**CLÁUSULAS EXORBITANTES EN CONTRATOS DE EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / Reglamentación a cargo de las comisiones de regulación.**

Las Comisiones de Regulación, según lo establecido por el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, tienen la función de *“regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad”.* En virtud de dicha competencia, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, expidió la Resolución CRA 293 de *2004 “Por la cual se establecen disposiciones para la inclusión de cláusulas exorbitantes o excepcionales en los contratos de las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo”*, cuya vigencia fue ratificada en la Resolución No 943 del 29 de abril de 2021 *“Por la cual se compiló la regulación general de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo.”* En dicho acto, la Comisión estableció: *“ARTÍCULO 1.4.3.1. CONTRATOS EN LOS CUALES DEBEN PACTARSE CLÁUSULAS EXCEPCIONALES. Todas las personas prestadoras de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico o de las actividades complementarias de los mismos a que se refiere esta resolución, deberán pactar las cláusulas exorbitantes o excepcionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes contratos: (...) b) En los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, y los de mantenimiento siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo en los niveles de calidad y continuidad debidos (...) PARÁGRAFO. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.”*

**CONTROVERSIAS FRENTE A CONTRATOS CELEBRADOS POR EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa cuando aquellos incorporan cláusulas exorbitantes.**

Es entonces el contrato de consultoría de aquellos que, conforme a lo dispuesto por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, debe contener cláusulas exorbitantes y o excepcionales, de donde se colige que esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto, por disposición del referido numeral 3 del artículo 104 del CPACA. Aunado a lo anterior, téngase en cuenta que en la CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA del contrato de consultoría No 10 de 2015 se pactó que la entidad contratante podría terminar unilateralmente el contrato mediante escrito dirigido al contratista con una anticipación no menor a 8 días, procediendo a pagar al contratista las sumas debidas y no pagadas por servicios ejecutados satisfactoriamente hasta la fecha de terminación, cláusula esta que tiene la connotación de exorbitante. Por lo anterior, el conocimiento de esta controversia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 del CPACA, le corresponde a esta jurisdicción.

**ACTA DE LIQUIDACIÓN DE CONTRATO ESTATAL / Concepto y naturaleza.**

La liquidación es un procedimiento a realizar una vez ha terminado el contrato, y así lo ha reiterado el Consejo de Estado: *“La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, una etapa del negocio jurídico en que las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato, o mejor, la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta, y más adelante las partes valoran el resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y de las obligaciones surgidos del negocio, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a ellos, y que afectan la ejecución normal del mismo, con la finalidad de determinar el estado en que quedan las partes frente a éste”.* En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual. (…) Por tanto, como lo ha señalado el Consejo de Estado, la ausencia de este contenido mínimo impide asignarle a un documento la aptitud suficiente para entender que liquida un negocio jurídico, por adolecer de la información básica para entender que lo hace.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / Tipos de liquidación / Liquidación bilateral / Se deben establecer en aquellas los reparos como requisito para el ejercicio de la acción contractual.**

Conforme a las normas enunciadas, existen ciertos contratos que requieren liquidarse, bien de manera bilateral o unilateral, en el entendido de que ambas formas concluyen el negocio, determinando de manera clara los aspectos técnicos, económicos y financieros que quedan pendientes, como de lo ejecutado y recibido a satisfacción. Es esta también la oportunidad para acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. Ahora bien, es necesario aclarar que, si bien los efectos de la liquidación unilateral y bilateral son los mismos, lo cierto es que esta última constituye un negocio jurídico y/o acuerdo de voluntades en el que las partes pactan los términos en que termina la relación contractual, en tanto que aquella es un acto administrativo en el que la entidad decide cómo termina la relación negocial. La diferenciación hecha en el párrafo que precede es importante en el entendido de que de las discrepancias que surgen durante el contrato debe quedar constancia en el acta de liquidación bilateral como requisito para poder ejercer la acción contractual. (…) Tal y como se indicó (…) el acta de liquidación bilateral de un contrato es un acuerdo de voluntades y/o negocio jurídico que constituye ley para las partes y por ello, para poder acudir a esta jurisdicción a pedir el incumplimiento contractual los motivos de dicha situación debieron quedar expresamente señalados en el documento de liquidación, pues de lo contrario, dada la obligatoriedad de los pactado, ello deviene en improcedente. En otras palabras, de las salvedades o constancias efectuadas por las partes en el acta de liquidación depende que puedan acudir ante el juez para que resuelva los reclamos sobre el posible incumplimiento contractual. (…) En el presente caso, el acta de liquidación bilateral del contrato consultoría no contiene salvedad alguna suscrita por las partes, por el contrario, consta en su texto que el objeto del contrato fue cumplido a cabalidad por el contratista y recibido a satisfacción por la contratante. Luego, en principio el incumplimiento contractual alegado no puede ser estudiado en sede judicial, dada la obligatoriedad del acuerdo de voluntades obrante en el acta de liquidación.

**ACTA DE LIQUIDACIÓN DE CONTRATO ESTATAL / Nulidad por vicio del consentimiento / El vicio debe ser probado por quien lo alega.**

También se indicó que cuando lo que se pretende es enjuiciar dicho negocio por haber sido suscrito con vicios en el consentimiento, por error, fuerza o dolo, corresponde a la parte probar su ocurrencia.

**ACTA DE LIQUIDACIÓN DE CONTRATO ESTATAL / Nulidad por vicio del consentimiento / Error de hecho.**

El error de hecho constituye una discordancia entre la realidad y lo que parte cree sobre la identidad de las cosas, es decir, para el caso bajo estudio, una disonancia entre lo definido en el acta de liquidación bilateral y la realidad existente en el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En otras palabras, haber indicado que el objeto contractual fue cumplido a cabalidad, no concuerda con la realidad que evidencia el incumplimiento del contrato. En este sentido, ha indicado el Consejo de Estado: *“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. Lo que interesa en este caso, por existir liquidación bilateral del contrato, es que quien invoca el vicio del consentimiento acredite su configuración para abordar el incumplimiento de las obligaciones de la contraparte, en oposición a la manifestación de la voluntad declarada. El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el cual versa el acto o contrato es distinta a la que se considera, y vicia el consentimiento cuando hay error sobre la persona con la cual se contrata, cuando la calidad o condición de la persona sea la causa principal del negocio jurídico. Ahora bien, no es suficiente la afirmación de quien alega la nulidad puesto que debe acreditarse en efecto la conducta constitutiva de nulidad, es decir, que el supuesto de hecho alegado afecte la validez del acto bilateral y, a su vez, se advierta la dificultad de conocimiento de quien lo alega. Para determinar la existencia de error, entendido como discordancia entre lo definido en el acta de liquidación bilateral y la realidad existente en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, es preciso establecer a quien le correspondía verificar y exigir el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Si en este evento se pactó que el contratista debía informar el incumplimiento o a la entidad establecer esta inobservancia.”*

**CONTRATO ESTATAL / Verificación de cumplimiento corresponde a la entidad estatal / Función del interventor es mediar entre contratista y entidad contratante para cumplir control y vigilancia en el cumplimiento del contrato no sustituir a la entidad estatal.**

La entidad apelante refirió que el haber evidenciado el incumplimiento con posterioridad a la suscripción del acta de liquidación bilateral obedeció a que el interventor del contrato de consultoría no puso en conocimiento de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios los yerros de que adolecía el informe, y es importante, porque tal y como lo afirmó el Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales estaba en cabeza de la Empresa demandante y no de la interventoría. Al efecto, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 preceptuó que para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, y ello es concordante con lo pactado en el contrato de consultoría en el que se indicó que la entidad contratante debía solicitar al contratista los informes que se requirieran en desarrollo del objeto del contrato; exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contractual; y proporcionar la información necesaria para que el contratista pudiera ejecutar las labores. No es de recibo entonces el argumento de la EPGA S.A E.S.P según el cual fue la interventoría la que dio visto bueno a la ejecución de las obligaciones contractuales de consultoría, y gracias a ello, la demandante firmó el acta de liquidación aquí demandada, pues se reitera, la obligación de verificación del cumplimiento es únicamente de la entidad contratante, siendo *“la función del interventor de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato, más no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial”* Ahora bien, tampoco es aceptable lo referido por Empresas Públicas de Garagoa, quien pretende enrostrar un error como vicio del consentimiento aduciendo que como el contrato de consultoría requería conocimientos técnicos y especializados, a dicha empresa no se le puede exigir la responsabilidad de haber verificado el cumplimiento por parte de la contratista, pues como se vio el artículo 14 no exime bajo ninguna circunstancia a las entidades públicas de verificar el cumplimiento del contrato. (…) Ahora bien, de las pruebas obrantes en el plenario se deriva que no es cierto que la entidad demandante haya firmado el acta enjuiciada bajo la confianza del cumplimiento por el visto bueno dado por la interventoría, pues las diferentes actas de reunión allegadas a este expediente, dan cuenta de que a la interventoría sí le dio razones sobre dificultades que conllevarían a que el producto contratado no cumpliera lo pretendido por la EPGA S.A E.S.P, sin que esta última hubiese tomado medida alguna tendiente a lograr el cumplimiento del objeto contractual.

**CONTRATO ESTATAL / Incumplimiento por hecho nuevo / El hecho alegado como nuevo ya se había ejecutado al momento de suscribir el acta de liquidación.**

Finalmente, con respecto al argumento del recurso de apelación, según el cual puede alegarse el incumplimiento del contrato por hechos nuevos y posteriores a la firma del acta de liquidación, que para este caso se materializan en el año 2016 cuando CORPOCHIVOR señaló que el informe presentado por la contratista no era útil para el desarrollo del proyecto, el mismo no ha de prosperar por cuanto era deber de la entidad verificar el cumplimiento antes de la suscripción del acuerdo de voluntades, y de otra parte, porque dicha situación no puede ser tenida en cuenta como hecho nuevo para pedir el incumplimiento del contrato. Al efecto, téngase en cuenta que el hecho nuevo es aquel presupuesto fáctico que avizora el incumplimiento y que nace después de haberse firmado la liquidación bilateral, como, por ejemplo, cuando la estructura de una obra presenta falencia algún tiempo después de haberse liquidado en contrato. No obstante, el hecho de que Corpochivor haya hecho el requerimiento en el año 2016, en el que da cuenta de que el informe presentado por la contratista no es útil para el desarrollo del proyecto del Relleno Sanitario, no constituye un hecho nuevo que permita apoyar el incumplimiento contractual, pues el informe suscrito es el mismo antes y después de dicho requerimiento. En otras palabras, si eventualmente la contratista incumplió la consultoría dicho incumplimiento se desprende del contenido del informe, el cual estaba presente al momento de la firma del acta más no surgió cuando Corpochivor requirió a la EPGA. S.A E.S.P. para que completara el documento que en principio haría inviable la ejecución del proyecto.

**NOTA DE RELATORÍA:** El documento que se presenta al público ha sido modificado para incluir los anteriores descriptores de la providencia, más no para modificar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la providencia original. Para validar la integridad del documento los interesados pueden consultarlo a través de la plataforma SAMAI.

Tunja, 9 de marzo de 2022

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Medio de control | **:** | **Controversias contractuales** |
| Demandante | **:** | **Empresas Públicas de Garagoa S.A E.S.P** |
| Demandado | **:** | **Myriam Paredes Ceballos** |
| Expediente  | **:** | **15001-33-33-005-2017-00197-01** |

|  |
| --- |
| Tema: El acta de liquidación bilateral del contrato es un acuerdo de voluntades y/o negocio jurídico vinculante para las partes. En el presente caso se alegó el error como vicio del consentimiento, el cual no se acreditó, así como tampoco se probó la presencia de un hecho nuevo. |

Magistrado ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2018 por el **Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja,** **que negó a las pretensiones de la demanda**.

1. **ANTECEDENTES**

Se concurre a través del medio de control de Controversias Contractuales, con el fin de que se concedan las siguientes:

1. **Pretensiones**

Que se declare la nulidad del acta de liquidación de fecha 4 de septiembre de 2015 del contrato de consultoría No 010 de 2015 **s**uscrito entre las Empresas Públicas de Garagoa S.A. E.S.P y la ingeniera MYRIAM YOLANDA PAREDES CEBALLOS cuyo objeto era “Realizar estudios especializados para la terminación de la construcción del Relleno Sanitario del Municipio de Garagoa”, por la suma de $73.200.000.

Que, en consecuencia, se efectúe la liquidación judicial del contrato de consultoría No 010 de 2015, con base en los ítems contratados y lo ejecutado dentro del producto entregado por la ingeniera MYRIAM YOLANDA PAREDES CEBALLOS.

Que se ordene el pago de los perjuicios causados a Empresas Públicas de Garagoa por el incumplimiento del contrato de consultoría No 010 de 2015 suscrito el 4 de marzo de 2015.

1. **Fundamentos fácticos**

Narra la demanda que Empresas Públicas de Garagoa S.A E.S.P. requirió contratar los estudios especializados para la terminación y construcción del relleno sanitario del municipio de Garagoa, para lo cual efectuó la invitación pública No 03/15, con un plazo de ejecución de 45 días, desde le fecha del acta de inicio.

El día 4 de marzo de 2015 entre Empresas Públicas de Garagoa S.A ESP y la ingeniera MYRIAM YOLANDA PAREDES CEBALLOS, se suscribe contrato de consultoría No 010 cuyo objeto es *“Realizar estudios Especializados para la terminación de la Construcción del Relleno Sanitario del Municipio de Garagoa”*.

La contratista presentó informe el día 4 de septiembre de 2015 entregando el producto del contrato de consultoría, sin que la interventoría advirtiera irregularidad alguna en los productos entregados por la contratista, motivo por el cual se efectuó la liquidación bilateral del contrato. Aclara, no obstante, que la entidad territorial no posee conocimientos especializados respecto al tema del contrato.

Los estudios presentados por la contratista fueron entregados a CORPOCHIVOR, cuyos profesionales al hacer análisis del contenido del informe señalaron que en el documento no existe análisis a profundidad de la información existente, que existen inconsistencias entre las páginas 517 a 551, por cuanto es una copia de la guía de gestión de residuos sin hacer análisis del caso concreto, encontrando que el estudio no es claro por cuanto no determina de forma fehaciente sobre la viabilidad o no del proyecto, del mismo modo el informe es incompleto, es así que no se cumple con el objetivo general de la consultoría. En tal sentido recomendó realizar los estudios faltantes y cumplir con lo estipulado en el concepto técnico.

En tal sentido, Corpochivor requiere el 13 de abril de 2016 al Gerente de EPGA para que se corrija y complemente el informe con el fin de garantizar estabilidad en la etapa de operación cierre y las posteriores a la clausura.

Conforme a lo anterior, el producto entregado no fue útil para la realización del proyecto para el cual fue contratado e impidió continuar con su desarrollo, lo que implica que la demandada incumplió con el contrato de consultoría.

**3. Fundamentos de derecho, normas vulneradas y concepto de la violación**

Adujo que el contrato de consultoría suscrito con la demandada no se ejecutó de acuerdo al estudio especializado en razón a que las características propias de cada terreno varían y lo que hizo la contratista fue transcribir y/o copiar una guía de gestión de residuos realizado por Jorge Jaramillo de la Universidad de Antioquia Colombia, con lo cual vulneró los principios de buena fe y de eficiencia, toda vez que el producto entregado no se encuentra ajustado a la norma técnica. El informe se halla incompleto porque no se presenta de acuerdo a los requerimientos del contrato y con ausencia de normas técnicas e incumplimiento de obligaciones contractuales.

De otra parte, señaló que hubo un error en el consentimiento en la firma del acta bilateral, pues ello obedeció a que la interventoría dio viabilidad para ello. Ahondó la entidad en el vicio del consentimiento como causal de nulidad del acta de liquidación del contrato.

1. **ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue presentada el 16 de noviembre de 2017 ante el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja,[[1]](#footnote-1) quien mediante providencia del 30 de noviembre de 2017 admitió la demanda, ordenando notificar a la demandada y al Ministerio Público conforme a lo previsto en los artículos 199 y 612 del CPACA[[2]](#footnote-2).

1. **Contestación de la demanda[[3]](#footnote-3)**

La ingeniera Myriam Yolanda Paredes Ceballos presentó contestación de la demanda a través de apoderada judicial, y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al considerar que cumplió con el objeto contractual y dentro de las obligaciones de la contratista no estaba pactado que debía entregar el proyecto a Corpochivor ni mucho menos se dio a conocer en la invitación los requerimientos que la Empresa tenía con ellos.

Dentro del objeto del contrato se encontraba determinar la viabilidad de la construcción del relleno sanitario, habiéndose establecido que de acuerdo con los estudios especializados el relleno no se puede construir ya que ni técnica, ni económica, ni ambiental, ni social, ni jurídicamente era viable.

Concluyó el concepto que se trataba de un sitio susceptible de deslizamiento evidenciado el riesgo alto aun estando sin los residuos, siendo recomendable la reubicación del sitio por encontrarse niveles freáticos a menos de un metro, siendo además una zona inestable, con estratos de suelos altamente compresibles, de conformidad al reglamento de agua potable y saneamiento básico.

El informe suscrito por la contratista fue revisado por la interventoría quien solicitó ampliar el número de ensayos, y ello se llevó a cabo los días 7 y 15 de julio en compañía de la interventoría, quien finalmente sugiere adecuar los estudios a la normatividad NSR 2010, lo cual también se cumplió. Por lo anterior, la interventoría dio visto bueno al informe el cual concluyó que el sitio debía ser remplazado dadas las condiciones mínimas exigidas en la normatividad ambiental vigente, y que el daño ambiental no es mitigable, dadas la condiciones geológicas e hidrológicas existentes y la cercanía al río Garagoa.

Ahora bien, el informe suscrito por CORPOCHIVOR, fue con ocasión de sus apreciaciones, pero dicha entidad no hizo parte de la ejecución del contrato de consultoría, no estando la contratista obligada a responder sus requerimientos.

Indicó que el acta de liquidación bilateral del contrato es vinculante y frente a ella resulta improcedente formular reclamación judicial con aspectos definidos por las partes en la misma liquidación, salvo que se invoque un vicio en el consentimiento que haya quebrantado la manifestación de la voluntad o por haberse consignado expresas salvedades frente a lo acordado como balance de cuentas.

No puede la entidad demandada pedir la nulidad del acta de liquidación atribuida a una obligación que no hizo parte de la relación contractual, y haciendo ver que no había idoneidad por parte de la entidad para recibir el trabajo entregado, situación que no es cierta, dado que la entidad contratante suspendió la ejecución del contrato de consultoría mientras se contrataba una persona idónea que pudiera realizar interventoría al mismo, hecho que generó mayores costos y demoras en la ejecución del contrato.

Señaló que en este caso no se presenta error porque las partes sabían que estaban celebrando un contrato de consultoría y tampoco hay error en la identidad de la cosa, pues el producto entregado fue el que se desprendió del objeto contratado, razón por la cual el interventor avaló su liquidación. No obstante, lo que pretende la demandante es que la demandada cumpla con unas obligaciones ante CORPOCHIVOR que no fueron adquiridas en el contrato, pues allí no se pactó que la contratista presentaría los informes a la CAR ni que le respondería sus requerimientos.

Culminó la parte demandada señalando que en el presente caso no se presenta ningún vicio del consentimiento que pueda llevar a declarar la nulidad del acta de liquidación bilateral del contrato de consultoría.

1. **Audiencia inicial**

Procedió el a quo a fijar fecha para realizar audiencia inicial para el día 7 de julio de 2018[[4]](#footnote-4),y evacuadas sus etapas al tenor del artículo 180 del C.P.A.C.A, se fijó fecha para el recaudo probatorio.[[5]](#footnote-5)

Realizadas las audiencias de pruebas, se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión.

* **Alegatos de conclusión presentados por la entidad Demandante[[6]](#footnote-6)**

Reiteró los argumentos esbozados en la demanda.

**Alegatos de conclusión presentados por la demandada[[7]](#footnote-7)**

Indicó que no es procedente la declaratoria de nulidad del acta demandada, porque el objeto del contrato fue cumplido a cabalidad, diferente es que la entidad demandante haya pretendido que se legalice la viabilidad del predio objeto de consultoría, porque en el mismo hizo inversiones, la cuales, con ocasión del informe rendido, podrían ser constitutivas de daño fiscal, por lo que pretende cambiar el resultado de la consultoría. Finalmente, reiteró los argumentos de defensa esbozados en la contestación de la demanda.

**III. FALLO RECURRIDO**

El Juzgado Quinto Administrativo Oral de Tunja profirió sentencia el 26 de abril de 2019, resolviendo:

“**PRIMERO: Negar** las pretensiones de la demanda instaurada por **EMPRESAS PÚBLICAS DE GARAGOA S.A E.S.P** en contra de **MYRIAM YOLANDA PAREDES CEBALLOS,** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: Condenar** en costas a la parte DEMANDANTE.

**TERCERO.** De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en caso de existir remanentes sobre los gastos ordinarios del proceso, por Secretaría devuélvanse a la parte interesada**.**

**CUARTO. Notificar** la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA.

**QUINTO.** Archívese el expediente, una vez en firme esta providencia, dejando las constancias a que haya lugar en el Sistema de Gestión Judicial Siglo XXI.

(…)

Señaló, en síntesis, que el acta de liquidación bilateral que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Se debe atender, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él.

Conforme a lo anterior, y en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la liquidación efectuada de común acuerdo constituye un verdadero negocio jurídico bilateral, que tiene, por tanto, fuerza vinculante, a menos que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento. No obstante, en caso de que una de las partes presente reparo debe manifestar que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre lo que hubiese sido motivo de inconformidad, pero únicamente respecto de los temas puntuales materia de discrepancia que quedaron consignados expresamente en ella.

En tal sentido, ha indicado el alto Tribunal que las diferencias surgidas con respecto a la liquidación bilateral, únicamente pueden versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado el desacuerdo al momento de la respectiva liquidación final del contrato, con fundamento en el artículo 1602 del Código Civil según el cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

Al descender al caso concreto señaló la primera instancia que en el acta de liquidación demandada no se observan salvedades por parte del contratante, así como tampoco se observa observación alguna en el acta modificatoria al contrato suscrita el 25 de marzo de 2015.

Evidenció el a quo que desde el año **2014 CORPOCHIVOR** rindió informe técnico donde estableció la necesidad de realizar correcciones en lo relacionado con la parte geológica, geotécnica, topográfica, hidrogeológica, de obras civiles y ambiental; aunado a lo anterior la **CAR** en el mismo año requirió a la Empresa de Servicios Públicos de Garagoa la presentación imperativa e intervención de los estudios de estabilidad y con base a dichos requerimientos, consideró el a quo que lo correcto hubiera sido que la contratante advirtiera la amenaza que aquejaba la ejecución del contrato para implementar las correcciones y actividades a que hubiera lugar, teniendo en cuenta que el producto fue entregado el 12 de agosto de 2015 por la contratista.

En otras palabras, la empresa contratante desde el año 2014, debía tener unas especificaciones claras en lo relacionado con la parte geológica, geotécnica, topográfica, hidrogeológica, de obras civiles y ambientales, pues para entonces CORPOCHIVOR ya le había efectuado correcciones al anterior estudio. En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la no entrega de los estudios de acuerdo con los ítems y condiciones útiles para la realización del proyecto de relleno sanitario del municipio de Garagoa, no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, modificaciones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, la reclamación o pretensión ulterior es improcedente por vulnerar el principio de buena fe contractual.

Arguyó además que la empresa contratante suscribió el acta de liquidación sin prever las manifestaciones que Corpochivor haría y las correcciones que ordenó y que hoy reclama ante la jurisdicción contencioso administrativa, amparando en una buena fe subjetiva que hizo consistir en la supuesta convicción de que la contratista considerando los criterios sobre los cuales se había efectuado el estudio eran correctos y cumplían a cabalidad con lo contratado. Es parte de la buena fe, informar a la otra parte lo que no se hizo, pero en el presente caso, pese a tener conocimiento de los requerimientos de CORPOCHIVOR no estipuló cláusula alguna para corregir las falencias puestas en evidencia de manera previa.

A lo anterior se suma que la entidad hizo uso de la figura del interventor el cual señaló que se cumplieron con todas las exigencias establecidas por la empresa de servicios públicos y durante la ejecución del contrato siempre estuvo presente, además de estarlo un delegado de CORPOCHIVOR. Aunado a lo anterior, no se evidencia que durante el término de ejecución del contrato la contratista haya manifestado inconformidad alguna con respecto al cumplimiento del objeto contractual.

Por lo anterior, e a quo negó las pretensiones de la demanda.

1. **SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN**

La parte Demandante, inconforme con la decisión de primera instancia interpuso recurso de apelación señalando que:

1. Al tenor del concepto técnico rendido por **CORPOCHIVOR**, el producto de la consultoría presenta deficiencias técnicas, por lo que no satisface el objeto del contrato y ello impide que dichos estudios sean utilizados para el desarrollo del proyecto determinado, vulnerando con ello el principio de eficiencia.

Entre las deficiencias del producto se encuentra que parte del escrito es una copia de otro estudio; errores en fotointerpretación, construcción de estereograma; no cuenta con informe de geología local sino regional; tampoco con hidrología local sino regional; no se presentó plano de ubicación de los sondeos; no se realizaron los sondeos eléctricos; faltó aplicar la topografía al proyecto en general; no se presentó claramente la propuesta técnica para hacer el proyecto viable técnicamente; no se cumplió con el objetivo general de la consultoría que era recopilar y analizar información del área de geología e hidrogeología.

1. Error en el consentimiento por deficiencias en la interventoría. Señaló que si bien el contrato de consultoría fue liquidado bilateralmente, **ello se dio por deficiencias en la interventoría realizada por la empresa Ingeniería S.A.S**, pues la interventoría contratada por la empresa para efectuar el seguimiento de las obligaciones contractuales no puso en conocimiento de la empresa los yerros de que adolecían los estudios realizados, errores que a la postre fueron evidenciados por CORPOCHIVOR en el requerimiento hecho a Empresas Públicas de Garagoa.

En otras palabras, dado lo técnico del informe, la entidad se apoyó en la interventoría que se suponía contaba con conocimiento especializado, y con base a dicho criterio que no hizo observación alguna, procedió a liquidar el contrato, incurriendo en error como vicio del consentimiento que permite enjuiciar el acta de liquidación del contrato.

En tal sentido, trajo a colación jurisprudencia del Consejo de Estado que ha señalado que el acta de liquidación bilateral del contrato no es susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza, dolo), a menos que dicha liquidación se haya suscrito con salvedades o reparos por alguna de ellas, en el mismo momento de su firma.

1. Adujo la existencia de incumplimiento contractual de consultoría No 010 de 2015 por la ocurrencia de hechos nuevos y posteriores. En tal sentido, en concordancia con pronunciamientos de Consejo de Estado si la causa de la demanda obedece a circunstancias posteriores y desconocidas para las partes al momento de firmar el acta, es lógico que puedan reclamarse jurisdiccionalmente los derechos en su favor, pues en tal caso desaparece el fundamento de dicha prohibición, es decir, que allí no se afectaría el principio de buena fe contractual. Por ejemplo, un problema de estabilidad en la obra se podrá exigir después de suscrita el acta de liquidación bilateral, pues a la hora de su firma, la obra podía estar estable.

Al efecto, la irregularidad en el presente caso subyace en el momento de la verificación por parte de **CORPOCHIVOR** del contenido de los estudios especializados para la terminación de la construcción del relleno sanitario del Municipio de Garagoa, luego el conocimiento posterior de la irregularidad, no puede ser motivo para aducir la mala fe de la aquí Demandante, y por el contrario ello la legitima para acudir a la jurisdicción a pedir la nulidad del acta de liquidación bilateral, máxime cuando el incumplimiento del contrato de consultoría afecta el interés general.

**V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

El Juez Quinto Administrativo de Oralidad de Tunja concedió en el efecto suspensivo para ante esta Corporación el r**ecurso de apelación interpuesto por entidad demandada**[[8]](#footnote-8).

Mediante providencia del 12 de diciembre de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada[[9]](#footnote-9).

A través de proveído de 14 de febrero de 2019 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la consideró innecesaria, ya que las partes no solicitaron pruebas y se ordenó en su lugar la presentación de los alegatos por escrito, tal y como lo autoriza el numeral 4º del artículo 247 del CPACA[[10]](#footnote-10), término dentro del cual, las partes reiteraron los argumentos esbozados en primera instancia.

* **Alegatos presentados por el Ministerio Público**

Luego de hacer un estudio de los antecedentes del caso indicó que la liquidación bilateral del contrato es de naturaleza negocial o convencional por lo que resulta ser vinculante para las mismas partes y su contenido debe establecer los acuerdos si los hubiere, las conciliaciones y las transacciones a que llegaren las partes.

En tal sentido, si la liquidación ha sido suscrita con salvedades, bien sea porque alguna de las partes no está de acuerdo con lo allí consignado, o porque a su criterio deben incluirse otros aspectos, debe ser clara y precisa a la hora de manifestar sus objeciones, pues esta resulta ser la oportunidad pertinente para proceder con ello, así como también, referir que se reserva el derecho de acudir ante la administración de justicia para reclamar sobre las objeciones que presentó.

Conforme a lo anterior, el negocio jurídico de liquidación bilateral debe reunir los requisitos de existencia y validez de todo contrato, pues para declarar su nulidad es necesario que se configure una de las causales previstas en la Ley. Conforme a ello, la jurisprudencia contenciosa administrativa, ha sostenido sobre este punto, que una vez liquidado el contrato de mutuo acuerdo, dicho acto podría ser enjuiciado por vía jurisdiccional cuando se invoque algún vicio del consentimiento.

En esa medida, cuando las partes al momento de suscribir el acta de liquidación de manera conjunta, obviaron y omitieron el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley, y que ello fue la causa de no haber formulado las observaciones o inconformidades y salvedades respectivas, debe entonces examinarse si en ese caso concreto se encuentra maculado de algún tipo de vicio en el consentimiento, que pueda afectar su validez y eficacia jurídica, no obstante, quien alega dicha circunstancia le corresponde la carga probatoria de probar la configuración de lo alegado.

Descendiendo al caso concreto, señaló que en el acta de liquidación del contrato ninguna de las partes dejó constancia de inconformidad referente a las obligaciones contractuales y por el contrario se anotó que el objeto del contrato fue cumplido a cabalidad por el contratista y recibido a entera satisfacción por el contratante.

En tal sentido si lo que se alega es el vicio de error sobre el contenido del acta, entendido como discordancia entre lo definido en el acta de liquidación bilateral y la realidad existente en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, es preciso establecer a quien le correspondía verificar y exigir el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, y en tal sentido concluyó que dicha obligación era propia de la entidad contratante más no del interventor, dado que este último no tiene como función la de sustituir a la entidad frente a sus propias competencias.

Por su parte, indicó la agencia que el incumplimiento contractual de la consultoría por la ocurrencia de hechos nuevos y posteriores, no es admisible, dado que desde el año 2014, Empresas Públicas de Garagoa ya tenía conocimiento de las exigencias que requería Corpochivor para la puesta en marcha y operación del proyecto “Planta Regional de Aprovechamiento, tratamiento y disposición final de residuos sólidos del municipio de Garagoa.”

En consecuencia, no es un hecho nuevo para la entidad las exigencias y requerimientos que solicitaba Corpochivor, para dar visto bueno al proyecto mencionado, situación esta que la entidad demandante no puso en conocimiento a la contratista, a efectos de atender lo solicitado por la CAR. Dado lo anterior, el Ministerio Público solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

**VI. CONSIDERACIONES**

1. **Competencia**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

Ahora bien, el articulo 104 numeral 3 del CPACA estableció que la Jurisdicción Contencioso Administrativa está instituida para conocer de los procesos relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.

En el presente caso la demandante es la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Garagoa Boyacá, quien según Escritura Pública No 536 del 31 de marzo de 2005 tiene como objeto la operación, mantenimiento, expansión, explotación comercial y prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo en la ciudad de Garagoa.

Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 370 de la Constitución Política de Colombia, corresponde al Presidente de la República, señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, facultad que, a su turno, fue delegada en las Comisiones de Regulación mediante Decreto 1524 de 1994, en concordancia con lo estipulado en el artículo 68 de la Ley 142 de 1994.

Las Comisiones de Regulación, según lo establecido por el articulo 73 de la Ley 142 de 1994, tienen la función de *“regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad”.*

En virtud de dicha competencia, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, expidió la Resolución CRA 293 de 2004 “*Por la cual se establecen disposiciones para la inclusión de cláusulas exorbitantes o excepcionales en los contratos de las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo*”, cuya vigencia fue ratificada en la Resolución No 943 del 29 de abril de 2021 “*Por la cual se compiló la regulación general de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo.”* En dicho acto, la Comisión estableció:

**“ARTÍCULO 1.4.3.1. CONTRATOS EN LOS CUALES DEBEN PACTARSE CLÁUSULAS EXCEPCIONALES.** Todas las personas prestadoras de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico o de las actividades complementarias de los mismos a que se refiere esta resolución, deberán pactar las cláusulas exorbitantes o excepcionales a que se refiere el artículo [14](https://normas.cra.gov.co/gestor/docs/ley_0080_1993.htm#14) de la Ley 80 de 1993 en los siguientes contratos:

(...)

b) En los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, y los de mantenimiento siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo en los niveles de calidad y continuidad debidos.

(...)

**PARÁGRAFO.** Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley [80](https://normas.cra.gov.co/gestor/docs/ley_0080_1993.htm#INICIO) de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.”

Es entonces **el contrato de consultoría** de aquellos que, conforme a lo dispuesto por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, **debe contener cláusulas exorbitantes y o excepcionales**, de donde se colige que esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto, por disposición del referido numeral 3 del artículo 104 del CPACA.

Aunado a lo anterior, téngase en cuenta que en la **CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA** del contrato de consultoría No 10 de 2015 se pactó que la entidad contratante podría **terminar unilateralmente el contrato** mediante escrito dirigido al contratista con una anticipación no menor a 8 días, procediendo a pagar al contratista las sumas debidas y no pagadas por servicios ejecutados satisfactoriamente hasta la fecha de terminación, **cláusula esta que tiene la connotación de exorbitante**

Por lo anterior, el conocimiento de esta controversia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 del CPACA, le corresponde a esta jurisdicción.

1. Oportunidad en el ejercicio del medio de control

El artículo 164 del CPACA numeral 2 literal j estableció que la demanda relativa a contratos debe ser presentada, so pena de que opere la caducidad, dentro del término de dos años que se contarán para el presente caso desde el día siguiente a la firma del acta de liquidación bilateral.

El acta de liquidación bilateral del contrato de consultoría No 010 de 2015 fue suscrita el 4 de septiembre de 2015, lo que quiere decir que la parte Demandante contaba con dos años para presentar la demanda, que transcurrirían entre el 5 de septiembre de 2015 y en 5 de septiembre de 2017.

Sin embargo, el 17 de mayo de 2017 se suspendió el término de caducidad, con ocasión de la solicitud de conciliación prejudicial elevada ante la Procuraduría 67 Judicial I para asuntos administrativos[[11]](#footnote-11), la cual culminó el 28 de agosto de 2017 con acta que declaró fallida la conciliación.

No obstante, al tenor de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, la interrupción del término de caducidad por solicitud de conciliación prejudicial, solo ocurrirá por el término máximo de 3 meses que son improrrogables.

En tal sentido, la suspensión de la caducidad se dio hasta el 17 de agosto de 2017, reanudándose el término de caducidad por los tres meses y 19 días que faltaban para el momento de la suspensión. En consecuencia, la parte demandante tenía hasta el 5 de diciembre de 2017 para acudir a presentar la demanda y lo hizo el 16 de noviembre de 2017, esto es, en término.

1. Problema jurídico

Conforme al recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, **corresponde a la Sala establecer si debe revocarse la sentencia de primera instancia por**:

1. Encontrarse acreditado un vicio del consentimiento que llevó a la entidad demandante a suscribir acta de liquidación bilateral del contrato de consultoría No 010 de 2015.
2. Por encontrarse acreditado incumplimiento contractual del contrato de consultoría No 010 de 2015 por la ocurrencia de hechos nuevos y posteriores.
3. **De lo probado en el proceso**

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

* Copia del contrato de Consultoría No 10[[12]](#footnote-12) suscrito entre Empresas Públicas de Garagoa y la Ingeniera Myriam Yolanda Paredes Ceballos el 4 de marzo de 2015 cuyo objeto era **“Realizar estudios especializados para la terminación de la construcción del Relleno Sanitario del Municipio de Garagoa.**”

En el parágrafo de la cláusula primera se indicó que, para el cumplimiento del objeto del contrato, el contratista debía realizar informe final que reflejara los resultados del estudio, las recomendaciones y las actividades realizadas como anexos del informe

El valor del contrato era de $ 73.200.000 y el plazo de ejecución sería de 45 días contados a partir del acta de inicio que fue el 4 de marzo de 2015. [[13]](#footnote-13)

Se indicó que el contratista se obligaría a:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ÍTEM | DESCRIPCIÓN | UN | CANTIDAD |
| 1 | Levantamiento topográfico, esc 1:1000, curvas de nivel de cada 0.50 m | Ha | 4 |
| 2 | Fotointerpretación | Foto | 1 |
| 3 | Levantamiento Geológico | Ha | 2 |
| 4 | Levantamiento Geomorfológico | Ha | 2 |
| 5 | Hidrogeología | Ha | 2 |
| 6 | Estudio de Suelos | Gl |  |
| 7 | Análisis de estabilidad (Estátixco – Seudo estático) | Un | 2 |
| 8 | Propuesta de Medidas y Obras  | Un | 2 |

En la cláusula séptima se pactaron como obligaciones de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Garagoa las de Cancelar al contratista las sumas estipuladas en la cláusula tercera, en la oportunidad y forma allí establecidas; solicitar al contratista los informes que se requieran en desarrollo del objeto del contrato; exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contractual; y proporcionar la información necesaria para que el contratista pudiera ejecutar las labores.

* Copia del Acta modificatoria No 01 al contrato de Consultoría No 010 de 2015, en el cual se pactó que se ampliaba el pazo de ejecución del contrato por 40 días más, es decir, desde el 18 de abril hasta el 27 de mayo de 2015. Lo anterior, dada la reunión hecha con CORPOCHIVOR en la que se estableció la necesidad de establecer un cronograma de actividades del contratista, con fecha de ejecución de cada una de las labores de campo, para que CORPOCHIVOR realizara el acompañamiento respectivo a EPGA S.A. E.S.P.[[14]](#footnote-14)
* Copia del Acta de Suspensión No 001[[15]](#footnote-15) al Contrato de Consultoría No 010 de 2016 en la que se indicó:

“Que debido a la coyuntura por el cambio de Gerencia de EPGA S.A. E.S.P se requiere la contratación de una interventoría técnica, económica y ambiental que cumpla con el perfil establecido en el RAS Título E.

Que por la época invernal los diferentes estudios especializados de campo presentan variaciones que impiden que el diagnóstico y los diseños definitivos, se ajuste a este periodo bimodal y a situaciones críticas en el relleno sanitario. Por lo tanto es pertinente suspenderlo.

La suspensión se dio a partir del 20 de abril de 2015”

* Copia del acta de reunión suscrita el 28 de mayo de 2015[[16]](#footnote-16) por delegados de Corpochivor, el Procurador Agrario Ambiental, delegados de la EPGA, el interventor del contrato, y la contratista ingeniera Myriam Paredes. En dicha reunión se presentó avance de la ejecución del contrato de consultoría y allí se indicó:

“Se requieren los diseños finales de las obras que se construyó (sic), se requieren obras, lo de campo, laboratorio, análisis, faltan conclusiones, obras que se requieren para garantizar estabilidad, verificar lo que se construyó. Se solicita prórroga de 1 mes para estudios especializados completos. Corpochivor cuenta con la información de la interventoría, y se podrá dar una copia al consultor, garantías de estabilidad, obras adicionales. Se requiere actualizar el proyecto fase II con las obras establecidas en estudios especializados, lo va a evaluar Corpochivor para que haga parte del soporte de la actualización E.E.A y así cumplir con el requerimiento de Corpochivor en el trámite de un acto Administrativo involucrar a licenciamiento ambiental de Corpochivor, invitar, socializar, se analizan tiempos (…)se quedarían cortos y se requiere contar con la actualización del presupuesto y de incluir los costos de obras para estabilizar y analizar cierre financiero.”

* Copia del acta de reunión suscrita el 2 de junio de 2015[[17]](#footnote-17) por delegados de Corpochivor, EPGA, la contratista y la interventoría del contrato de consultoría cuyo asunto a tratar fue identificado como “Proyecto Relleno Sanitario Garagoa – Estudios Especializados”

En dicha reunión se informó que se contaba “con informe geológico, geoeléctrico, sondeos, de una zona de acuífero libre, manejar riesgos de contaminación muy altos, se hizo análisis, exposición desde suelos, hidrología, se realizaron sondeos, manifiestan además que se cuenta con mapa geológico.

Se indicó que en el documento no había informe de geotecnia, cuadro resumen para índices de la cuenca, análisis de inclinación de taludes, puntualizar el proyecto sobre normas de sismoresistencia, obra civil, para el muro de contención, enfocar hacia el muro, verificar estabilidad hacía abajo, parte inferior del muro, próximo al pondaje, estabilidad del pondaje, generar obras en la parte de ese muro, sobre carga del talud es la prioridad para no sobrecargarlo”.

 En esta reunión se hicieron más recomendaciones, que valga indicar, no se transcriben porque son ilegibles.

* Copia del acta de reunión[[18]](#footnote-18) (sin fecha) suscrita por la contratista, la interventoría, el Gerente de EPGA, cuyo objeto era “evaluar el contrato con la ingeniera Myriam Paredes para la realización de estudios especializados del Relleno Sanitario del Municipio de Garagoa y su marco jurídico”. En dicha reunión se indicó:

“Toma la palabra ingeniero Edwin Pardo, interventor contratado por EPGA, manifiesta que realizó visita al terreno y explica el estado del terreno mediante una descripción general, de la calidad del terreno, a la vez revisando el contrato está muy generalizada las descripciones.

1. El ing. Edwin dice que no cuenta aún con un informe de topografía.
2. Fotointerpretación: El ing. Edwin sugiere que se realice una específicamente para el relleno y no apoyarse en las del IGAC que solo pueden ser una guía, según la propuesta de la Ing., Myriam ofrece solo una que es insuficiente. La fotointerpretación va de la mano con la topografía.
3. Cuando se cuente con la fotointerpretación se puede hacer un análisis. Fotos de análisis y geomorfológico, según criterio del interventor esos estudios ya existen con Corpochivor, Corpoboyacá, Universidad Nacional, se necesitaría un Geólogo para que analice el área PONGA.

El ingeniero Reinaldo Vera como miembro principal de la Junta Directiva, explica la importancia del buen manejo de las excusas, y el cumplimiento de los requisitos mínimos del contrato, ajustado jurídico y técnicamente.

Manifiesta que el contrato está con ítems muy generalizados y se quiere corregir con apoyo y trabajo en equipo tanto del contratista y contratante.

Ing, Edwin explica sobre los estudios geoeléctricos, recomienda aumentar puntos de muestreo y sus profundidades para garantizar los estudios especializados.

La Ing. Myriam Paredes explica que en la firma del contrato le manifestaron de la existencia de unos estudios, que está dispuesta a realizar los ajustes del contrato necesarios tanto técnicos como económicos.

Compromisos

El ingeniero Edwin se compromete a presentar propuesta (Ajustar los contratos técnica y presupuestalmente ítem por ítem como también la parte jurídica. El interventor se compromete a entregar un nuevo presupuesto más descriptivo ítem por ítem a la empresa para una mejor orientación”)

El contratista se compromete a entregar a interventoría los informes preliminares de las actividades ya realizadas.”

* Copia del acta de reunión suscrita el 7 de julio de 2015[[19]](#footnote-19) por una delegada de la Gobernación de Boyacá, por la contratista, el interventor y la gerente de EPGA, en la que la ingeniera Matilde Barrera de la Gobernación de Boyacá, señaló que:

“Para darle recibido a los estudios especializados debía hacerse mediante una mesa técnica que incluya a Corpochivor y su visto bueno.

El Ing. Edwin interviene manifestando las falencias del contrato, partiendo del objeto del contrato como estudios especializados. Gobernación, Ing Matilde solicita que interventoría tenga en cuenta los términos contractuales en el convenio 3530 de 2001 y contrato 010 de 2013, garantizando que el producto final satisfaga dichas necesidades contractuales.”

* Copia del acta de reinicio del contrato de consultoría a partir del 27 de agosto de 2015.[[20]](#footnote-20)
* Copia del acta de reunión suscrita el 28 de agosto de 2015 por delegados de Corpochivor, Gerente de EPGA, delegado de la Procuraduría General de la Nación, el alcalde municipal de Garagoa, delegado de la Defensoría, la interventoría del contrato de consultoría, y la contratista. Se indicó que el objeto de la reunión eran las “Conclusiones de los estudios especializados de las condiciones del Relleno Sanitario de Garagoa”.

Algunas de las condiciones que fueron presentadas indican que “el municipio de Garagoa tiene categoría sísmica alta, problemas de estabilidad, intensa erosión, la vía puede sufrir pérdida de bancada, hundimiento, fisura, volcamiento de árboles, movimientos de tierra considerables, dique no funciona, la ladera de cedió… Se indicó que desde el punto de vista técnico y legal no es viable y que no se puede mejorar el dique porque hay que demolerlo; hay que hacer disipadores en concreto, y muros de contención.”

Se evidencia que en la reunión intervino Corpochivor quien señaló que a partir de los estudios analizarían las condiciones para el otorgamiento de la licencia ambiental. Indicó la Corporación en dicha reunión que es necesario ver otras alternativas; consta que Corpochivor, “está satisfecha por un estudio que permite tomar decisiones” pero que a la par están preocupados por los costos para estabilizar el proyecto y fortalecer las empresas que operan los residuos sólidos.

Intervino además el alcalde, indicando que ya se va a dar recibido de los estudios para la liquidación del convenio, y se requiere una segunda etapa, se requiere diseños para muros habiendo un presupuesto preliminar para contención.

Se pactó entonces como compromiso en aquella reunión que CORPOCHIVOR analizaría los estudios y las conclusiones, a fin de presentar una decisión con respecto a la licencia.

* Copia del Acta de liquidación[[21]](#footnote-21) del contrato de Consultoría No 010 de 2015, de fecha 4 de septiembre de 2015, en la que estuvieron presentes la Gerente de EPGA, el interventor del contrato y la contratista.

Se dejaron en el acta las siguientes constancias:

“En este estado del contrato de consultoría No 010/2015 las partes firmantes manifiestan estar totalmente de acuerdo con la presente liquidación y dejan las siguientes constancias:

1. Que el objeto del contrato fue cumplido a cabalidad por el CONTRATISTA y recibido a entera satisfacción por parte del CONTRATANTE.
2. Que en esta acta quedan incluidos todos los valores contratados y ejecutados.
3. Que las garantías se encuentran vigentes y correctamente elaboradas.
4. Que el contratista se hizo responsable del pago de salarios y prestaciones sociales a su cargo para la ejecución del contrato.

No siendo más el objeto de la presente acta de liquidación se firma por los que en ella intervinieron a los cuatro (4) días del mes de septiembre de 2015”

* Copia del auto de requerimiento proferido por CORPOCHIVOR el día 13 de abril de 2016, en el que da cuenta de lo siguiente:

“Que, desde el 14 de abril de 2014, CORPOCHIVOR estableció la necesidad de que se efectuaran correcciones a la actualización del estudio de impacto ambiental de la planta regional para el manejo de residuos sólidos, articulado con el nuevo relleno sanitario del Municipio de Garagoa, en lo relacionado con la parte geológica, geotécnica, topográfica, hidrogeológica, de obras civiles y ambiental y sanitaria.

Que en respuesta a dicho requerimiento, la EPGA el 26 de octubre de 2015 allegó a esa Corporación el documento denominado “Estudios Especializados para la terminación del relleno sanitario del Municipio de Garagoa.

Que, para evaluar los mencionados estudios, se designaron profesionales de CORPOCHIVOR en Ingeniería Geológica, Civil, Ambienta y Sanitaria, quiénes emitieron informe de fecha 18 de diciembre de 2015 en donde conceptuaron que el informe no cumplía en lo referente a fotointerpretación, construcción de estereograma, geología y cortes de detalle, hidrogeología, propuesta de medidas correctoras entre otros.

Se indicó además que el estudio no es claro en la conclusión definitiva en el sentido en que inicialmente define que el proyecto no es viable técnicamente, sin embargo, propone algunas obras aisladas. No presente claramente la propuesta para hacer el proyecto viable técnicamente.

Que no se cumple con el objeto general de la consultoría el cual es recopilar y analizar información técnica especializada en el área de la Geología, geomorfología, hidrogeología, la cual debe concluir con la estabilidad de los taludes, soportadas en datos de campo.

Que la información entregada es incompleta, por lo tanto, no permite continuar con la etapa siguiente del estudio que es la etapa de diseño de obras definitivas (ingeniería de detalle).

Se recomendó realizar los estudios faltantes y cumplir con lo estipulado en el concepto técnico”

1. **De la naturaleza jurídica del acto de liquidación del contrato**

La liquidación es un procedimiento a realizar una vez ha terminado el contrato, y así lo ha reiterado el Consejo de Estado:

“La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, una etapa del negocio jurídico en que las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato, o mejor, la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta, y más adelante las partes valoran el resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y de las obligaciones surgidos del negocio, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a ellos, y que afectan la ejecución normal del mismo, con la finalidad de determinar el estado en que quedan las partes frente a éste”[[22]](#footnote-22)

En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.

En este sentido, en primer término, el Decreto 222 de 1983[[23]](#footnote-23), disponía que la liquidación se haría constar en un acta en la cual se determinarían las obligaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar, o las indemnizaciones a favor del contratista, si a ello hubiere lugar, todo de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato. En caso de no lograr acuerdo alguno se tendría por presentada la de la entidad contratante

Por tanto, como lo ha señalado el Consejo de Estado[[24]](#footnote-24), la ausencia de este contenido mínimo impide asignarle a un documento la aptitud suficiente para entender que liquida un negocio jurídico, por adolecer de la información básica para entender que lo hace.

El artículo 60 Ley 80 de 1.993 modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012 –Ley aplicable al caso concreto por ser la vigente al momento de la celebración del contrato- estableció:

“**Art. 217**. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación. “También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. “En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

“Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para evitar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

“La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.”

La ley 1150 de 2.007 por su parte, prescribió:

**“Art. 60.** De su ocurrencia y contenido. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

Además, el art. 11 de la misma Ley 1150 dispuso:

**“Art. 11**. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

(…)

“Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.”

Conforme a las normas enunciadas, existen ciertos contratos que requieren liquidarse, bien de manera bilateral o unilateral, en el entendido de que ambas formas concluyen el negocio, determinando de manera clara los aspectos técnicos, económicos y financieros que quedan pendientes, como de lo ejecutado y recibido a satisfacción. Es esta también la oportunidad para acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

Ahora bien, es necesario aclarar que, si bien los efectos de la liquidación unilateral y bilateral son los mismos, **lo cierto es que esta última constituye un negocio jurídico y/o acuerdo de voluntades en el que las partes pactan los términos en que termina la relación contractual**, en tanto que aquella es un acto administrativo en el que la entidad decide cómo termina la relación negocial.

La diferenciación hecha en el párrafo que precede es importante en el entendido de que de las discrepancias que surgen durante el contrato debe quedar constancia en el acta de liquidación bilateral como requisito para poder ejercer la acción contractual.

1. **Solución al caso concreto**

Procederá la Sala a resolver los argumentos del recurso de apelación de la siguiente manera:

**4.1 Del presunto error como vicio del consentimiento del Acta de liquidación No 014 de 2015**

Conforme al recurso de apelación presentado por la empresa demandante, el acta de liquidación No 014 de 2015 debe ser anulada porque adolece de error como vicio del consentimiento.

Tal y como se indicó en el acápite normativo y jurisprudencial, el acta de liquidación bilateral de un contrato es un acuerdo de voluntades y/o negocio jurídico que constituye ley para las partes y por ello, para poder acudir a esta jurisdicción a pedir el incumplimiento contractual los motivos de dicha situación debieron quedar expresamente señalados en el documento de liquidación, pues de lo contrario, dada la obligatoriedad de los pactado, ello deviene en improcedente.

En otras palabras, de las salvedades o constancias efectuadas por las partes en el acta de liquidación depende que puedan acudir ante el juez para que resuelva los reclamos sobre el posible incumplimiento contractual.

No obstante, también se indicó que cuando lo que se pretende es enjuiciar dicho negocio por haber sido suscrito con vicios en el consentimiento, por error, fuerza o dolo, **corresponde a la parte probar su ocurrencia.**

En el presente caso, el acta de liquidación bilateral del contrato consultoría **no contiene salvedad alguna suscrita por las partes,** por el contrario, consta en su texto que el objeto del contrato **fue cumplido a cabalidad** por el contratista y recibido a satisfacción por la contratante. Luego, en principio el incumplimiento contractual alegado no puede ser estudiado en sede judicial, dada la obligatoriedad del acuerdo de voluntades obrante en el acta de liquidación.

Por lo anterior, procede la Sala a analizar si realmente se presentó error como vicio del consentimiento en la suscripción del acta de liquidación bilateral.

Al efecto, el artículo 1511 del Código Civil, estableció que “*el error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante”.*

El error de hecho constituye una discordancia entre la realidad y lo que parte cree sobre la identidad de las cosas, es decir, para el caso bajo estudio, una disonancia entre lo definido en el acta de liquidación bilateral y la realidad existente en el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En otras palabras, haber indicado que el objeto contractual fue cumplido a cabalidad, no concuerda con la realidad que evidencia el incumplimiento del contrato. En este sentido, ha indicado el Consejo de Estado:

“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. Lo que interesa en este caso, por existir liquidación bilateral del contrato, es que quien invoca el vicio del consentimiento acredite su configuración para abordar el incumplimiento de las obligaciones de la contraparte, en oposición a la manifestación de la voluntad declarada.

 El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el cual versa el acto o contrato es distinta a la que se considera, y vicia el consentimiento cuando hay error sobre la persona con la cual se contrata, cuando la calidad o condición de la persona sea la causa principal del negocio jurídico.

 Ahora bien, no es suficiente la afirmación de quien alega la nulidad puesto que debe acreditarse en efecto la conducta constitutiva de nulidad, es decir, que el supuesto de hecho alegado afecte la validez del acto bilateral y, a su vez, se advierta la dificultad de conocimiento de quien lo alega.

Para determinar la existencia de error, entendido como discordancia entre lo definido en el acta de liquidación bilateral y la realidad existente en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, es preciso establecer a quien le correspondía verificar y exigir el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Si en este evento se pactó que el contratista debía informar el incumplimiento o a la entidad establecer esta inobservancia.”[[25]](#footnote-25)

El pronunciamiento en cita es importante, dado que la entidad apelante refirió que el haber evidenciado el incumplimiento con posterioridad a la suscripción del acta de liquidación bilateral obedeció a que el interventor del contrato de consultoría no puso en conocimiento de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios los yerros de que adolecía el informe, y es importante, porque tal y como lo afirmó el Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, **la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales estaba en cabeza de la Empresa demandante y no de la interventoría.**

Al efecto, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 preceptuó que para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, y ello es concordante con lo pactado en el contrato de consultoría en el que se indicó que la entidad contratante debía solicitar al contratista los informes que se requirieran en desarrollo del objeto del contrato; exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contractual; y proporcionar la información necesaria para que el contratista pudiera ejecutar las labores.

No es de recibo entonces el argumento de la EPGA S.A E.S.P según el cual fue la interventoría la que dio visto bueno a la ejecución de las obligaciones contractuales de consultoría, y gracias a ello, la demandante firmó el acta de liquidación aquí demandada, pues se reitera, **la obligación de verificación del cumplimiento es únicamente de la entidad contratante**, siendo *“la función del interventor de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato,* ***más no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial”[[26]](#footnote-26)***

Ahora bien, tampoco es aceptable lo referido por Empresas Públicas de Garagoa, quien pretende enrostrar un error como vicio del consentimiento aduciendo que como el contrato de consultoría requería conocimientos técnicos y especializados, a dicha empresa no se le puede exigir la responsabilidad de haber verificado el cumplimiento por parte de la contratista, pues como se vio el artículo 14 no exime bajo ninguna circunstancia a las entidades públicas de verificar el cumplimiento del contrato.

De otra parte, coincide esta Sala con el pronunciamiento hecho por el Ministerio Público, en el entendido de que el informe final que entregó la demandada se hizo bajo el visto bueno de la firma interventora, y si esta cometió algún yerro en la ejecución del contrato de interventoría el juicio de reproche no debe direccionarse a las actuaciones de la contratista Paredes Ceballos, quien obtuvo liquidación del contrato por cumplimiento de sus obligaciones bajo el aval de la interventoría.

No obstante, si EPGA S.A. E.S.P no advirtió las irregularidades del producto final del contrato de consultoría, por la deficiente labor del interventor e**llo evidencia la ausencia de vigilancia y control por la demandante** no solo frente al contrato de consultoría, sino también frente al de interventoría.

En tal sentido, si la demandante considera que fue la firma interventora la que la hizo incurrir en error, estaba en libertad de cuestionar el cumplimiento del contrato de interventoría.

Ahora bien, de las pruebas obrantes en el plenario se deriva que no es cierto que la entidad demandante haya firmado el acta enjuiciada bajo la confianza del cumplimiento por el visto bueno dado por la interventoría, pues las diferentes actas de reunión allegadas a este expediente, dan cuenta de que a la interventoría sí le dio razones sobre dificultades que conllevarían a que el producto contratado no cumpliera lo pretendido por la **EPGA S.A E.S.P,** sin que esta última hubiese tomado medida alguna tendiente a lograr el cumplimiento del objeto contractual.

Al respecto, nótese que en el acta de reunión vista a folios 60 a 61 del expediente, a la cual asistieron las partes del contrato y el interventor, se observa que el interventor manifestó a la entidad contratante que el contrato poseía ítems muy generalizados, aspecto frente al que la entidad no se pronunció.

Por su parte, en el acta de reunión del 7 de julio de 2015 en la que participaron las partes del contrato, el interventor, y una delegada de la Gobernación de Boyacá quién indicó que para poder recibir los estudios especializados debía hacerse una mesa técnica en la que pudiera participar Corpochivor. El interventor, nuevamente indicó que el contrato presentaba falencias, incluso desde su objeto.

En la reunión sostenida el 28 de agosto de 2015 por las partes del contrato, el interventor, por el delegado de **CORPOCHIVOR**, delegado de la Procuraduría General de la Nación y el alcalde de Garagoa se evidencia que **la contratista sustentó el resultado del informe indicando entre otras cosas que el proyecto desde el punto de vista legal y técnico no era viable,** proponiendo ciertas obras que podrían ayudar a mejorar la situación del terreno estudiado.

En esa misma reunión el delegado de Corpochivor **manifestó que dicha corporación se encontraba satisfecha,** porque contaría con el informe que le permitiría pronunciarse frente a la concesión de la **licencia ambiental**, pero a la vez, manifestó su preocupación por el gasto que debe realizar el Municipio para estabilizar el proyecto. El alcalde por su parte puso de presente que se requería una segunda etapa.

Se resalta entonces que de las reuniones de gestión para apreciar los avances del contrato de consultoría era palpable que el informe que se presentaría como resultado de este contrato no haría viable el proyecto del relleno sanitario, pues en la referida reunión del 28 de agosto, la contratista indicó que el proyecto no era viable ni técnica ni jurídicamente.

Bajo la anterior consideración, no puede ahora EPGA afirmar que fue sorpresivo el requerimiento hecho por **CORPOCHIVOR** en el año 2016, quien halló ausente un informe que diera viabilidad al proyecto, y que ello obedeció a que la interventoría nunca lo informó, pues la misma contratante lo indicó en la referida reunión.

Aunado a lo anterior, nótese que el interventor en dos oportunidades señaló que **el contrato de consultoría se encontraba mal redactado** al no tratarse de estudios especializados, e indicó que era procedente ajustar los contratos técnica y presupuestalmente, sugerencia frente a la que en este expediente no obra pronunciamiento por parte d**e EPGA S.A. E.S.P**

Finalmente, en este aspecto también es dable resaltar que **no es cierto que la demandante hubiese sido tomada por sorpresa** respecto de los ítems señalados en el requerimiento hecho en el 2016, pues los mismos fueron requeridos por primera vez en el año 2014. Luego, EPGA S.A. E.S.P no puede alegar que los aspectos del contrato eran lo bastante técnicos como para no entender en ninguna medida lo requerido, máxime cuando como se vio, tuvo acompañamiento permanente de CORPOCHIVOR, de quien tal y como lo afirmó la funcionaria del Gobernación – Matilde Barrera – podía haber solicitado colaboración, antes de proceder a firmar el acta de liquidación bilateral del contrato, que le cerró la puerta para pedir el incumplimiento contractual aquí pretendido.

**4.2. Incumplimiento del contrato por presuntos hechos nuevos y posteriores a la firma del acta de liquidación.**

Finalmente, con respecto al argumento del recurso de apelación, según el cual puede alegarse el incumplimiento del contrato por hechos nuevos y posteriores a la firma del acta de liquidación, que para este caso se materializan en el año 2016 cuando CORPOCHIVOR señaló que el informe presentado por la contratista no era útil para el desarrollo del proyecto, el mismo no ha de prosperar por cuanto era deber de la entidad verificar el cumplimiento antes de la suscripción del acuerdo de voluntades, y de otra parte, porque dicha situación no puede ser tenida en cuenta como hecho nuevo para pedir el incumplimiento del contrato.

Al efecto, téngase en cuenta que el hecho nuevo es aquel presupuesto fáctico que avizora el incumplimiento y que nace después de haberse firmado la liquidación bilateral, como, por ejemplo, cuando la estructura de una obra presenta falencia algún tiempo después de haberse liquidado en contrato.

No obstante, el hecho de que Corpochivor haya hecho el requerimiento en el año 2016, en el que da cuenta de que el informe presentado por la contratista no es útil para el desarrollo del proyecto del Relleno Sanitario, no constituye un hecho nuevo que permita apoyar el incumplimiento contractual, pues el informe suscrito es el mismo antes y después de dicho requerimiento.

En otras palabras, si eventualmente la contratista incumplió la consultoría dicho incumplimiento se desprende del contenido del informe, el cual estaba presente al momento de la firma del acta más no surgió cuando Corpochivor requirió a la EPGA. S.A E.S.P. para que completara el documento que en principio haría inviable la ejecución del proyecto.

Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

1. **Costas**

El artículo 361 del Código General del Proceso, prevé que las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso de un proceso y por las agencias en derecho. Ha dicho la doctrina lo siguiente:

“LAS AGENCIAS EN DERECHO Y LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS. Se ha destacado que dentro del concepto de costas **está incluido el de agencias en derecho, que constituye la cantidad que debe el juez ordenar para el favorecido con la condena en costas con el fin de resarcirle de los gastos que tuvo que afrontar para pagar los honorarios de un abogado o, si actuó en nombre propio, como contraprestación por el tiempo y esfuerzo dedicados a esta actividad.**

Esa fijación de agencias en derecho es privativa del juez, **quien no goza, como pudiera pensarse, de una amplia libertad en materia de su señalamiento**, debido a que debe él orientarse por los criterios contenidos en el numeral 3° del artículo 393 que le imponen el deber de guiarse por “las tarifas establecidas con aprobación del Ministerio de Justicia, por el Colegio de Abogados del respectivo distrito, o de otro si allí no existiere” ...”11 Resaltado fuera de texto.

A efectos de determinar si procede la condena en costas, la Sala advierte que, en sentencia del 22 de febrero de 2018, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “B”. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente con Radicación 25000-23-42-000-2012-00561-02(0372-17), se recoge las posiciones anteriores adoptadas por las Subsecciones A y B de esa Corporación y señala que **para determinar las costas se debe adoptar un criterio objetivo valorativo**, pues el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) impone al juez la facultad de disponer sobre la condena respecto de éstas, “(…) lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso.”

Por su parte, en la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018 por la Subsección "A" con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del expediente con Radicación número: 20001-23-33-000-2012 00222-01(1160-15), se lee lo siguiente:

"(…) Por lo anterior, se colige que **la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes**. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.

Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad (…)" Resaltado fuera de texto

No obstante, en sentencia de la misma fecha, la Subsección "B" con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), se expuso:

"(…) Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva -pues no se refirió a la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial-, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, se debe establecer y estar comprobado en el proceso, **que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena.** Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca determinar su ocurrencia.”

Luego en sentencia proferida el 22 de octubre de 2018 por Subsección "B" de la Sección Segunda, C.P. Doctor Carmelo Perdomo Cueter, expediente con Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00063-02(1074-15) Actor: UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, se precisó:

"(…) Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, **ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses**, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas (…)" Resaltado fuera de texto

Más recientemente, en sentencia proferida por la misma Sección Subsección "A", con ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández el 29 de agosto de 2019, en el proceso Radicado No. 15001-23-33-000-2014-191-01 (2002-2015), actora María Ofelia Leguizamo Carranza, **se acudió al régimen objetivo sin atención al criterio de temeridad.**

Nótese que las citadas providencias plantean criterios opuestos, de manera que, evidenciada tal circunstancia, debe atenderse la postura que resulta más favorable a la parte vencida, pues al no existir en esa Corporación un pronunciamiento consistente y unificado en materia de costas, no puede hablarse de un precedente judicial vinculante para la autoridad judicial, es decir tal circunstancia faculta al juzgador para acoger el criterio que estime más ajustado a derecho. En ese sentido no se impondrán costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Tunja el día 26 de septiembre de 2018, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO.** En firme la sentencia, devuélvase el expediente a su juzgado de origen, previas las anotaciones y constancias a que haya lugar.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

**Notifíquese y cúmplase.**

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

**Magistrado**

DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO

**Magistrado**

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

**Magistrado**

1. Ver folio 97 del expediente. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver folios 99 a 103 del expediente [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver folios 68 a 81 del expediente [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver folio 154 del expediente. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver folios 156 a 160 del expediente [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver folios 184 a 192 del expediente [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver folios 172 a 174 del expediente [↑](#footnote-ref-7)
8. Ver folio 221 del expediente. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ver folio 226 del expediente [↑](#footnote-ref-9)
10. Ver folio 230 del expediente. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ver folio 91 del expediente. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ver folios 31 a 32 del expediente [↑](#footnote-ref-12)
13. Ver folio 37 del expediente [↑](#footnote-ref-13)
14. Ver folios 38 y 39 del expediente. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ver folios 42 y 43 del expediente [↑](#footnote-ref-15)
16. Ver folios 52 a 54 del expediente [↑](#footnote-ref-16)
17. Ver folios 56 a 58 del expediente [↑](#footnote-ref-17)
18. Ver folios 60 a 62 del expediente [↑](#footnote-ref-18)
19. Ver folios 63 a 64 del expediente [↑](#footnote-ref-19)
20. Ver folios 44 y 45 del expediente [↑](#footnote-ref-20)
21. Ver folios 46 y 47 del expediente [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C. catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-26-000-1990-00842-01 (17322). Actor: Asesoría Técnica comercial S.A. Demandado: Departamento de Antioquia y otros [↑](#footnote-ref-22)
23. Artículo 289 [↑](#footnote-ref-23)
24. Ibídem [↑](#footnote-ref-24)
25. ##  Consejo de Estado - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B - Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO - Actor: DISTRITO CAPITAL Demandado: JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ VÁSQUEZ

 [↑](#footnote-ref-25)
26. CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCION TERCERA - SUBSECCION B - Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth - Sentencia del veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199) Actor: Sociedad E.L. Profesionales Ltda. [↑](#footnote-ref-26)