



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B
Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Controversias contractuales – Ley 1437 de 2011
Radicación: 15001233120070020601(67812)
Demandantes: Integrantes de la Unión Temporal Biorgánicos de Duitama y otros
Demandado: Municipio de Duitama y Empresa de Servicios públicos de Duitama(ESDU)

Tema: Se confirma la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda porque: (i) no está probado ningún vicio del consentimiento en el acta de **terminación** bilateral del contrato de concesión para el manejo y disposición de residuos sólidos suscrito entre las partes; (ii) tampoco está acreditada la ilegalidad de la **liquidación** unilateral en la que no se reconocieron las reclamaciones del concesionario ni se impuso multa al contratista;

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia del 28 de agosto de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá que negó las pretensiones de la demanda.

Esta Subsección es competente para conocer del recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 129 y 181 del CCA. El Tribunal Administrativo de Boyacá era competente para conocer el proceso en primera instancia en razón la cuantía de acuerdo con el numeral 7 del artículo 132 del mismo código.

El recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 31 de mayo de 2022. En providencia del 15 de septiembre de 2022 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos y concepto, respectivamente. Las partes presentaron sus alegatos y el Ministerio Público guardó silencio.



I. ANTECEDENTES

A.- Demanda

1.- El 22 de febrero de 2007 la Fundación Colombiana de Ciencias, Odinec S.A., Silvano Vargas e Ingenieros Asociados IA S.A. (en adelante los <<demandantes>>), integrantes de la Unión Temporal Biórganicos del Tundama (en adelante, <<el Contratista>> o <<la Unión Temporal>> o <<la Concesionaria>>) presentaron demanda de controversias contractuales contra el Municipio de Duitama (en adelante <<el Municipio>>) y la Empresa de Servicios Públicos de Duitama -ESDU- (en adelante <<ESDU>), en la que solicitaron: (i) que se declarara la nulidad del acta de terminación bilateral del contrato de concesión 001 de 2002; (ii) que se anularan los actos de liquidación unilateral del Contrato; (iii) que se declarara el incumplimiento por parte de las demandadas; y (iv) que se condenara al pago de los perjuicios causados. Las pretensiones fueron las siguientes:

<< 1.1. Que se declare que el Municipio de Duitama y la Empresa de Servicios Públicos de Duitama ESDU, incumplieron el contrato de Concesión No. 001-2002 cuyo objeto era la PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TRATAMIENTO Y DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS SÓLIDOS DEL MUNICIPIO DE DUITAMA, celebrado el 02 de enero de 2002, por ser responsable administrativamente y dar lugar a que se originaran las causales de terminación del contrato de concesión “de mutuo acuerdo” y al no acceder al pago y por tanto no incluir en los actos liquidatorios los valores correspondientes a las inversiones realizadas y no reconocidas, los sobrecostos incurridos durante la ejecución del mismo y no reconocidos, las utilidades esperadas durante la vigencia total del contrato según lo solicitado por la demandante y finalmente, al no cancelarse los valores mencionadas. Igualmente desconoció sus deberes contractuales al obligar a la Unión Temporal a permanecer en las obras por mayor tiempo que el previsto al momento de terminar el contrato.

1.2. Subsidiaria. Para el caso de que no prospere la pretensión anterior, solicito se declare:

1.2.1. Que se declare la nulidad del acta de liquidación bilateral del contrato de fecha 3 de febrero de 2005. Mediante la cual se da por terminado el contrato de mutuo acuerdo, habida cuenta que el contrato no terminó por voluntad de la Unión Temporal, ya que los motivos esgrimidos en el acta son imputables al Municipio de Duitama y a la empresa de Servicios Públicos Municipales de Duitama ESDU.

1.2.2. Que se declare la nulidad de la liquidación unilateral del contrato de concesión adoptada mediante resolución 626 del 9 de septiembre de 2005 (...) en cuanto a que no se accedió al pago de los sobrecostos por la ejecución del contrato de concesión No. 001 – 2002, por mayores cantidades de obras, por ítems nuevos, mayores cantidades de obras, mayores valores, el reconocimiento y pago de las utilidades esperadas y proyectadas por la Unión Temporal durante la vigencia de la concesión cuyo reconocimiento fue solicitado y extensión de costos financieros (sic). La nulidad de la resolución 658 del 30 de septiembre de 2005 “por la cual se resuelve un recurso de reposición” y la nulidad No 703 del 13 de octubre de 2005 “por la cual se resuelve una solicitud de adición y complementación de la resolución No. 658 del 30 de septiembre de 2005”



1.3. Que se condene a indemnizar los perjuicios causados con ocasión del incumplimiento contractual y de las decisiones administrativas anuladas, constituidos entre otros por: los daños directos e indirectos, daño emergente y lucro cesante; los perjuicios materiales; y los costos financieros en que ha incurrido mi poderdante como consecuencia del incumplimiento contractual.

(...)

1.4. Que se liquide judicialmente el contrato de concesión No. 001-2002 en dicha liquidación se incluyan las indemnizaciones a que haya lugar a favor de la unión temporal Biorgánicos del Tundama de conformidad con la solicitud respectiva.

(...) >>.

2.- La demanda se basó en las siguientes afirmaciones:

2.1.- El 2 de enero de 2002 el Municipio y la ESDU celebraron con la Unión Temporal Biorgánicos del Tundama el contrato de concesión 001 de 2002 (en adelante <<el Contrato>>) para prestar el servicio de tratamiento y disposición final de residuos sólidos en el municipio de Duitama. Dicho Contrato tenía una duración de diez años contados a partir del 3 de enero de 2002.

2.2.- Durante la ejecución del Contrato: (i) el Municipio incurrió en varios incumplimientos, entre ellos el pago tardío de las facturas; (ii) se presentó una variación en el número de toneladas de residuos que debían ser objeto de disposición y un cambio en las tarifas; (iii) la Concesionaria tuvo que poner funcionamiento un horno incinerador para mejorar el servicio el cual funcionó correctamente durante un mes; (iv) el Municipio suscribió un contrato con una asociación para el manejo de residuos reciclables con otro operador, lo que disminuyó la cantidad de residuos que recibía la Concesionaria. Estas circunstancias y las variaciones de la tarifa afectaron el equilibrio económico del Contrato.

2.3.- En agosto de 2003, el Procurador Judicial Agrario y Corpoboyacá realizaron una visita al sitio de disposición final, en la que se indicó que no cumplía con los requisitos para el efecto. En dicha acta el Procurador señaló que la responsabilidad por el sitio de disposición final era del Municipio.

2.4.- Mediante Resolución 601 del 24 de agosto de 2004, Corpoboyacá ordenó el cierre indefinido del sitio de disposición final de residuos. El Municipio presentó recurso de reposición contra esta determinación, el cual fue resuelto en la Resolución 34 del 24 de enero de 2005, confirmando la primera decisión. Según los demandantes, el cierre se dio porque el Municipio no cumplió el licenciamiento ambiental.

2.5.- El incumplimiento de las obligaciones ambientales del Municipio llevó a la imposibilidad de ejecutar el Contrato. En consecuencia, las partes suscribieron el



acuerdo bilateral de terminación el 3 de febrero de 2005. La parte demandante alega que dicha acta se tuvo que suscribir por hechos imputables exclusivamente al Municipio.

2.6.- Los demandantes indican que el Municipio no hizo uso de la terminación unilateral del Contrato, facultad que le hubiese obligado a reconocer al Contratista el valor de las utilidades dejadas de percibir. Sostienen entonces que se desconocieron sus derechos, lo que constituye una causal de nulidad del acta de terminación bilateral.

2.7.- De conformidad con el acta de terminación bilateral, las partes tenían cuatro meses para liquidar el Contrato de común acuerdo, pero esto no sucedió porque el Municipio no reconoció los valores reclamados por desequilibrio económico del contrato, ni las inversiones realizadas por la Concesionaria, ni la utilidad que no recibiría por la terminación anticipada del Contrato.

2.8.- El Municipio liquidó unilateralmente el Contrato mediante Resolución 626 del 9 de septiembre de 2005 y la Concesionaria presentó recurso de reposición contra ella. El recurso fue resuelto en la Resolución 658 del 30 de septiembre de 2005, que confirmó en su integridad la resolución anterior. En tales actos no se reconocieron los valores reclamados por el Contratista, correspondientes a la utilidad dejada de percibir por la terminación del Contrato, el valor de las inversiones realizadas y el desequilibrio económico del Contrato. En ellos se le impuso al Contratista una multa que correspondió al valor que impuso Corpoboyacá por la violación de normas ambientales.

2.9.- El Contratista presentó solicitud de adición de la liquidación unilateral, la cual fue negada en la Resolución 703 del 13 de octubre de 2005.

B.- Contestación de la demanda

3.- El Municipio se opuso a las pretensiones y señaló que las obligaciones contractuales terminaron con la firma del acuerdo de terminación bilateral, en el cual quedó claro que no existían obligaciones pendientes. Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa, pues las obligaciones del Contrato se suscribieron con la ESDU.

4.- La ESDU contestó la demanda y se opuso a las pretensiones con base en los siguientes argumentos:

4.1.- De conformidad con la propuesta del demandante, las inversiones del Contrato se amortizaban durante la ejecución. En consecuencia, su reconocimiento no es procedente.



4.2.- Los hechos que llevaron al cierre del sitio de disposición son imputables al Contratista que, entre otras infracciones, instaló un horno incinerador que no cumplía con los requisitos ambientales.

4.3.- En la resolución de liquidación lo único que se hizo fue tener en cuenta lo ejecutado e interpretar el Contrato, con base en lo cual se negaron las reclamaciones planteadas por la Concesionaria, porque no tenían fundamento contractual.

4.4.- Respecto del desequilibrio señaló que -desde su propuesta- la Unión Temporal estimó equivocadamente el peso de los residuos que se debían recoger, por lo cual dicho yerro no podía ser imputado al Municipio.

4.5.- Con la demanda, la Concesionaria pretende desconocer el acuerdo de terminación bilateral, en el que las partes renunciaron a reclamar sobre los efectos del referido acuerdo.

C. Sentencia recurrida

5.- Mediante sentencia del 28 de agosto de 2019, el Tribunal Administrativo de Boyacá negó las pretensiones de la demanda con base en las siguientes consideraciones:

5.1.- Como los demandantes no demostraron la existencia de vicios del consentimiento en la firma del acta bilateral de terminación, el acta y su contenido son válidos.

5.2.- No puede considerarse que en el caso concreto la entidad debiera ejercer la facultad de terminar unilateralmente el Contrato, ni que se hubiera forzado al Contratista a suscribir el acta de terminación bilateral, en la cual las partes renunciaron a reclamar los efectos económicos de la misma; el hecho de que las circunstancias que la determinaron fueran imputables al Municipio no es suficiente para considerar que existió presión en la terminación bilateral.

5.3.- El motivo principal del cierre del sitio de disposición final de residuos fue que el horno incinerador que construyó el Contratista no cumplía con los requerimientos ambientales. Así las cosas, él es responsable de la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato.

5.4.- En relación con la liquidación unilateral, no se demostró que en la misma se desconocieran valores adeudados al Contratista, no se acreditó que se debieran reconocer las inversiones realizadas, pues incluso dentro de estas se encuentra el horno que - por no cumplir requisitos- llevó al cierre del sitio de disposición final.



5.5.- No se demostró que existiera un desequilibrio económico del Contrato, pues el modelo financiero del Contratista se realizó con base en valores de recolección errados y las tarifas se pactaron conforme a las disposiciones de la comisión de regulación.

5.6.- El dictamen pericial practicado no demuestra valores a reconocer; sólo establece lo invertido con base en la contabilidad del Contratista.

D. Recurso de apelación

6.- Los demandantes solicitan que se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos:

6.1.- Con el contenido del acta de terminación bilateral se acredita que los motivos que llevaron a que se diera por terminado el Contrato son imputables al Municipio, porque el cierre del sitio de disposición final se produjo por el no cumplimiento de la obligación de mantener el licenciamiento ambiental. Por ello, dicha terminación adolece de nulidad.

6.2.- La decisión del tribunal no tuvo en cuenta que en la liquidación unilateral el Municipio incluyó unas multas al Contratista, las cuales se emitieron sin competencia.

6.3.- La sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta que se debía liquidar judicialmente el Contrato con la inclusión de los valores de desequilibrio y de las inversiones.

6.4.- El tribunal desconoció que en una decisión adoptada en una acción popular se dieron órdenes al municipio sobre el sitio de disposición de residuos.

II. CONSIDERACIONES

E.- Asuntos procesales

7.- La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda se presentó dentro del plazo de dos años consagrado en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, que dispone que la caducidad se cuenta desde el acto de liquidación unilateral del contrato. El acto que dejó en firme la liquidación unilateral del contrato de concesión fue expedido el 13 de octubre de 2005, por lo que el término de caducidad vencía el 14 de octubre de 2007; por lo tanto, la demanda presentada el 22 de febrero de 2007 fue oportuna.

F.- Decisión a adoptar y plan de exposición

8.- La Sala confirmará la sentencia de primera instancia porque: (i) no se probó que existieran vicios en el consentimiento en la suscripción del acta bilateral de



terminación del Contrato, razón por la cual no es procedente declarar su nulidad; y contrario a lo alegado por los apelantes, la terminación del Contrato no se generó por motivos imputables exclusivamente al Municipio; (ii) el acta de liquidación unilateral no es nula, pues en la misma no se impuso multa al Contratista, por lo cual no es procedente la liquidación judicial del Contrato pedida en la demanda; y (iii) en la demanda no se hace referencia a las órdenes dadas en una acción popular, por lo que dicho argumento no puede ser objeto de estudio en esta instancia.

(i). No está probado que el acta de terminación bilateral del Contrato adolezca de vicios en el consentimiento que permitan anular este acuerdo

9.- En el expediente no obra prueba que evidencie que la Concesionaria hubiera sido forzada a suscribir el acta de terminación del Contrato. El argumento según el cual el cierre se produjo por motivos imputables a la entidad no permite anular dicho acuerdo de voluntades, en la medida en que contiene un pacto permitido por la ley y suscrito por el Contratista en desarrollo de la autonomía de su voluntad.

10.- En el acta de terminación bilateral del contrato se establece como motivo de la decisión de las partes la imposibilidad de ejecutar el objeto por cuenta del <<cierre por término indefinido de la Planta de Tratamiento de Residuos Sólidos de Duitama, ubicada en el predio “Lomartí” de que fue objeto por parte de la Corporación Autónoma de Regional de Boyacá (CORPOBOYACA), a través de las resoluciones números 601 de fecha treinta y uno de agosto de 2004 y 034 de 24 de enero de 2005>>.

Contrario a lo alegado por los apelantes, de la revisión de los actos emitidos por Corpoboyacá se desprende que los motivos que llevaron al cierre del sitio de disposición final por parte de la autoridad ambiental no eran exclusivamente imputables al Municipio. En efecto, en la decisión de la autoridad ambiental se encuentran establecidas como causas del cierre entre otras: (i) la falta de impermeabilización del suelo de la zona de trabajo; (ii) el manejo de material inerte y no aprovechable y (iii) la obtención de licencia ICA a nombre del operador, las cuales, se señala expresamente, estaban a cargo del concesionario.

11.- Adicionalmente, en el acta de terminación las partes acordaron las siguientes renunciaciones:

<<TERCERA: Como consecuencia de lo anterior, al cesar las obligaciones contractuales, la **Unión Temporal Biorgánicos del Tundama**, queda liberado en la continuidad de la prestación de servicios, en tanto, que ESDU, queda en absoluta libertad para disponer y contratar la prestación del servicio antes referido, sin que implique para ninguna de las partes, responsabilidad de ninguna naturaleza como consecuencia de esta terminación. CUARTA: Que como consecuencia de la presente terminación acuerdan igualmente las partes que



renuncian a todo tipo de acciones civiles comerciales o contencioso administrativas, que pudieran haber surgido como consecuencia de la ejecución del contrato y durante el periodo que mantuvo su vigencia, con excepción de aquellas que surgieran como consecuencia de su liquidación proceso para el cual las partes acuerdan se someteran al acuerdo conciliatorio que se surtirá ante la jurisdicción contencioso administrativa>>.

11.1.- Las anteriores estipulaciones fueron pactadas por las partes frente a los efectos que tendría la terminación bilateral del Contrato, teniendo claro conocimiento de cuáles eran dichos efectos; se trataba de asuntos que correspondían a una controversia cierta, que podían ser objeto de transacción conforme lo dispone el artículo 2469 del Código Civil. Además, las renunciaciones realizadas fueron bilaterales, lo que implica que no existe una parte adherente, sino que ambas hicieron <<concesiones recíprocas>>.

11.2.- En la demanda se pretende que se reconozcan las inversiones realizadas para ejecutar el Contrato, la utilidad dejada de percibir por lo que restaba de vigencia contractual y los desequilibrios que a decir del Contratista se presentaron durante la ejecución, asuntos que fueron objeto de acuerdo por ser consecuencia de la terminación del Contrato. Si bien en el caso concreto no se trató de una modificación del contrato, al acuerdo logrado se aplican los parámetros de la sentencia de unificación del 27 de julio de 2023, que señala que el acuerdo bilateral permite que se estudien las pretensiones de la demanda, pero para hacerlo es necesario determinar su alcance. Y es claro que cuando con el mismo las partes hayan tenido por propósito <<regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto>>, dicho acuerdo tiene plenos efectos.

(ii). No esta probada la nulidad de la liquidación unilateral del contrato, por lo que no es procedente su liquidación judicial

12.- Revisado el contenido de los actos de liquidación se encuentra que en los mismos no se ejerció ninguna facultad de imposición de multas. En la liquidación unilateral se incluye dentro de los valores a cargo de la Concesionaria la multa impuesta por Corpoboyacá por la violación de normas ambientales, la cual había sido asumida por las contratantes. En los actos administrativos expedidos por Corpoboyacá se puede ver que la multa a la que se refiere la liquidación unilateral fue impuesta a la Concesionaria por el incumplimiento de las normas ambientales, en especial por la construcción del horno incinerador, y en los actos que dieron fin a la actuación ambiental se indica que el contratista no cumplió con <<el manejo de material inerte y no aprovechable>>¹

13.- En virtud de lo anterior, el valor incluido en la liquidación unilateral de ninguna manera corresponde a la imposición de una multa contractual, por lo cual no

¹ Folios 455 a 464 cuaderno de pruebas.



puede considerarse que se ejerció una facultad del Contrato; simplemente, la entidad incluyó un valor a cargo del Contratista en el cruce definitivo de cuentas.

14.- Finalmente, en relación con la alegada falta de inclusión de los valores que se reclamaron por desequilibrio económico del Contrato, así como los perjuicios por inversiones realizadas y utilidad dejada de percibir, estos fueron objeto de acuerdo en el acta de terminación bilateral, por lo que no podían revivirse vía liquidación del contrato; pero además, no fueron acreditados en el proceso.

G.- Condena en costas

15.- En consideración a la conducta asumida por las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 28 de agosto de 2019 por el Tribunal Administrativo de Boyacá que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas por no aparecer causadas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente a su tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Presidente

Con aclaración de voto

Con firma electrónica

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Magistrado

Con firma electrónica

FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Magistrado



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

Magistrado ponente: Martín Bermúdez Muñoz

Radicación: 15001-23-31-2007-00206-01 (67812)
Demandante: Unión Temporal Biorgánicos de Duitama (integrada por la Fundación Colombiana de Ciencias, Odinec SA, Silvano Vargas e Ingenieros Asociados IA SA)
Demandados: Municipio de Duitama y otro
Referencia: Controversias contractuales

Aclaración de voto de Alberto Montaña Plata

Aunque acompañó la parte resolutive de la Sentencia de 19 de octubre de 2023, aclaro el voto porque considero que fue un error haber afirmado que al acta de terminación bilateral suscrita por las partes le *“aplica[ban] los parámetros de la sentencia de unificación del 27 de julio de 2023”*.

En primer lugar, porque las reglas fijadas en la SU, sobre los efectos de la ausencia de salvedades en acuerdos modificatorios celebrados durante la ejecución contractual, no eran pertinentes ni útiles para efectos de determinar, en el caso concreto, si el acta de terminación bilateral era nula por vicios en el consentimiento y si, en consecuencia, las partes debían cumplir lo allí pactado.

En segundo lugar, porque en la SU se estudió una controversia que surgió de la ejecución de un contrato regido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no por el derecho privado, como ocurre en este caso.

En tercer lugar, porque a partir de las disposiciones del Código Civil se podía establecer si el *“acuerdo [tenía] plenos efectos”*, por lo que no hacía falta acudir a decisiones judiciales que no guardaban relación alguna con el caso.

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado