

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / REQUISITOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO

[L]a Ley 142 de 1994 estableció, por regla general, un régimen de derecho privado para los contratos que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Esta misma norma dispuso, en su artículo 31, que las Comisiones de Regulación podían hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes “en ciertos tipos de contratos” y que podría facultar, previa consulta expresa por parte de los prestadores de servicios públicos, su inclusión en los demás contratos. La referida norma señaló, además, que cuando la inclusión resultara forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regiría, en lo pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

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

EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / REQUISITOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL CONTRATO ESTATAL / FACULTAD EXCEPCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN / CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO / FACULTAD DECLARATORIA DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Las facultades excepcionales de las que trata el Estatuto Contractual, como una concreción de los llamados poderes exorbitantes al derecho común, pueden ser ejercidas por las entidades públicas, exclusivamente, en los casos, bajo las condiciones y los requisitos que autoriza la ley, esto, en atención al principio de legalidad que rige las actuaciones administrativas. En este sentido, la inclusión de una cláusula del contenido y el significado de la caducidad requiere una habilitación normativa que, para el caso de los contratos regidos por el Estatuto Contractual, se encuentra en los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993. Esta cláusula puede hacer parte de los contratos que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios, bien porque así lo decida la Comisión de Regulación correspondiente, de oficio, y en atención indiscutible a la garantía de continuidad del servicio, o con ocasión de su solicitud por parte de un prestador de servicios públicos domiciliarios, como ocurre en el caso de la CRA, de conformidad con el artículo 1.3.3.3 de la Resolución 151 de 2001. (...) en el origen mismo de las cláusulas exorbitantes o excepcionales (que han servido como criterio de identificación de los contratos administrativos), se encuentra la garantía del interés general, particularizado, para el caso de servicios públicos como los domiciliarios, en la necesaria continuidad en la prestación del servicio. Esta nota ha inspirado, desde siempre, la concepción misma de una facultad como la caducidad administrativa, cuyo elemento esencial ha sido el evitar que un incumplimiento contractual pueda poner en peligro la efectiva y continua prestación del servicio público.

FUENTE FORMAL: RESOLUCIÓN 151 DE 2001 - ARTÍCULO 1.3.3.2 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 14 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 18

CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / CADUCIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / REQUISITOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL CONTRATO ESTATAL / INTERÉS GENERAL / NORMA DE DERECHO PÚBLICO / APLICACIÓN DE LA NORMA DE DERECHO PÚBLICO / ESTADO SOCIAL DE DERECHO / FINES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La caducidad administrativa, como prerrogativa pública concebida para garantizar la prestación del servicio público y su continuidad, ha sido catalogada como una auténtica potestad exorbitante, con la que se tutela el interés general de la comunidad ante situaciones de incumplimiento contractual que pongan en peligro la prestación de un servicio público. Tiene una entidad de tal naturaleza que se convirtió en el primer elemento que permitió la sustantividad de los contratos que celebra el Estado en el ordenamiento jurídico colombiano. Esta facultad excepcional, este poder ejercido para la garantía del interés general, tiene lugar cuando el contrato aún se encuentre en ejecución, pues pretende evitar, justamente, la paralización en la prestación del servicio público. Con la inclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios se incorpora un régimen de derecho público a aspectos concretos de un contrato regido, por regla general, por el derecho privado, cuyo régimen común, por demás, sigue siendo realidad para los demás aspectos contenidos en la relación contractual. El arribo de estas normas se justifica, en gran parte porque, si bien, de conformidad con el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, los servicios públicos pueden ser prestados por particulares, el que estos se entiendan inherentes a la finalidad social del Estado justifica que quienes se encarguen de su prestación (sean públicos o privados) tengan a mano instrumentos con miras en la continuidad del servicio, en pro del interés general.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 365

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia de la Corte Constitucional C 272 de 1998.

PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO / PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ALCANTARILLADO / EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ / EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / REQUISITOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE OBRA / CONTRATO DE OBRA PÚBLICO

Para el caso de la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, se supone que la respectiva Comisión de Regulación, tras adelantar el análisis económico del impacto de la aplicación de las cláusulas excepcionales y de decidir en qué casos son obligatorias y en cuáles debe solicitarse su inclusión, determinó que debían pactarse facultades excepcionales en una tipología contractual como la que acá se estudia, esto es, en un contrato de obra (...) La deslegalización que contempló el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, dejando en manos de una entidad administrativa como la CRA la posibilidad de decidir si pueden o deben incluirse

cláusulas exorbitantes en contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios, tuvo, sin dudas, un fundamento técnico y económico, cuyo trasfondo es la compatibilidad de la continuidad del servicio con el impacto económico que dicha inclusión pueda tener en servicios públicos que fueron liberalizados desde la Constitución Política.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 31 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA

EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ / EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / REQUISITOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA DE CADUCIDAD CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CLÁUSULAS EXORBITANTES EN EL CONTRATO ESTATAL - Solo pueden incluirse ante la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario derivada del incumplimiento contractual / CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO

[E] prestador que pretende suscribir un contrato en el que se incluyan cláusulas excepcionales debe estudiar y determinar, de forma previa a su celebración, si, en efecto, el incumplimiento del acuerdo que se propone celebrar puede poner en peligro la continuidad en la prestación de un servicio público domiciliario. (...) la EAAB omitió, por completo, el cumplimiento de este requisito. (...) y se limitó a dejar consagrado que dichas cláusulas podían llegar a tener lugar, con todo y que luego, en su pacto contractual, decidió excluirlas expresamente. Lo anterior constituye una muestra de la falta de planeación, preparación e, incluso, preocupación por un contrato sobre el cual, con posterioridad, se pretendería hacer efectiva una prerrogativa pública de la categoría de la caducidad administrativa. De esta manera, se identifica que se desatendió cualquiera referencia a la importancia que tenía para el caso particular la continuidad en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado, en contratos donde ello resultaba ser absolutamente necesario, dado el régimen de derecho privado aplicable para los contratos celebrados por las empresas regidas por la Ley 142 de 1994. (...) la EAAB no solo no puso de presente, durante la etapa de formación del contrato y, en especial, en los términos y condiciones, que el contrato de obra que se celebraría era de aquellos en los cuales su incumplimiento traería como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio pública domiciliario de acueducto o alcantarillado, sino que llegó a afirmar que esta característica se “deducía” del objeto del contrato.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994

EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ / EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / REQUISITOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS EXORBITANTES EN EL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Solo pueden incluirse ante la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario derivada del incumplimiento contractual / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO

ADMINISTRATIVO / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA DE CADUCIDAD CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

[L]a EAAB desentendió uno de los deberes relativos a la inclusión forzosa de las cláusulas excepcionales, contenido en el artículo 1.3.3.2 de la Resolución 151 de 2001 de la CRA (modificado por la Resolución 293 de 2004) (...) La entidad demandada no cumplió con el deber de conservar los antecedentes de la motivación con base en la cual decidió incluir las cláusulas exorbitantes (antecedentes que no obran en el expediente, ni fueron aportados por la EAAB, ni se dio noticia, siquiera, en los documentos previos del contrato), lo cual ocurrió porque, en realidad, esta motivación nunca existió. Si se tiene en cuenta que la propia entidad decidió excluir, de manera expresa, el pacto de las referidas cláusulas excepcionales, se confirma la inexistencia de una motivación previa que apuntara a su inclusión. (...) con la expedición de la Resolución 293 de 21 de julio de 2004) la Resolución 151 de 2001 de la CRA exigía que los prestadores “como criterio para la inclusión de las cláusulas [debían] tener en cuenta la existencia de precedentes en los cuales el incumplimiento de contratos de similar naturaleza” hubieran conducido a la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario. Aunque este elemento no fuera exigible en el asunto en consideración, sí que lo era la necesidad de que los antecedentes del contrato dieran cuenta de la motivación para la inclusión de las cláusulas exorbitantes, las cuales, se insiste, solo podían resultar de inclusión forzosa ante la necesaria y directa interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado, derivada del incumplimiento contractual.

FUENTE FORMAL: RESOLUCIÓN 151 DE 2001 - ARTÍCULO 1.3.3.2 / RESOLUCIÓN 293 DE 2004

EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FUERZA VINCULANTE DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / CLÁUSULA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ / CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CLÁUSULA EXCEPCIONAL DEL CONTRATO ESTATAL / ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO / FALTA DE COMPETENCIA EN LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

[L]a EAAB no tenía competencia para expedir los actos administrativos demandados, en particular, para declarar la caducidad de un contrato regido, como regla general, por el derecho privado, en el cual, ni se pactaron cláusulas excepcionales, ni se cumplían los requisitos necesarios para que su inclusión resultara forzosa. En consideración a lo anterior, la Sala accederá a la solicitud de declaratoria de nulidad presentada, en un asunto en el cual una entidad, ante la ausencia reconocida de la cláusula de caducidad, decidió autohabilitarse, ejercer una facultad que no tenía, mediante un acto administrativo que gozó de los privilegios propios de ese tipo de actos como la presunción de legalidad (y que produjo efectos hasta que un juez de tutela dejó sin “valor y efecto” los actos administrativos acá demandados), para terminar abusando de su posición y escudarse tras poderes que codició detentar. Justamente, la inclusión de una cláusula excepcional en contratos regidos por el derecho privado, en los cuales no

se haya cumplido con los requisitos para su introducción, resultaría en una cláusula abusiva sobre la que se podría configurar su ineficacia de pleno derecho. Esto es, una cláusula de este tipo podría tenerse por no escrita, lo que le permitiría a la parte afectada abstenerse de realizar prestaciones o continuar con el goce pacífico de sus derechos. El que existan consecuencias jurídicas que priven radicalmente de efectos a un negocio jurídico, por la falta de sus elementos esenciales, sin la necesidad de intervención o declaratoria judicial, resulta en una significativa consideración para quienes son sus potenciales afectados. Sin embargo, esta consideración, muy válida en el derecho privado, tiene mucha menos robustez frente a una administración que goza del privilegio de la decisión previa y la presunción de legalidad cuando expide actos administrativos.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 64 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 88 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 89 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 897 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 898

DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / IMPROCEDENCIA DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En lo que respecta al eventual restablecimiento de los derechos conculcados, se observa, por un lado, que Confianza no probó que hubiera realizado erogación alguna con motivo de la ilegal declaratoria de caducidad del contrato. Por lo que no procede ordenar restitución alguna. Situación similar se predica del Consorcio demandante, habida cuenta de que no identificó perjuicios sufridos con ocasión de los actos administrativos demandados. Por demás, se debe tener en cuenta que, para el momento en el que este último presentó su demanda, ya se había proferido el fallo de tutela que amparó sus derechos fundamentales y había dejado sin efectos los actos administrativos que declararon la caducidad del contrato.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / SOLICITUD DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / INSUFICIENCIA PROBATORIA / INCUMPLIMIENTO DEL DEBER PROBATORIO / INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL

Finalmente, en relación con la pretensión sobre el equilibrio económico presentada por el Consorcio Obras Tunjuelo, debe señalarse que el demandante se limitó a señalar que el aumento en el precio del cemento, que calificó de “anormal e imprevisto” habría afectado el equilibrio del contrato. Sin embargo el actor, luego de hacer una presentación escueta de la supuesta ruptura, olvidó realizar cualquier esfuerzo probatorio en este sentido, por lo que esta pretensión será desestimada.

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia con aclaración de voto del honorable consejero Martín Bermúdez Muñoz.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 25000-23-26-000-2006-02001-01(38237)

Actor: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. Y OTRO

Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: controversias contractuales – facultades excepcionales en contratos regidos por el derecho privado – caducidad administrativa del contrato.

Síntesis del caso: los demandantes solicitaron la declaratoria de la nulidad, por falta de competencia, de los actos administrativos mediante los cuales la entidad declaró la caducidad del contrato e hizo efectiva la cláusula penal y la póliza de cumplimiento.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 26 de agosto de 2009, que negó las pretensiones de las demandas¹.

Contenido: 1. Antecedentes - 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante – 1.2. Posición de la parte demandada – 1.3. Sentencia recurrida – 1.4. Recurso de apelación – 1.5. Trámite relevante en segunda instancia

1.1. Posición de la parte demandante

1. Las demandas acumuladas que dieron origen al presente proceso fueron presentadas el 19 de septiembre de 2006 y el 12 de febrero de 2007, por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (Confianza S.A.) y por el Consortio Obras Tunjuelo (Consortio)² respectivamente, en ejercicio de la **acción contractual**, y se dirigieron en contra de la Empresa de Acueducto

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo (CCA) y por el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

² Integrado por las sociedades Quality Couriers Internacional S.E.A. y Diconci S.A., quienes otorgaron el respectivo poder para que, en su nombre, se adelantara una "acción contractual contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá".

y Alcantarillado de Bogotá ESP (EAAB), con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe):

Formuladas por Confianza S.A.:

- “1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones N 0205 de 31 de marzo de 2006 y 0370 de 26 de mayo de 2006, expedidas por la EAAB, mediante las cuales ésta declaró y confirmó, respectivamente, la caducidad administrativa del contrato N 01-25500-726-2004, de 29 de diciembre de 2004.
2. Que, como consecuencia de la nulidad de los mencionados actos administrativos, se declare que CONFIANZA S.A. no está obligada a pagar suma alguna a la EAAB, tanto por la ilegal declaratoria de caducidad como por la ilegal declaratoria de ocurrencia del siniestro de incumplimiento y que, por ello, nada debe a la EAAB por la cláusula penal pecuniaria y por los amparos de cumplimiento y buen manejo del anticipo garantizados en la póliza única expedida por CONFIANZA S.A.
3. Que se condene a la EAAB a restituir a CONFIANZA S.A., debidamente actualizada y siguiendo para ello lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., cualquier suma que dicha compañía hubiera pagado o se viere compelida a pagar como consecuencia del cumplimiento de los actos administrativos acusados.
4. Que, sin perjuicio de lo anterior, sobre las sumas a que tenga derecho CONFIANZA S.A. se liquiden los intereses moratorios que a la misma correspondan [...]

Formuladas por el Consorcio:

- “1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones N 0205 de 31 de marzo de 2006 y 0370 de 26 de mayo de 2006, expedidas por la EAAB, mediante las cuales ésta declaró y confirmo, respectivamente, la caducidad administrativa del contrato N 01-25500-726-2004, de 29 de diciembre de 2004.
2. Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que son procedentes las razones procedimentales, sustanciales y fácticas contenidas en el recurso de reposición interpuesto por los integrantes del CONSORCIO OBRAS TUNJUELO contra la Resolución 0205 de 31 de marzo de 2006 y que no proceden las razones invocadas por la EAAB en la Resolución 0370 de 26 de mayo de 2006.
3. Que, en virtud de lo anterior, se declare que la EAAB debe indemnizar a los integrantes del CONSORCIO OBRAS TUNJUELO en todos los daños materiales resultantes de la expedición de los actos acusados, en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, y que, por tanto, debe reconocerles las sumas de dinero que resulten probadas en el proceso, debidamente actualizadas.
4. Que, sin perjuicio de lo anterior, sobre las sumas a que tengan derecho los integrantes del CONSORCIO OBRAS TUNJUELO se liquiden los intereses moratorios que a la misma correspondan [...]

2. En las **demandas**³ (presentadas por el mismo apoderado judicial) se indicaron los siguientes **hechos** relevantes que fundamentaron las pretensiones:

3. 1) Como resultado de una invitación pública, el 29 de diciembre de 2004 la EAAB y el Consorcio celebraron el contrato de obra 01-25500-726-2004, con el fin de controlar las crecientes que se pudieran presentar en la cuenca alta y media del Río Tunjuelo. El valor del contrato ascendió a \$47.412'536.160 y su plazo de ejecución era de 28 meses.

³ Folios 83-94 del cuaderno principal y folios 8-70 del cuaderno 6 del Tribunal, expediente 25000-23-26-000-2007-00058-01.

4. 2) El contrato fue amparado por la garantía única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, expedida por Confianza S.A., la cual contenía el amparo de cumplimiento, por un valor asegurado de \$9.482'507.232, y el amparo de buen manejo del anticipo, por un valor asegurado de \$4.471'253.616.

5. 3) En la invitación pública y en el contrato, la EAAB omitió hacer mención del artículo 1.3.3.1 de la Resolución CRA 151 de 2001 y de los artículos 1-b y 2 de la Resolución CRA 293 de 2004. *“Tampoco se dijo que el incumplimiento de dicho objeto en la forma pactada pudiera traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto o alcantarillado [ni] se puso de presente motivación alguna para incluir las cláusulas exorbitantes previstas en la Ley 80 de 1993”*.

6. 3) Adujo la parte actora que, en los contratos celebrados por la EAAB, se utilizaban, de ordinario, dos documentos: la minuta del contrato y los *“datos del contrato”*. Estos últimos contenían, justamente, los datos particulares relacionados con el objeto, el valor, el plazo contractual, y allí se definía si se incluían o no cláusulas excepcionales.

7. 4) Mientras que en el documento llamado *“datos del contrato”*, en el apartado relativo a las cláusulas excepcionales *“se convino claramente: no aplica”*; por otro lado, en la cláusula 16 de la minuta del contrato, se dispuso que la Empresa podría emplear las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilateral y de caducidad, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

8. 5) La EAAB declaró la caducidad administrativa del contrato mediante Resolución 205 de 31 de marzo de 2006, un mes antes del tiempo previsto en el cronograma de actividades para la realización de las obras de la ataguía y la contra-ataguía, y 9 meses antes de la expiración del plazo contractual para la construcción del rebosadero principal. *“Así mismo, ordenó el pago de la cláusula penal pecuniaria, declaró ocurrido el siniestro de incumplimiento e hizo efectiva la póliza de cumplimiento y buen manejo del anticipo”*.

9. 6) Confianza S.A. y el Consorcio interpusieron recursos de reposición en contra de la Resolución 250 de 31 de marzo de 2006, que fueron resueltos mediante la Resolución 370 de 26 de mayo de 2006, la cual confirmó, en todas sus partes, el acto recurrido.

10. 7) Los recursos interpuestos se fundamentaron en la imposibilidad de declarar la caducidad administrativa, dado que la EAAB no había obtenido la autorización previa y expresa de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) para la incorporación

contractual de la cláusula respectiva, lo cual resultaba necesario, toda vez que el incumplimiento del contrato no traía como consecuencia, necesaria y directa, la afectación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado. La presa Cantarrana, construida como medida preventiva para controlar las crecientes del Río Tunjuelo y evitar inundaciones, *“no se constituye en un medio para la prestación de un servicio público, pues con la presa o sin la presa, la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado se cumple”*.

11. 8) Se afirmó que la falta de competencia funcional para expedir el acto administrativo demandado constituyó una violación del principio de legalidad de la cual se derivó su nulidad, en especial si se tenía en cuenta el marco legal de derecho privado que regía el contrato celebrado.

12. 9) La parte actora señaló, además, que la caducidad había sido decretada con anterioridad al vencimiento del plazo pactado para la terminación de las obras, así como, que no se había presentado incumplimiento de los plazos por parte del Consorcio y que los retrasos en la ejecución eran circunstancias atribuibles a la EAAB. Asimismo, señaló que la entidad no había conminado al contratista al cumplimiento de sus obligaciones *“a través de los mecanismos contractuales previstos para dicho propósito”*, ni había hecho uso del procedimiento administrativo correspondiente para la declaratoria de caducidad, ni le había permitido a Confianza S.A. culminar las obras correspondientes al objeto del contrato, como lo prevé el artículo 1110 del Código de Comercio.

13. 10) Confianza S.A. adujo que *“nunca fue avisada ni notificada por la EAAB de los supuestos incumplimientos del Consorcio, por lo cual no tuvo la oportunidad de tomar las medidas oportunas y adecuadas”*. En este mismo sentido, señaló que se había incumplido el deber de evitar la modificación del estado del riesgo asegurado, ya que la entidad no le informó a la aseguradora *“el hecho por aquella conocido, de que uno de los miembros del Consorcio, la sociedad Diconci S.A., entró en estado de liquidación”*.

14. 11) La aseguradora manifestó que se había incumplido el deber de demostrar la ocurrencia del siniestro así como la cuantificación de la pérdida, lo cual trasgredía, entre otros, el artículo 1077 del Código de Comercio. Además, *“en relación con la cuantificación del daño, la EAAB en forma improcedente impuso la cláusula penal y afectó la póliza simultáneamente [a pesar de que] la EAAB no podía exigir la penalidad junto con la indemnización de los daños por vía de la responsabilidad contractual, porque si así fuera, obtendría un enriquecimiento patrimonial que desvirtuaría la naturaleza reparatoria de estas dos figuras”*.

15. 12) Confianza S.A. añadió que la diferencia entre los contenidos de la minuta y de los *“datos del contrato”*, más que de una contradicción, se

trató del desconocimiento de los requisitos previos exigidos en las citadas Resoluciones de la CRA, lo que significó que no existieran antecedentes ni motivaciones para haber incorporado la cláusula, lo que constituyó una potestad no motivada en cabeza de la administración.

16. 13) Sostuvo, además, que *"al no poder aplicar la cláusula de caducidad [...] lo procedente era ventilar ante la justicia arbitral los asuntos que dieron origen a las Resoluciones [...]"*, lo anterior, ante la existencia de la cláusula 21 del contrato (cláusula compromisoria).

17. 14) El Consorcio, por su parte, sostuvo que se había presentado un desequilibrio contractual como resultado de *"los aumentos anormales e imprevistos ocurridos en el precio del cemento que afectaron, en forma grave la fórmula de ajuste"*.

18. 15) En la demanda del Consorcio también se puso de presente el fallo de tutela de segunda instancia del Juzgado 37 Civil del Circuito, que amparó, *"como mecanismo transitorio, los derechos fundamentales vulnerados al Consorcio"*, providencia en la que se dejaron sin efectos las Resoluciones 205 y 307 de 2006, *"hasta que el juez competente – Jurisdicción Contenciosa Administrativa y/o Consejo de Estado y/o Tribunal de Arbitramento- se pronuncie[ara] de fondo sobre los actos que declararon la caducidad del contrato"*.

19. Como concepto de la violación la parte actora sostuvo que se habían trasgredido varias normas del ordenamiento jurídico colombiano, entre ellas los artículos 29, 83 y 90 de la Constitución Política y las Resoluciones 151 de 2001 y 293 de 2004 de la CRA, lo que constituyó una falsa motivación del acto, así como la *"vulneración del derecho de defensa y audiencia"*.

1.2. Posición de la parte demandada

20. En los escritos de **contestación de las demandas**⁴, la EAAB se opuso a la prosperidad de las pretensiones. La entidad sostuvo que, desde la invitación pública, se había indicado *"expresamente la aplicabilidad de las cláusulas excepcionales"*. Lo anterior, habida cuenta de que la construcción por fuera del término de la ataguía y la contra-ataguía de la presa Cantarrana significaba *"directamente la interrupción de los servicios de acueducto y alcantarillado"*, comoquiera que una creciente del río inundaría los barrios e interrumpiría, como consecuencia, la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado. Consideraciones que resultaban importantes, a pesar de que no se hubieran mencionado en los documentos de la invitación.

⁴ Folios 59-95 del cuaderno 1 del Tribunal y 83-209 del cuaderno 6 del Tribunal, expediente 25000-23-26-000-2007-00058-01.

21. Para la EAAB la creciente del Río Tunjuelo repercutía en la interrupción de la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado *“toda vez que las inundaciones producidas por los desbordamientos del río Tunjuelo en las zonas urbanas altera[ban] el normal funcionamiento debido a que [...] al desbordarse dichas aguas contaminadas ingresa[ban] a las viviendas y a los tanques de almacenamiento de agua potable, contaminando y colmatando las redes menores del sistema, obstruyendo el paso del agua potable, lluvias y servidas. Así mismo, no permit[ía] que los usuarios pu[dieran] utilizar los servicios sanitarios porque no ha[bía] evacuación de las aguas [...]”*. Argumentos que llevaron a la entidad a concluir que el incumplimiento del contratista amenazaba la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado.

22. Recordó que las reglas de la invitación integraban y prevalecían sobre los demás documentos del contrato, y que la Resolución 294 de 2004, modificatoria de la Resolución 151 de 2001 de la CRA, apuntó que la inclusión de las cláusulas exorbitantes era forzosa *“lo cual indica[ba] que deb[ían] entenderse agregadas más allá que se expresen en el texto mismo”*. Concluyó, también, que las palabras *“no aplica”* contenidas en los *“datos del contrato”*, no tenían *“valor jurídico alguno frente a lo previsto por la ley (artículo 14 de la Ley 80 de 1993) y a los documentos precontractuales (condiciones y términos de la invitación)”*.

23. La EAAB aseguró que la caducidad administrativa se había declarado en virtud del grave incumplimiento del contrato y ante la negativa del Consorcio de implementar medidas para solucionar el atraso, *“insistentemente solicitadas por la EAAB [...] desde diciembre de 2005, como consta en las actas del Comité de Obra del proyecto”*⁵. De manera que la decisión de declarar la caducidad el contrato se tomó una vez verificado que el Consorcio no alcanzaría a terminar las obras en el plazo establecido. Por demás, de no haberse tomado la medida, *“la población localizada aguas abajo del sitio de las obras, quedaría expuesta al riesgo de pérdida de vidas humanas”*.

24. En las respectivas contestaciones, la entidad afirmó que no debió haber solicitado la autorización de la CRA para incorporar las cláusulas excepcionales, toda vez que la Resolución 293 de 2004 señaló que *“los contratos de las entidades de servicio público deben incluir de manera forzosa las cláusulas exorbitantes”*. De esta manera, el contrato celebrado *“encaja[ba] perfectamente en la tipología contractual”* a la que se refería el artículo 1.3.3.1 de la Resolución 151 de 2001 y los artículos 1-b y 2 de la Resolución 293 de 2004.

⁵ Refirió las *“comunicaciones más relevantes”* (25 en total) en las cuales llamó la atención al constructor sobre los reiterados incumplimientos, que dejaban ver la incapacidad operativa del contratista por falta de equipos y de programación de jornadas adicionales para recuperar los atrasos.

25. Frente a la pretensión de desequilibrio contractual, la parte demandada sostuvo que el precio del cemento no solo no había subido, sino que había bajado. Consideración a la que sumó que, para la configuración del restablecimiento del equilibrio, era fundamental que el contratista cumpliera sus obligaciones, lo que no había ocurrido en el caso concreto. Por demás, indicó que el contratista nunca elevó ante la entidad una solicitud de restablecimiento del equilibrio del contrato.

26. En lo relativo a la cláusula compromisoria, recordó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado concluían que *“los tribunales de arbitramento no tienen competencia respecto de los actos administrativos que profieran las entidades contratantes, dictados en ejercicio de los poderes exorbitantes del Estado en materia contractual, es decir, no pueden los árbitros ser jueces de la legalidad de la actividad unilateral de la administración, por no ser el poder público una materia susceptible de transacción”*. Lo que hacía innecesario y jurídicamente imposible acudir a la justicia arbitral de manera previa a la declaratoria de caducidad de un contrato estatal.

27. Con respecto a la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, la entidad indicó que, aunque no se trataba del ejercicio de una facultad excepcional, pues la misma estaba prevista en el Código Civil y era una estipulación contractual que tenía origen en el acuerdo de voluntad de las partes, en el acto administrativo en el cual se declaró la caducidad del contrato no se fijó una *“suma de dinero por perjuicios, pues las entidades no tienen la potestad determinar unilateralmente la cuantía”*, si bien, como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento, la administración también tenía la facultad de hacer efectiva, unilateralmente, la cláusula penal pecuniaria.

28. En la contestación de la demanda de la aseguradora, la entidad demandada presentó como excepciones la *“indebida representación de la parta actora”* y el incumplimiento del contrato por parte del Consorcio.

1.3. Sentencia recurrida

29. El 26 de agosto de 2009⁶ el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió **Sentencia de primera instancia**, en la que resolvió (se transcribe):

*“PRIMERO. ACEPTAR la cesión de derechos litigiosos de QUALITY COURIERS INTERNATIONAL SEA en un porcentaje del 18.6% al BANCO DE CRÉDITO HELM FINANCIAL SERVICES S.A.
SEGUNDO. DENÉGANSE las pretensiones solicitadas por las demandantes COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA S.A. y el CONSORCIO OBRAS TUNJUELO, conformado por Diconci S.A. y Quality Couriers International S.E.A. y su cesionario en un 18,6% Banco de Crédito Helm Financal Services S.A. [...]”*⁷.

⁶ Adicionada mediante providencia de 21 de octubre de 2009

⁷ Folios 275-298 del cuaderno del Consejo de Estado.

30. Para el juzgador de primera instancia los cargos de la nulidad se enfocaban *“en dos causales bien definidas: la falta de competencia y la falsa motivación”*. Con respecto al primero, una vez puesto de presente el régimen jurídico aplicable a la entidad demandada, se centró en determinar si la inclusión de la cláusula de caducidad era de orden forzoso o se requería de previa autorización de la CRA.

31. Para el fallador de primer grado, si bien la entidad no había solicitado la autorización de la CRA, el objeto contractual abarcaba uno de los servicios que prestaba la entidad, *“como lo es la conducción, regulación y manejo de aguas lluvias”*, por lo que resultaba *“apenas obvio entender que el incumplimiento de éste podría llegar a traer como consecuencia la paralización de los servicios a su cargo”*. Esto hacía que no fuera necesaria la autorización, dado que la inclusión de la cláusula resultaba *“de orden forzoso”* y que se encontraba incorporada por disposición de orden público. *“[L]uego la parte demandada al hacer uso de ella y declarar la caducidad del contrato, actuó en pleno ejercicio de sus competencias, por lo que el cargo no prospera”*.

32. Respecto a la falsa motivación por la inexistencia del incumplimiento del contratista, tras analizar la minuta y los *“datos del contrato”*, el Tribunal encontró que, pese a existir una diferencia sustancial frente al alcance interpretativo que le habían dado las partes a la cláusula décima (sobre el plazo de ejecución), los reportes de la interventoría permitían evidenciar que los tiempos de ejecución no se alcanzarían, lo que justificaba que la entidad mitigara el riesgo latente que presentaba la época invernal y tomara la decisión de caducar el contrato. Por demás, la declaratoria de caducidad no tomó por sorpresa al contratista ni al garante, ya que ellos habían conocido los requerimientos y sugerencias de la interventoría, los cuales constituyeron el fundamento de la motivación de la decisión de la administración, *“informes que adquieren una gran relevancia probatoria, pues ellos reconstruyen paso a paso lo ocurrido durante la ejecución de la obra”*.

33. Para el juzgador de primera instancia, el contratista incumplió sus obligaciones; no obstante lo anterior, incluso si ello no hubiera ocurrido, echó de menos que los demandantes desatendieran su deber de demostrar el cumplimiento del contrato. En todo caso, no se podía obviar el hecho de que la parte actora reconociera que no podía cumplir con el plazo de ejecución, ante los atrasos del cronograma de obra.

1.4. Recurso de apelación

34. Los demandantes presentaron sus respectivos **recursos de apelación**. En el escrito radicado el 16 de septiembre de 2009 por Confianza S.A. y

Quality Couriers Internacional⁸, se afirmó que había sido un error del Tribunal el haber acudido a los estatutos de la EAAB para individualizar su objeto y tratar de derivar de allí una “función”, comoquiera que no existía en la Ley 142 de 1994 ninguna norma que calificara como servicio público domiciliario la actividad de recoger, conducir, regular y manejar las aguas lluvias. Para los recurrentes la anterior consideración resultaba significativa, habida cuenta de que las Resoluciones 151 de 2001 y 294 de 2004 de la CRA hacían posible la inclusión de cláusulas excepcionales, solamente, cuando el incumplimiento del objeto del contrato de obra pudiera traer como consecuencia “necesaria y directa” la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo.

35. Sostuvieron que, al hacer extensiva la cláusula de caducidad a una “función” de la entidad y no al servicio público domiciliario mismo, se desconoció que la interpretación de los poderes exorbitantes debe ser restrictiva. Agregó que la identificación entre el servicio público domiciliario, el objeto de la EAAB y sus funciones no había sido parte de la motivación de los actos acusados.

36. Para los recurrentes, el Tribunal había dejado de lado pruebas periciales que establecían la inexistencia de una relación entre la obra realizada y el servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo. Asimismo, indicaron que nada dijo el fallador de primer grado sobre las consideraciones de la sentencia de tutela en la que se había señalado que resultaba necesario haber establecido una relación entre el objeto del contrato, su incumplimiento y la necesaria y directa interrupción del servicio.

37. Añadieron que, bajo la óptica del Derecho Civil, y de conformidad con lo establecido en los artículos 1551 y 1608 del Código Civil, solo hasta el vencimiento del plazo se podía alegar el incumplimiento de las obligaciones y hacer exigibles las indemnizaciones respectivas. En este sentido, indicaron que el contrato no vencía el 22 de abril de 2006, sino en diciembre de 2006, conclusión a la que se llegaba cuando se observaba la cláusula 10 de los “datos del contrato”, la cual había sido modificada mediante el contrato 2 de 5 de octubre de 2005.

38. En la sustentación del recurso presentada por la sociedad Diconci en liquidación⁹, este recurrente, además de insistir en los argumentos de la demanda, aseguró que, tal y como lo había reconocido el Tribunal, en el contrato celebrado no se había solicitado la inclusión de las cláusulas excepcionales ante la CRA, lo cual era indispensable porque el objeto contractual no traía como consecuencia necesaria y directa la paralización del servicio público.

⁸ Folios 358-378 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁹ Folios 433-510 del cuaderno 1 del Consejo de Estado.

39. Reiteró que la obra contratada no pertenecía al sistema de alcantarillado, habida cuenta de que la presa Cantarrana era una presa seca, esto es, una estructura construida para desviar el agua cuando el caudal del río llegara a una determinada altura, y así evitar los efectos de su desbordamiento.

40. Para este recurrente el juzgador de primera instancia, “*de manera ligera*”, consideró que el incumplimiento del objeto del contrato podría llegar a traer como consecuencia la paralización del servicio, “*olvidando por completo que se trata[ba] de una cláusula excepcional, por ende de interpretación restrictiva*”, lo que la hacía inaplicable a un contrato cuya objeto era el control de crecientes.

41. Insistió en que la Resolución 293 de 2004 exigía que el incumplimiento del contrato trajera como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio. Mientras que en este caso no resultaba ser una consecuencia necesaria, ya que el riesgo de inundaciones no se eliminaba con la construcción de la obra, ni resultaba ser directa “*por cuanto la obra no interviene ni interfiere la infraestructura del servicio público de alcantarillado pluvial*”.

42. Afirmó que, incluso si la caducidad hubiera sido aplicable, la EAAB nunca apremió al contratista para el cumplimiento de sus obligaciones, ni realizó un procedimiento previo a la declaratoria de caducidad.

43. El recurrente solicitó el decreto y práctica de pruebas en segunda instancia, en las que requirió pruebas testimoniales, copia del proceso arbitral convocado por la EAAB contra el Consorcio, así como la solicitud a la Procuraduría General de la Nación del pliego de cargos en contra de Edgar Antonio Ruíz Ruíz, por violaciones en las que habría incurrido el gerente de la EAAB al proferir la declaratoria de caducidad (de la cual se anexó copia simple de la decisión). Asimismo, solicitó la resolución de las objeciones planteadas en primera instancia frente a dictámenes técnico y económico que daban cuenta de la relación de la presa y la prestación del servicio público domiciliario.

44. Como resultado de la cesión de los derechos litigiosos en cabeza del Banco de Crédito Helm Financial Service, esta entidad financiera presentó su respectivo recurso de apelación¹⁰ en el cual retomó los argumentos de los recurrentes que vienen de ser expuestos.

1.5. Trámite relevante en segunda instancia

45. Mediante Auto de 1 de junio de 2011¹¹ el consejero ponente resolvió decretar algunas de las pruebas que habían sido solicitadas en segunda

¹⁰ Folios 550-596 del cuaderno 2 del Consejo de Estado.

¹¹ Folios 616 y 617 del cuaderno 2 del Consejo de Estado.

instancia, por tratarse de hechos acaecidos con posterioridad a la oportunidad procesal para pedir pruebas en primera instancia. Con ese propósito, resolvió oficiar: i) a la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de determinar la existencia del proceso arbitral convocado por la EAAB contra el Consorcio, ii) a la EAAB, para demostrar la existencia de contratos celebrados por esa entidad para continuar con la ejecución contractual, iii) a la Procuraduría General de la Nación, para determinar la existencia del pliego de cargos en contra de Edgar Antonio Ruíz Ruíz.

46. Luego de que la Cámara de Comercio de Bogotá le informara a este despacho que el expediente relativo al proceso arbitral no reposaba en sus instalaciones, y que el mismo había terminado con un laudo de 22 de febrero de 2010, protocolizado en la Notaría 35 del Círculo de Bogotá¹²; mediante Auto de 18 de marzo de 2015¹³ se ofició a la Notaría 35 para que, a costas del actor, allegara copia auténtica e íntegra del expediente correspondiente al tribunal arbitral convocado por la EAAB contra Consorcio Obras Tunjuelo¹⁴.

47. Sobre el proceso arbitral convocado por la EAAB en contra del Consorcio Obras Tunjuelo¹⁵ se debe tener presente:

1. Dentro de las pretensiones declarativas presentadas por la EAAB se encontraban: i) la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del Consorcio durante la ejecución del contrato de obra No 1 – 01 – 25500 – 726 – 2004, ii) la liquidación del contrato, iii) la inclusión en la liquidación de los mayores costos en los que habría incurrido la EAAB como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato.
2. Cuando Tribunal Arbitral definió su competencia para conocer y decidir las controversias surgidas entre la EAAB y el Consorcio, relativas a la demanda inicial y a la demanda de reconvención y a sus contestaciones, excluyó de su conocimiento *"el cargo de incumplimiento cualificado del Consorcio contemplado en las Resoluciones 205 del 31 de marzo de 2006 y 0370 de 26 de mayo de 2006 de la EAAB, y todos sus efectos [...] En consecuencia, se aclara que dicha competencia no se extiende ni a la pretensión TERCERA de la demanda principal formulada por aquella entidad ni, en las demás pretensiones, a la declaración del incumplimiento cualificado a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y definido en los citados actos administrativos, o a la facultad para incluir dentro de la liquidación del contrato aspectos relacionados con tal incumplimiento cualificado"*.
3. El Tribunal Arbitral resolvió negar la pretensión de declaratoria de incumplimiento al considerar, entre otra razones, que la demanda

¹² Folio 768 del cuaderno 2 del Consejo de Estado.

¹³ Folio 809 del cuaderno 2 del Consejo de Estado.

¹⁴ En comunicación de 29 de abril de 2015, la Notaría 35 de Bogotá informó que la copia del expediente tenía un valor de \$19'213.430, valor que debía ser pagado por la compañía asegurador de manera previa a su expedición.

¹⁵https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21924/1072_EAAB_vs_QUALITY_22_02_10.pdf?sequence=1&isAllowed=y

era “una fiel y textual copia de los apartes del acto administrativo de caducidad y de su confirmación en la vía gubernativa”, así como las demás pretensiones, no obstante, se pronunció sobre la liquidación del contrato.

48. El Juzgado 5 Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá decretó el embargo de los derechos que le correspondieran en el presente proceso a los ejecutados -Consortio Obras Tunjuelo, Quality Couriers Internacional S.E.A. sucursal Colombia y Construcciones Civiles S.A.S. Diconci S.A.-, limitado a la suma de 450'000.000. En atención a esta comunicación, mediante Auto de 22 de noviembre de 2017¹⁶, se ordenó a la Secretaría dejar “las anotaciones tendientes a dar cumplimiento a la comunicación enviada” por el referido Juzgado.

49. En la oportunidad para **alegar de conclusión** las sociedades recurrentes presentaron sus correspondientes alegaciones, en las cuales insistieron en los argumentos de los respectivos recursos¹⁷. Por su parte, la entidad demandada insistió en que con la declaratoria de caducidad se evitó que “*repitiera la tragedia de años anteriores, que afectar[ía] especialmente la vida y bienes de los habitantes aguas abajo del Río Tunjuelo*”¹⁸.

50. El 5 de octubre de 2020, el magistrado Ramiro Pazos Guerrero manifestó su **impedimento** para conocer del asunto, al encontrarse configurada la causal prevista en el numeral 2 del artículo 141 del CGP, toda vez que conoció el proceso en instancia anterior. La Sala declarará fundado el impedimento y, en consecuencia, se le relevará del conocimiento del presente asunto.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Objeto del litigio – 2.2. Análisis sustantivo – 2.2. Sobre la condena en costas

2.1. Objeto del litigio

51. De conformidad con las pruebas y los motivos de la apelación, se procederá a revisar la competencia de la entidad para la adopción de las Resoluciones demandadas.

52. La Sala revocará la decisión de primera instancia, ante la falta de competencia de la entidad para la adopción de los actos administrativos demandados. Esto es el resultado de no haber solicitado al regulador la inclusión de las cláusulas excepcionales, así como de la omisión de la entidad de determinar (durante la etapa previa a la celebración del

¹⁶ Folio 917 del cuaderno 2 del Consejo de Estado.

¹⁷ Folios 826-839 y 843-915 del cuaderno 2 del Consejo de Estado.

¹⁸ Folios 841 y 842 del cuaderno 2 del Consejo de Estado.

contrato) que el incumplimiento contractual podía traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado. Dado que se declarará la falta de competencia, no resultará necesario pronunciarse sobre los otros cargos y, con base en ello, se resolverán las pretensiones.

2.2. Análisis sustantivo

53. Está probado en el proceso que la EAAB y el Consorcio celebraron el contrato 1-01-25500-726-2004, de 29 de diciembre de 2004, cuyo objeto consistió en la construcción de obras para el control de crecientes en la cuenca del Río Tunjuelo – Presa de Cantarrana y sus obras anexas. Las disposiciones del contrato quedaron consignadas en dos documentos titulados: Contrato de Obra¹⁹ y Datos del Contrato²⁰.

54. En el expediente obra copia de los antecedentes administrativos relacionados con la ejecución del contrato de obra y copia de la invitación pública ICSM-540-2003 que contenía las condiciones y los términos de la invitación y la minuta del contrato, cuya cláusula 16 se circunscribía a señalar que, de acuerdo con los “datos del contrato” se podría aplicar las cláusulas excepcionales, de conformidad con la Ley 80 de 1993²¹.

55. Se aportó copia de los antecedentes administrativos de la declaratoria de caducidad²², así como de la Resolución 205 de 31 de marzo de 2006 “por la cual se declara la caducidad administrativa del Contrato de Obra [...] celebrado entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. y el Consorcio Obras Tunjuelo, cuyo objeto es la construcción de la Presa Cantarrana, en el Río Tunjuelo y las obras complementarias”²³. En este acto administrativo la entidad afirmó que el servicio de alcantarillado también se había visto afectado por las inundaciones, y concluyó que la obra contratada formaba “parte integral del sistema de alcantarillado pluvial de Bogotá”, cuyo incumplimiento traía como consecuencia “necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de alcantarillado pluvial”.

56. En el mismo sentido, obra en el expediente copia de la Resolución de 26 de mayo de 2006 “por la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución 0205 de 31 de marzo de 2006 [...]”²⁴.

¹⁹ Folios 53-56 del cuaderno 4 de anexos.

²⁰ Folios 57 y 58 del cuaderno 4 de anexos.

²¹ Cláusula 16 “De acuerdo con lo señalado en los Datos del Contrato, el ACUEDUCTO DE BOGOTÁ podrá aplicar las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales de caducidad de conformidad con lo establecido en los artículos 14, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993 y la Resolución N 151 de 2001, expedida por la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico o las normas que las sustituyan”. Cuaderno 5 del Tribunal.

²² Cuaderno 11 del Tribunal (3 AZs)

²³ Folios 67-109 del cuaderno 4 de anexos.

²⁴ Folios 110-166 del cuaderno 4 de anexos.

57. También se aportó copia de los contratos 140-2006 y 287-2006 celebrados por la EAAB con posterioridad a la declaratoria de caducidad del contrato²⁵.

58. En el proceso se practicaron varios dictámenes, con objetos diversos²⁶. También obra copia de la sentencia de tutela proferida, en segunda instancia, por el Juzgado 37 Civil del Circuito, de 13 de octubre de 2006²⁷, en la cual se resolvió (se transcribe):

“PRIMERO. REVOCASE la sentencia de primera instancia; conforme lo expuesto en la parte motiva. En su lugar, se concede el amparo constitucional al debido proceso, al trabajo, a la subsistencia y a la libertad de empresa del accionante CONSORCIO OBRAS TUNJUELO, como mecanismo transitorio que permanecerá vigente hasta que el Juez Competente – ya la jurisdicción Contenciosa Administrativa, sobre los actos que declaran la caducidad del Contrato de Obras número 1 – 01 – 25500; ya el Tribunal de Arbitramento, ante el presunto incumplimiento - resuelva sobre del fondo del asunto, ante la acción que oportunamente se interponga por los accionantes o los accionados, según el caso. Se concede igualmente el amparo constitucional al debido proceso del accionante CONFIANZA S.A. pues la violación de los derechos fundamentales por la accionada al Consorcio, comporta también la violación a sus derechos fundamentales.

“SEGUNDO. Se deja sin ningún valor y efecto la Resolución 0205 de marzo 31 de 2.006 de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, así como la que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la misma. Así mismo, quedará sin efecto toda actividad o situación enderezada a cumplir las citadas decisiones”.

59. El juez de tutela consideró que la entidad no estaba facultada para hacer uso de una “cláusula exorbitante”, habida cuenta de que la misma no se había pactado. Consideró, además, que en el texto del contrato no se advirtió nada sobre el hecho de que el “incumplimiento parcial pudiera degenerar en la interrupción de un servicio público, para poder deducir, como lo hace la accionada, que se estaba en presencia de un contrato para la prestación de tal servicio y que por esta virtud, se le aplicasen las cláusulas exorbitantes”. Por las anteriores consideraciones amparó los derechos invocados y dejó sin efectos, de manera temporal, los actos

²⁵ Folios 626-652 del cuaderno 2 del Consejo de Estado.

²⁶ Concepto presentado por el abogado Miguel Ángel Alarcón Mora, el cual tenía por objeto la verificación del procedimiento precontractual y contractual, en el que concluyó que, conforme a la minuta y los datos del contrato, “no era aplicable la cláusula excepcional de la caducidad”, y en el cual se da cuenta del oficio N 0740-2004-0833 de 28 de diciembre de 2004 del director de la Red Troncal de Alcantarillado, dirigido a la Gerencia Jurídica, donde se sugirió excluir la aplicabilidad de las cláusulas excepcionales por tratarse de una obra civil que no contemplaba la intervención de redes existentes (Cuaderno 14); ii) Peritaje técnico presentado por el ingeniero Germán Caballero Lozano en el cual, ante la pregunta si, de acuerdo con los diseños y el contrato, la presa Cantarrana formaba parte del alcantarillado pluvial de la ciudad y si la falta de construcción de la obra podía traer como consecuencia directa y necesaria la paralización del servicio de alcantarillado, el experto contestó de manera afirmativa (Cuaderno 15); iii) Dictamen pericial rendido por el economista Jorge García Toledo, el cual tenía por objeto el análisis de los perjuicios económicos reclamados por la parte actora (Cuaderno 16 y 17). Este último dictamen se limitó a realizar el cálculo de la utilidad dejada de percibir por el contratista, con base en el porcentaje de ejecución al momento de la declaratoria de la caducidad administrativa (desde la fecha de expedición del primer acto administrativo y no desde la fecha en la que se resolvieron los recursos y se confirmó la declaratoria de caducidad administrativa), sin tener en cuenta que la decisión del juez de tutela había dejado sin efectos los actos administrativos que declararon la referida caducidad y permitieron que se continuara con la ejecución contractual.

²⁷ Folios 489-515 cuaderno principal.

administrativos, al considerar que el mecanismo judicial con el que disponía el actor no resultaba ser eficaz.

60. Para la solución del caso concreto se debe tener presente que la Ley 142 de 1994 estableció, por regla general, un régimen de derecho privado para los contratos que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Esta misma norma dispuso, en su artículo 31, que las Comisiones de Regulación podían hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes “en ciertos tipos de contratos” y que podría facultar, previa consulta expresa por parte de los prestadores de servicios públicos, su inclusión en los demás contratos. La referida norma señaló, además, que cuando la inclusión resultara forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regiría, en lo pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

61. Las facultades excepcionales de las que trata el Estatuto Contractual, como una concreción de los llamados poderes exorbitantes al derecho común²⁸, pueden ser ejercidas por las entidades públicas, exclusivamente, en los casos, bajo las condiciones y los requisitos que autoriza la ley, esto, en atención al principio de legalidad que rige las actuaciones administrativas. En este sentido, la inclusión de una cláusula del contenido y el significado de la caducidad²⁹ requiere una habilitación normativa que, para el caso de los contratos regidos por el Estatuto Contractual, se encuentra en los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993. Esta cláusula puede hacer parte de los contratos que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios, bien porque así lo decida la Comisión de Regulación correspondiente, de oficio, y en atención indiscutible a la garantía de continuidad del servicio, o con ocasión de su solicitud por parte de un prestador de servicios públicos domiciliarios, como ocurre en el caso de la CRA, de conformidad con el artículo 1.3.3.3 de la Resolución 151 de 2001.

62. En efecto, en el origen mismo de las cláusulas exorbitantes o excepcionales (que han servido como criterio de identificación de los contratos administrativos³⁰), se encuentra la garantía del interés general, particularizado, para el caso de servicios públicos como los domiciliarios, en la necesaria continuidad en la prestación del servicio. Esta nota ha inspirado, desde siempre, la concepción misma de una facultad como la caducidad administrativa, cuyo elemento esencial ha sido el evitar que un incumplimiento contractual pueda poner en peligro la efectiva y continua prestación del servicio público.

²⁸ Con todo y que es verdad que cada vez resulta más reducida la posibilidad de identificar una verdadera cláusula exorbitante, en su concepción clásica, que no pueda resultar de la habilitación de las propias partes contratantes en ejercicio de su autonomía negocial. Precisamente, esta consideración ha hecho que la jurisprudencia extranjera empiece a abandonar la consabida e insatisfactoria diferenciación basada en la imposibilidad o en la extrañeza de la inclusión de las llamadas cláusulas excepcionales en contratos de derecho privado, y se acuda en apoyo a concepciones más cercanas al interés general y a su protección y garantía a través de prerrogativas reconocidas a una entidad pública durante la ejecución de un contrato, que justifica la presencia, en una mayor dosis, del derecho administrativo. Cf. Tribunal de Conflictos francés, fallo SA AXA France IARD, 13 de octubre de 2014.

²⁹ Facultad que expresa, de mejor manera, el significado mismo de un poder exorbitante en cabeza de la administración.

³⁰ Cf. Consejo de Estado Francés, fallo *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, julio 31 de 1912 y fallo *Stein*, 20 de octubre de 1950.

63. La caducidad administrativa, como prerrogativa pública concebida para garantizar la prestación del servicio público y su continuidad, ha sido catalogada como una auténtica potestad exorbitante, con la que se tutela el interés general de la comunidad ante situaciones de incumplimiento contractual que pongan en peligro la prestación de un servicio público. Tiene una entidad de tal naturaleza que se convirtió en el primer elemento que permitió la sustantividad de los contratos que celebra el Estado en el ordenamiento jurídico colombiano³¹. Esta facultad excepcional, este poder ejercido para la garantía del interés general, tiene lugar cuando el contrato aún se encuentre en ejecución, pues pretende evitar, justamente, la paralización en la prestación del servicio público³².

64. Con la inclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios se incorpora un régimen de derecho público a aspectos concretos de un contrato regido, por regla general, por el derecho privado, cuyo régimen común, por demás, sigue siendo realidad para los demás aspectos contenidos en la relación contractual. El arribo de estas normas se justifica, en gran parte porque, si bien, de conformidad con el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, los servicios públicos pueden ser prestados por particulares, el que estos se entiendan inherentes a la finalidad social del Estado justifica que quienes se encarguen de su prestación (sean públicos o privados) tengan a mano instrumentos con miras en la continuidad del servicio, en pro del interés general. No en vano ha señalado la Corte Constitucional que *“los servicios públicos deben mantener un nivel de eficiencia aceptable para dar respuesta a las necesidades sociales, en orden a la realización de los fines esenciales del Estado, a la justicia social y a promover la igualdad en forma real y efectiva”*³³.

65. Para el caso de la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, se supone que la respectiva Comisión de Regulación, tras adelantar el análisis económico del impacto de la aplicación de las cláusulas excepcionales y de decidir en qué casos son obligatorias y en cuáles debe solicitarse su inclusión, determinó que debían pactarse facultades excepcionales en una tipología contractual como la que acá se estudia, esto es, en un contrato de obra, *“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*

³¹ Lo cual ocurrió con la consagración de la facultad para declarar la caducidad en determinados contratos, introducida en la Ley 53 de 1909.

³² Cuando sujetos de derecho privado, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pactan cláusulas que permiten el ejercicio de facultades unilaterales, su configuración no responde (como sí ocurre necesariamente con una cláusula como la caducidad administrativa) a la garantía del interés general y la continuidad de la prestación de los servicios públicos.

³³ Sentencia C-272 de 1998.

domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo en los niveles de calidad y continuidad debidos"³⁴.

66. De esta manera, al lado de la identificación de un tipo contractual específico, para la inclusión forzosa de las cláusulas excepcionales se erigió como requisito indispensable el identificar que el incumplimiento del contrato pudiera traer como consecuencia "*necesaria y directa*", la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario.

67. La deslegalización que contempló el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, dejando en manos de una entidad administrativa como la CRA la posibilidad de decidir si pueden o deben incluirse cláusulas exorbitantes en contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios, tuvo, sin dudas, un fundamento técnico y económico, cuyo trasfondo es la compatibilidad de la continuidad del servicio con el impacto económico que dicha inclusión pueda tener en servicios públicos que fueron liberalizados desde la Constitución Política.

68. Por lo anterior, resulta extraño que esta importante función, que demanda una alta técnica administrativa, se cumpla imponiendo, a los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, un análisis que debiera corresponder al ente regulador. Tal determinación, sin embargo, está contenida en un acto administrativo de carácter general cuya legalidad se presume y que en la práctica trasladó a los prestadores el análisis de si podía comprometerse la continuidad de los servicios objeto de prestación, como consecuencia de posible incumplimiento de un preciso contrato.

69. Es evidente entonces que para el acatamiento cabal de estos requisitos, el prestador que pretende suscribir un contrato en el que se incluyan cláusulas excepcionales debe estudiar y determinar, de forma previa a su celebración, si, en efecto, el incumplimiento del acuerdo que se propone celebrar puede poner en peligro la continuidad en la prestación de un servicio público domiciliario³⁵.

70. En el asunto sometido a consideración de la Sala, la EAAB omitió, por completo, el cumplimiento de este requisito. Así se concluye del análisis de los antecedentes del contrato celebrado, habida cuenta de que en la invitación pública se omitió hacer mención alguna a la necesaria inclusión de las cláusulas excepcionales. En realidad, la entidad olvidó, por completo, realizar cualquier análisis particularizado sobre la materia, y se limitó a dejar consagrado que dichas cláusulas podían llegar a tener lugar, con todo y que luego, en su pacto contractual, decidió excluirlas expresamente. Lo anterior constituye una muestra de la falta de

³⁴ Resolución 151 de 2 de marzo de 2001 de la CRA. Esta autorización previa del regulador para la inclusión de cláusulas excepcionales (o exorbitantes en los propios términos de la Ley 142 de 1994), bien como resultado de la solicitud expresa del prestador de los servicios públicos domiciliarios o bien de oficio, responde a la delegación que hizo el legislador en órganos especializados y técnicos, por razones de eficiencia y efectividad en la prestación de los servicios públicos. Cf. Corte Constitucional, Sentencia C-272 de 1998.

³⁵ Artículos 1.3.3.1 y 1.3.3.2 de la Resolución 151 de 2001, modificados por la Resolución 293 de 2004.

planeación, preparación e, incluso, preocupación por un contrato sobre el cual, con posterioridad, se pretendería hacer efectiva una prerrogativa pública de la categoría de la caducidad administrativa. De esta manera, se identifica que se desatendió cualquiera referencia a la importancia que tenía para el caso particular la continuidad en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado, en contratos donde ello resultaba ser absolutamente necesario, dado el régimen de derecho privado aplicable para los contratos celebrados por las empresas regidas por la Ley 142 de 1994.

71. La EAAB, en la parte motiva de los actos administrativos cuya declaratoria de nulidad se solicitó, puso de presente la contradicción que existía entre las condiciones y términos de la invitación y los términos suscritos en el contrato, ya que, mientras que en los primeros se mencionó que la Empresa podría “aplicar” las cláusulas excepcionales, en la segunda, en lo relativo a dichas cláusulas, se determinó que estas no tenían “aplicación”, lo que significó un pacto expreso de exclusión por parte de los cocontratantes. Ante esta contradicción, la entidad demandada acudió a la jurisprudencia de esta Corporación, relativa a la primacía del pliego de condiciones sobre el contrato, para tratar de justificar que podía hacer uso de la cláusula de caducidad.

72. Como se observa, la EAAB no solo no puso de presente, durante la etapa de formación del contrato y, en especial, en los términos y condiciones, que el contrato de obra que se celebraría era de aquellos en los cuales su incumplimiento traería como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio pública domiciliario de acueducto o alcantarillado, sino que llegó a afirmar que esta característica se “**deducía**” del objeto del contrato (se transcribe): “*del objeto del contrato se deduce que el mismo se refiere al desarrollo de una obra necesaria para la adecuada prestación del servicio público domiciliario de alcantarillado pluvial, de tal manera que en el evento en que no sea ejecutado debidamente se paralizará la prestación del mencionado servicio*”.

73. Tal fue el entendimiento de la EAAB sobre la prevalencia del pliego, que llegó a sostener que “*la modificación de las cláusulas del contrato al momento de su suscripción resulta[ba] intrascendente*” y que las cláusulas exorbitantes resultaban ser de inclusión forzosa “*a pesar de no haber sido incluidas al momento de la celebración del contrato*”.

74. Sin embargo, incluso si para el caso fuera aplicable la subregla jurisprudencial de la prevalencia del pliego sobre las condiciones del contrato (de aplicación pacífica en contratos regidos por el Estatuto Contractual), la conclusión hubiese sido la misma, toda vez que, en dichos documentos previos nada se dijo en pro del cumplimiento del requisito, tantas veces referido.

75. Solo fue hasta las Resoluciones que declararon la caducidad administrativa (en especial la que confirmó la decisión) que la EAAB sostuvo que el objeto del contrato cuya caducidad se impugnaba implicaba la prestación de un servicio público domiciliario, y se preocupó por tratar de identificar aquello que le correspondía haber hecho desde los antecedentes contractuales. Esto es, solo hasta la adopción de los actos demandados la entidad se ocupó de señalar que la obra tenía como objeto *“mitigar el riesgo de inundaciones [que en el pasado] provocaron la suspensión de los servicios de alcantarillado sanitario y pluvial, servicios que no pudieron funcionar ni operarse hasta que fue superado el evento”*³⁶. Antes de estas aseveraciones la entidad no se había preocupado, siquiera, por dejar establecido, en los antecedentes del contrato, que la obra contratada hiciera parte del servicio público de alcantarillado pluvial.

76. En consecuencia, no queda duda de que la EAAB desentendió uno de los deberes relativos a la inclusión forzosa de las cláusulas excepcionales, contenido en el artículo 1.3.3.2 de la Resolución 151 de 2001 de la CRA (modificado por la Resolución 293 de 2004), que consagra (se transcribe):

“El artículo 1.3.3.2 de la Resolución CRA 151 quedará así: “Artículo 1.3.3.2 Motivación y conservación de antecedentes de los contratos. Las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a los que se refiere esta resolución, deberán conservar, entre los antecedentes de los contratos, la motivación con base en la cual se decidió incluir las cláusulas exorbitantes, para que la Comisión pueda ejercer las facultades del inciso final del artículo 73 de la Ley 142 de 1994”.

77. La entidad demandada no cumplió con el deber de conservar los antecedentes de la motivación con base en la cual decidió incluir las cláusulas exorbitantes (antecedentes que no obran en el expediente, ni fueron aportados por la EAAB, ni se dio noticia, siquiera, en los documentos previos del contrato), lo cual ocurrió porque, en realidad, esta motivación nunca existió. Si se tiene en cuenta que la propia entidad decidió excluir, de manera expresa, el pacto de las referidas cláusulas excepcionales, se confirma la inexistencia de una motivación previa que apuntara a su inclusión.

78. Por demás, debe recordarse que (con todo y el cambio normativo que se produjo pocos meses antes de la celebración del contrato con la expedición de la Resolución 293 de 21 de julio de 2004) la Resolución 151 de 2001 de la CRA exigía que los prestadores *“como criterio para la inclusión de las cláusulas [debían] tener en cuenta la existencia de precedentes en los cuales el incumplimiento de contratos de similar naturaleza”* hubieran conducido a la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario. Aunque este elemento no fuera exigible en el asunto en consideración, sí que lo era la necesidad de que los antecedentes del contrato dieran cuenta de la motivación para la

³⁶ Folio 112 del cuaderno 4 de anexos.

inclusión de las cláusulas exorbitantes, las cuales, se insiste, solo podían resultar de inclusión forzosa ante la necesaria y directa interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado, derivada del incumplimiento contractual³⁷.

79. Para la Sala queda claro, entonces, que la EAAB no tenía competencia para expedir los actos administrativos demandados, en particular, para declarar la caducidad de un contrato regido, como regla general, por el derecho privado, en el cual, ni se pactaron cláusulas excepcionales, ni se cumplían los requisitos necesarios para que su inclusión resultara forzosa.

80. En consideración a lo anterior, la Sala accederá a la solicitud de declaratoria de nulidad presentada, en un asunto en el cual una entidad, ante la ausencia reconocida de la cláusula de caducidad, decidió autohabilitarse, ejercer una facultad que no tenía, mediante un acto administrativo que gozó de los privilegios propios de ese tipo de actos como la presunción de legalidad³⁸ (y que produjo efectos hasta que un juez de tutela dejó sin "valor y efecto" los actos administrativos acá demandados), para terminar abusando de su posición y escudarse tras poderes que codició detentar.

81. Justamente, la inclusión de una cláusula excepcional en contratos regidos por el derecho privado, en los cuales no se haya cumplido con los requisitos para su introducción, resultaría en una cláusula abusiva sobre la que se podría configurar su ineficacia de pleno derecho. Esto es, una cláusula de este tipo podría tenerse por no escrita, lo que le permitiría a la parte afectada abstenerse de realizar prestaciones o continuar con el goce pacífico de sus derechos.

82. El que existan consecuencias jurídicas que priven radicalmente de efectos a un negocio jurídico, por la falta de sus elementos esenciales, sin la necesidad de intervención o declaratoria judicial³⁹, resulta en una significativa consideración para quienes son sus potenciales afectados. Sin embargo, esta consideración, muy válida en el derecho privado, tiene mucha menos robustez frente a una administración que goza del privilegio de la decisión previa y la presunción de legalidad cuando expide actos administrativos.

83. Nótese cómo, en el caso en consideración de la Sala, los afectados no pudieron alegar la inexistencia de una parte del negocio jurídico y la no producción de efectos, habida cuenta de que la administración se escudó en su condición de tal y se apoyó en el privilegio de la decisión previa y en

³⁷ La exigencia de conservar los antecedentes (aplicable al caso por expresa disposición de la Resolución 293 de 2004), así como la de tener en cuenta los precedentes de incumplimiento contractual (de la que trataba la redacción original de la Resolución 151 de 2001), implican un deber de actuación de buena fe por parte del prestador del servicio público domiciliario que se materializa en la necesidad de realizar un estudio previo y de revelar a los interesados que en el contrato que se proponen celebrar se incluirán facultades excepcionales.

³⁸ Artículos 64 de CCA y 88 y 89 del CPACA.

³⁹ Código de Comercio artículos 897 y 898.

la presunción de legalidad de sus actos administrativos para declarar una caducidad contractual, esto, a pesar de la ausencia absoluta de una cláusula contractual que así lo permitiera. Consideraciones que resultan más que suficientes y que llevan a que proceda la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 205 de 31 de marzo de 2006 y 370 de 26 de mayo de 2006, expedidas por la EAAB, mediante las cuales declaró y confirmó la caducidad administrativa del contrato N 01-25500-726-2004.

84. En lo que respecta al eventual restablecimiento de los derechos conculcados, se observa, por un lado, que Confianza no probó que hubiera realizado erogación alguna con motivo de la ilegal declaratoria de caducidad del contrato. Por lo que no procede ordenar restitución alguna. Situación similar se predica del Consorcio demandante, habida cuenta de que no identificó perjuicios sufridos con ocasión de los actos administrativos demandados. Por demás, se debe tener en cuenta que, para el momento en el que este último presentó su demanda, ya se había proferido el fallo de tutela que amparó sus derechos fundamentales y había dejado sin efectos los actos administrativos que declararon la caducidad del contrato.

85. Finalmente, en relación con la pretensión sobre el equilibrio económico presentada por el Consorcio Obras Tunjuelo, debe señalarse que el demandante se limitó a señalar que el aumento en el precio del cemento, que calificó de "*anormal e imprevisto*" habría afectado el equilibrio del contrato. Sin embargo el actor, luego de hacer una presentación escueta de la supuesta ruptura, olvidó realizar cualquier esfuerzo probatorio en este sentido, por lo que esta pretensión será desestimada.

2.2. Sobre la condena en costas

86. La Sala se abstendrá de condenar en costas pues no se configuran los supuestos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo requeridos.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR fundado el impedimento manifestado por el consejero Ramiro Pazos Guerrero y, en consecuencia, relevarlo del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO: REVOCAR la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 26 de agosto de 2009 y, en su lugar,

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de las Resoluciones 0205 de 31 de marzo de 2006 y 0370 de 26 de mayo de 2006, expedidas por la EAAB, mediante las cuales se declaró y confirmó la caducidad administrativa del contrato 01-25500-726-2004, de 29 de diciembre de 2004, celebrado entre la EAAB y el Consorcio Obras Tunjuelo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de las demandas acumuladas.

Por Secretaría, una vez ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma electrónica

MARTÍN BERMUDEZ MUÑOZ

Aclaración de voto

Firma electrónica

ALBERTO MONTAÑA PLATA

ACLARACIÓN DE VOTO / COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO / CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CLAUSULA EXCEPCIONAL EN EL CONTRATO ESTATAL / RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

No estoy de acuerdo en que la nulidad se derive de no haber establecido una justificación expresa de la inclusión de las cláusulas excepcionales. En ese sentido, si, conforme con la regulación de la respectiva comisión de regulación en un contrato se incluyen las cláusulas excepcionales, éstas harán parte del negocio jurídico. En sentencia de unificación, esta corporación ha indicado que la regla general en materia de servicios públicos domiciliarios es la aplicación de un régimen de derecho privado. No obstante, el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 establece la posibilidad de incluir cláusulas excepcionales.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 31

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia del 3 de septiembre de 2020; Exp. 42003; C.P. Alberto Montaña Plata.

ACLARACIÓN DE VOTO / FUNCIONES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO / NORMATIVIDAD APLICABLE / RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ESTATAL / CLAUSULA EXCEPCIONAL EN EL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico — CRA expidió una regulación integral de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, por medio de la Resolución 151 de 2001. En la Sección 1.3.3. estableció reglas sobre la inclusión de cláusulas excepcionales. Esta sección fue modificada por la Resolución 293 de 2004. Comparto que la Resolución 151 de 2001, modificada por la Resolución 293 de 2004, podría establecer una regulación que no estuviera supeditada a la valoración de la empresa de servicios públicos. Sin embargo, dicho acto administrativo se presume legal y debe aplicarse. Sobre todo, cuando su legalidad fue previamente analizada por esta corporación. La Resolución 151 de 2001, modificada por la Resolución 293 de 2004, tiene tres (3) artículos sobre las cláusulas excepcionales: el artículo 1.3.3.1. se refiere a los casos en que deben pactarse las cláusulas excepcionales, el artículo 1.3.3.2. (posteriormente declarado nulo) establecía un deber de motivación y conservación de los antecedentes de los contratos y el artículo 1.3.3.3. determina que, en ciertos casos, se debe contar con la autorización de la CRA para incluir las cláusulas excepcionales. Los artículos 1.3.3.1. y 1.3.3.3. de la Resolución 151 de 2001, modificada por la Resolución 293 de 2004, regulan los casos en los que no es necesario contar con la autorización de la CRA.

FUENTE FORMAL: RESOLUCIÓN 151 DE 2001 - ARTÍCULO 1.3.3.1./ RESOLUCIÓN 151 DE 2001 - ARTÍCULO 1.3.3.3 / RESOLUCIÓN 293 DE 2004

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia del 5 de marzo de 2008; Exp. 2049; C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

ACLARACIÓN DE VOTO / COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CLAUSULA EXCEPCIONAL EN EL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PLANEACIÓN / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

[N]o se requiere autorización cuando se trata de un contrato de obra y <<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.>> La sentencia establece una consecuencia jurídica sobre no motivar la inclusión de las cláusulas excepcionales que no obra en la normativa aplicable. Esto, en un caso en el que la regulación de la CRA establece que no debe contarse con autorización y, por ende, la empresa de servicios públicos domiciliarios no debe remitir una justificación soportada. (...) La sentencia considera que no justificar la inclusión de las cláusulas refleja una falta de planeación. Si bien esto puede ser cierto, la consecuencia de lo anterior no sería que las empresas de servicios públicos no pudieran ejercer las cláusulas excepcionales. El incumplimiento del deber de planeación podría tener afectaciones en temas de responsabilidad individual, pero no conlleva que las empresas no puedan ejercer facultades cuando se encuentran expresamente pactadas. Sobre todo, si se trata de casos en los que el incumplimiento pone tiene

como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público.

ACLARACIÓN DE VOTO / CLAUSULA EXCEPCIONAL EN EL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / REQUISITOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

La sentencia argumenta que se sorprendería al contratista, pues la empresa de servicios públicos se autohabilitaría al momento de expedir el acto administrativo de caducidad. Esto no ocurriría si en el contrato fue claro que se pactaron las cláusulas. En este supuesto no habría sorpresa para el contratista porque conocía de la inclusión de las cláusulas al momento de celebrar el contrato.

ACLARACIÓN DE VOTO / CLAUSULA EXCEPCIONAL EN EL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ESTATAL / COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO / PRINCIPIO DE CONMUTATIVIDAD / FUERZA VINCULANTE DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La inclusión de una cláusula excepcional que no haya cumplido los requisitos de ley resultaría en una cláusula abusiva. No comparto darle el alcance de una cláusula abusiva. El fundamento de esta figura se encuentra cuando se rompe de manera injustificada la conmutatividad del contrato. En el caso de la inclusión forzosa de cláusulas excepcionales, este análisis lo realiza previamente la CRA. Si se encuentra en alguno de los supuestos de la regulación de la comisión de regulación, no habría rompimiento injustificado de la conmutatividad del contrato. Lo contrario conllevaría desconocer implícitamente los actos administrativos que hacen obligatoria la inclusión de las cláusulas excepcionales.

ACLARACIÓN DE VOTO / FUNCIONES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO / SANCIÓN A LA EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / REQUISITOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA ABUSIVA

La sentencia considera que se incumplió el deber del artículo 1.3.3.2. de la Resolución 151 de 2001, modificado por la Resolución 293 de 2004. (...) La consecuencia de incumplir este artículo no es que en el contrato se deban excluir las cláusulas excepcionales. El artículo mencionado establece el deber de motivar y de conservar los antecedentes para que la CRA pueda ejercer las facultades del artículo 73 de la Ley 142 de 1994. Esta norma señala que las comisiones podrán <<pedir información amplia, exacta, veraz y oportuna a quienes prestan los servicios públicos (...) Quienes no la proporcionen, estarán sujetos a todas las sanciones que contempla el artículo 81 de la presente Ley. En todo caso, las comisiones podrán imponer por sí mismas las sanciones del caso, cuando no se atiendan en forma adecuada sus solicitudes de información>>. (...) la consecuencia prevista en el texto del artículo 1.3.3.2. de la Resolución 151 es sancionatoria: implica que pueden aplicarse las sanciones previstas en la Ley 142. No obstante, de la posibilidad de sancionar al prestador de servicios públicos no se deriva que no pueda ejercer las cláusulas excepcionales que se hayan estipulado con base en la regulación de la CRA. El artículo 1.3.3.2. de Resolución 151 fue declarado nulo por la Sección Tercera. En ese sentido, la norma que establecía un deber de conservación de la motivación no podía servir de

fundamento para considerar que, si se pactan cláusulas excepcionales sin motivación, las empresas de servicios públicos no pueden ejercerlas.

FUENTE FORMAL: RESOLUCIÓN 151 DE 2001 - ARTÍCULO 1.3.3.2 / RESOLUCIÓN 293 DE 2004 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 73 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 81

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar la sentencia del 5 de marzo de 2008; Exp. 2049; C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 25000-23-26-000-2006-02001-01(38237)

Actor: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. Y OTRO

Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Si bien comparto la decisión de la sala, aclaro mi voto en relación con algunas consideraciones en las que se fundamenta la nulidad del acto administrativo.

En este caso es claro que no se pactaron las cláusulas excepcionales porque el documento denominado “*datos del contrato*” constituye el negocio jurídico. La minuta del contrato era un documento general que servía como referencia para determinar qué cláusulas regían el acuerdo según lo expresamente señalado en los “*datos del contrato*”. Esto bastaba para declarar la nulidad, pues como ya se anotó, la empresa de servicios públicos domiciliarios no incluyó las cláusulas excepcionales en el presente caso.

No estoy de acuerdo en que la nulidad se derive de no haber establecido una justificación expresa de la inclusión de las cláusulas excepcionales. En ese sentido, si, conforme con la regulación de la respectiva comisión de regulación en un contrato se incluyen las cláusulas excepcionales, éstas harán parte del negocio jurídico.

En sentencia de unificación⁴⁰, esta corporación ha indicado que la regla general en materia de servicios públicos domiciliarios es la aplicación de un régimen de derecho privado. No obstante, el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 establece la posibilidad de incluir cláusulas excepcionales, así:

<<Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.>>

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico — CRA expidió una regulación integral de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, por medio de la Resolución 151 de 2001. En la Sección 1.3.3. estableció reglas sobre la inclusión de cláusulas excepcionales. Esta sección fue modificada por la Resolución 293 de 2004.

Comparto que la Resolución 151 de 2001, modificada por la Resolución 293 de 2004, podría establecer una regulación que no estuviera supeditada a la *valoración* de la empresa de servicios públicos. Sin embargo, dicho acto administrativo se presume legal y debe aplicarse. Sobre todo, cuando su legalidad fue previamente analizada por esta corporación⁴¹.

La Resolución 151 de 2001, modificada por la Resolución 293 de 2004, tiene tres (3) artículos sobre las cláusulas excepcionales: el artículo 1.3.3.1. se refiere a los casos en que deben pactarse las cláusulas excepcionales, el artículo 1.3.3.2. (posteriormente declarado nulo) establecía un deber de motivación y conservación de los antecedentes de los contratos y el artículo 1.3.3.3. determina que, en ciertos casos, se debe contar con la autorización de la CRA para incluir las cláusulas excepcionales.

Los artículos 1.3.3.1. y 1.3.3.3 de la Resolución 151 de 2001, modificada por la Resolución 293 de 2004, regulan los casos en los que no es necesario contar con la autorización de la CRA, así:

<<ARTÍCULO 1.3.3.1 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:

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia del 3 de septiembre de 2020, exp. 42003, C.P. Alberto Montaña Plata.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia del 5 de marzo de 2008, exp. 2049, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Esta sentencia se refiere al texto original de la Resolución 151 de 2001.

(...)

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.

Se entiende por contratos de obra los definidos en la Ley 80 de 1993; por contratos de consultoría los definidos en el inciso 2o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; y por contratos de suministro y compraventa los que tipifica el Código de Comercio;

c) En los contratos en los que se entregue total o parcialmente la operación y/o gestión de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado o aseo, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda llevar a una falla en la prestación del servicio por el incumplimiento en la continuidad y/o calidad debidas;

(...)

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.>>

*<<ARTÍCULO 1.3.3.3 AUTORIZACIÓN PARA INCLUIR CLÁUSULAS EXORBITANTES. Las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a los que se refiere esta resolución deberán solicitar a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico autorización cuando deseen incluir cláusulas exorbitantes, **en contratos distintos a los que se refieren los literales b) y c) del artículo 1o. de la presente resolución.** Con la solicitud deberá remitirse la justificación soportada con los documentos a que haya lugar.*

La autorización se concederá, cuando a juicio de la Comisión, sea claro que el incumplimiento del objeto del contrato, puede traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción o suspensión en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y/o aseo, en los niveles de calidad y continuidad debidos.>>

Conforme a lo anterior, no se requiere autorización cuando se trata de un contrato de obra y *<<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.>>*

La sentencia establece una consecuencia jurídica sobre no motivar la inclusión de las cláusulas excepcionales que no obra en la normativa aplicable. Esto, en un caso en el que la regulación de la CRA establece que no debe contarse con autorización y, por ende, la empresa de servicios públicos domiciliarios no debe remitir una *justificación* soportada.

En la sentencia se plantean cuatro (4) argumentos para concluir que la falta de justificación expresa implicaría que las cláusulas excepcionales no están incluidas en el contrato. No comparto ninguno de ellos:

a) La sentencia considera que no justificar la inclusión de las cláusulas refleja una falta de planeación. Si bien esto puede ser cierto, la consecuencia de lo anterior no sería que las empresas de servicios públicos no pudieran ejercer las cláusulas excepcionales. El incumplimiento del deber de planeación podría tener afectaciones en temas de responsabilidad individual, pero no conlleva que las empresas no puedan ejercer facultades cuando se encuentran expresamente pactadas. Sobre todo, si se trata de casos en los que el incumplimiento pone tiene como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público.

b) La sentencia argumenta que se sorprendería al contratista, pues la empresa de servicios públicos se autohabilitaría al momento de expedir el acto administrativo de caducidad. Esto no ocurriría si en el contrato fue claro que se pactaron las cláusulas. En este supuesto no habría sorpresa para el contratista porque conocía de la inclusión de las cláusulas al momento de celebrar el contrato.

c) La inclusión de una cláusula excepcional que no haya cumplido los requisitos de ley resultaría en una cláusula abusiva. No comparto darle el alcance de una cláusula abusiva. El fundamento de esta figura se encuentra cuando se rompe de manera *injustificada* la conmutatividad del contrato⁴². En el caso de la inclusión *forzosa* de cláusulas excepcionales, este análisis lo realiza previamente la CRA. Si se encuentra en alguno de los supuestos de la regulación de la comisión de regulación, no habría rompimiento injustificado de la conmutatividad del contrato. Lo contrario conllevaría desconocer implícitamente los actos administrativos que hacen obligatoria la inclusión de las cláusulas excepcionales.

En todo caso, en la doctrina no es claro que la consecuencia de una cláusula abusiva sea la ineficacia de pleno derecho. Ello puede ser viable cuando el legislador así lo ha establecido, como por ejemplo en la Ley 1480 de 2011⁴³. Sin embargo, cuando no hay una regulación legal, la doctrina plantea que se puede estar en presencia de una nulidad absoluta⁴⁴ o relativa⁴⁵.

d) La sentencia considera que se incumplió el deber del artículo 1.3.3.2. de la Resolución 151 de 2001, modificado por la Resolución 293 de 2004. Esa norma señalaba lo siguiente:

⁴²Arango Grajales, Maximiliano. La causa jurídica de las cláusulas abusivas. Bogotá: Universidad del Rosario, Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 18, no. 1, 2016, pp. 243 a 266.

⁴³El artículo 42 señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 42. CONCEPTO Y PROHIBICIÓN. *Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza. Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, **En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.**”*

⁴⁴ Rengifo Gardezabal, Mauricio. La formación del contrato. Bogotá: Universidad de los Andes y TEMIS, 2016, p.187.

⁴⁵ Arango Grajales, Maximiliano. La causa jurídica de las cláusulas abusivas. Bogotá: Universidad del Rosario, Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 18, no. 1, 2016, p. 261.

<<ARTÍCULO 1.3.3.2. Las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a los que se refiere esta resolución deberán conservar, entre los antecedentes de los contratos, la motivación con base en la cual se decidió incluir las cláusulas exorbitantes, para que la Comisión pueda ejercer las facultades del inciso final del artículo 73 de la Ley 142 de 1994.>>

La consecuencia de incumplir este artículo no es que en el contrato se deban excluir las cláusulas excepcionales. El artículo mencionado establece el deber de motivar y de conservar los antecedentes para que la CRA pueda ejercer las facultades del artículo 73 de la Ley 142 de 1994. Esta norma señala que las comisiones podrán *<<pedir información amplia, exacta, veraz y oportuna a quienes prestan los servicios públicos (...) Quienes no la proporcionen, estarán sujetos a todas las sanciones que contempla el artículo 81 de la presente Ley. En todo caso, las comisiones podrán imponer por sí mismas las sanciones del caso, cuando no se atiendan en forma adecuada sus solicitudes de información>>*.

De acuerdo con lo anterior, la consecuencia prevista en el texto del artículo 1.3.3.2. de la Resolución 151 es sancionatoria: implica que pueden aplicarse las sanciones previstas en la Ley 142. No obstante, de la posibilidad de sancionar al prestador de servicios públicos no se deriva que no pueda ejercer las cláusulas excepcionales que se hayan estipulado con base en la regulación de la CRA.

El artículo 1.3.3.2. de Resolución 151 fue declarado nulo por la Sección Tercera⁴⁶. En ese sentido, la norma que establecía un deber de conservación de la motivación no podía servir de fundamento para considerar que, si se pactan cláusulas excepcionales sin motivación, las empresas de servicios públicos no pueden ejercerlas.

Fecha *ut supra*,

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

⁴⁶Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia del 5 de marzo de 2008, exp. 2049, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Esta sentencia se refiere al texto original de la Resolución 151 de 2001, que sobre lo declarado nulo no sufrió modificaciones. Se declaró la nulidad por los siguientes motivos:

<<En tales términos, es claro entonces que, en la medida en que las Comisiones de Regulación requieran algún tipo de información específica de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, deben recurrir a la Superintendencia de Servicios Públicos, para que sea ésta quien les exija a tales empresas el suministro de la referida información, de tal manera que la misma sea canalizada a través de una sola entidad estatal que, en desarrollo de sus funciones de control, inspección y vigilancia, es la encargada, como ya se vio, del Sistema Único de Información.

*Conforme a lo expuesto, para la Sala no cabe duda de que la **Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico** carecía de competencia para exigir a las empresas de servicios públicos la conservación de cierta información o documentos, puesto que esa es una función que directamente le fue encomendada a la Superintendencia de Servicios Públicos, ya que se trata de la entidad legalmente encargada del establecimiento, administración, mantenimiento y operación del sistema de información alimentado con aquella que sea suministrada por los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia; en consecuencia, **prospera el cargo en contra del artículo 1.3.3.2. de la Resolución acusada, cuya nulidad la Sala declarará.** >>*