



Boletín
JURÍDICO

Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá



*somos
agua*

QUE
TRABAJA
POR BOGOTÁ

Boletín Jurídico

Empresa de Acueducto y Alcantarillado de
Bogotá

Cristina Arango Olaya
Gerente General

Jairo Andrés Revelo Molina
Gerente Jurídico

Autores

Jaime Alfonso Vargas Salcedo
Sandra Patricia Rodríguez Pinilla
Santiago Londoño Camacho

Comité editorial

Flavio Mauricio Mariño Molina
Lorena Stehfanía Rodríguez Salazar
Paola Rojas Redondo
Daniel Alzate Mejía

Diseño editorial

**Oficina Asesora Imagen Corporativa y
Comunicaciones**

Av. Calle 24 No. 37-15
Código Postal:111321 Teléfono:(571) 344 7000
Ciudad Bogotá D.C - Colombia
Copyright 2022 EAAB-ESP

Mayo de 2022

CONTENIDO

- 4 **Editorial**
 - 7 **Prólogo**
 - 9 **Aplicación de descuentos por afectación de la calidad y oportunidad de las prestaciones contractuales**
 - 20 **Naturaleza jurídica de los actos precontractuales en las empresas de servicios públicos como tensión entre el derecho privado y público**
 - 32 **Aplicación de la teoría de la imprevisión en la contratación de las entidades con régimen especial**
 - 49 **Nuevo manual de contratación de la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá**
 - 56 **Novedades del nuevo manual de supervisión e interventoría de la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá**
-

EDITORIAL

Ponemos a disposición de los funcionarios de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá Empresa de Servicios Públicos (EAAB-ESP) y de las empresas de servicios públicos domiciliarios (ESPD) en general el presente boletín jurídico, preparado y emitido por la Gerencia Jurídica de la EAAB-ESP, que aborda diversos temas que inciden de manera importante en la gestión empresarial, y que giran en torno a dos estructuras jurídicas de estirpe constitucional: la autonomía especial o de libertad regulada y el régimen de derecho privado, que por regla general se aplica a sus actos y contratos y que, no obstante el establecimiento institucional de este modelo al materializarlos, no todas las veces resulta comprensible para las autoridades judiciales, administrativas y para los organismos de control político, fiscal o disciplinario.

En primer lugar debemos recordar que servicios públicos domiciliarios son aquellos que garantizan la satisfacción de necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas¹, lo que se tra-

duce en el mejoramiento de la calidad de vida de sus beneficiarios, y que su prestación ha dejado de ser del monopolio del Estado para abrirse a los particulares y las comunidades organizadas.

Así mismo, el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, establece que la prestación de dichos servicios es “inherentes a la finalidad social del Estado”, esto es, prevaleciendo el reconocimiento de la dignidad humana y el bienestar social, entendida la primera como el derecho que tiene cada ser humano de ser respetado y valorado como ser individual y social, con sus características y condiciones particulares, por su simple condición de ser persona y, la segunda, como el resultado del mejoramiento de las condiciones materiales de vida de cada uno de los seres humanos en sociedad (Estado Social de Derecho), en los cuales se enmarca los servicios públicos domiciliarios.

En cuanto al aspecto económico, que el Estado deje de ser el único prestador de

¹ En sentencia T-578 de 1992, citada en la sentencia T-413 de 1995, la Corte Constitucional estableció las características de los servicios públicos domiciliarios, así: “La ya citada sentencia T-578192, explica así la anterior disposición: «Se consagra en esta disposición una categoría especial de servicios públicos, los llamados «domiciliarios», que son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de **satisfacer las necesidades esenciales de las personas**. Son

características relevantes para la determinación del Servicio Público Domiciliario las siguientes, a partir de un criterio finalista: a) El Servicio Público Domiciliario de conformidad con el artículo 365 de la Constitución, puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios. b) El Servicio Público Domiciliario tiene un «punto terminal» que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiéndose por usuario «la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa». c) **El Servicio Público Domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir en concreto**. Así pues, no se encuentran en estas circunstancias el uso del agua destinado a urbanizar un terreno donde no habite persona alguna”.



servicios públicos domiciliarios, implica una dualidad: Estado - mercado, donde el primero deberá garantizar a los usuarios que los agentes prestadores suministren el servicio con calidad, precios razonables, cobertura y en general la prestación eficiente del servicio, para lo cual dispone de instrumentos de control, vigilancia y regulación tarifaria; mientras que el mercado le permite a las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial competir en igualdad de condiciones con otros agentes, a fin de obtener una mejor calidad de vida de los usuarios y asegurar la efectividad de los derechos fundamentales.

Efectivamente, que los servicios públicos domiciliarios sean inherentes a la finalidad social de Estado, genera al mismo tiempo la obligación de intervenirlos, regularlos y vigilarlos para garantizar que éstos sean prestados en condiciones de eficiencia y economía a todos los sectores de la población, mediante la expedición de reglas de orden jurídico. Sobre el particular, el inciso segundo del artículo 365 de la Constitución Política señala que “los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley”. Estas reglas se establecieron en la Ley 142 de 1994, la cual constituye el conjunto de disposiciones de carácter particular aplicable a los servicios públicos domiciliarios. En consecuencia, constituye una ley especial que prevalece sobre cualquier otra disposición en relación con dichos servicios o con las actividades que desarrollen las empresas que los suministran.

Por consiguiente, el Estado se reserva la regulación, control y vigilancia de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, definiendo en el Legislador las facultades de establecer el régimen jurídico y tarifario de los agentes prestadores y los derechos, obligaciones, régimen de protección y formas de participación de los usuarios. Se establecieron los subsidios como mecanismo por el cual, quienes devengan menores ingresos pueden acceder a los servicios públicos domiciliarios, así como otra serie de mecanismos y derechos para materializar el bienestar social y la calidad de vida en condiciones dignas.

El anterior modelo de Estado en la prestación del servicio público domiciliario resultó acertado, pues dicho control y regulación de la prestación del mismo, cobra medular importancia cuando en la práctica no opera la competitividad de prestadores de agua potable en un mismo municipio o en el Distrito Capital, sino que se dispone de un solo agente que trata y distribuye el agua potable; en consecuencia, lo que se impone es el monopolio natural, debido a que serían desbordados los niveles de inversión de mantener redes paralelas, causando daños en el ordenamiento territorial y costos adicionales para los usuarios de tener que instalar redes internas nuevas en el evento de cambiar de operador, entre otros gastos.

Es entendible que las situaciones de monopolio por lo general son negativas

y por tal motivo se crean leyes antimonopolio, pues se parte de la consideración que la concentración de la prestación de bienes o servicios en un solo agente podría generar un aumento de los precios y atrofiar dinámicas transformadoras en la calidad y eficiencia del producto o servicio; sin embargo, la experiencia de los monopolios naturales en la prestación de los servicios públicos de agua potable arroja resultados positivos en la eficiencia del servicio a precios razonables, todo en beneficio del usuario, gracias a la regulación y control estatal en dicha prestación, mediante el sistema de *libertad regulada*, establecida en el Capítulo III de la Ley 142 de 1994, tales, la creación de las comisiones de regulación, la expedición de las reglas para la fijación de tarifas, mecanismos participativos de los usuarios en la vigilancia y control de estos servicios, etc. Así, el sistema de libertad regulada resulta necesaria en la realidad inevitable de los monopolios naturales de la prestación de servicios, sin que ello afecte los intereses colectivos bajo el sistema de economía de mercado establecido en el artículo 365 de la Carta.

Resaltamos que los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, como es el caso de la EAAB ESP, se rigen por el derecho privado, en los términos de los artículos 30 a 32 de la Ley 142 de 1994, lo cual guarda coherencia con el manda-

to constitucional contenido en el artículo 365 de libre concurrencia en el marco de las leyes del mercado sin autonomía absoluta, sino regulado e intervenido por el Estado, que se desarrolla en la Ley 142 de 1994.

Este régimen privado de sus actos y contratos unido a la autonomía especial que le ha otorgado el legislador, en la práctica no ha sido del todo comprensible para algunas autoridades judiciales, administrativas y de control en su aplicación, toda vez que éstas parten de la premisa de que su patrimonio es 100% público y que al estar sometidas al régimen presupuestal público de contra todos sus actos y contratos que impliquen ordenación del gasto, como en tema contractual, deben someterse preponderantemente al derecho público. Pero ello no es así, tal como se expone en desarrollo de este boletín.

Finalmente, consideramos que estos tres artículos y las referencias normativas internas, contribuyen a prestar un servicio de calidad como parte de la estructura descentralizada del Distrito Capital, con el objetivo de generar renta y patrimonio para la entidad territorial, haciendo posible la satisfacción de necesidades que deben ser atendidas, bajo la focalización que realice la circunscripción distrital.

Jairo Andrés Revelo Molina



PRÓLOGO

El presente documento compila cinco artículos que se sustentan, como ya se dijo, en el desarrollo de los conceptos de la autonomía especial o de libertad regulada, y el del régimen de derecho privado, aplicable entre particulares por regla general. Los temas abordados tienen por objeto común dar a conocer al público algunos rasgos del régimen general de las ESPD, así como las actuaciones que en particular viene desarrollando la EAAB-ESP en busca de un constante mejoramiento de cara al cumplimiento de la misión institucional.

En el artículo: “Aplicación de descuentos por afectación de la calidad de las prestaciones contractuales”, se expone la figura jurídica del descuento, propia del derecho privado, y se refiere el marco jurídico de su aplicación en los contratos suscritos por las ESPD. En ese sentido se deja en claro que el descuento no es una sanción, y que en razón a su naturaleza, no es óbice para iniciar a la par otras acciones propias en pro de la defensa del patrimonio institucional.

Por su parte, el escrito: “Naturaleza jurídica de los actos precontractuales en las empresas de servicios públicos como tensión entre el derecho privado y público”, pone de presente que si bien la naturaleza de los actos precontractuales fue objeto de disímil caracterización por

parte del Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación jurisprudencial, a partir del año 2020, aquellos han sido entendidos como elementos propios del derecho privado en base a los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994.

Dentro del escrito: “Aplicación de la teoría de la imprevisión en la contratación de las entidades con régimen especial”, se exponen de manera detallada el concepto de la teoría de la imprevisión y en base a desarrollos tanto jurisprudenciales como doctrinales, los elementos más relevantes a tener en cuenta para una correcta aplicación de dicha teoría, de modo que no se afecten los intereses de las entidades públicas, tales como la compensación al contratista hasta un punto de no pérdida, la oportunidad para presentar la solicitud de restablecimiento del desequilibrio financiero contractual, y el requisito del cumplimiento contractual por parte del contratista.

A través del artículo: “Nuevo manual de contratación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá”, se ponen de presente algunos de los principales elementos que la Resolución No. 1044 del 28 de noviembre del 2021 introdujo al proceso de contratación de la entidad; elementos pensados en aumentar las garantías institucionales en las diversas etapas contractuales, aclarar conceptos y mejorar la calidad de los trámites internos para un más funcional seguimiento y la consecución de los objetos contractuales.

Finalmente, el texto: “Novedades del nuevo manual de supervisión e interventoría de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá”, también busca propiciar un resumido esquema de los aspectos a resaltar que sustancialmente cambiaron con la entrada en vigencia de la Resolución 1229 del 30 de diciembre de 2021, en cuanto a definiciones, responsabilidades o actividades; todo aquello en base a la experiencia institucional, así como al estudio de distintos aspectos que merecían ser adecuados, y en ese sentido se obró.

En suma, los artículos que se recogen en este boletín apuntan a facilitar el acceso al conocimiento sobre temas de especial relevancia para el funcionamiento de toda ESPD, y de manera particular, de la EAAB ESP. Se resalta que las mejoras que se esperan concretar en base a las posiciones tomadas, así como a las acciones efectivas, redundarán en el mejoramiento del servicio prestado, lo cual es el principal objetivo de la Empresa.

Daniel Alzate Mejía

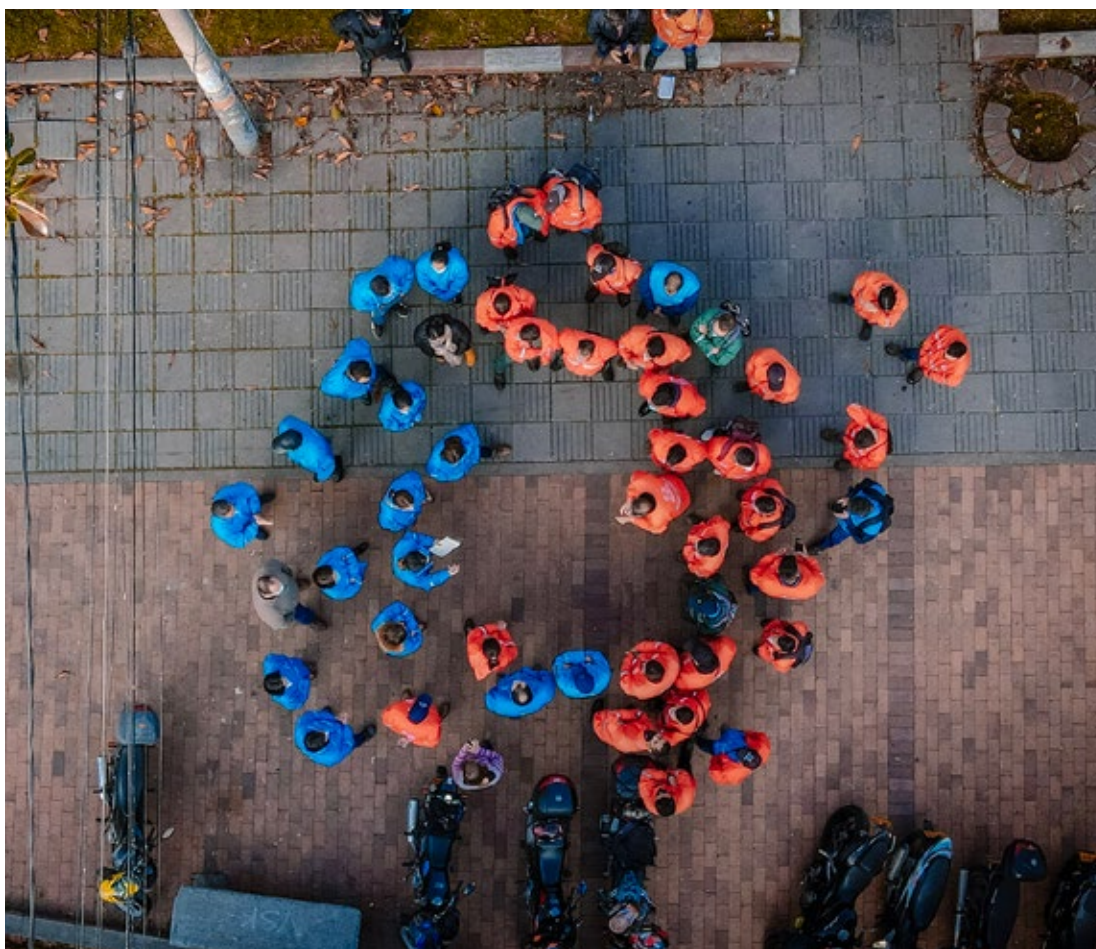


Foto: Archivo EAAB



APLICACIÓN DE DESCUENTOS POR AFECTACIÓN DE LA CALIDAD Y OPORTUNIDAD DE LAS PRESTACIONES CONTRACTUALES

Escrito por:

Jaime Alfonso Vargas Salcedo

1. Introducción: el régimen jurídico aplicable a la contratación de la EAAB ESP

Los artículos 31¹ y 32² de la Ley 142 de 1994 determinan como régimen general la aplicación del derecho privado para los contratos y actos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, razón por la cual la aplicación del derecho público resulta excepcional y obedece a los casos expresamente fijados por el legislador.

De manera complementaria al régimen jurídico antes indicado, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 señaló que las entidades que tienen un régimen contractual

excepcional al del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con el régimen especial de contratación fijado por el legislador, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso, y así mismo, estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Por su parte, la doctrina contencioso administrativa, en sentencia de unificación jurisprudencial de 3 de septiembre de 2020, a través de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 42.003, entre otras reglas, consideró para el caso de las empresas prestadores de servicios públicos domiciliarios que sus actuaciones precontractuales obedecían a actos regidos por el derecho privado y que, salvo norma legal expresa, era competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las controversias que se deriven de las mismas. Ahora bien, dentro del desarrollo teórico, en la nota explicativa 40, se determinó lo siguiente:

“La Ley 142 de 1994 contempla la posibilidad de proferir actos administrativos en las situaciones previstas en el artículo 33 (desarrollado por los artículos 56, 57, 116 y ss.); en materia contractual cuando el régimen de estos sea el derecho público y,

1 Artículo 31 de la Ley 142 de 1994: “Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.”

2 Artículo 32 de la Ley 142 de 1994: “Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.”

en tal sentido se les aplique el Estatuto de Contratación Estatal (parágrafo del artículo 31, 39.1), contratos para la concesión de ASES (artículo 40), o limitado a lo relativo a cláusulas excepcionales (artículo 31)). En materia precontractual, en cambio, no existe disposición legal alguna de la que se derive la posibilidad de expedir actos administrativos”

Dicha regla jurisprudencial resulta armónica con su doctrina antecedente en la que había planteado como aplicación del régimen general del derecho privado a las empresas oficiales prestadores de servicios públicos y su entendimiento en un plano de igualdad al de los demás particulares, razón por la cual, excluyó la posibilidad de pactar y hacer uso de facultades unilaterales y exorbitantes en materia de contratación, salvo las excepciones legales³.

3 El Consejo de Estado, Sección Tercera, por ejemplo, en fallo de 15 de noviembre de 2011, expediente 21.178, consideró lo siguiente: “La administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994. (...) Recuérdese que los poderes excepcionales al derecho común, únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas, habida cuenta de que está por fuera de discusión que todas las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones a ellos asignadas específicamente en la Constitución Política, la ley y el reglamento y por lo mismo, son responsables por infringir estas normativas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículos 6º, 121 y 122 superiores). Es obligada inferencia de lo que se viene considerando que la situación descrita

En armonía con el citado marco jurídico, el artículo primero del Manual de Contratación de la Empresa vigente, adoptado mediante Resolución 1044 del 18 de noviembre de 2021, señala:

“ARTÍCULO PRIMERO. RÉGIMEN APLICABLE. *La contratación de la EAAB-ESP se regirá por el derecho privado y el presente Manual, así como por las disposiciones especiales que le sean aplicables en consideración a su naturaleza jurídica.”*

El artículo cuarto ibídem señala:

“ARTÍCULO CUARTO. ASPECTOS NO REGULADOS: *En los aspectos no regulados en el presente manual se aplicarán las disposiciones del*

acarrea la invalidez de las cláusulas correspondientes, al configurarse la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1502, 1519 y 1741 del Código Civil), en tanto conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la Administración y vulneran el orden jurídico que por razones superiores y en interés general fija límites y restringe la autonomía de la voluntad en este ámbito. (...) el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) faculta al juez administrativo para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, nulidad absoluta que puede recaer sobre la totalidad del contrato o sobre alguna o algunas de sus cláusulas. (...) Así las cosas, el juez administrativo no sólo está facultado sino que tiene el deber de declarar oficiosamente la sanción legal de la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus estipulaciones, aunque no exista petición de parte, en cualquiera de las instancias, cuando aparezca plenamente demostrada en el proceso y en él intervengan las partes o sus causahabientes”. Regla que resulta consistente con lo dicho por la misma corporación en sentencias de 21 de octubre de 1994, en expediente 9.288; sentencia de 1 de agosto de 2002, expediente 21.041; sentencia de 19 de agosto de 2004, expediente 12.342; sentencia de 16 de febrero de 2006, expediente 13.414, y sentencia de 7 de octubre de 2009, expediente 18.496.



Código Civil, el Código de Comercio, el CPACA o las normas especiales que le fueren aplicables de conformidad con la naturaleza jurídica de la EAAB ESP.

Los vacíos en los aspectos sustantivos y en la regulación del contrato se deben llenar con las normas civiles y comerciales, según el caso, y los que tengan que ver con asuntos relacionados con el procedimiento se deben integrar con las normas de la primera parte del CPACA.”

Ahora bien, para el tópico que nos ocupa, la Empresa adopta y pacta, en el marco del derecho privado y de la autonomía de la voluntad, en los respectivos negocios jurídicos celebrados con sus contratistas la posibilidad de efectuar descuentos, que no corresponden a una sanción contractual, sino a una medida para resguardar el patrimonio público: no pagando lo que no se ha recibido, o lo que se ha recibido en condiciones de calidad inferiores a las pactadas, o por atrasos en dichas entregas, o en general por no haberse dado cumplimiento a los términos acordados entre las partes. Lo que no resulta exorbitante del derecho privado, toda vez que el ente público prestador de los servicios públicos no está obligado a reconocer y pagar lo que no ha recibido de manera satisfactoria.

En tal sentido, la EAAB ESP ha estructurado un esquema de gradualidad de descuentos a la retribución al contratista

por indicadores de calidad u oportunidad, para mantener el equilibrio entre las prestaciones recíprocas, conforme al principio de conmutatividad contractual.

En razón de lo anterior, a continuación, se presenta el marco jurídico que sustenta la posibilidad de pactar estipulaciones contractuales relacionadas con los descuentos a los pagos efectuados a los contratistas por parte de la empresa.

2. Reglamentación contractual de la figura de los descuentos

El artículo cuadragésimo tercero del Manual de Contratación de la EAAB ESP estipula con respecto a los descuentos, lo siguiente:

“ARTÍCULO CUADRAGÉSIMO TERCERO. DESCUENTOS: *En los contratos celebrados por la EAAB ESP se estipulará una cláusula de descuentos, de conformidad con las siguientes reglas:*

Con la celebración del contrato el contratista acepta la estipulación de la cláusula de descuentos.

En el evento que el contratista incurra en hechos generadores de descuento contractual, éstos serán dados a conocer por el supervisor o el interventor, según el caso, mediante comunicación enviada a la dirección de correo electrónico registrada en la propuesta, o en

su defecto a la dirección de correo electrónico de notificación judicial registrada en la Cámara de Comercio.

Adicionalmente, en la mencionada comunicación se le informará al contratista el valor del descuento y se le concederá un término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente a la fecha de recibo de la comunicación, para que se pronuncie sobre los hechos generadores de descuento.

Si el contratista no da respuesta dentro del plazo anterior, o su respuesta no es satisfactoria, el supervisor o interventor procederá a realizar el descuento de cualquier suma que se le adeude, si la hay; de no haberla, se solicitará que la pague voluntariamente, y de no hacerlo, se procederá a hacer efectivo el amparo de cumplimiento del contrato o a su cobro por vía judicial.

En ningún caso la aplicación de descuentos será entendida por el contratista como liberatoria o atenuante de cualquiera de las obligaciones adquiridas en virtud del contrato.

En el evento en que el valor de los descuentos exceda el 10% del valor total del contrato, se entenderá que el contratista incurrió en causal de incumplimiento definitivo del contrato. En consecuencia, se consti-

tuirá causal de terminación o resolución del contrato, en los términos del artículo 1546 del Código Civil.

En los estudios previos se deberá incluir el plan de descuentos que resulte aplicable a la contratación". (s.n.)

PARÁGRAFO: El anterior procedimiento y condiciones no aplicarán en los contratos de concesión o contratos que vinculen capital privado para la construcción, operación y/o mantenimiento de infraestructura, en los cuales los esquemas de descuentos, deducciones e incentivos serán establecidos considerando las características particulares de la estructura contractual y del proyecto".

Los "Hechos generadores del descuento" de que trata el artículo cuadragésimo tercero del Manual de Contratación vigente están ineludiblemente asociados a los estándares o niveles de calidad y oportunidad expresamente definidos en el contrato, los cuales serán siempre exigibles. Esto significa que el bien, obra o servicio, objeto de la prestación contractual se retribuirá en proporción a la calidad u oportunidad en que se entrega el mismo. A menor calidad o incumplimiento en tiempo menor precio. La generación de estos descuentos es independiente de las demás consecuencias derivadas de los posibles incumplimientos contractuales.



3. La legitimidad y finalidad protectora del patrimonio y la moralidad pública de la cláusula de descuentos

Es regla general, de conformidad con los artículos 1602 al 1605 del Código Civil, que los contratos son ley para las partes y deben cumplirse, sin excusa ni pretexto, y deben ser suscritos y ejecutados de buena fe. Por ende, no pueden ser invalidados o modificados sino por mutuo asentimiento o por motivos legales, lo cual significa que la fuerza vinculante que emerge del contrato (*pacta sunt servanda*), imposibilita entonces que una de las partes, *motu proprio*, derogue la ley negocial y, por esa vía, pueda válidamente sustraerse de atender el deber de prestación que le incumbe, entre ellas la de someterse a la aplicación de los descuentos con ocasión de la ocurrencia de los hechos generadores de la misma, identificados en el contrato.

Entonces, el contrato válidamente celebrado se constituye en ley para las partes y, en este sentido nuestra legislación no permite que una de ellas se vaya contra sus propios actos, esto es, que pretenda ser juez de sus actos al modificar unilateralmente el negocio jurídico acordado o, el de enervar o desconocer los efectos claramente definidos en su clausulado.

Sobre la obligatoriedad de las partes en someterse al contrato, la Corte Constitucional dijo:

“Es regla principalísima, amén que vertebral del derecho contemporáneo de los contratos y de las obligaciones, que aquellos, lato sensu, son ley para las partes y que, por ende, no pueden ser “invalidados” sino por su mutuo asentimiento o por motivos legales. Así, expresa y categóricamente, fue establecido en el artículo 1602 del Código Civil patrio (...)

*La fuerza vinculante que emerge del contrato (*pacta sunt servanda*), en particular el nacido por la conjunción o convergencia de voluntades individuales (*mutuum consensus*), imposibilita entonces que una de las partes, *motu proprio*, derogue la ley negocial –o *lex contractu-*y, por esa vía, pueda válidamente sustraerse de atender el deber de prestación que le incumbe, propósito que –por regla– sólo puede lograrse por la aquiescencia expresa o tácita de quienes estructuraron primigeniamente la convención (axioma de la intangibilidad in negotio), pues, al fin y al cabo, como de antiguo se ha predicado, nada es tan natural y consecuente de cara a la lógica, como disolver un vínculo de la misma manera como inicialmente se gestó (*nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est*), esto es, en virtud de la exteriorización de las voluntades coincidentes de los*

*proprios cocontratantes (mutuum disensus)*⁴. (s.n.)

Así pues, la obligatoriedad del contrato, incluyendo su cláusula de descuentos, se deriva de la voluntad de las partes, amparada por la ley. De tal manera que, en el negocio jurídico, la persona hace coincidir su voluntad con la del otro y da lugar a una nueva voluntad unitaria, que es la voluntad contractual, que regirá las relaciones entre las partes.

En consecuencia, los contratos y sus cláusulas, entre ellas las de descuentos: son vinculantes y no existe disposición expresa que prohíba su aplicación y no es contraria a la Carta Política, la ley y el orden público.

En este punto es preciso recordar que uno de los principios de la función administrativa es la moralidad administrativa, conforme lo disponen el artículo 209 de la Constitución Política y 3 de la Ley 489 de 1998.

Desde la óptica de este principio, la cláusula de descuentos impide que a través de una actuación amparada en un contrato válidamente celebrado se termine favoreciendo con reconocimientos contractuales respecto de bienes y servicios con problemas de oportunidad y/o calidad, en general, a lo pactado en el respectivo contrato.

4 Sentencia T-269/06, 4 de abril de 2006. Referencia: expediente T-1245274. MP. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Por lo que aquélla, además se hace protectora del patrimonio público en la medida que faculta a la Empresa a pagar lo que en realidad ha recibido a satisfacción en el marco del acuerdo negocial celebrado. Lo que, de manera armónica con su régimen especial, traduce un sentido razonable en el actuar desde la esfera civil y mercantil, dado que un hombre diligente con sus negocios no pagaría por lo que no ha recibido o ha recibido de manera defectuosa o inoportuna.

De ahí la relevancia de comprender esta importante estipulación contractual en el marco de los principios que desde la función administrativa iluminan la actividad contractual de la Empresa, allende su régimen de derecho privado.

4. Los descuentos en el valor del contrato por oportunidad y/o calidad, al no cumplirse con los indicadores y estipulaciones definidas en el contrato

El valor o precio que se acuerda entre las partes como retribución de los bienes y servicios recibidos se constituye en un elemento esencial de los contratos onerosos, de ahí que sostenga la doctrina respecto de la contratación que:

“El derecho de intangibilidad de la remuneración importa el mantenimiento inalterado de las condiciones económicas financieras del contrato durante toda su vida real, tal como fueron fijados con oca-



*sión del procedimiento de selección previo, en ese complejo valorativo que nace con la confección de los pliegos y concluye con la adjudicación*⁵.

De ahí que el contratista se comprometa a suministrar los bienes y servicios pactados **en las condiciones técnicas, de calidad y oportunidad convenidas**, y la EAAB a remunerar dichas prestaciones conforme a las condiciones y valores acordados.

De tal manera que si el contratista se allana a cumplir con lo pactado tendrá derecho a percibir la remuneración acordada; empero, si suministra los bienes, obras y servicios en condiciones de calidad inferiores a las pactadas, tendrá como consecuencia contractual una reducción de la remuneración que debe percibir el contratista, sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del presunto incumplimiento contractual.

Lo anterior resulta acorde con el principio de la moralidad administrativa y la protección del patrimonio público, dado que no se puede remunerar plenamente por bienes, obras y servicios recibidos en una calidad o condiciones inferiores a las acordadas, de hacerlo se vulneraría la protección que del patrimonio público debe hacerse por parte de la

Empresa, dado el marco de principios de la función administrativa y de la gestión fiscal que irradian sus actuaciones contractuales.

5. Exigencia de la previa tipicidad, medición y cuantía del descuento

Los descuentos pactados en el contrato deberán estar debidamente estandarizados, esto es, tipificados, con una fórmula o indicador medible y con su respectiva cuantía, la cual siempre deberá ser proporcional y equilibrada, con respecto a la afectación de dicha calidad.

Así mismo, para la aplicación de descuentos deberá previamente agotarse el debido proceso establecido en el Manual de Contratación aplicable al respectivo contrato⁶:

Es necesario, entonces, que los descuentos establecidos se encuentren soportados en medidores o estándares de calidad de las prestaciones contractuales, previamente definidos en el contrato o en los documentos anexos al mismo, entre ellos los estudios previos, tal como lo exige el artículo cuadragésimo tercero del Manual de Contratación actual.

5 Agustín Gordillo- José Dromi: Contratos Administrativos- Regímenes de Pago y Actualizaciones. Página 151.

6 *"Si el contratista no da respuesta dentro del plazo anterior, o su respuesta no es satisfactoria, el supervisor o interventor procederá a realizar el descuento (...)"*

Dichos medidores de calidad se podrán definir con: indicadores, establecimiento de objetivos o metas, gestión en la ejecución, de conformidad con el cronograma de ejecución de actividades o inversiones, fórmulas, tiempos de entrega de productos o avances de los mismos, tiempos de respuesta, tiempos de mantenimiento, rendimientos, etc., de conformidad con la naturaleza y características del objeto contratado y de las obligaciones relativas al mismo; lo importante es que en el contrato estén estos parámetros claramente establecidos y medibles.

Resulta pertinente traer a colación las definiciones que trae el artículo 2º del Decreto 1467 de 2012 “Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012”, pues si bien dicha Ley establece el régimen jurídico de las asociaciones Público Privada, también lo es que por corresponder a definiciones con fuerza legal ameritan ser adoptadas por la EAAB ESP en la estructuración y aplicación de las cláusulas contractuales de “Descuentos”:

“Artículo 2º. Definiciones.

Indicadores de gestión: Instrumento definido por la entidad estatal competente que permite medir el cumplimiento de los objetivos y vincular los resultados con la satisfacción de los mismos. El conjunto de indicadores deberá permitir contar con información suficiente para tomar decisiones informadas.

Estándar de Calidad: Características mínimas inherentes al bien o servicio objeto del contrato.

Nivel de Servicio: Condición o exigencia que se establece para un indicador de gestión para definir el alcance y las características de los servicios que serán provistos.

Específico: Característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión es concreto y preciso.

Medibles: Característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión es evaluable y cuantificable y que se refiere a algo observable y real.

Oportunos: Característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión se mide en el momento apropiado.

Pertinentes: Característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión es adecuado para cumplir su objetivo.

Viables: Característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador es susceptible de llevarse a cabo o concretarse”.



6. Oportunidad para la aplicación de descuentos: Durante el plazo de ejecución contractual

Los descuentos se podrán aplicar directamente y bajo el procedimiento establecido en el Manual de Contratación de la EAAB vigente para el respectivo contrato, sólo durante el plazo de ejecución contractual, toda vez que vencido dicho plazo con actividades sin ejecutar o entregadas defectuosamente, deviene en incumplimiento definitivo, que como analizamos en el acápite anterior, en dicho evento lo procedente será el de gestionar a través de la Oficina de Representación Judicial y Actuación Administrativa las acciones judiciales correspondientes, previo el análisis de su procedencia por parte del Gerente Jurídico, en los términos del literal f) del artículo cuadragésimo cuarto del Manual de Contratación actual o el Manual que resulte aplicable al contrato.

7. Conclusión

En la contratación del régimen privado impera el principio, según el cual, las leyes que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, cuando éstos, al celebrarlos, acatan las prescripciones legales y respetan el orden público y las buenas costumbres. El postulado de la normativa de los actos jurídicos (art. 1602 del C.C.) se traduce en que legalmente celebrado un contrato se convierte en ley

para las partes, quienes por consiguiente quedan obligadas a cumplir las prestaciones acordadas en él y, no puede ser invalidado sino por mutuo consentimiento o por motivos legales. Siguiendo este hilo conductor, llegamos a las siguientes conclusiones en el tema de descuentos contractuales:

7.1. Los acuerdos a que lleguen a las partes, son de obligatorio cumplimiento, entre ellos, el de medir los niveles de calidad de las actividades o productos pactados contractualmente con el consecuente descuento o disminución de la retribución en el evento de disminuir dicha oportunidad y/o calidad. Estas cláusulas no contradicen disposición legal o interna de la EAAB ESP, prevaleciendo la autonomía negocial de las partes; postulado éste cardinal en el régimen privado, al cual se somete la contratación en la EAAB ESP, máxime cuando no va contra *“La ley, la moral, las buenas costumbres y el orden público”*, claro está, siguiendo el procedimiento del debido proceso señalado en el Manual de Contratación aplicable al respectivo contrato, cláusula de descuento usual en el tráfico comercial, en el que, a menor calidad, menor precio, sin perjuicio de las demás medidas derivadas del incumplimiento del contrato.

7.2. Sólo será procedente aplicar descuentos si en el contrato o en sus documentos anexos hubiese quedado suficientemente tipificados:

- Los “hechos generadores”,
- Fórmula, indicador o mecanismo de medición
- Cuantía (respetando la proporcionalidad)

7.3. La cláusula de descuentos no podrá ser estructurada como una sanción contractual toda vez que son instituciones jurídicas distintas.

7.4. La aplicación directa de los descuentos será procedente sólo en vigencia de la ejecución contractual.

Bibliografía

Congreso de la República de Colombia, Ley 153 de 1887 “Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.”

Congreso de la República de Colombia, Ley 1508 de 2012, “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.”

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2011, expediente 21.178, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia T-269 del 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Departamento Nacional de Planeación: Conpes: Medición de los niveles de servicio, estándares de calidad y criterios ambientales para los proyectos que se desarrollen bajo el esquema de asociación público privada -versión febrero de 2018-

Decreto 1467 del 06 de julio del 2012 “Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012”

Resolución No. 1044 del 21 de noviembre del 2021 “POR MEDIO DE LA CUAL SE ADOPTA EL MANUAL DE CONTRATACIÓN DE LA EAAB-ESP”

Gordillo, A. A. y Dromi, J. (1990) Contratos Administrativos- Regímenes de Pago y Actualizaciones. Página 151.



Foto: Archivo EAAB

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS PRECONTRACTUALES EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS COMO TENSIÓN ENTRE EL DERECHO PRIVADO Y PÚBLICO

Escrito por:

Jaime Alfonso Vargas Salcedo

Autonomía especial otorgada por el legislador a la EAAB ESP: Reglas del mercado. Régimen contractual

Las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial –ESPD– disponen de autonomía especial de carácter constitucional y legal, con el propósito de que puedan prestar el servicio en condiciones de igualdad con sus pares de carácter privado, bajo las reglas de libre concurrencia y competitividad (reglas del mercado), todo ello en últimas para garantizar la efectiva y eficiente prestación de dichos servicios con tarifas razonables, y por ello, el legislador definió que sus actos y contratos se registrarán por el derecho privado; sin embargo, ésta autonomía especial no ha sido respetada, o al menos comprendida, en varias ocasiones por los agentes públicos encargados precisamente de apoyarla. Es así como autoridades administrativas, de control político y fiscal, de regulación y vigilancia e inclusive desde la misma rama judicial, han pasado por alto la especial naturaleza jurídica propia de las ESPD.

Por tal motivo, en el presente artículo luego de desarrollar el soporte constitucional y legal de la autonomía especial de las ESPD, pretendemos enfocarnos en los vaivenes jurisprudenciales sobre la definición de la naturaleza jurídica pública o privada, de los actos precontractuales de dichas empresas, obligándose el Consejo de Estado en Sala Plena a emitir una sentencia unificada para superar estas sentencias encontradas.

1. Marco constitucional de la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios –SPD–

El marco constitucional incluye la consagración expresa de los servicios públicos como *“inherentes a la finalidad social del Estado”*, a quien le asignó la tarea de *“asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”* (art. 365) y para garantizar de manera concreta la eficiente la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en dicho artículo se introdujo un nuevo modelo institucional, referido en que la prestación de los mismos se realizaría en condiciones de libre concurrencia y nivel de competitividad, entre entidades oficiales, mixtas y privadas, en un mismo marco normativo; contrario al modelo constitucional anterior, donde la prestación de dichos servicios era asimilable a una función pública.

De tal manera que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, indistinto de su naturaleza jurídica, quedan sometidas a un mismo régimen



legal, en condiciones de igualdad frente al mercado, con garantía de libre acceso, en el cual el Estado interviene en su regulación, control y vigilancia.

En cuanto a las reglas del mercado, el artículo 333 de la Carta precisa que el Estado, “por mandato de la ley”, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica, evitará o controlará el abuso de la posición dominante y delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. A su vez, el artículo 334 autoriza al legislador a intervenir en la economía; y el artículo 150-21 reitera que corresponde al Congreso “expedir las leyes de intervención económica” a través de las cuales se precisen los fines, alcances y límites a las libertades empresariales.

Sobre los alcances de las reglas de mercado, en especial el de la libre competencia, aplicable a las ESPD, el tratadista Guillermo Chahín Lizcano, citado por el Consejo de Estado¹, señala:

*“se trata de un régimen de libertad de empresa, pero dentro de los límites del bien común, sujeta esta actividad a la dirección general y a la intervención del Estado con miras al logro de los fines del Estado Social de derecho.
(...)”*

*Al expedirse la ley, se cambia el concepto de los controles que se ejercen sobre las entidades prestadoras de servicios públicos, tradicionalmente enmarcado dentro de la concepción de que su prestación corresponde al desarrollo de una actividad administrativa pública, para reemplazarlo por el moderno que permite **el acceso libre de los particulares, que obliga a que el Estado compita con ellos en igualdad de circunstancias, sin privilegios ni exclusividades, y que considera que la prestación de tales servicios no es otra cosa que el ejercicio de una actividad económica que se cumple por todos dentro de un criterio de libertad aunque sometida a la regulación, vigilancia y control del Estado, pero ya no según los mecanismos tradicionales de control sobre la actividad estatal, sino en ejercicio de la facultad constitucional que tiene el Estado de intervenir en la economía”** (s.n.)*

Entonces, de conformidad con la Carta Política de 1991, el Estado pasó de ser responsable en la prestación del servicio público domiciliario al de convertirse en garantista del mismo, como quiera que dicha presentación quedó bajo las reglas de las leyes del mercado, con régimen de igualdad entre las ESPD, indistinto de la naturaleza jurídica de las mismas, esto es: públicas, privadas o mixtas; en donde el Estado interviene para ra-

¹ Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ Bogotá, D.C., 17 de febrero de 2005. Radicación número: 50001-23-31-000-2003-0277-01(27673)

cionalizar su prestación “en la búsqueda del mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades.”²

Efectivamente, resultó positivo incluir la prestación de SPD bajo las reglas de la libre competencia, como mecanismo para garantizar la prestación eficiente de los mismos, pues la libre competencia en los mercados se traduce en protección del bienestar de los consumidores con servicios eficientes a precios razonables. Lo anterior en razón a que en un mercado con libre competencia los agentes económicos se esfuerzan por atraer a los clientes con menores precios, mejor calidad, mayor variedad o sofisticación en los productos, mayor innovación, y más y mejores servicios, beneficiando directamente a los consumidores.

Las empresas también se benefician de la competencia, por cuanto ésta las incentiva a perseguir más eficiencia (reduciendo costos, mejorando la combinación de factores productivos, etc.). En fin, la competencia conlleva beneficios para la sociedad en su conjunto, ya que el incremento en la productividad contribuye al crecimiento económico del país. De tal manera, para que las empresas de carácter oficial puedan actuar en igualdad de condiciones competitivas en el mercado de la prestación de SPD, necesariamente se requiere que éstas

actúen bajo una legislación aplicable por igual a los agentes económicos, indistinto de la naturaleza jurídica de éstos, como en efecto lo definió el constituyente del 91 y quedó desarrollado en la Ley 142 de 1994.

2. Naturaleza jurídica de la EAAB ESP

El Consejo del Distrito Capital, en uso de las facultades conferidas en los artículos 12, 13 y 55 del Decreto-ley 1421 de 1993, expidió el Acuerdo Distrital 06 de 1995, definiendo en su artículo primero la naturaleza jurídica de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, en los siguientes términos:

Artículo 1º. -Naturaleza jurídica. *La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., es una Empresa Industrial y Comercial del Distrito, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.*

Sobre el particular, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 incluyó a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta dentro de las entidades del sector descentralizado por servicios que, junto con las entidades del sector central, integran la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional.

2 Ibidem



El literal d) del artículo 38 incluyó entre las entidades descentralizadas por servicios, a las “*demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público*”, dentro de esa categoría deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos tanto oficiales como las mixtas, independientemente del orden descentralizado territorial al que pertenecen.

Así mismo, la ley previó que estas categorías de empresas de servicios públicos domiciliarios públicas se sujetaban a la Ley 142 de 1994, a lo previsto en la Ley 489 de 1998 en los aspectos que aquélla no regulara, y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen (art. 84).

Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial”. Sentencia Corte Constitucional C-736/07

En consecuencia, la EAAB ESP corresponde al nivel descentralizado del Distrito Capital, con naturaleza jurídica de empresa industrial y comercial del Distrito Capital, prestadora de servicios públicos domiciliarios, con patrimonio 100% público, en los términos del Acuerdo Dis-

trital 06 de 1995 y, vinculada a la Secretaría de Hábitat, de conformidad con el artículo 114 del Acuerdo Distrital³ 257 de 2006.

3. Cumplimiento de la prestación del SPD de la EAAB ESP bajo reglas del mercado

Para el cumplimiento de la eficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios con tarifas razonables, es necesario que las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales mantengan su autonomía no solo administrativa y presupuestal, sino que se le permita moverse en el mercado con flexibilidad para competir en igualdad de condiciones, como garantía de prestación de servicios eficientes, lo cual es solo posible respetando el mandato del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3° de la Ley 689 de 2001, esto es, de manera general, no someter a estas entidades al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

Valga recordar que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2011 respeta este deseo del

3 Artículo 114. Integración del Sector Hábitat. El Sector Hábitat está integrado por la Secretaría Distrital del Hábitat, cabeza del Sector, y por las siguientes:

a. **Entidades Adscritas:** (..)

Establecimiento público: Caja de Vivienda Popular.
Unidad Administrativa Especial: Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos.

b. **Entidades Vinculadas:**

Empresa Industrial y Comercial: Empresa de Renovación Urbana - ERU
Empresa Industrial y Comercial: Metrovivienda.
Empresa de Servicios Públicos: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá - EAAB -ESP (s.n.)

constituyente, desarrollado en la Ley 142 de 1994, esto es, que las entidades públicas con un régimen contractual especial, continúen con el mismo, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Sobre el régimen especial de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-736-2007, expresó:

“El constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una

naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial.”.

El mandato constitucional establecido en el artículo 365 de libre concurrencia en el marco de las leyes del mercado, sin que ello implique autonomía absoluta, está regulado e intervenido por el Estado y se desarrolla en la Ley 142 de 1994, estableciendo en sus artículos 30 a 32 que los actos y contratos de las ESPD, independiente de la naturaleza jurídica



de estas, se someten a lo prescrito en dicha ley y, en lo no establecido en ella, por el derecho privado.

A pesar de la precitada igualdad de condiciones dentro de un sistema de libre competencia establecido en la Carta Política y la Ley 142 de 1994, en la práctica no ha sido del todo comprensible para algunas autoridades administrativas y de control distritales la aplicación de dicho postulado tratándose de ESPD de carácter oficial, como lo es la EAAB ESP, como quiera que parten de la premisa que el patrimonio de ésta empresa es 100% público, cuyo procedimiento de manejo y control se encuentra establecido en disposiciones legales y reglamentarias de orden público, por tanto, de perentorio cumplimiento. No obstante, es completamente conciliable la aplicación de estas disposiciones con la autonomía especial otorgada por el legislador a la EAAB ESP, en su calidad de ESPD.

4. Desarrollo jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de las ESPD

Como bien fue expuesto en la parte inicial del presente artículo, la efectiva autonomía especial de carácter constitucional y legal otorgada a las ESPD de carácter oficial, consolidada con la naturaleza jurídica de derecho privado de sus actos y contratos, bajo la premisa de las reglas del mercado de libre competencia y de

la competitividad en igualdad de condiciones con las ESPD de carácter privado, no ha sido ecuanímente comprendida y respetada por los agentes públicos responsables precisamente de apoyar, vigilar o regular dicha prestación; entre los cuales se encuentra el Consejo de Estado en su labor de ejercicio interpretativo, donde ha dado vaivenes en tal sentido, como ella misma lo reconoce en sentencia de unificación jurisprudencial del 3 de septiembre de 2020, en los siguientes términos:

“La jurisprudencia de esta Corporación no ha tenido una postura uniforme sobre la determinación de la naturaleza jurídica de los actos precontractuales emitidos por entidades que tienen regímenes de contratación exceptuados de la Ley 80 de 1993 y, especialmente, de aquellos actos de este tipo proferidos por prestadores de servicios públicos domiciliarios.”

Efectivamente, en ésta sentencia de unificación se resalta una serie de providencias expedidas por la Sección Tercera de la misma corporación donde se desarrolla el criterio de la naturaleza jurídica de actos administrativos de las actuaciones precontractuales de las ESPD, para lo cual cita, entre otras, la sentencia del 24 de octubre de 2016, expediente 45607 de la Sección Tercera, Subsección A, donde se sustenta que las actuaciones precontractuales corresponden a actos administrativos, porque son deci-

siones unilaterales que generan efectos jurídicos que eventualmente afectan a terceros inclusive en sus derechos fundamentales, en el entendido, además, de que el régimen de contratación de las ESPD de carácter oficial no es el estricto derecho privado, pues si bien éste es el prevalente, igualmente existe una combinación con el derecho público positivizado en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, el cual establece que las entidades estatales excluidas de la aplicación de la Ley 80 de 1993, de todas maneras deberán en su contratación tener en cuenta los principios constitucionales de la función pública y de la gestión fiscal.

Justamente, se lee en la precitada sentencia:

“Para la Sala, se trata de actos administrativos, bien de trámite o bien definitivos (actos precontractuales), porque esta naturaleza no depende –se insiste– del régimen jurídico sustantivo que rija la cuestión que se decide en el acto, sino de otras variables, esencialmente de la presencia de una entidad estatal, en ejercicio de una función administrativa, que define una situación jurídica y produce efectos jurídicos. Si el acto cumple esta definición es administrativo y es controlable por la justicia administrativa, si concurren las condiciones del artículo 82 del CCA –hoy artículos 103 a 105 del CPACA–.

(...)

De conformidad con lo expresado, toda actuación administrativa,

expresada o no bajo la forma de procedimiento, sin importar si el régimen sustantivo que la inspira es el derecho administrativo o el privado, forma parte de la actividad productora de actos administrativos –siempre que contengan una decisión que produzca efectos jurídicos–, por tanto es susceptible de ser controlada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esta conclusión, respaldada en múltiples providencias, asegura la racionalidad de la actuación del Estado, el principio de legalidad, el control al ejercicio de la actividad pública y los derechos fundamentales.

Esta elección, en todo caso, respeta el régimen sustantivo de derecho privado aplicable a las entidades excluidas –atenuado con la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, más la vigencia de los derechos fundamentales–. Por eso, se trata de una verdadera ponderación de valores y principios, porque el sacrificio de unos y otros no afecta la esencia de cada institución, pero se armonizan para que cada uno aporte lo mejor de su contenido, para construir una alternativa de derecho aplicable a la Administración.

Para la Sala, de conformidad con lo explicado sobre la naturaleza de los actos que hacen parte del trámite de selección del contratista, en entidades excluidas de la Ley 80, el plie-



go de condiciones, la evaluación de las ofertas, la adjudicación del contrato, y en general los demás actos propios del trámite precontractual, son actos administrativos, bien de trámite, bien definitivos, incluso, bien de trámite que se tornan definitivos cuando hacen imposible continuar la actuación administrativa –artículo 50, inciso final, del CCA–.
(...)

Para empezar, y en primer lugar, se señala que el régimen contractual no es exclusivamente el derecho privado, sino una combinación de éste con los principios de la función administrativa. Esta conclusión aplica tanto a partir de la vigencia del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 –norma en la cual el legislador positivizó esta idea–, como desde antes, cuando la doctrina y la jurisprudencia, aplicando los principios generales del derecho, llegaron a esta conclusión.

Por esta combinación, el régimen adquiere un cariz peculiar en cuanto a la naturaleza de las normas que finalmente se aplican, porque la mezcla de ordenamientos produce un sistema jurídico difícil de identificar, teniendo en cuenta que existen suficientes argumentos para afirmar que se trata de derecho privado puro, aunque la simbiosis produce disposiciones con cargado acento público. La comprensión de esta mezcla forma parte de los

debates fuertes que enfrentan el derecho privado y el derecho administrativo, por la cercanía de esta normativa contractual.

En segundo lugar, se destaca que la necesidad de aplicarle los principios de la función administrativa, y hasta los de la gestión fiscal, a las entidades excluidas de la Ley 80 condujo a esas entidades a expedir estatutos internos o manuales de contratación que dispusieran la manera de balancearlos. Esto provocó la proliferación de normas especiales, porque cada entidad cuenta con un manual donde se establece la manera de contratar con ella.

En la actualidad, por cuenta de estos reglamentos, el ordenamiento contractual es una suma de regulaciones institucionales concretas, con validez y vigencia exclusiva en una organización.
(...)

Resumiendo las anteriores ideas, en la contratación de las entidades excluidas de la Ley 80 se distinguen perfectamente dos ordenamientos jurídicos: uno prevalente, el derecho privado, que aporta todas sus instituciones, reglas y principios y las pone al servicio de los contratos de dichas entidades; y otro, secundario, referido a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –pero no a la Ley 80 de

1993, con sus reglas particulares-, que inspiran al régimen anterior con valores propios del derecho público.

La Sala entiende que el régimen preponderante domina y aporta el gran volumen de normas contractuales y que el régimen inspirador influye y ayuda a interpretar pero también transforma parte de esas instituciones, porque se suma a ellas, lo que no siempre se logra conservando intacta la institución privada sino introduciéndole modificaciones.

La función que cumplen los principios públicos también se representa en la necesidad práctica – normalmente no por orden de una norma- de expedir un reglamento interno de contratación que concrete la mayor parte de aportes de esos principios a la transformación de las reglas del derecho privado. Es por esta influencia que surge la necesidad de contar con procesos de selección de contratistas que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades de acceso a los negocios del Estado, la transparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público”. (s.n.)

Ahora bien, en la sentencia de unificación bajo examen, el Consejo de Estado cambia y unifica su criterio en torno a que los actos precontractuales de las

ESPD de carácter oficial tienen la naturaleza jurídica de actos de derecho privado, bajo los siguientes argumentos:

“61. Los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, vigentes al momento de los hechos y en la actualidad, establecieron, por regla general, un régimen de derecho privado para los “contratos” y para los “actos” de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Con base en dichas normas, es el entendimiento de esta Sala que, salvo los puntuales casos previstos en la Ley en los que se entiende pueden proferirse actos administrativos, los actos jurídicos precontractuales y los contractuales emitidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no pueden estimarse como tales. (...)

67. De las providencias y pronunciamientos citados se colige la existencia de una postura jurisprudencial clara, sólida y ampliamente justificada respecto del problema jurídico formulado, la cual encuentra solución en el derecho positivo. En desarrollo de esta posición es jurídicamente admisible entender que la decisión proferida por la EAAB el 29 de agosto de 2008, a través de la cual “aceptó una oferta” no es un acto administrativo, ni dicha empresa pretendió darle tal alcance, y, por consiguiente, debe comprenderse como una decisión



que se enmarca en la lógica del derecho privado. 68. La naturaleza privada de este tipo de actos y su consecuente régimen jurídico civil y comercial, no obsta para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, deban observarse, de manera compatible con lo anterior, los principios que orientan la función administrativa. Tal observancia, como lo pone en evidencia la redacción de esta disposición, no desnaturaliza el régimen jurídico descrito y, por ende, en los términos expuestos, la naturaleza de sus actos.

2.5. Unificación de jurisprudencia

120. De las razones que sirven de sustento para la decisión que se adoptará en esta sentencia, de conformidad con la solución del caso que precede, se extraen los siguientes puntos de unificación:

- Cuando no exista norma expresa legal sobre la jurisdicción que debe conocer de controversias en las que haga parte un prestador de servicios públicos domiciliarios, deberá acudir a la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 82 del CCA, hoy 104 del CPACA) para resolver el vacío normativo; si, con base en ello, no se desprende el conocimiento de esta jurisdicción, corresponderá a la jurisdicción ordinaria.

- Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa.

- Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa.

- Como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias, en relación con las demandas presentadas antes de la notificación de esta providencia, resolverá la controversia de fondo, aunque no se haya empleado la acción (medio de control) que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos”.

5. Conclusiones

5.1. Las ESPD de carácter oficial disponen de autonomía especial de orden constitucional y legal, con el propósito de que puedan prestar el servicio en condiciones de igualdad con sus pares de carácter privado, bajo las reglas de libre concurrencia y competitividad, para garantizar la efectiva y eficiente prestación de dichos servicios con tarifas razonables, así mismo, el legislador definió que sus actos y contratos se regirán por el derecho privado.

5.2. Ésta autonomía especial de las ESPD de carácter oficial y el sometimiento de sus actos y contratos al derecho privado no ha sido comprendida todas las veces por los agentes públicos encargados precisamente de apoyarla, vigilarla o regularla, como tampoco desde la misma rama judicial, generando decisiones que afectan dicha autonomía.

5.3. Precisamente el Consejo de Estado venía profiriendo sentencias disímiles sobre la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de las ESPD, en unas, calificándolos de actos administrativos, en otras, de actos de derecho privado, lo cual fue solucionado al expedir el 3 de septiembre de 2020, sentencia de unificación objeto de estudio.

5.4. El Consejo de Estado, entre otras decisiones contenidas en su sentencia de unificación jurisprudencial, destacó que, salvo las excepciones expresamente

establecidas en la ley, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos, por tanto, se rigen por la normativa civil y comercial.

5.5. Esta sentencia de unificación reivindica la autonomía especial de carácter constitucional y legal de las ESPD oficiales y el carácter de derecho privado de sus actos y contratos, definidos en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994.

Bibliografía

Congreso de la República de Colombia Ley 142 de 1994, "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones."

Congreso de la República de Colombia, Ley 489 de 1998, "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones."

Congreso de la República de Colombia, Ley 1150 del 2011, "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos."



Corte Constitucional, Sentencia C-736 del 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 17 de febrero de 2005, expediente 27673, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enriquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 2016, expediente 45607, C.P.: Martha Nubia Velázquez Rico .

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 03 de septiembre del 2020, expediente 42003, C.P.: Alberto Montaña Plata.

De Colombia, C. P. (1991). República de Colombia.



Rebosadero tipo Morning Glory - Embalse de La Regadera. Foto: Jaime A. Vargas.

APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL

Escrito por:

Jaime Alfonso Vargas Salcedo

En el presente artículo se exponen los elementos estructuradores de la teoría de imprevisión establecida en el artículo 868 del Código de Comercio, como mecanismo efectivo para restablecer la ecuación económica contractual afectada, pretendiendo ante todo resaltar los aportes jurisprudenciales del Consejo de Estado y de la doctrina nacional sobre los elementos y condiciones adicionales a los establecidos en dicha disposición y que las entidades estatales, entre ellas la EAAB ESP, deberá tener en cuenta en su aplicación, indistinto del régimen público o privado de su contratación.

1. Antecedentes constitucionales del restablecimiento de la ecuación contractual:

En cuanto a los cimientos constitucionales del respeto a la ecuación financiera de los contratos celebrados por entidades estatales indistinto de su régimen de contratación, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se han pronunciado sobre el particular, entre otras, a través de la sentencia C-892 de 2001, en

la que la Corte Constitucional enuncia los principios de tal institución:

*La Administración Pública tiene el deber jurídico de restablecer el sinalagma económico del contrato y entrar a satisfacer los derechos del contratista afectado por los mayores costos, dando así aplicación a los **principios constitucionales de justicia conmutativa (art. 2.º), igualdad (art. 13) y garantía de los derechos adquiridos (art. 58)**”. (s.n.)*

De igual manera, el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de mayo de 2007, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, exp. AP-369, dijo:

*“En cuanto hace referencia a la Constitución Política, es menester escudriñar en sus valores, principios y reglas la posible fuente de obligaciones para que la entidad restaure el equilibrio financiero. (...) La Sala considera que los artículos constitucionales que **consagran la buena fe, la solidaridad y la prohibición de abuso de los derechos serían la fuente indicada**” (s.n.)*

En consecuencia, el derecho del mantenimiento del equilibrio económico del contrato tiene origen en la Carta Política. El Estado tiene el deber de reparar los daños antijurídicos generados por sus actuaciones, la obligación de mantener la igualdad ante las cargas públicas, la garantía del patrimonio de los particulares y el deber de garantizar los



bienes de las personas, que permite que el contratista tenga el derecho a que la contraprestación contractual se mantenga intangible frente a la ocurrencia de acontecimientos que alteren las condiciones tenidas en cuenta al momento de contratar.

2. El restablecimiento de la ecuación contractual en la contratación de derecho privado:

La contratación de la EAAB ESP se rige por el derecho privado, en los términos del artículo 3° de la Ley 689 de 2001, modificatorio del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2011, en consideración a su naturaleza jurídica de empresa industrial y comercial del Estado del nivel distrital, prestadora de servicios públicos domiciliarios (Acuerdo Distrital 6 de 1995). Así mismo, los elementos de la teoría de la Imprevisión contenidos en el artículo 868 del Código de Comercio vienen siendo adoptados en lo fundamental por el Consejo de Estado al aplicar la teoría del restablecimiento del desequilibrio económico en la contratación regida por el estatuto de contratación pública, como pasamos a explicar.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, por ejemplo en sentencia del 27 de noviembre de 2013, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 31.431, manifestó:

“Ahora bien, sea que se trate de un contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o sea que se trate de aquellos que por corresponder a una regla de excepción a su aplicación, como ocurre en el caso que ahora se examina, se encuentre[n] sometido[s] a las normas del derecho privado o a disposiciones especiales, lo cierto es que la equivalencia económica de las prestaciones contractuales constituye un principio medular que se encuentra inmerso en la legislación en materia de contratación estatal y que además lo recogen varias disposiciones del aludido derecho privado, razón por la cual debe estar presente en todas las relaciones negociales, máxime cuando uno de los extremos que la integran es una entidad de naturaleza estatal por cuya intervención se desprende que el negocio envuelve una finalidad pública”. (s.n.)

En referencia a los fundamentos desde la perspectiva del derecho civil y comercial que sustentan la ecuación financiera de los contratos celebrados por las entidades estatales, indistinto de su régimen de contratación, la providencia antecitada afirma:

“Dentro del ordenamiento jurídico civil colombiano se señalan como fundamentos de la obligación de reconocer la compensación correspondiente al contratante que

haya incurrido en mayores erogaciones para el cumplimiento del contrato, los principios de la comutatividad de las prestaciones y la buena fe; en particular. (...). **Desde la perspectiva del derecho comercial, la ejecución del contrato de acuerdo con la buena fe¹, la prohibición del abuso del derecho² y del enriquecimiento sin justa causa³, constituirían los fundamentos normativos correspondientes. (s.n.)**

“En el caso concreto, la Sala aprecia que no obstante el sometimiento al derecho civil y comercial del contrato en cuestión (...). Posibilita señalar al contratista como un colaborador del Estado que, de acuerdo con las condiciones propias del caso, puede recibir una compensación o indemnización en atención a la pérdida que hubiera experimentado por la modificación de las condiciones inicialmente acordadas”. (s.n.)

En igual sentido, en el artículo: “La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho

privado”, de la profesora Manuela Canal-Silva (Universidad Externado de Colombia), se indica lo siguiente⁴:

“(…) Con este fin en mente debe ponerse de relieve el criterio orgánico establecido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (arts. 1.o, 2.o y 32), acorde al cual un contrato se considera estatal cuando una de sus partes es una entidad pública. Dicho planteamiento es confirmado por el Consejo de Estado en sentencia de 3 de febrero de 2010 (exp. 19.526), donde se recalca la adopción del criterio orgánico por la legislación en materia de contratación administrativa. En este orden de ideas, resulta irrelevante el régimen de derecho aplicable a un acuerdo, pues mientras una de las partes contractuales sea una entidad pública este calificará como estatal.

De conformidad con lo anterior, siendo este tipo de acuerdos contratos públicos, pese a su régimen de derecho privado, les son aplicables los principios de la contratación estatal. Uno de estos principios básicos coincide con el equilibrio económico del contrato, pues este se relaciona directamente con el cumplimiento del interés general como fundamento y fin último de la actividad contractual.

1 Artículo 871.- Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

2 Artículo 830.- El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

3 “Artículo 831.- Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.”

4 Revista Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 2016.



En suma, el sometimiento al derecho privado no les quita a los contratos objeto de estudio su naturaleza estatal, y todo contrato público envuelve el cumplimiento de un interés colectivo. Esta circunstancia, a su vez, posibilita el restablecimiento del equilibrio financiero de estos contratos. Así lo confirma la providencia de 26 de julio de 2012 (Consejo de Estado, exp. 22.756), citada previamente:

“En el caso concreto, la Sala aprecia que no obstante el sometimiento al derecho civil y comercial del contrato en cuestión, la contratación de estudios para rehabilitación y construcción de obras de infraestructura vial claramente involucra el interés general y la utilidad social, no solo en atención a la definición de naturaleza del contrato transcrita, sino también en consideración al derecho positivo nacional que de manera expresa las tipifica en el artículo 58 de la Ley 388 de 1997. Lo anterior posibilita señalar al contratista como un colaborador del Estado que, de acuerdo con las condiciones propias del caso, puede recibir una compensación o indemnización en atención a la pérdida que hubiera experimentado por la modificación de las condiciones inicialmente acordadas.”

3. Elementos de la teoría de la imprevisión:

En el derecho privado al cual se somete por regla general la contratación de la EAAB ESP, el restablecimiento de la ecuación económica se da como imperativo cuando se presentan los eventos que establece el artículo 868 del Código de Comercio, el cual es del siguiente tenor:

“Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

En consecuencia, la teoría de la imprevisión se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave.

En armonía con el artículo 868 del Código de Comercio, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵ ha expuesto los elementos estructurales de la teoría de la imprevisión:

“1. Que, con posterioridad a la celebración del contrato, se haya presentado un hecho extraordinario e imprevisto, es decir, no atribuible a ninguna de las partes.

2. Que tal hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato, es decir, que constituya un álea extraordinaria, que haga mucho más onerosa su ejecución para una de las partes.

3. Que ese nuevo hecho no haya sido razonablemente previsible por las partes.

4. Que esa circunstancia imprevista dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite”.

Así mismo, el Consejo de Estado, citando a Gastón Jeze, afirma:

“La imprevisión supone circunstancias imprevistas y completamente imprevisibles, pero que no hacen totalmente imposible la ejecución de la obligación: dichas circuns-

tancias entrañan únicamente una alteración en la economía del contrato. La imprevisión, así entendida, puede invocarse para reclamar un reajuste de los precios, de las condiciones financieras del contrato, pero no para justificar una modificación de los plazos de ejecución. Tiene por finalidad asegurar al contratante el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato, a fin de mantener la continuidad del funcionamiento del servicio público; la teoría de la imprevisión se ha ideado para evitar las interrupciones en el funcionamiento del servicio público”.

De igual manera, es necesario empezar por explicar que el restablecimiento de la ecuación contractual tiene como soporte la **buena fe y la conmutatividad contractual**. Justamente, la buena fe y equilibrio contractual actúan para procurar una justicia contractual y evitar una desproporción grave entre las prestaciones, que se traduzca en una excesiva e injustificada ventaja económica para una de las partes en detrimento de la otra como consecuencia de situaciones imprevistas, sobrevinientes y extraordinariamente diferentes a las previstas al momento de contratar.

5 Consejo de Estado Sección Tercera, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 25 de octubre de 2019, exp. 03102.

6 Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia 10 de noviembre de 2005. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00448-01(14392). Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.



Lo anterior tiene como soporte además de la buena fe contractual el postulado legal de las prestaciones recíprocas que se “miran como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez” (art. 1498 del Código Civil); en otros términos, corresponden al principio legal de la conmutatividad de los contratos, según el cual a lo largo de la relación contractual debe existir una equivalencia entre los derechos y las obligaciones de las partes, de tal manera que cuando esta equivalencia resulta alterada, es obligatorio restablecerla a favor de la parte afectada, en pro de la buena fe y de la reciprocidad de las prestaciones que se deben mutuamente las partes.

En otras palabras, si bien el principio *pacta sunt servanda* conlleva para las partes la obligatoriedad de respetar lo acordado contractualmente; esto no es óbice para revisar las condiciones pactadas si durante su ejecución se presentan circunstancias ajenas a las partes, que vuelven excesiva e irrazonablemente onerosa la economía del contrato para una de ellas; abriéndose paso a la posibilidad de revisar las condiciones económicas pactadas, con el objeto de adaptar las prestaciones correlativas a las nuevas circunstancias en situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente, en aplicación de la teoría de la imprevisión, estructurada en el artículo 868 del Código de Comercio.

Justamente, la buena fe contractual implica el deber de cooperación que se deben mutuamente los contratantes,

ambos deben tener en consideración no solo su propio interés en el cumplimiento del contrato, sino también el de la contraparte, de manera de alcanzar el objetivo o fin común que se buscaba al celebrar el contrato, dígase, los beneficios recíprocos derivados del mismo. De tal manera que cumpliéndose los requisitos de la excesiva onerosidad sobreviniente, contraviene la buena fe y por tanto al deber de cooperación mutua que corresponde a los contratantes, la conducta de la parte que se niega a la readecuación del contrato e insiste en exigir la prestación según los términos literalmente establecidos, para aprovechar las ventajas que se derivan de las circunstancias de fuerza mayor.

Frente a las condiciones para que se aplique la teoría de la imprevisión, la doctrina nacional ha explicado igualmente lo siguiente⁷:

“El Consejo de Estado explica que el hecho debe ser exógeno a las partes, que no puede provenir de un acto de la entidad contratante, porque se adentraría a la teoría del hecho del príncipe; igualmente debe ser imprevisible al momento de celebrar el contrato, porque si era razonablemente previsible ya se estaría incurriendo en un hecho imputable a la impericia, ne-

7 Rosero Melo, Bertha Cecilia y Rojas López, Miguel David. *Contratación estatal Interventoría y Supervisión*, Primera Edición, Ediciones de la U, Bogotá, 2017, p. 77.

gligencia o falta de diligencia de las partes contratantes, que hace improcedente la compensación, puesto que no es dable alegar para su beneficio la propia culpa. Adicionalmente, el hecho debe alterar la ecuación económica del contrato en forma extraordinaria, anormal, debiendo entonces analizar en cada caso concreto la distribución de riesgos contractuales, en sí los riesgos que voluntariamente el contratista aceptó con la presentación de la oferta y la celebración del contrato en las condiciones informadas por la entidad contratante; si el hecho acaecido se encuentra enmarcado dentro de los riesgos que debía asumir el contratista, se convierten en un álea normal del contrato y, por lo tanto, descarta en principio la teoría de la imprevisión.

Se hace referencia que en principio descarta la compensación por la teoría de la imprevisión, porque la misma procedería si se logra probar que, pese a su actuar diligente, el hecho se generó por causas extrañas a él, pese a haber asumido el riesgo o que las mismas hubiesen sobrepasado el límite de lo frecuente y normal. También se hace referencia a unos riesgos normales de los contratos, como lo es la mayor o menor ganancia, por lo que no se podría solicitar

una compensación por menor ganancia en el contrato”.

Precisamente, Rodrigo Escobar Gil en su libro *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública – Legis* página 451, expresa:

“La celebración, ejecución y liquidación de los contratos está presidida por la igualdad o proporción medida que debe imperar entre los derechos y obligaciones que se derivan por las partes, conforme a un ideal de justicia conmutativa”.

En similar sentido expresa Luis Guillermo Dávila Vinuesa, en su libro *“Régimen Jurídico de la Contratación Estatal”*, Ed. Legis, 2ª ed., Bogotá D.C., 2003, pág. 355.

“La característica de conmutatividad es la que engendra la aplicación del principio de la ecuación contractual, aunque el ordenamiento jurídico no lo contemple. Bajo esa órbita también es que tiene plena operancia el derecho al reajuste de los precios, aún en casos de pactos de precios fijos, si las hipótesis de tiempo, modo y lugar que sirvieron de base para el cálculo de los mismos fracasa por hechos no atribuibles al contratista. Reajuste obligatorio sin necesidad siquiera de pacto, especialmente en economías inflacionarias como la nuestra.”



En igual sentido, el tratadista Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo, en su obra “Los contratos estatales en Colombia”, indica lo siguiente⁸:

“La línea jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de efectos del desequilibrio económico del contrato con base en la teoría de la imprevisión, es la indemnización al contratista hasta el punto de no pérdida, sin que este implique el pago del lucro cesante que haya podido sufrir. Posición que se encuentra reforzada por la derogatoria que de los apartes del numeral 1 del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 realizó expresamente el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007”.

Sobre los requisitos para la aplicación de la teoría de la imprevisión, así como sus efectos en materia de compensación al contratista, la doctrina nacional ha indicado igualmente lo siguiente⁹:

“REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN

Debe existir un contrato estatal de tracto sucesivo en ejecución, (...).

El fenómeno extraordinario, imprevisible y ajeno a la voluntad de las partes que altera el equilibrio económico del contrato debe obedecer

a coyunturas económicas o, también para algunos, de la naturaleza; más no a un alea administrativa, legislativa o judicial, porque de ser así, nos encontraríamos frente a la figura del hecho del príncipe, si aplicamos el criterio amplio. (...).

Es preciso también, que la perturbación sea transitoria y no de carácter definitivo.

Así mismo, que no se haya suspendido la prestación a cargo del contratista, pues, precisamente, la finalidad de esta institución es que no se vaya a dejar de prestar el servicio.

(...) En cuanto a la compensación que se debe entregar a la parte afectada, de acuerdo con la jurisprudencia actual y la doctrina, consiste en llevarla a un punto de no pérdida, más no a reparar la integridad de los perjuicios. Es decir, se deben reparar los mayores costos, o como bien lo anota el profesor BERCAITZ, la ayuda se restringe a cobijar el daño emergente (...).”.

⁸ Rodríguez Tamayo, Mauricio Fernando. *Los contratos estatales en Colombia, Segunda Edición, Librería Jurídica Sánchez Ltda, Bogotá, 2015, p. 92.*

⁹ *Ibidem*, p. 290.

4. Condiciones adicionales para restablecer la ecuación contractual:

Explicado los elementos estructuradores de la teoría de la imprevisión establecida en el artículo 868 del Código de Comercio, es pertinente entrar a exponer las condiciones adicionales para su aplicación establecidas por el Consejo de Estado en reiteradas sentencias, veamos:

4.1. Se debe compensar al contratista hasta un punto de no pérdida, sin incluir las ganancias dejadas de percibir.

La última condición de la aplicación de la teoría de imprevisión establecida en el artículo 868 del Código de Comercio referida a la situación “excesivamente onerosa” para continuar ejecutando el contrato, originada por la ocurrencia de las circunstancias imprevistas y extraordinarias, le corresponderá al contratista la carga de la prueba en cuanto a que la afectación económica le genera un estado de pérdida de importante magnitud y no simplemente de disminución de la utilidad o ganancia proyectada, esto es, que debe asumir mayores costos a los razonablemente previstos al momento de celebrar el contrato.

Sobre el particular, dijo el Consejo de Estado:

“La importancia de la distinción del régimen procedente frente al rompimiento del equilibrio económico de un contrato, si lo es el hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión, radica en el hecho de que dependiendo de cual de los dos sea el llamado a operar, la parte afectada negativamente con el hecho perturbatorio de la ecuación contractual tendrá derecho al reconocimiento integral de los perjuicios- en el caso del hecho del príncipe-, o únicamente, habrá lugar al reconocimiento de una compensación limitada a las pérdidas que haya podido sufrir el cocontratante- caso de la teoría de la imprevisión- (...) En cambio, en lo que hace referencia a la teoría de la imprevisión, en cuanto ella consiste en situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato que alteren la ecuación financiera del contrato en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución, se contempla el deber de la administración de concurrir en ayuda al contratista, ya que este obra como su colaborador y requiere de ese apoyo para concluir con el objeto contractual en el cual está fincado el interés de la entidad contratante”¹⁰.

¹⁰ Consejo de Estado Sección tercera, sentencia del 26 de febrero de 2004, expediente 14.043.



En el mismo sentido, dijo el Consejo de Estado:

“En cuanto a las consecuencias patrimoniales que se derivan de la aplicación de la teoría de la imprevisión, se tiene que cuando se produce un hecho que encaja en la misma, la parte afectada tendrá derecho únicamente al reconocimiento de los mayores costos en que haya tenido que incurrir por causa de esos hechos imprevistos. No se reconocen las utilidades que haya dejado de percibir, como tampoco ningún otro perjuicio que haya sufrido por esa causa. La razón de ser de esta indemnización limitada, radica en el hecho de que el evento extraordinario que afecta de manera grave la ecuación contractual, es ajeno a las dos partes, es decir, que no le es atribuible ni al contratista afectado, ni a la entidad contratante, quien por lo tanto, también se ve sorprendida por ese hecho inesperado y también resulta afectada, en la medida en que surge una amenaza a la correcta ejecución del contrato; por lo tanto, si se establece la obligación legal de ésta de acudir en ayuda del contratista mediante la asunción de los mayores costos en los que tuvo que incurrir, es porque con ello se busca precisamente, que el servicio o actividad estatal para el cual se celebró el respectivo contrato, no se vea paralizado o afectado y que pueda llevarse a buen término la ejecución del objeto contractual, sin

que tal obligación obedezca a algún tipo de responsabilidad de la contratante – puesto que ningún daño ocasionó-, y si asume parte de las consecuencias adversas derivadas de ese hecho imprevisto y exógeno a las partes, lo hace por razones del buen servicio, porque resulta más conveniente para los fines que se busca satisfacer a través de la ejecución del objeto contractual, que ella asuma el reconocimiento de los mayores costos en que haya tenido que incurrir el contratista, que arriesgarse a que la prestación quede inconclusa o mal ejecutada, o a tener que tramitar un nuevo contrato con nuevas condiciones económicas”.

En armonía con la anterior jurisprudencia, el tratadista Libardo Rodríguez, en su libro *“El equilibrio Económico en los Contratos Administrativos”*, editorial Temis, página 132, señala:

Tradicionalmente se ha considerado que el efecto jurídico esencial de la teoría de la imprevisión cuando es alegada por el contratista, es el reconocimiento por parte de la administración de una compensación o ayuda para aminorar el déficit económico ocasionado por la ocurrencia del fenómeno extraordinario imprevisible. Dicho de

11 Consejo de Estado Sección Tercera, MP. Danilo Rojas Betancourt, 25 de agosto 2011, radicación 14461.

*otra manera, se niega el carácter indemnizatorio o reparatorio de las sumas que la administración llegare a cancelar al contratista en virtud del fenómeno extraordinario imprevisible, de tal forma que **sólo debe tener en cuenta el monto de las pérdidas sufridas por la parte perjudicada y nunca de las ganancias dejadas de recibir** como consecuencia del hecho perturbador que configura la teoría de la imprevisión". (s.n.)*

Continúa expresando el citado tratadista que:

*"La obligación de llevar al contratista a un punto de no pérdida, no puede entenderse en el sentido de que se garantice al contratista la obtención de la utilidad esperada, sino que, simplemente, la ocurrencia de hechos posteriores, imprevistos y ajenos a las partes que alteren gravemente la economía del contrato, generan para la administración la obligación de compensar al contratista, de tal manera **que el patrimonio de este no resulte disminuido con la ejecución del contrato**". (s.n.)*

Conforme lo expuesto, en la aplicación de la teoría de la imprevisión se descarta la posibilidad de reconocerle al contratista afectado la utilidad o ganancia dejada de percibir, como quiera que no tiene la connotación de indemnización

de perjuicios, pues, se parte de que la contratante no fue causante directa ni indirecta de la situación imprevista y extraordinaria presentada. De tal manera que, la tendencia jurisprudencial es que el pago para restablecer la ecuación económica del contrato mediante la aplicación de la teoría de la imprevisión, corresponde a una compensación limitada al daño emergente derivado de la situación imprevisible, extraordinaria e irresistible.

4.2. Que el contratista se encuentre cumpliendo el contrato:

Para el restablecimiento de la ecuación económica del contrato no es suficiente que se acredite la ocurrencia de las circunstancias extraordinarias e imprevisibles que dieron lugar a la suspensión del contrato, sino que además la parte afectada debe demostrar que cumplió a cabalidad lo establecido en las obligaciones contractuales, que aunque las circunstancias fueron graves, el contratista no dejó de cumplir con el objeto contractual.

Sobre el particular, dijo el Consejo de Estado¹²:

"La demandante debió ejecutar las prestaciones contractuales que tenía a su cargo, cuyo cumplimiento

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 25 de octubre de 2019, exp. 42275.



no se demostró que fuera imposible, aunque resultara más oneroso que lo inicialmente pactado [recuérdese que, para que pueda aplicarse la teoría de la imprevisión, la circunstancia debe dificultar la ejecución del contrato, pero no imposibilitarlo].

Bajo este escenario, la demandante no estaba relevada de cumplir sus obligaciones si pretendía que se le reconocieran los costos –imprevistos– que, supuestamente, rompieron la ecuación contractual; por el contrario, optó por suspender unilateralmente el contrato sin que haya adelantado previamente alguna gestión tendiente a honrar los compromisos asumidos con la celebración del contrato 534 de 1988. Su proceder, entonces, no fue leal ni honesto, al tiempo que desconoció la buena fe que debe gobernar todas las relaciones contractuales”.

Justamente, la exigencia de que el contratista debe haber cumplido a cabalidad las obligaciones contractuales aunque se presentaran excesivos sobrecostos durante su ejecución para tener derecho al restablecimiento de la ecuación económica, es lo que diferencia la fuerza mayor con la teoría de la imprevisión.

Al respecto, el Consejo de Estado manifestó:

“Finalmente, cuando se alega la teoría de la imprevisión para solicitar con fundamento en la misma el reconocimiento de los mayores costos en los que haya debido incurrir el afectado, se exige que éste haya ejecutado las obligaciones a su cargo. Como se vio, uno de los requisitos para que opere la teoría es que la circunstancia extraordinaria, imprevista e imprevisible, que se presenta con posterioridad a la celebración del contrato y que lo afecta de manera significativa, dificulte mas no imposibilite su ejecución, porque de ser así, se estaría frente a un evento de fuerza mayor, causal de justificación del incumplimiento contractual y por lo tanto exonerativa de responsabilidad, que por ende, releva al contratista de la obligación de ejecutar las prestaciones a su cargo –sin derecho a reclamación económica alguna–, puesto que a lo imposible nadie está obligado; en cambio, en la teoría de la imprevisión, la ejecución de las prestaciones contractuales a cargo de la parte afectada no se imposibilita, sólo se torna mucho más onerosa y el contratista que se halla en tales condiciones no está relevado de su obligación de cumplir, debiendo ejecutar las prestaciones a su cargo en la forma pactada, si pretende sacar adelante

su pretensión de reconocimiento de los mayores costos¹³.

Reitera el Consejo de Estado:

“El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de los cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible”¹⁴.

4.3. Oportunidad para solicitar el restablecimiento de la ecuación contractual:

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se debe verificar si la reclamación por desequilibrio financiero contractual se presenta en oportunidad o, por el contrario, la misma es extemporánea, evento en el cual la entidad pública estará impedida al restablecimiento de dicha ecuación, de haberse presentado.

Sobre el particular, el Consejo de Estado dijo:

“Si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

*Y es que el principio de la buena fe contractual, que es la objetiva lo impone, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en preservar en la ejecución de lo convenido, **en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte**, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”(22) (s.n).*

En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fun-

13 Consejo de Estado Sección Tercera, MP: Danilo Rojas Betancourt, 25 de agosto 2011, Radicación 14461.

14 Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 31 de enero de 2019, exp. 37910.



dadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual¹⁵.

Conclusiones

1º. El derecho del mantenimiento del equilibrio económico del contrato tiene origen constitucional. El Estado tiene el deber de reparar los daños antijurídicos generados por sus actuaciones, la obligación de mantener la igualdad ante las cargas públicas, la garantía del patrimonio de los particulares y el deber de garantizar los bienes de las personas, que permite que el contratista tenga el derecho a que su remuneración contractual se mantenga intangible, frente a la ocurrencia de acontecimientos que alteren las condiciones tenidas en cuenta al momento de contratar.

2º. La contratación de la EAAB ESP se rige por el derecho privado, que desde una perspectiva general, el restablecimiento de la ecuación económica contractual tiene como fundamento la obligación de reconocer la compensación correspondiente al contratante que haya incurrido en mayores erogaciones para el cumplimiento del contrato, soportado en los postulados de la conmutatividad de las prestaciones y la buena fe, la prohibición del abuso del derecho y del enriquecimiento sin causa, lo cual se concreta en el artículo 868 del Código de Comercio que instituye la teoría de la imprevisión, como mecanismo para revisar las condiciones económicas pactadas, cuando se cumplen sus elementos estructuradores, esto es, ante la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes, imprevistas, irresistibles y extraordinarias que conllevan cumplir

15 Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Jaime Orlando Santofimio, 29 de enero de 2018. Exp. 52.666.

el contrato en condiciones de excesiva onerosidad para el contratista.

3º. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado una serie de condiciones adicionales a los elementos estructuradores de la teoría de la imprevisión establecidos en el artículo 868 del Código de Comercio, aplicables a la EAAB ESP, a saber:

3.1. Se debe compensar al contratista hasta un punto de no pérdida, sin incluir las ganancias dejadas de percibir, máxime en la contratación regida por el derecho privado, en el cual el contratista ejerce actos de comercio, que implica una actividad especulativa: perder o ganar, de tal manera que la Entidad contratante al no ser responsable de la circunstancia imprevista y extraordinaria, no tendría el deber legal de reconocerle utilidad alguna al contratista.

3.2. Para el restablecimiento de la ecuación económica del contrato no es suficiente que se acredite la ocurrencia de las circunstancias extraordinarias e imprevistas que dieron lugar a la suspensión del contrato, sino que además la parte afectada debe demostrar que cumplió a cabalidad lo establecido en las obligaciones contractuales, que aunque las circunstancias fueron graves, el contratista no dejó de cumplir con el objeto contractual.

3.3. La solicitud de restablecimiento del desequilibrio financiero contractual se debe presentar en oportunidad en pro

del principio de buena fe, dígase en el momento en que acaece la afectación de la ecuación contractual, dentro del término de la ejecución del contrato, de tal manera que si con ocasión de una suspensión, modificación o prórroga contractual, el contratista considera que se genera el citado desequilibrio, deberá consignarlo en la respectiva acta o en un anexo a la misma, o en su defecto, en el momento en que surge dicho desequilibrio a juicio del contratista.

Bibliografía

Canal-Silva, M. (2016). La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado. Revista Digital de Derecho Administrativo.

Concejo de Bogotá. Acuerdo Distrital No. 06 del 25 de julio de 1995.

Congreso de la República de Colombia, Ley 142 de 1994, "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones."

Congreso de la República de Colombia, Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública."

Congreso de la República de Colombia, Ley 689 de 2001, "Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994."

Congreso de la República de Colombia, Ley 1150 del 2011, "Por medio de la cual se



introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.”

Congreso de los Estados Unidos de Colombia, Ley 84 de 1873, “Código Civil de la Unión”.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 1991, expediente 6102, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de noviembre de 2005, expediente 14392, C.P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2007, expediente 369, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de agosto 2011, expediente 14461, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2013, expediente 31431, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia del 29 de enero de 2018, expediente 52666, C.P.: Jaime Orlando Santofimio.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 2019, expediente 37910, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de octubre de 2019, expediente 03102, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Corte Constitucional, Sentencia C-892 del 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Decreto 410 del 27 de marzo de 1971 “Por el cual se expide el Código de Comercio”.

Gil, R. E. (1999). Teoría general de los contratos de la administración pública. Legis

Melo, B. C. R. (2017). Contratación estatal: Manual teórico-práctico 1ª Edición. Ediciones de la U.

Rodríguez Rodríguez, L. (2012). El equilibrio económico en los contratos administrativos. 2da. Edición. Editorial Temis SA Bogotá, Colombia.

Rosero Melo, R. et al (2017). Contratación estatal Interventoría y Supervisión, Primera Edición, Ediciones de la U, p. 77.

Tamayo, m. F. R. (2013). Los contratos estatales en Colombia. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Vinueza, L. G. D. (2003). Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. Legis.

Yong Serrano, Samuel (2015). El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación”, 4ª edición, Editorial Ibañez.



Entrada a Lagunas de Siecha - Parque Nacional Natural Chingaza. Foto: Jaime A. Vargas.



NUEVO MANUAL DE CONTRATACIÓN DE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ

Escrito por:

Sandra Patricia Rodríguez Pinilla

El 18 de noviembre de 2021 la Gerente General de la EAAB-ESP, en uso de sus facultades legales y reglamentarias, expidió la Resolución No. 1044, mediante la cual se adoptó el más reciente Manual de Contratación de la Empresa. Esta Resolución comenzó a regir el 15 de diciembre de 2021 y derogó expresamente el anterior Manual de Contratación, Resolución 0791 del 2019.

La expedición de la Resolución 1044 del 2021 tuvo como fundamento continuar con el desarrollo de una gestión eficaz y transparente en los procesos de contratación de bienes y servicios que requiere la Empresa, mejorando así la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado.

Dentro de los cambios contenidos en el citado Manual se destacan los siguientes:

- La Dirección de Contratación y Compras ahora es el área responsable de la revisión de minutas de contratos y convenios que celebre la EAAB-ESP.
- Se incluye un glosario con las definiciones más relevantes para tener en cuenta en el proceso de contratación, con el fin de evitar diversas interpretaciones.
- Se previene que este Manual no aplica en los eventos en los que la Empresa actúa en calidad de contratista u oferente, pues en tal caso se regirá por las reglas previstas por la entidad contratante.
- El área interesada en la celebración de convenios interadministrativos deberá con antelación al inicio del trámite pre-contractual, poner en conocimiento de la Gerencia Corporativa Financiera las condiciones financieras del convenio con el fin de que las mismas sean revisadas y se garantice, entre otros aspectos, la adecuada administración de los recursos y la cobertura del Gravamen a los Movimientos Financieros.
- Dentro de la etapa de planeación del contrato se precisa que la elaboración de los estudios previos es responsabilidad del área interesada en la contratación, la cual deberá tener en cuenta, además, el estudio del sector relativo al objeto del proceso de contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional y de análisis de riesgo, con el fin de definir las reglas que faciliten y promuevan la participación en el proceso de selección

de todos los interesados en especial de emprendedores y empresas de mujeres.

- Se elimina la conformación del segundo comité de evaluación en los procesos de invitación pública. En caso de que el ordenador del gasto manifieste su desacuerdo en la recomendación del comité evaluador, y dicho comité mantenga su postura; el ordenador del gasto podrá separarse de la recomendación de manera motivada, adoptando la decisión que técnica y jurídicamente considere procedente.
- Frente al anticipo en los contratos de obra es posible su inclusión, siempre y cuando su justificación se encuentre prevista en los estudios previos. Como cambio importante se tiene que el manejo de tales recursos deberá hacerse exclusivamente a través de una cuenta de ahorros con la constitución de la fiducia mercantil.
- Se establece la posibilidad de incluir en los contratos los mecanismos alternativos de solución de conflictos previstos en la Ley, para lo cual es necesario que en los estudios previos se justifique su procedencia teniendo en cuenta lo dispuesto en la Directiva 22 de 2018 emitida por la Alcaldía Mayor, así como en los instrumentos que la Gerencia Jurídica emita al respecto.
- Sobre las cláusulas excepcionales se emiten lineamientos para su aplicación diferenciando cada una de ellas. Las referidas cláusulas son: la caducidad, la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la reversión y el sometimiento a leyes nacionales. Al respecto, a modo de ejemplo, se destaca que para el ejercicio de la caducidad se incorporó el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011: “Imposición de multas, sanciones y declaratorias de *incumplimiento*”, que será adelantado por el Gerente Jurídico de la EAAB-ESP.
- En cuanto a la modificación por mutuo acuerdo de los contratos, se incluye la definición y el procedimiento a seguir para cada una de sus clases, como los son la adición, la prórroga, la cesión, entre otras.
- En lo referente al régimen de transición, se aplicarán las disposiciones contenidas en los manuales de contratación vigentes al momento de la suscripción del contrato para el caso de liquidaciones. Para los procesos de contratación se aplicarán las disposiciones vigentes al momento de su radicación en la Dirección de Contratación y Compras. En lo que tiene que ver con la elaboración de estudios de sector, se aplicará el nuevo manual a partir de la divulgación por parte de la



Dirección de Contratación y Compras, de los procedimientos e instructivos para su elaboración. Para el caso de las solicitudes de modificación, adición, prórrogas y suspensiones de los contratos en ejecución se regirán por lo dispuesto en el nuevo Manual.

- Se amplió la definición de los conflictos de interés, así como el procedimiento en caso de los incumplimientos contractuales.

En suma, resultó conveniente expedir la Resolución 1044 del 2021, vigente Manual

de Contratación, en miras a contar con un instrumento acorde con los desarrollos legales y jurisprudenciales aplicables a la EAAB-ESP; esto en razón a que, siendo los asuntos contractuales dinámicos, se evidenciaron temáticas del anterior manual que ameritaban ampliarse y precisarse. Al respecto, con la experiencia adquirida en el trasegar de los últimos años, expedir el nuevo manual es sinónimo de garantía, transparencia y objetividad en la contratación, acorde con los principios de la función pública y la gestión fiscal establecidos tanto en la Constitución Política como en su desarrollo legislativo y jurisprudencial.

CAMBIOS RELEVANTES DEL NUEVO MANUAL DE CONTRATACIÓN DE LA EAAB

Resolución 0791 de 2019	Resolución 1044 de 2021	Comentario
En esta Resolución no existió un glosario.	ARTÍCULO SEGUNDO. GLOSARIO: Para efectos de este Manual se aplicarán las siguientes definiciones: <i>"Conflicto de Interés", "Consortio", "Estudios Previos" "Ordenación del Gasto", Etc.</i>	Se incluye un glosario con las definiciones más relevantes para tener en cuenta en el proceso de contratación, con el fin de evitar diversas interpretaciones.
ARTÍCULO SEGUNDO. ÁMBITO DE APLICACIÓN. El presente Manual se aplica a los procesos de selección de los contratistas y reglamenta las formalidades, perfeccionamiento, ejecución y liquidación de los contratos y convenios que con el fin de adquirir bienes y/o servicios celebre la EAAB - ESP en calidad de contratante. Adicionalmente se aplica a lo relacionado con la enajenación directa, o a través de intermediario, de bienes muebles o inmuebles, así como a la intermediación para proyectos inmobiliarios o similares. Se exceptúan las siguientes contrataciones: a) Los contratos de trabajo. b) Los de prestación de servicios públicos de acueducto y alcantarillado. c) Los relacionados con compra de energía no regulada y venta de agua en bloque.	ARTÍCULO TERCERO. ÁMBITO DE APLICACIÓN: El presente Manual tiene por objeto establecer las reglas que deben observar todos los partícipes del proceso contractual de la EAAB-ESP, así como las reglas que gobiernan los procesos de contratación. El presente Manual se aplica a los procesos de selección de los contratistas y reglamenta las formalidades, perfeccionamiento, ejecución y liquidación de los contratos y convenios que con el fin de adquirir bienes y/o servicios celebre la EAAB-ESP en calidad de contratante. Adicionalmente se aplica a lo relacionado con la enajenación directa, o a través de intermediario, de bienes muebles o inmuebles, así como a la intermediación para proyectos inmobiliarios o similares. Los contratos excluidos de la aplicación de este Manual, son: a) Los contratos de trabajo.	Se resalta, a prevención, que este Manual no aplica en los eventos en los que la Empresa actúa en calidad de contratista u oferente, en tal caso se regirá por las reglas previstas por la entidad contratante.

CAMBIOS RELEVANTES DEL NUEVO MANUAL DE CONTRATACIÓN DE LA EAAB

Resolución 0791 de 2019	Resolución 1044 de 2021	Comentario
<p>d) Los que se ejecuten con cargo a los recursos de caja menor.</p> <p>e) Las solicitudes de servicio relacionadas con capacitación y/o educación no formales tales como congresos, seminarios, cursos de actualización, entre otros, y tiquetes aéreos. Estos serán de competencia de la Gerencia Corporativa de Gestión Humana quien adelantará todo su trámite sin gestión de contratación, conforme lo establezca el procedimiento que se adopte para su solicitud, aprobación, seguimiento y control.</p> <p>f) Las solicitudes de servicio relacionadas con suscripciones a servicios de tecnología (suites y herramientas de ofimática), suscripciones a periódicos, revistas y similares, entre otros, serán de competencia de la Gerencia Corporativa, Secretaría General y/o Gerencia Jurídica que tenga la necesidad, la cual adelantará el trámite sin gestión de contratación, conforme lo establezca el procedimiento que se defina para su solicitud, aprobación, seguimiento y control.</p> <p>g) Los que por su naturaleza sean excluidos mediante acto administrativo por la Gerencia General o que se encuentren regulados por disposiciones especiales aplicables a la EAAB – ESP.</p> <p>h) Aquellos que directamente se excluyan por las disposiciones de este Manual.</p> <p>PARÁGRAFO PRIMERO: En los casos en que la EAAB – ESP actúe como contratista u oferente, se sujetará a las reglas previstas para tales efectos por la entidad contratante o por las disposiciones legales vigentes que resulten aplicables. En los aspectos no regulados en el presente manual se aplicarán las disposiciones del Código Civil, el Código de Comercio o las normas especiales que le fueran aplicables de conformidad con la naturaleza jurídica de la EAAB-ESP.</p>	<p>b) Los de prestación de servicios públicos de acueducto y alcantarillado.</p> <p>c) Los que se ejecuten con cargo a los recursos de caja menor.</p> <p>d) Contratación de empréstitos.</p> <p>e) Las solicitudes de servicio relacionadas con capacitación y/o educación no formales tales como congresos, seminarios, cursos de actualización, entre otros, los cuales serán de competencia de la Gerencia Corporativa de Gestión Humana quien adelantará todo su trámite sin gestión de contratación, conforme lo establezca el procedimiento vigente para su solicitud, aprobación, seguimiento y control. f) Las solicitudes de servicio relacionadas con suscripciones a servicios de tecnología (suites y herramientas de ofimática); suscripciones a periódicos, revistas y similares, entre otros, serán de competencia de la Gerencia Corporativa, Secretaría General y/o Gerencia Jurídica que tenga la necesidad, la cual adelantará el trámite sin gestión de contratación, conforme lo establezca el procedimiento vigente para su solicitud, aprobación, seguimiento y control. g) Los que por su naturaleza sean excluidos mediante acto administrativo por la Gerencia General, o que se encuentren regulados por disposiciones especiales aplicables a la EAAB-ESP.</p> <p>PARÁGRAFO: En los casos en que la EAAB-ESP actúe como contratista u oferente, se sujetará a las reglas previstas para tales efectos por la entidad contratante o por las disposiciones legales vigentes que resulten aplicables.</p>	

Esta Resolución no contemplaba los Estudios del sector.

ARTÍCULO DÉCIMO OCTAVO. ESTUDIO DE SECTOR: Análisis que realiza el área interesada en la contratación respecto del sector relativo al objeto del proceso de contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional y de análisis de riesgo, con el fin de establecer el contexto del proceso de contratación, identificar algunos de los riesgos, determinar los requisitos habilitantes, criterios para seleccionar la oferta más favorable e identificar eventos generadores de conflictos de intereses. **PARÁGRAFO:** En el estudio de sector deberán identificarse las Mypimes, emprendimientos y empresas de mujeres que puedan ser potenciales proveedoras directas o indirectas con el fin de definir reglas que promuevan o faciliten su participación en el proceso de contratación, por medio de requisitos diferenciales y puntajes adicionales. Lo anterior de conformidad con la definición que establece la normativa para emprendimientos y empresas de mujeres.

Dentro de la etapa de planeación del contrato se precisa que la elaboración de los estudios previos es responsabilidad del área interesada en la contratación, la cual deberá tener en cuenta, además, el estudio del sector relativo al objeto del proceso de contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional y de análisis de riesgo, con el fin de definir las reglas que faciliten y promuevan la participación en el proceso de selección de todos los interesados en especial de emprendedores y empresas de mujeres.



CAMBIOS RELEVANTES DEL NUEVO MANUAL DE CONTRATACIÓN DE LA EAAB

Resolución 0791 de 2019	Resolución 1044 de 2021	Comentario
<p>ARTÍCULO TRIGÉSIMO PRIMERO. ANTICIPO. La EAAB - ESP podrá pactar en los contratos de obra un anticipo que no supere el 20% de su valor. La amortización del anticipo y demás condiciones particulares para su otorgamiento, se determinarán en las Condiciones y Términos de la respectiva invitación o en las políticas o directrices que se emitan para tal fin.</p> <p>En estos casos el contratista deberá constituir una fiducia mercantil irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente al contrato correspondiente. Los costos de la comisión fiduciaria serán cubiertos directamente por el contratista.</p> <p>Lo anterior, sin perjuicio de que el contratista constituya la póliza de buen manejo y correcta inversión del anticipo.</p> <p>En los contratos que se suscriban como consecuencia de una contratación directa no se requerirá la constitución de una fiducia o patrimonio autónomo, pero el contratista deberá constituir una póliza de buen manejo y correcta inversión del anticipo.</p> <p>El desembolso del anticipo no será un requisito para dar inicio a la ejecución contractual.</p>	<p>ARTÍCULO TRIGÉSIMO TERCERO. ANTICIPO: La EAAB-ESP podrá pactar en los contratos de obra un anticipo que no supere el 20% de su valor. La amortización del anticipo y demás condiciones particulares para su otorgamiento, se determinarán en las Condiciones y Términos de la respectiva invitación o en las políticas o directrices que se emitan para tal fin.</p> <p>En estos casos el contratista deberá constituir una fiducia mercantil irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente al contrato correspondiente. Los costos de la comisión fiduciaria serán cubiertos directamente por el contratista, y el manejo de los recursos del anticipo se hace exclusivamente a través de una cuenta de ahorro.</p> <p>Lo anterior, sin perjuicio de que el contratista constituya la póliza de buen manejo y correcta inversión del anticipo.</p> <p>En los contratos que se suscriban como consecuencia de una contratación directa podrá no requerirse la constitución de una fiducia o patrimonio autónomo, pero el contratista deberá constituir una póliza de buen manejo y correcta inversión del anticipo.</p> <p>El desembolso del anticipo no será un requisito para dar inicio a la ejecución contractual.</p>	<p>Frente al anticipo en los contratos de obra es posible su inclusión, siempre y cuando su justificación se encuentre prevista en los estudios previos. Como cambio importante se tiene que el manejo de tales recursos deberá hacerse exclusivamente a través de una cuenta de ahorros con la constitución de la fiducia mercantil.</p>
<p>ARTÍCULO CUADRAGÉSIMO PRIMERO. MODIFICACIONES, PRÓRROGAS Y ADICIONES CONTRACTUALES. La solicitud de trámite de la adición, prórroga o modificación de un contrato ante la Dirección de Contratación y Compras deberá suscribirla el ordenador del gasto correspondiente.</p> <p>La solicitud de modificación, prórroga o adición de contratos deberá estar acompañada de los soportes, justificaciones y evaluaciones pertinentes, incluida la actualización de la matriz de riesgo y será responsabilidad del área encargada del proceso, radicarla con diez días calendario de antelación al vencimiento del contrato.</p> <p>Cuando no sea posible tramitar la modificación del contrato por la extemporaneidad en la radicación de la solicitud, la responsabilidad frente a la interrupción del servicio o los perjuicios que se causen por la terminación del contrato, serán responsabilidad del área o del supervisor del contrato.</p> <p>En el evento de requerir una adición, la misma deberá ser sustentada por el ordenador de gasto respectivo ante el Comité que corresponda.</p>	<p>ARTÍCULO CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. MODIFICACIONES CONTRACTUALES: Las modificaciones contractuales constituyen reformas o ajustes que se realizan a un contrato o convenio durante su ejecución, las cuales son solicitadas por escrito por el supervisor o interventor del contrato, así como por el contratista, y deben contar con la aprobación del ordenador del gasto, adelantando el trámite que en el presente artículo se indica ante la Dirección de Contratación y Compras.</p> <p>Es indispensable que el contrato o convenio sobre el cual se pretenda la modificación se encuentre en ejecución y tiene que verificarse que aquella no altere la esencia del acuerdo de voluntades ni sea fruto de un incumplimiento por parte del contratista. En ningún caso la modificación al contrato podrá implicar la desnaturalización, sustitución, transformación o reforma al objeto y no se podrán modificar aspectos sustanciales de las condiciones y términos que sirvieron de fundamento para la escogencia objetiva, previstos como requisitos habilitantes y ponderables de las ofertas o como contenido mínimo de la solicitud de elegibilidad del contratista.</p>	<p>A. ADICIÓN: Este tipo de modificación procede cuando se requiere aumentar el valor del contrato debido a la incorporación de obligaciones, obras o cantidades adicionales o complementarias, que hacen referencia a ítems o actividades no previstas dentro del contrato. (...)</p> <p>B. PRÓRROGA: Este tipo de modificación consiste en la ampliación del plazo inicialmente pactado para la ejecución del objeto contractual. La prórroga del plazo no puede basarse en la mora de las partes por motivos de su propia culpa o negligencia, por lo cual deberá tener como causa razones ajenas a su voluntad.(...)</p> <p>C. SUSPENSIÓN: La suspensión del contrato procede cuando determinadas situaciones impidan temporalmente, cumplir las obligaciones a cargo de las partes, de modo que las prestaciones convenidas no pueden hacerse exigibles mientras perdure la situación y, por lo mismo, el término o plazo pactado no corre durante la vigencia de la suspensión (...)</p> <p>D. OTROSÍ: Este tipo de modificación consiste en la reforma o ajuste que se realiza a una cláusula del contrato, diferente a las asociadas</p>

CAMBIOS RELEVANTES DEL NUEVO MANUAL DE CONTRATACIÓN DE LA EAAB

Resolución 0791 de 2019	Resolución 1044 de 2021	Comentario
<p>PARÁGRAFO PRIMERO: En el evento en que se modifique el valor o los ítems del contrato celebrado, será necesario adelantar el trámite ante la Dirección de Contratación y Compras de la modificación del contrato junto con la expedición de un nuevo Certificado de Disponibilidad Presupuestal, en caso de requerirse, conforme con los lineamientos internos de la EAAB-ESP.</p> <p>PARÁGRAFO SEGUNDO: Para las modificaciones de los contratos con recursos de inversión que impliquen un balance a nivel de las cantidades de obra, el área solicitante deberá presentar previamente la solicitud al comité que corresponda, y con la aprobación correspondiente solicitar a la Dirección de Planeación y Control de Inversiones la modificación y ajuste presupuestal de los proyectos incluidos en el contrato.</p>	<p>Las modificaciones deben estar acompañadas de una justificación clara y precisa que indique las razones o fundamentos que sustentan su procedencia, junto con la matriz de riesgos actualizada, la constancia de pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral y Parafiscales y demás documentos que sean necesarios para su análisis.</p> <p>Las modificaciones pueden ser de los siguientes tipos y en un único trámite podrán concurrir dos (2) o más de estas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Adición • Prórroga • Suspensión • Otrosí • Cesión • Cesión de derechos económicos <p>(La definición y el contenido completo de cada una de los tipos de modificación se encuentran en la Resolución No. 1044 de 2021. Los apartes más relevantes se han incorporado en el acápite de comentarios.)</p>	<p>das al plazo y valor del mismo, o a alguna disposición contenida en los documentos que hacen parte integral de este y que no implican la desnaturalización, sustitución, transformación o reforma al objeto.</p> <p>E. CESIÓN: Este tipo de modificación se emplea cuando el contratista transfiere la posición jurídica dentro del contrato celebrado con la EAAB-ESP y que trae como consecuencia una sustitución de obligaciones y derechos que surgen del contrato a un tercero. (...)</p> <p>F. CESIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS: La cesión de derechos económicos requiere autorización escrita del ordenador del gasto. Así mismo, el contratista deberá acompañar un documento donde exprese la forma de financiación del contrato y la declaración expresa respecto de que la cesión no afectará el cumplimiento de las obligaciones contractuales, junto con la certificación de la Gerencia Corporativa Financiera de la EAAB-ESP sobre la no existencia de embargos radicados en su contra en la Entidad.</p>

ARTÍCULO CUADRAGÉSIMO NOVENO. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. El siguiente es el régimen de transición del presente Manual: a) Los procesos de contratación que a la entrada en vigencia de la presente resolución hayan sido radicadas en la Dirección de Contratación y Compras, continuarán rigiéndose por las disposiciones contenidas en el manual de contratación vigente para la fecha radicación. b) Las liquidaciones de los contratos se regirán por las disposiciones establecidas en el Manual de Contratación vigente para la fecha de suscripción del contrato. c) Las solicitudes de modificación, adición y/o prórrogas de los contratos en ejecución, se regirán por lo dispuesto en el presente manual. d) Las disposiciones relativas a la sección I del capítulo I del título II del presente Manual, específicamente en lo relacionado con la solicitud de elaboración del presupuesto y de estudios previos de que tratan los artículos 14, 15, 16 y 17, se implementarán a partir de la divulgación de los procedimientos que resulten aplicables. e) Las actuaciones, procedimientos, trámites y procesos de selección que se adelanten una vez se implemente la herramienta electrónica de Ariba Strategic Sourcing®, se regirán por lo dispuesto en el presente Manual de Contratación, para lo cual la Dirección de Contratación y Compras expedirá los procedimientos que ajusten los términos y aprobaciones al lenguaje de programación y funcionalidad de la herramienta.

ARTÍCULO CUADRAGÉSIMO OCTAVO. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: El siguiente es el régimen de transición del presente Manual:

- a) Los procesos de contratación que a la entrada en vigencia de la presente resolución hayan sido radicados en la Dirección de Contratación y Compras, continuarán rigiéndose por las disposiciones contenidas en el manual de contratación vigente para la fecha de radicación.
- b) Las disposiciones contenidas en el artículo 15 en lo que tiene que ver con la elaboración de estudios de sector, comenzarán a regir a partir de la divulgación por parte de la Dirección de Contratación y Compras, de los procedimientos e instructivos para elaboración de estudios de sector.
- c) Las liquidaciones de los contratos se regirán por las disposiciones establecidas en el Manual de Contratación vigente para la fecha de suscripción del contrato.
- d) Las solicitudes de modificación, adición, prórrogas y suspensiones de los contratos en ejecución se regirán por lo dispuesto en el presente Manual.

En lo referente al régimen de transición, se aplicarán las disposiciones contenidas en los manuales de contratación vigentes al momento de la suscripción del contrato para el caso de liquidaciones. Para los procesos de contratación se aplicarán las disposiciones vigentes al momento de su radicación en la Dirección de Contratación y Compras. En lo que tiene que ver con la elaboración de estudios de sector, se aplicará el nuevo manual a partir de la divulgación por parte de la Dirección de Contratación y Compras, de los procedimientos e instructivos para su elaboración. Para el caso de las solicitudes de modificación, adición, prórrogas y suspensiones de los contratos en ejecución se regirán por lo dispuesto en el nuevo Manual.



Planta de tratamiento de agua potable El Dorado. Foto: archivo EAAB.

NOVEDADES DEL NUEVO MANUAL DE SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA DE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ

Escrito por:

Santiago Londoño Camacho

Con la expedición de la Resolución 1229 del 30 de diciembre de 2021, la EAAB-ESP adoptó un nuevo Manual de Supervisión e Interventoría. Esta nueva versión mantiene el esquema general del anterior, esto es, objetivos, criterios de ejecución de la interventoría, responsabilidades, prohibiciones, obligaciones de las dependencias de la Empresa en brindar apoyo a la interventoría y supervisión. Sin embargo, en sus aspectos novedosos se destacan algunos cambios en cuanto a definiciones, responsabilidades y actividades.

La adopción de este Manual se da en consideración a las nuevas dinámicas contractuales, los desarrollos legales y la suma de experiencias de los anteriores Manuales, donde la EAAB-ESP, pretende que éste sirva de mecanismo garante del cumplimiento de las finalidades propias de los contratos suscritos, tales como la protección del erario, la satisfacción del interés general y el cumplimiento de las funciones administrativas y de gestión fiscal establecidas en la Constitución Política y la ley.

De esta forma, el actual Manual de Supervisión e Interventoría se entiende de obligatorio cumplimiento para interventores, supervisores y personal de apoyo, sin discriminar si son o no funcionarios de planta o contratistas, y se entiende aplicable a todos los acuerdos de voluntades, salvo Cartas o memorandos de entendimiento y los expresamente exceptuados en virtud del párrafo primero del artículo segundo- Al respecto se llama la atención en el sentido de solicitar a las áreas responsables el diseñar e implementar actividades de seguimiento para el cumplimiento de las respectivas funciones.

La Resolución 1229 del 2021 consagra en su glosario las definiciones de las actas del procedimiento contractual. Estos cambios sirven para especificar las condiciones, alcances y contenidos obligacionales de los acuerdos de voluntades que suscribe la EAAB-ESP.

Una de las modificaciones se encuentra en la ampliación de los criterios generales para la ejecución de la interventoría, en el artículo séptimo, que pasaron de tres (3) a diez (10) criterios, destacando entre estos: la manifestación oportuna de inconvenientes que se presenten en desarrollo del contrato, como un mecanismo de alerta temprana, para tomar medidas eficaces frente a un posible incumplimiento.

Otra de las novedades es la obligación para el supervisor e interventor de mantener al día la información y documen-



tación generada en el contrato, en el Sistema Único de Gestión, con el fin de conformar los expedientes en un solo sitio.

A su vez, el nuevo manual incluye la opción de designar por parte de la Gerencia General un comité de seguimiento para contratos y proyectos en consideración a su impacto estratégico.

Por otra parte, se aclaran las responsabilidades en la supervisión e interventoría, especialmente en materia ambiental y de seguridad y salud en el trabajo.

Se resalta que se armonizaron y racionalizaron los instrumentos de preparación de la ejecución de los acuerdos de voluntades en lo referente a seguridad y salud en el trabajo, eliminando el Plan de Gestión del anterior manual.

La finalidad de esta regulación es garantizar el objeto del contrato, tal como lo señala el artículo cuarto: *“...consiste en asegurar el cumplimiento del acuerdo de voluntades objeto de la interventoría, o supervisión para proteger la moralidad administrativa, prevenir la ocurrencia de actos de corrupción, y tutelar la transparencia contractual”*.

En conclusión, el Manual de Supervisión e Interventoría profundiza la labor en ambas etapas, en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y en la toma de medidas tempranas ante inconvenientes en la ejecución contractual, promulgando por una mayor eficacia en el resultado de ambas operaciones.

CAMBIOS RELEVANTES DEL NUEVO MANUAL DE SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA

Resolución 1148/2018	Resolución 1229/2021	Comentario
<p>ARTÍCULO SEGUNDO. ALCANCE. El manual de supervisión e interventoría e interventoría es de obligatorio cumplimiento para funcionarios y contratistas de la EAAB ESP, que ejecuten labores de interventoría, supervisión o apoyo a la supervisión, y hace parte integral de los acuerdos de voluntades celebrados por la EAAB ESP, en concordancia con el Manual de Contratación de la Empresa.</p> <p>El presente Manual no será aplicable a los contratos de trabajo, de prestación de servicios públicos domiciliarios relacionados con la compra de energía no regulada y suministro de agua potable o interconexión, los que se ejecuten con cargo a recursos de caja menor y los que por su naturaleza sean excluidos mediante acto administrativo por la Gerencia General o que se encuentren regulados por disposiciones especiales aplicables a la EAAB ESP. No obstante, las áreas a cargo de la ejecución de estos contratos o gastos deben diseñar e implementar las actividades de seguimiento y control que permitan asegurar el idóneo y estricto cumplimiento de las obligaciones que de ellos se deriven.</p>	<p>ARTÍCULO SEGUNDO ALCANCE. El Manual es de obligatorio cumplimiento para los interventores, supervisores y personal de apoyo a la supervisión, y forma parte integral de los acuerdos de voluntades celebrados por la EAAB-ESP como contratante, en concordancia con el Manual de Contratación de la Empresa.</p> <p>PARÁGRAFO 1: El presente Manual no será aplicable a:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cartas o memorandos de entendimiento. 2. Los exceptuados por el Manual de Contratación de la EAAB-ESP vigente, respecto al ámbito de aplicación del mismo. <p>PARÁGRAFO 2: Las áreas a cargo de la ejecución de los acuerdos de voluntades o gastos descritos en el Parágrafo 1, deben diseñar e implementar las actividades de seguimiento y control que permitan asegurar el idóneo y estricto cumplimiento de las</p>	<p>De esta forma, este Manual se entiende de obligatorio cumplimiento para interventores, supervisores y personal de apoyo, sin discriminar si son o no funcionarios de planta o contratistas, y se entiende aplicable a todos los acuerdos de voluntades, salvo Cartas o memorandos de entendimiento y lo expresamente exceptuados en virtud del parágrafo primero del artículo segundo, al respecto se llama la atención en el sentido de solicitar a las áreas responsables el diseñar e implementar actividades de seguimiento para el cumplimiento de las respectivas funciones.</p>

CAMBIOS RELEVANTES DEL NUEVO MANUAL DE SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA

Resolución 1148/2018	Resolución 1229/2021	Comentario
	<p>obligaciones que de ellos se deriven. Mientras no se hayan definido las actividades de seguimiento y control para los Contratos de Ejecución Instantánea como de adquisición de tiquetes aéreos, se deberá aplicar el formato indicado en el procedimiento establecido para tal fin.</p>	

ARTÍCULO OCTAVO – CRITERIOS GENERALES PARA LA EJECUCIÓN DE LA INTERVENTORIA

1. En el evento en que se requiere la suspensión del contrato principal, el contrato de interventoría se podrá suspender de manera inmediata previa evaluación por parte del supervisor y el Ordenador del gasto respecto de su conveniencia, salvo que se determine que es necesario que continúe su ejecución; en tal caso se debe considerar la necesidad de recursos adicionales. Es responsabilidad del supervisor del contrato de interventoría formalizar el Acta de suspensión de este contrato.

2. En caso de prórroga del contrato principal, el contrato de interventoría se deberá prorrogar mínimo por el mismo plazo del contrato objeto de interventoría, con el fin de que no se interrumpa o diluya la responsabilidad en el seguimiento del contrato vigilado. Salvo que la prórroga del contrato principal sea imputable a la responsabilidad del interventor, evento donde se deberá evaluar esta condición.

3. La gestión y desempeño del interventor podrá ser objeto de evaluación. El resultado de dicha evaluación podrá originar la formulación de los planes de mejoramiento, de acuerdo con los parámetros que se establezcan para tal efecto.

ARTÍCULO SÉPTIMO. CRITERIOS GENERALES PARA LA EJECUCIÓN DE LA INTERVENTORÍA

Cumplir con el objeto del contrato de conformidad con las condiciones de calidad y oportunidad establecidas en los estudios previos, las condiciones y términos de la invitación cuando apliquen, el anexo técnico, la oferta, el acuerdo de voluntades, y los documentos que hacen parte de éste.

1. Responder por el cumplimiento técnico, administrativo, financiero, contable, ambiental, social, jurídico y de calidad del acuerdo de voluntades objeto de interventoría, de acuerdo con las especificaciones técnicas, las condiciones y términos de la invitación cuando apliquen, la oferta, y todos los documentos que hacen parte integral de éste.

2. Informar oportunamente a la EAAB-ESP, sobre las inconsistencias, deficiencias o incumplimientos que advierta en la ejecución y desarrollo del acuerdo de voluntades objeto de interventoría.

3. La interventoría deberá informar al supervisor sobre la programación, avance, dificultades, necesidades de gestión frente a entidades distritales o regionales que tengan injerencia en el otorgamiento de permisos, licencias o aprobaciones, así como de las necesidades de modificación en términos de alcance, costo y/o plazo del contrato sobre el cual se ejerce vigilancia.

4. Para el caso de los convenios donde la EAAB-ESP sea el aportante de los recursos, el seguimiento y control del acuerdo de voluntades se deberá realizar según lo establecido en los procedimientos y formatos contemplados en el Sistema Único de Gestión (SUG) de la EAAB-ESP. Para los demás casos, el seguimiento podrá ser acordado con las demás entidades estatales y/o distritales.

5. El interventor debe revisar y emitir sus observaciones respecto de los informes técnicos, las actas de entrega parciales de contratos de obra, de ajuste, de aprobación de precios extra y de pago parcial, y las demás que defina la EAAB-ESP, dentro del tiempo estipulado en el contrato. En los casos en los que contractualmente no se defina un tiempo de revisión, este no podrá ser mayor a

Una de las modificaciones se encuentra en la ampliación de los criterios generales para la ejecución de la interventoría, en el artículo séptimo, pues pasaron de tres (3) a diez (10) criterios, destacando entre estos: la manifestación oportuna de inconvenientes que se presenten en desarrollo del contrato, como un mecanismo de alerta temprana, para tomar medidas eficaces frente a un posible incumplimiento.


CAMBIOS RELEVANTES DEL NUEVO MANUAL DE SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA

Resolución 1148/2018	Resolución 1229/2021	COMENTARIO
	<p>quince (15) días hábiles posteriores a su presentación por parte del contratista.</p> <p>6. En el evento en que se requiera la suspensión del contrato principal, el contrato de interventoría se podrá suspender de manera inmediata previa evaluación por parte del supervisor y el Ordenador del gasto respecto de su conveniencia, salvo que se determine que es necesario que continúe su ejecución; en tal caso se debe considerar la necesidad de recursos adicionales. Es responsabilidad del supervisor del contrato de interventoría formalizar el acta de suspensión de este contrato.</p> <p>7. En caso de prórroga del contrato principal, el contrato de interventoría se podrá prorrogar, con el fin de que no se interrumpa o diluya la responsabilidad en el seguimiento al contrato vigilado. Salvo que la prórroga del contrato principal sea imputable a la responsabilidad del interventor, evento donde se deberá evaluar si se prorroga o no el contrato de interventoría, sin perjuicio de las acciones contractuales y legales que procedan frente a la situación particular.</p> <p>8. En caso de inexistencia de interventor, el Ordenador del gasto, una vez este decida que el contrato principal continúa su normal ejecución, deberá delegar un equipo multidisciplinario de la EAAB-ESP, conformado por un supervisor y el personal de apoyo necesario; con el objetivo de garantizar que se continúen realizando las actividades de interventoría mientras finaliza el contrato objeto de seguimiento o mientras se contrata un nuevo interventor.</p> <p>9. La gestión y desempeño del interventor podrá ser objeto de evaluación, de conformidad con la metodología establecida por la EAAB-ESP. El resultado de dicha evaluación podrá originar la formulación de planes tendientes a mejorar las fallas identificadas, de acuerdo con los parámetros que se establezcan para tal efecto.</p>	

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO. ACTIVIDADES Y RESPONSABILIDADES DE SUPERVISORES E INTERVENTORES EN LA ETAPA DE DESARROLLO DEL ACUERDO DE VOLUNTADES

Las actividades para esa etapa se encuentran documentadas en el procedimiento Desarrollo del acuerdo de voluntades. Este procedimiento inicia con la suscripción del Acta de inicio del acuerdo de voluntades por parte del supervisor o interventor y el contratista o urbanizador o constructor, hasta el vencimiento del plazo pactado del mismo.

ARTÍCULO OCTAVO. ACTIVIDADES Y RESPONSABILIDADES EN EL MARCO DE LA SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA.

Sin perjuicio de las responsabilidades y actividades que se encuentran enmarcadas en el Manual de Contratación y en los manuales de funciones y responsabilidades de los funcionarios de la EAAB-ESP, a continuación, se describen las actividades y responsabilidades a desarrollar por las áreas de apoyo a la función de supervisión e interventoría:

(...) Exigir a los supervisores que todos los documentos físicos, los soportes, los archivos digitales y la información generada en

Otra de las novedades es la obligación para el supervisor e interventor, de mantener al día la información y documentación generada en el contrato, en el Sistema Único de Gestión, con el fin de conformar los expedientes en un solo sitio.

CAMBIOS RELEVANTES DEL NUEVO MANUAL DE SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA

Resolución 1148/2018	Resolución 1229/2021	Comentario
	<p>la ejecución de los acuerdos de voluntades, sean entregados por los supervisores e interventores al archivo de gestión de la Dirección de Contratación y Compras, así como incluirlos en el archivo electrónico empresarial, para la conformación de los expedientes y la custodia de los mismos, acorde con los procedimientos institucionales establecidos en el Sistema Único de Gestión, en materia de gestión documental.</p>	
<p>La Resolución 1148/2018 No lo contemplaba.</p>	<p>ARTICULO 8 - CAPITULO V. GERENCIA GENERAL</p> <p>Sin perjuicio de las responsabilidades de los supervisores e interventores previstas en el manual y en la ley, la Gerencia General podrá designar un comité de seguimiento para contratos y proyectos en consideración a su impacto estratégico. Los comités de seguimiento podrán estar integrados por el Gerente General, el Secretario General, el Gerente Corporativo de Planeamiento y Control, el Gerente Corporativo Financiero, el Gerente Corporativo de Sistema Maestro, el Gerente Corporativo de Servicio al Cliente, el Gerente Corporativo Ambiental, el Gerente de Tecnología, el Gerente jurídico, representantes del interventor, el supervisor, y/o demás personal que estime conveniente el Gerente General.</p>	<p>Este manual incluye la opción de designar por parte de la Gerencia General un comité de seguimiento para contratos y proyectos en consideración a su impacto estratégico.</p>
<p>ARTICULO DÉCIMO PRIMERO. NUMERAL IV</p> <p>Responsabilidades ambientales.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Verificar el cumplimiento de la normatividad exigida por las autoridades ambientales competentes, respecto del manejo de residuos sólidos, peligrosos, y residuos de construcción y demolición – RDC, en todas las etapas, incluyendo su generación, recolección transporte y disposición final. (...). 2. Solicitar al contratista la inclusión de medidas de manejo ambiental adicionales a las establecidas en la norma técnica NS-038 o en el Plan de Manejo Ambiental en proyectos objeto de licenciamiento ambiental de acuerdo con los requerimientos ambientales normativos. 3. Solicitar oportunamente a la Gerencia Corporativa Ambiental, el acompañamiento técnico necesario para dar cumplimiento a las cláusulas ambientales incorporadas en los acuerdos de voluntades suscritos entre las partes. 4. Exigir al contratista la ejecución y evaluación de las medidas de manejo establecidas en la Norma Técnica NS-038, de acuerdo con lo establecido en la Especificación Técnica del Acueducto EG-103. (...). 	<p>ARTÍCULO DÉCIMO. ACTIVIDADES Y RESPONSABILIDADES DE SUPERVISORES E INTERVENTORES EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE VOLUNTADES. Las actividades para esta etapa se encuentran documentadas en el procedimiento "Planificación, Ejecución y Liquidación del acuerdo de voluntades". Esta etapa inicia con la suscripción del Acta de inicio del acuerdo de voluntades por parte del supervisor o interventor y el contratista o urbanizador o constructor, hasta el vencimiento del plazo pactado del mismo. (...)</p> <p>IV. Responsabilidades de tipo ambiental</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Verificar el cumplimiento de los criterios y requisitos ambientales incorporados en las condiciones y términos del acuerdo de voluntades suscritos entre las partes, incluido lo establecido en los permisos o autorizaciones del orden ambiental aplicables al acuerdo de voluntades. Se podrá solicitar la orientación técnica a la Dirección Saneamiento Ambiental. 2. Verificar el cumplimiento por parte del contratista de las medidas de manejo establecidas en la Norma Interna de la EAAB-ESP NS-038 "Manual de Manejo del Impacto Ambiental y Urbano" y la aplicación de las medidas específicas contenidas en las fichas "Plan de Implementación de Medidas de Manejo Ambiental, 	<p>Se aclaran las responsabilidades en la supervisión e interventoría, especialmente en materia ambiental y de seguridad y salud en el trabajo.</p>



CAMBIOS RELEVANTES DEL NUEVO MANUAL DE SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA

Resolución 1148/2018	Resolución 1229/2021	Comentario
<p>No serán aplicables las Responsabilidades Ambientales para el caso de supervisión de cartas de compromiso de urbanizadores y constructores.</p> <p>V. Responsabilidades en Seguridad y Salud en el Trabajo.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Reportar y coordinar con la División de Salud Ocupacional la entrega de la documentación de Salud Ocupacional / SST de la EAAB ESP a la empresa contratista para el inicio de las actividades objeto del acuerdo de voluntades. 2. Exigir la aplicación de la Norma Técnica de Servicio de la EAAB ESP NS- 141. 3. Realizar la entrega mensual a la División de Salud Ocupacional / SST de la EAAB ESP, de los anexos establecidos en la NS-141, para el seguimiento al cumplimiento de los requisitos. El supervisor o interventor debe requerir al contratista que adopte las medidas para subsanar las observaciones que se deriven del seguimiento. 4. Verificar el cumplimiento por parte del contratista del plan SST definido por este para la ejecución del acuerdo de voluntades. 5. Solicitar a la División de Salud Ocupacional la verificación del informe mensual del SG-SST que debe entregar el contratista, acorde con lo estipulado en la NS-141. 6. Exigir el cumplimiento de la matriz de identificación de peligros, evaluación y valoración de los riesgos, de acuerdo con lo establecido en la NS-040. <p>No serán aplicable las responsabilidades en Seguridad y Salud en el Trabajo para el caso de la supervisión de las cartas de compromiso de urbanizadores y constructores.</p> <p>El supervisor deberá exigir de la interventoría el cumplimiento de estas obligaciones. En caso de que no exista interventor, podrá solicitar al Ordenador del Gasto, el apoyo necesario para el cumplimiento de estas funciones.</p>	<p>Gestión Social y Seguridad y Salud en el Trabajo – PIMMAS” y la Herramienta de Seguimiento y Calificación del Desempeño Ambiental y Urbano de Obra, a través del cual se dará aplicación a la especificación EG:103 “Impacto Ambiental y Urbano.”</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. Solicitar al contratista la inclusión de medidas de manejo ambiental adicionales a las establecidas en la norma técnica “NS-038 Manual de Manejo del Impacto Ambiental y Urbano” o en el Plan de Manejo Ambiental en proyectos objeto de licenciamiento ambiental de acuerdo con los requerimientos ambientales normativos y los criterios de sostenibilidad documentados en la certificación ambiental, cuando apliquen. 4. Exigir al contratista, que previo al inicio de ejecución de las obras, cuente en los campamentos de obra con todas las instalaciones necesarias para el manejo de los diferentes aspectos ambientales (manejo de los residuos, almacenamiento de sustancias químicas y combustibles, sitios de preparación de concretos, sistemas de manejo de aguas de escorrentía, entre otras) de conformidad con lo establecido en la norma técnica NS-038. 5. Exigir al Contratista la implementación de las acciones o controles operacionales que se hayan identificado como resultado de las visitas técnicas o auditorías que realice la Gerencia Corporativa Ambiental. 6. Exigir al contratista el reporte periódico a la Dirección Saneamiento Ambiental, de la información establecida en los permisos o autorizaciones del orden ambiental y la indicada en la etapa de planificación. 7. Verificar con la Gerencia Corporativa Ambiental el estado de solicitud del proceso de certificación de exclusión de IVA ante la ANLA, cuando aplique. <p>I. Responsabilidades en Seguridad y Salud en el Trabajo</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Para el inicio de las actividades objeto del acuerdo de voluntades, deberá reportar y coordinar la entrega de la documentación de Seguridad y Salud en el Trabajo - SST de la EAAB-ESP, por parte de la empresa contratista. En caso de considerarse necesario, podrá solicitarse apoyo a la Dirección Salud. 2. Exigir la aplicación del anexo SST establecido en las condiciones y términos del acuerdo de voluntades. 3. Realizar entrega la Dirección Salud de la EAAB-ESP de la documentación estable- 	

CAMBIOS RELEVANTES DEL NUEVO MANUAL DE SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA

Resolución 1148/2018	Resolución 1229/2021	Comentario
	<p>cida en el anexo SST establecido en las condiciones y términos del acuerdo de voluntades, para el seguimiento al cumplimiento de los requisitos. El supervisor o interventor debe requerir al contratista que adopte las medidas para subsanar las observaciones que se deriven de este seguimiento.</p> <p>4. Solicitar a la Dirección Salud la verificación del informe mensual del SG-SST que debe entregar el contratista.</p> <p>5. Exigir al contratista el cumplimiento de los planes de mejoramiento resultantes de auditorías, inspecciones, verificación de los informes mensuales y demás controles que le sean aplicados por la EAAB-ESP en materia de SST.</p> <p>PARÁGRAFO 1: Para el caso de supervisión de cartas de compromiso de urbanizadores y constructores no serán aplicables los numerales 2, 7, 12, 13, 22 y 24 de las responsabilidades administrativas, ni los numerales 1, 2, 3, 4, 14, 15, 18, 21 y 23 de las responsabilidades técnicas.</p> <p>PARÁGRAFO 2: Las responsabilidades ambientales, financieras y de seguridad y salud en el trabajo no serán aplicables tratándose de cartas de compromiso de urbanizadores y constructores.</p>	



Laguna Negra - Páramo de Chingaza. Foto: Jaime A. Vargas.



somos
agua