta relevancia por el impacto social que está llamado a generar, indefectiblemente debe estar soportado en estudios **previos técnicos y de factibilidad** que permitan establecer en primer orden la verdadera necesidad de la colectividad y, a partir de allí, las opciones o modalidades existentes para satisfacerla y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja, las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios a contratar, los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de su celebración, la existencia y disponibilidad o en caso y desarrollo del contrato, realizar las reclamaciones por desequilibrio contractual en oportunidad.
- Cuando se celebra un tipo de contrato por un espacio tan prolongado de tiempo necesariamente **debía estar apoyada en estudios serios que dieran cuenta**, por ejemplo, la mejor solución a largo plazo para la disposición final de los residuos sólidos del Municipio de Duitama, y **especialmente el cumplimiento de los requisitos y licenciamiento ambiental y sanitario** respecto de la ubicación del sitio para aminorar los efectos de incineración u otras estrategias para la reducción o mutación de los residuos.
- Revisado el marco probatorio del proceso, se impone concluir que no puede prosperar la pretensión de nulidad del acta de terminación del contrato convenida por las partes, por cuanto, no se demostró que el consentimiento expresado por la contratista que en ellas intervino estuviera viciada por fuerza, y de otra, no se acreditó una desviación de poder en su celebración.
- Así mismo, tampoco se demostró el incumplimiento contractual endilgado a la entidad demandada. En consecuencia, no es posible acceder a la pretensión de reconocimiento de la indemnización que reclamaba la sociedad actora, tanto por el daño emergente como por el lucro cesante.



Demandante: *Silvino Vargas*  
 Demandado: *Municipio de Duitama - ESDU*  
 Expediente: *15001-2331-000-2007-00206-00*  
Acción Contractual

- Existió una causa de interés público y general sobreviniente de imposibilidad del cumplimiento de las obligaciones a la suscripción del Contrato de concesión N° 001 de 2002 aceptada por quienes suscribieron el acuerdo, que no es atribuible a ninguno de los contratantes y que facultaba la aplicación de la figura de la *exceptio non adimplenti contractus*, art. 1609 C.C, tal situación quedo plasmada en el acta bilateral de terminación suscrita el 03 de febrero de 2005.

## 15. COSTAS

Por otro lado, no se condenará en costas en esta instancia, toda vez que las partes se limitaron al ejercicio de los derechos y actuaciones procesales pertinentes y no se observó una conducta dilatoria o de mala fe, según lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No 5, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: DECLARAR**, no probada la excepción de *“CADUCIDAD”*, propuesta por la Empresa de Servicios Públicos de Duitama – ESDU.

**SEGUNDO: DECLARAR**, no probada la excepción de *“Falta de legitimación en la causa”*, propuesta respectivamente por las demandadas.

**TERCERO: DECLARAR**, no probadas las excepciones denominadas *“Indebida escogencia de la acción; Indebida acumulación de pretensiones; Ineptitud de la demanda e Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales”*, propuestas por el Municipio de Duitama.

**CUARTO: DECLARAR**, no probadas las excepciones denominadas *“Inexistencia de responsabilidad solidaria por parte del Municipio de Duitama; Ineptitud de la demanda; Indebida escogencia de la acción; Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales; Inexistencia de la causa para demandar y Inexistencia del derecho reclamado – cobro de lo no debido”*, propuestas por el Municipio de Duitama.



*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*  
**Acción Contractual**

**QUINTO: NEGAR la objeción por error grave** formulado por el apoderado del Municipio de Duitama.

**SEXTO: NEGAR** las pretensiones de la demanda instaurada por la Unión temporal Biorgánicos del Tundama, contra el Municipio de Duitama y la Empresa de Servicios Públicos de Duitama "ESDU" E.S.P en liquidación.

**SÉPTIMO:** Sin condena en costas para la parte vencida.

**OCTAVO:** Una vez en firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

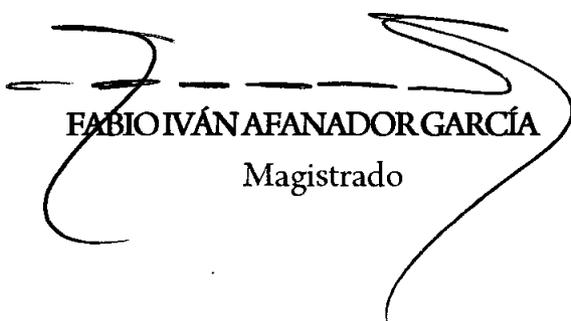
La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**

Magistrado



**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

Magistrado



**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

Magistrado

*HOJA DE FIRMAS*  
*Acción Contractual*  
*Demandante: Silvino Vargas*  
*Demandado: Municipio de Duitama - ESDU*  
*Expediente: 15001-2331-000-2007-00206-00*



*Tribunal Administrativo de Boyacá*  
*Secretaria*

**EDICTO**

LA SUSCRITA SECRETARIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, POR EL PRESENTE NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA EN:

CLASE DE ACCIÓN:	<b>CONTRACTUAL</b>
RADICADO:	<b>150012331000200700206-00</b>
DEMANDANTE:	<b>SILVINO VARGAS</b>
DEMANDADO:	<b>MUNICIPIO DE DUITAMA – EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE DUITAMA “ESDU”</b>
MAGISTADO PONENTE:	<b>DR. OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO</b>
FECHA DE LA DECISIÓN:	<b>28 DE AGOSTO DE 2019</b>

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA ANTERIOR SENTENCIA, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN LUGAR PUBLICO DE LA SECRETARIA POR EL TÉRMINO LEGAL DE TRES (3) DÍAS HÁBILES, HOY **05 DE SEPTIEMBRE DE 2019** A LAS 8:00 A.M.

*Claudia Lucia Rincón Arango*  
*Secretaria*

CERTIFICO: QUE EL PRESENTE EDICTO PERMANECIÓ FIJADO EN LUGAR PÚBLICO DE LA SECRETARÍA DEL TRIBUNAL, POR EL TÉRMINO EN ÉL INDICADO, Y SE DESFIJA HOY **09 DE SEPTIEMBRE DE 2019** A LAS 5:00 P.M.

*Claudia Lucia Rincón Arango*  
*Secretaria*