

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / PROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / EMPRESA MIXTA DE SERVICIOS PÚBLICOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LA EMPRESA MIXTA DE SERVICIOS PÚBLICOS / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTA / NORMATIVIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / LIQUIDACIÓN DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / NULIDAD DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / EXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INEXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

¿La declaración de nulidad del acta de liquidación unilateral del convenio interadministrativo nº 09 de 2005, expedida por la EAAP, una Empresa Mixta de Servicios Públicos Domiciliarios, es un presupuesto insoslayable para que esta judicatura se pronuncie sobre las declaraciones y condenas deprecadas por MEGABUS en ejercicio de la acción de controversias contractuales? (...) Esta Subsección, siguiendo el criterio puramente orgánico que en otras oportunidades ha observado en la materia, y en cuanto el convenio 09 de 2005 se celebró entre dos entidades estatales en el sentido de haber sido constituidas con capital público que forman parte de la administración pública, no tiene ningún reparo para el entendimiento que tuvieron las partes, de estar celebrando un convenio interadministrativo al suscribir el convenio 09 de 2005. Sin embargo, no puede quedar al margen de este análisis el régimen jurídico contractual que regía para las dos partes al tiempo de la celebración del contrato -anterior a la entrada en vigor de la ley 1150 de 2007-, no otro que el régimen jurídico privado, vale decir, regido por el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual, ninguna de ellas podía adoptar decisiones unilaterales aptas para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, derechos u obligaciones a cargo o en favor de la otra, sin su consentimiento. Tal régimen de derecho privado, establecido, como estaba, por la ley, no podía ser modificado para atribuir esa potestad administrativa a las partes merced a meras inferencias derivadas del entendimiento de la naturaleza interadministrativa del convenio que celebraban. Por supuesto, tampoco podía la EAAP, merced a un estatuto interno de contratación, atribuirse tal potestad que no le confería el ordenamiento legal, y si su estatuto de contratación preveía la liquidación unilateral de sus contratos o convenios a iniciativa suya, esa normativa había de interpretarse como cabía entenderla en un marco de derecho privado, en el que cualquiera de las partes de un contrato puede hacer cortes unilaterales de cuentas definitivas de la ejecución contractual. Pero en modo alguno, para entender que tal corte de cuentas esté revestido de los atributos de ejecutividad, obligatoriedad y presunción de inocencia, propios de los actos administrativos. Ahora bien, siendo esto así, tampoco podía exigirse a MEGABUS, la demanda de la nulidad del acto de liquidación unilateral como presupuesto para deprecar otras declaraciones y condenas por causa del convenio, pues tal exigencia sólo tiene justificación, cuando la administración (en sentido funcional) ha expedido un acto administrativo, en cuanto tal, revestido de presunción de legalidad, por cuanto, merced a ella, hasta tanto no sea abatida tal presunción y el acto sea expulsado del ordenamiento, la judicatura no puede conceder pretensión alguna de condena y por tanto de sentido contrario al referido acto. Así las cosas, la respuesta al primer problema se impone negativa.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 24 de

mayo de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00205-00(55756) y Subsección C. Sentencia del 6 de mayo de 2015. Rad. 25000-23-26-000-2000-01208-01(30917).

PRUEBAS EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CARGA DE LA PRUEBA / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE / INCUMPLIMIENTO DE CARGA DE LA PRUEBA / NEGACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA / INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / OBLIGACIÓN CLARA / OBLIGACIÓN EXIGIBLE / OBLIGACIÓN EXPRESA

[L]a Sala, (...), se adentrará en el estudio del fondo del asunto, para determinar si, conforme a las pruebas traídas al proceso contencioso, la EAAP adeuda a MEGABUS la suma objeto de la pretensión de condena por concepto de la ejecución que esta última hizo, de las obras a su cargo dentro del convenio referido. (...) [C]onforme lo prescribía el artículo 177 C.P.C., en este contencioso, pesaba sobre la parte demandante la carga de probar el incumplimiento en todos y cada uno de los elementos del incumplimiento (...) En primer orden, quien pretende que la jurisdicción declare el incumplimiento de la obligación a cargo de la otra parte en el contrato, debe probar la prestación, vale decir, la conducta o los comportamientos específicos a cargo del enjuiciado (deudor), encaminados a honrar el vínculo en la forma, tiempo, modo y lugar comprometidos al “tenor de la obligación” convenida. Pero, además, debe probar que el incumplimiento se derivó de una obligación exigible porque mientras no lo sea “el deudor debe y el acreedor espera que le cumpla” , en tanto que sólo la obligación debida e insatisfecha bajo cualquiera de sus modalidades (absoluto, imperfecto o tardío) y afectada con la mora del deudor habilita al acreedor a activar los remedios judiciales para proteger sus intereses, bien sea reclamando el cumplimiento “in natura” de la obligación, la satisfacción mediante equivalente pecuniario o la resolución del vínculo, con indemnización de perjuicios. Por último, cuando la fuente de la obligación alegada como incumplida proviene de un contrato del que se derivan prestaciones correlativas, el demandante debe acreditar la satisfacción de sus propias obligaciones contractuales (...) esta Colegiatura no encuentra que la EAAP haya incumplido el convenio en los términos suplicados por la demanda, ni puede condenarla al cumplimiento del convenio en la suma deprecada, porque no se acreditó que las cantidades de obra de acueducto y alcantarillado ejecutadas en el marco de los contratos celebrados por la actora hicieran parte de obras previamente aprobadas por la EAAP, supuesto de hecho indispensable para sostener que la obligación de transferencia de recursos a cargo de la demandada, por el valor expresado por la actora, era jurídicamente exigible. (...) En conclusión, pese a que fueron probadas las obligaciones convencionales de MEGABUS y la EAAP, y que la primera satisfizo el deber de ejecutar dentro de las obras públicas de construcción de vías para el tránsito del sistema de transporte masivo, trabajos relativos a acueducto y alcantarillado en las áreas de construcción de las troncales, no se probó que las sumas reclamadas tuvieran que ser reconocidas por la EAAP en tanto según los términos del mismo convenio su valor era estimado, es decir, estaba condicionado a que correspondiera a obras de acueducto y alcantarillado aprobadas expresamente por la demandada, manifestación de voluntad que formaba parte de la estructura de la obligación, en su prestación y contenido, y por lo tanto debía ser acreditada dentro de este juicio. Así las cosas, la Sala revocará la sentencia inhibitoria de primera instancia por las razones expresadas en el numeral 3.4.1. de esta providencia, y en su lugar decidirá el fondo del asunto denegando la pretensión de incumplimiento y condena, motivado en las consideraciones expuestas en las líneas precedentes.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL-ARTÍCULO 177

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2009. Rad. 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00003-01(43036)

Actor: MEGABUS S.A.

Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A. E.S.P.

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: Liquidación unilateral en convenios interadministrativos celebrados por una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios - Incumplimiento contractual – Carga de la prueba

SENTENCIA - SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 22 de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, con la que declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y se inhibió de fallar.

I. SINTESIS DEL CASO

Entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. (empresa de servicios públicos domiciliarios mixta) y Megabus S.A. (sociedad pública por acciones) se suscribió un convenio interadministrativo, que tuvo por objeto la transferencia de recursos propios de la primera para que la segunda llevara a cabo la construcción de tres tramos de corredor vial del sistema integrado de transporte de la ciudad de Pereira. Posteriormente, la Empresa liquidó unilateralmente el convenio interadministrativo y reconoció algunos valores a favor de Megabus, ahora demandante, que considera que esos montos no corresponden a lo realmente ejecutado.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

El 14 de diciembre de 2009, la sociedad Megabus S.A. (en adelante, Megabus) presentó demanda en ejercicio de la acción de **controversias contractuales** en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P. (en adelante, EAAP) en la que formuló, dentro del acápite de pretensiones, únicamente la siguiente (f. 2-15, c. 2):

“(…) se solicita a los Honorables Magistrados condenar a la empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. ESP, para que le reconozca a MEGABUS S.A. la suma de UN [sic] MIL CINCUENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$1.054.302.829) por las obras realizadas y las cuales se cumplieron tal y como está establecido en los documentos anexos, sumas que deberán ser indexadas a la fecha del pago respectivo.”

Como **fundamentos fácticos** de esta petición, la demanda expuso lo siguiente:

La implementación del sistema Megabus de la ciudad de Pereira tuvo como fuente de recursos el contrato de empréstito n° 7231-CO —denominado, “Proyecto Sistemas Integrados de Transporte Masivo”— celebrado entre el Gobierno de Colombia y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

Con dicha financiación, la sociedad Megabus celebró múltiples contratos de obra para la construcción de las calzadas de bus y demás obras complementarias. No obstante, las obras de acueducto y alcantarillado relacionadas con la expansión o renovación de las redes involucradas en la zona de ejecución de dichos contratos no estaban contempladas dentro del proyecto objeto del empréstito, sino que *“estaban presupuestadas con los recursos (...) de un convenio”* entre Megabus y la EAAP.

En este contexto, las mencionadas partes celebraron un convenio interadministrativo, con el que la EAAP se obligó a transferir a Megabus la suma de \$2.083'775.062, con destino a la obra pública de *“construcción de tres tramos de corredor vial de sistema integrado en la avenida del Ferrocarril entre el sector del aeropuerto y el viaducto; carrera octava entre Turín y calle 24 (lote 3) y carrera 10 entre calles 24 y 10, calle 24 entre carreras 8 y 10 (lote 4) del Municipio de Pereira”*.

Antes de dar inicio a un proceso de contratación ajustado a las reglas dispuestas por el Banco Mundial, Megabús celebró los siguientes contratos de obra:

CONTRATISTA	CONTRATO	OBJETO	INTERVENTOR	ACUEDUCTO	ALCANTARILLADO	TOTAL
GERMAN TORRES SALGADO	01 DE 2006	Tramo I Av. Ferrocarril – Av. 30 de Agosto calle 26	CONSORCIO CIVIL	194,585,347,00	217,028,110,00	411,613,457,00
INSCO LTDA	02 DE 2005	Tramo II Av. 30 de Agosto calles 26 a 42	CONSORCIO CIVIL	262,405,786,00	231,051,181,00	493,456,967,00
CONSORCIO CC MEGABUS	06 DE 2005	Tramo III Av. 30 de Agosto calles 42 al Aeropuerto	CONSORCIO CIVIL	807,131,359,00	44,618,160,00	851,749,519,00
GERMAN TORRES SALGADO	05 DE 2005	Carrera 8 entre calles 24 y Puente	UT SIETE LTDA ING Y ESTUDIOS	404,965,486,00	230,024,901,00	631,990,747,00
CIMELEC INGENIEROS	06 DE 2005	Calle 24 entre	UT SIETE LTDA ING Y ESTUDIOS	146,020,786,00	120,868,238,00	266,889,024,00

LTDA		carreras 8 a 10, y carrera 10 entre calles 10 a 24				
				1812,109,124,00	843,590,590,00	2,655,699,715,00

Dichos valores fueron presentados a EAAP como soporte para la suscripción del convenio 09 de 2005, por lo que al final se suscribió el convenio, con adición de \$290'121.281, para un total de \$2.373'896.343.

Megabus canceló a los contratistas de las obras de acueducto y alcantarillado, la suma de \$2.655'699.715, según constaba en las cartas finales de las obras ejecutadas que entregó a la EAAP en marzo de 2007. Con base en esas cifras, Megabus pretendía que *“en caso de llegarse a una liquidación de común acuerdo aceptaría que la misma se suscribiera por el monto del convenio de \$2.373.896.343 y asumiría con sus recursos la diferencia de \$281'803.372”*. La EAAP, por su parte, proponía suscribir el acuerdo de liquidación por sumas inferiores a la planteada por Megabus, sumas que esta consideraba desfasadas, y que variaron así: el 10 de julio de 2007, la suma de \$1.629'.572.460 y en octubre 30 de 2007 la suma de \$ 1.767'587.103.

Finalmente, el 2 de noviembre de 2007, la EAAP liquidó de forma unilateral el convenio. En la liquidación reconoció a Megabus tan sólo la suma de \$1.601'396.886, que distaba en \$1.054'302.829 del valor real de las obras de acueducto y alcantarillado que Megabus ejecutó en un monto de \$2.655'699.715.

En cuanto a los **fundamentos de derecho**, Megabus adujo que: (i) artículo 14 de la Ley 80 de 1993 proscribire las cláusulas excepcionales en los convenios interadministrativos, restricción que, en su parecer, *“se extiende a otros poderes unilaterales como la liquidación unilateral”*; (ii) la EAAP *“no cumplió (...) con el convenio firmado con MEGABUS S.A. en razón a que no pagó sus obligaciones las cuales se encuentran plenamente probadas, sino que se tomó atribuciones que no eran de su competencia como la de liquidarlo unilateralmente el contrato (sic) y obtener unas ventajas”*; y (iii) se configuró el enriquecimiento sin justa causa por parte de la EAAP, en cuanto se benefició de la reparación y renovación de las redes de acueducto, contratada por Megabus, sin haberlas pagado.

La sociedad demandante presentó solicitud de conciliación prejudicial el 6 de agosto de 2009, trámite que concluyó con constancia de no acuerdo, expedida el 3 de noviembre de 2009 por la Procuraduría Judicial II para asuntos administrativos nº 37 de la ciudad de Pereira (f. 37, c. 2).

2.2. Trámite procesal relevante

2.2.1.- El Tribunal Administrativo de Risaralda admitió la demanda, mediante auto del 4 de febrero de 2010 (f. 289-290, c. 1).

2.2.2.- Surtida la notificación del auto admisorio de la demanda, la Empresa presentó **escrito de contestación** (f. 297-308, c. 1), con el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que: **(i)** si bien los presupuestos enviados por Megabus sirvieron como soporte para la firma del convenio interadministrativo, esto no implicaba *“que las obras inmersas se debían ejecutar estrictamente como se contrataron inconsultamente por MEGABUS, tanto en cantidades, materiales, diámetros, etc., debido a que no era prioridad para la Empresa (...) desarrollar algunas actividades de acueducto y alcantarillado en los sectores intervenidos por el sistema integrado de transporte masivo”*; **(ii)** en la

cláusula 4ª del convenio interadministrativo se había estipulado que los ítems no contemplados en el contrato de obra entre Megabus y el contratista serían acordados entre las partes del convenio, lo que omitió Megabus; y **(iii)** la EAAP estaba facultada para liquidar unilateralmente el convenio conforme al “*artículo 19 del estatuto de contratación de la empresa y a la resolución 140 de marzo 30 de 2004- reglamento de interventoría de contratos y convenios (modificada esta última por la directiva 129 de mayo 20 de 2009)*”.

Finalmente, propuso la excepción de **inepta demanda por indebida formulación de la pretensión**, pues –a su juicio– la pretensión formulada en la demanda carecía de sustento jurídico, contrario a lo exigido por el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo.

2.2.3.- El *a quo* abrió el proceso a pruebas por auto del 18 de junio de 2010 (f.361-363, c. 1) y, fenecida dicha etapa, corrió traslado para alegatos de conclusión en proveído del 29 de noviembre de 2010 (f. 366, c. 1).

Dentro del término para **alegar de conclusión** en primera instancia, intervinieron únicamente las partes. La demandante reiteró lo argumentado previamente (f. 367-385, c. 1), mientras la EAAP añadió que “*en el proceso no fue acreditado de manera fehaciente que el demandante haya sufragado la suma antes mencionada en obras que eran responsabilidad de Aguas y Aguas (sic)*” (f. 386-392, c.1).

2.3. La sentencia apelada.

El 22 de septiembre de 2011, el Tribunal Administrativo de Risaralda dictó **sentencia de primera instancia** en la que resolvió (f. 398-418, c. ppal.):

- “1. Declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, de conformidad con lo dicho en la parte motiva.*
- 2. Declarase inhibida** la Sala para pronunciarse de fondo sobre las súplicas de la demanda, por las razones expresadas en la parte motiva. (...)”.

La problemática planteada en el caso consistía –según el Tribunal– en establecer si la EAAP estaba obligada a cancelar la suma reclamada por Megabus en virtud del convenio interadministrativo 09 de 2005. Sin embargo, el *a quo* estimó que tal análisis era improcedente, ya que para ello debía desvirtuarse la presunción de legalidad del acto de liquidación y declararse el incumplimiento contractual de la demandada, lo que no pretendió la actora.

2.4. El recurso de apelación

El 11 de octubre de 2011, la parte demandante interpuso, oportunamente, **recurso de apelación** contra la anterior decisión. Solicita que la Sentencia sea revocada; que, en su lugar, se adopte una decisión de fondo y se acceda a sus pretensiones (f. 420-432, c. ppal.). En sustento del recurso argumentó que: **(i)** la decisión inhibitoria se opone a los principios de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de acceso a la administración de justicia, así como al deber del juzgador de evitar ese tipo de pronunciamientos, pues el *a quo* debió haberse percatado, al momento de estudiar la admisión de la demanda, que esta no reunía los requisitos legales o pronunciarse sobre el fondo del asunto, ya que a lo largo del proceso se esgrimió al incumplimiento de contractual de la demandada, así como la invalidez del acto de liquidación; y, **(ii)** que esta es una situación “*sui generis por tratarse de dos entidades públicas*” en donde la demandante sufrió un detrimento en su presupuesto destinado a la construcción de obras de infraestructura y no a obras

de acueducto y alcantarillado, con lo que se produjo un enriquecimiento sin causa en favor de la demandada.

2.5. Tramite en segunda instancia

El recurso fue admitido (f. 438, c. ppal.) y se ordenó el traslado a las partes, para alegar de conclusión, y al Ministerio Público, para que emitiera concepto¹.

Mientras que las partes guardaron silencio, el **Ministerio Público** rindió concepto (f.443-451, c. ppal.), mediante el cual solicitó la confirmación de la sentencia de instancia, por considerar que debió atacarse expresamente el acto de liquidación del contrato, con un concepto y claro de la violación.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos de la sentencia de mérito

3.1.1.- En virtud del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, la Sala es **competente** para conocer de la presente acción de controversias contractuales, toda vez que involucra a dos personas jurídicas de derecho público: de una parte, Megabus, sociedad pública por acciones; de otra, la EAAP, empresa de servicios públicos domiciliarios mixta.

Así mismo, es competente para decidir el asunto, en razón a que el proceso tiene vocación de segunda instancia en atención a su cuantía determinada en función del valor de la mayor de las pretensiones, la que supera la exigida por el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo² como factor para la determinación de la competencia.

3.1.2.- Por otra parte, el acta de liquidación unilateral que motiva la reclamación presentada por Megabus data del 21 de noviembre de 2007. Teniendo en cuenta la suspensión que experimentó el término bienal de caducidad de la acción, en razón del trámite de conciliación prejudicial que tuvo lugar entre el 6 de agosto y el 3 de noviembre de 2009, la acción habría fenecido el 18 de febrero de 2010, razón por la que la demanda —radicada el 14 de diciembre de 2009— fue **oportunamente incoada**.

3.1.3.- Por último, los extremos procesales están **legitimados en la causa** por activa y por pasiva al haber suscrito el negocio jurídico que suscita la controversia.

3.2. Pruebas objeto de valoración

3.2.1. Para la época de los hechos, los reglamentos internos de la EAAP contenían las siguientes disposiciones en materia de liquidación de los contratos:

3.2.1.1. Según el artículo 19 de la Resolución n° 003 del 2 de diciembre de 2002³ (f. 5-16, c. 3):

“En los contratos de obra, y en los demás que se considere conveniente, deberá estipularse que procede la liquidación de los mismos de común acuerdo entre las

¹ Fl. 440 Ibídem.

² La pretensión mayor asciende a \$1.054'302.829 monto que supera la cuantía requerida por el artículo 132- del C.C.A., 500SMLMV (\$248.450.000) - al momento de la presentación de la demanda, para que un proceso adelantado en acción de controversias contractuales fuera considerado como de doble instancia ante esta Corporación.

³ “Por la cual se modifica el Estatuto de Contratación”.

partes contratantes. La liquidación se realizará dentro del término que se fije en el respectivo contrato o, a más tardar dentro de los seis meses siguientes a su terminación. En esta etapa se acordarán los ajustes, revisiones, reconocimientos y transacciones a que haya lugar.

Si no se llega a un acuerdo para liquidar el contrato, la Empresa lo hará y tomará las medidas que sean necesarias para cumplir con las obligaciones y exigir los derechos que resulten de la liquidación, según sea el caso.

3.2.1.2. Conforme al artículo 8º de la Resolución nº 140 del 30 de marzo de 2004⁴ (f. 314-325, c. 1):

“La liquidación se realizará dentro del término que se fije en el respectivo contrato o, a más tardar dentro de los seis meses siguientes a su terminación. En esta etapa se acordarán los ajustes, revisiones, reconocimientos y transacción a que haya lugar.

Si no se llega a un acuerdo para liquidar el contrato, la Empresa [sic] hará unilateralmente y tomará las medidas que sean necesarias para cumplir con las obligaciones y exigir los derechos que resulten de la liquidación, según sea el caso.

Para este evento el Interventor debe realizar lo siguiente:

1. Requerir al contratista por escrito por lo menos dos veces que se presente a liquidar.

2. En caso de que no se haga presente a los requerimientos, el interventor deberá realizar el balance del contrato, verificar si existen saldos a favor de Empresa, para que en caso de que existan dichos saldos, la Empresa pueda proceder a adelantar las acciones legales pertinentes.

3. Informar por escrito a la Dirección Jurídica y al Subgerente o Director del área respectiva, la no presentación del contratista a liquidar el contrato, con el objeto de que sea analizado el caso y la Empresa tome las medidas cae [sic] sean necesarias para que el contratista cumpla con las obligaciones y le pueda exigir los derechos que resulten de la liquidación, según sea el caso.

Finalmente realizar de manera unilateral la liquidación del contrato, de acuerdo a las recomendaciones de la Dirección Jurídica.”

3.2.2. Megabus celebró cinco (5) contratos de obra para construir tramos viales en los que pasaría el sistema masivo de transporte de la ciudad de Pereira y por los que, según certificó el Director Financiero y Comercial de esa entidad, pagó un total de \$ 2.660'.889.024 entre obras de acueducto y alcantarillado (f. 38, c.2).

Pese a que el texto de estos negocios jurídicos no fue aportado al expediente, sí lo fueron sus respectivas actas de liquidación y algunos de sus soportes, que dan cuenta de su objeto, así como del inicio, fin y demás circunstancias de su ejecución, de la manera que será expuesta a continuación.

3.2.2.1. El contrato nº 01 de 2005 fue celebrado entre Megabus y el señor Germán Torres Salgado, tuvo por objeto la “CONSTRUCCIÓN DE (3) TRAMOS DEL CORREDOR DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO MEGABUS – AVENIDA DEL FERROCARRIL – AVENIDA 30 DE AGOSTO DEL MUNICIPIO DE PEREIRA – LOTE 1”. El acta de iniciación data del 16 de mayo de

⁴ “Por la cual se revoca la resolución No. 431 del 30 de julio de 2002 y se adopta el reglamento de Interventoría de contratos y convenios de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. ESP”.

2005, finalizó el 22 de julio de 2006, y el 4 de mayo de 2007 el contrato se liquidó de mutuo acuerdo (f. 158-164, c.2).

De este contrato consta el acta de recibo parcial de obra nº 16 (f. 165-182, c. 1) en que se mencionan los ítems nº 12 y 13 correspondientes a las redes de acueducto y alcantarillado según *“ESPECIFICACIONES TECNICAS EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A. E.S.P. EN SU DEFECTO EAAB (sic)”*.

3.2.2.2. Mediante contrato nº 02 de 2005, Megabus contrató con la sociedad InSCO Ltda. la *“CONSTRUCCIÓN DE (3) TRAMOS DEL CORREDOR DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO MEGABUS – AVENIDA DEL FERROCARRIL – AVENIDA 30 DE AGOSTO DEL MUNICIPIO DE PEREIRA – LOTE 2”*. El plazo de ejecución se dividió en dos etapas: la primera, de pre-construcción, transcurrió entre el 16 de mayo y el 29 de junio de 2005; y la segunda, de construcción se surtió entre el 30 de junio y el 27 de diciembre de 2005. Luego, se efectuó una adición en valor y dos prórrogas del plazo inicialmente pactado, el cual culminó el 20 de mayo de 2006. Las partes liquidaron este contrato el 3 de diciembre de 2007 (f. 182-187, c. 2).

De esta obra, consta el acta de recibo parcial de obra nº 14 del 15 de junio de 2006 (f. 141-157), y dentro de los ítems allí relacionados constan los nº 12 y 13 correspondientes a las redes de acueducto y alcantarillado según *“ESPECIFICACIONES TECNICAS EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A. E.S.P. EN SU DEFECTO EAAB (sic)”*.

3.2.2.3. En el contrato nº 03 de 2005, celebrado por Megabus con el Consorcio CC Megabus, se ejecutó la *“CONSTRUCCIÓN DE (3) TRAMOS DEL CORREDOR DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO MEGABUS – AVENIDA DEL FERROCARRIL – AVENIDA 30 DE AGOSTO DEL MUNICIPIO DE PEREIRA – LOTE 3”*. El período de ejecución tuvo lugar entre el 16 de mayo de 2005 y el 16 de agosto de 2006. Las partes liquidaron bilateralmente el contrato el 4 de mayo de 2007 (f. 182-187, c. 2).

Aparece acreditada el acta de pago final de obra nº 12 del 24 de octubre de 2006 (f. 188-206, c. 1)

3.2.2.4. Megabus y el señor German Torres Salgado celebraron el contrato nº 05 de 2005, cuyo objeto fue la *“Construcción de cuatro (4) tramos del corredor del Sistema Integrado de Transporte Masivo MEGABÚS. Avenida Simón Bolívar del Municipio de Dosquebradas, Carreras 8ª y 10ª y Calle 13 en el centro del Municipio de Pereira – Lote 3”*. La ejecución comenzó el 5 de septiembre de 2005 y finalizó el 25 de diciembre de 2007. El 8 de enero de 2008, ambas partes liquidaron el contrato (f. 78-85, c. 2).

En el expediente obra el acta de recibo parcial de obra del 26 de enero de 2007 (f. 86-119, c. 1), en la que se relacionan las cantidades de obra de los diversos ítems del contrato, entre ellos, los nº 12 y 13 correspondientes a las redes de acueducto y alcantarillado según *“ESPECIFICACIONES TECNICAS EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A. E.S.P. EN SU DEFECTO EAAB (sic)”*.

3.2.2.5. El contrato nº 06 de 2005, suscrito entre Megabus y Cimelec Ingenieros Ltda., tuvo por objeto la *“Construcción de cuatro (4) tramos del corredor del Sistema Integrado de Transporte Masivo MEGABÚS. Avenida Simón Bolívar del*

Municipio de Dosquebradas, Carreras 8ª y 10ª y Calle 13 en el centro del Municipio de Pereira – Lote 4". Fue ejecutado entre el 5 de septiembre de 2005 y el 15 de septiembre de 2006. El 25 de septiembre de 2007 fue liquidado el contrato por acuerdo entre las partes (f. 275-281, c.1).

Consta en el expediente el acta n° 10 de recibo parcial de obra del 15 de octubre de 2006 (f. 119-132, c. 1).

3.2.3. El 29 de diciembre de 2005, Megabus y la EAAP celebraron el "convenio interadministrativo" n° 09 (f. 47-52, c. 2), del cual cabe resaltar lo siguiente:

3.2.3.1. En su apartado considerativo, el convenio invoca los artículos 2 y 209 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 7° del Decreto 855 de 1994, así como las siguientes circunstancias:

1.) Que **MEGABUS S.A.** dentro de las obras de infraestructura del Sistema Integrado de Transporte Masivo, adelantará la ejecución de la obra pública "Construcción de tres (3) tramos de corredor vial del Sistema en la Avenida 30 de Agosto y la avenida del Ferrocarril entre el sector del Aeropuerto y el Viaducto, carrera octava entre Turín y calle 24 (lote 3) y carrera 10 entre calles 24 y 10, calle 24 entre carreras 8 y 10 (lote 4), del Municipio de Pereira, previo proceso licitatorio para tal fin.

2.) Que los servicios públicos de Acueducto y Alcantarillado son prestados en el Municipio de Pereira por **LA EMPRESA**, encargada de la construcción, operación y mantenimiento de las redes de Acueducto y Alcantarillado del Municipio de Pereira.

3.) Que dentro de los procesos de planificación de la **EMPRESA** se tiene previst[a] la reposición de redes de acueducto y alcantarillado a corto y mediano plazo.

4.) Que con el fin de optimizar recursos, aunar esfuerzos institucionales, y causar el menor impacto posible a la comunidad del sector, **LA EMPRESA**, aprovechando la obra pública que se va a ejecutar por **MEGABUS S.A.**, sobre la Avenida 30 de Agosto y La Avenida del Ferrocarril del Municipio de Pereira, considera oportuno aportar recursos para la construcción de la infraestructura del Sistema, para realizar la reposición de redes de acueducto y alcantarillado en estos sectores. Así mismo **MEGABUS** aportara los recursos necesarios para ejecutar las obras de redes de acueducto y alcantarillado donde sean requeridas por efecto del trazado de la obra y que no impliquen ampliaciones programadas por **LA EMPRESA**, comprometiéndose a respetar en todo momento el trazado actual de las mismas, para lo cual la **EMPRESA** entregará los recursos para el suministro e instalación de las tuberías y accesorios requeridos para dicha reposición, Los costos a reconocer por la Empresa se determinaran según análisis de precios unitarios incluido el AIU. El cual se incluye en el presente convenio como parte integral del mismo." (Negrillas originales del documento)

3.2.3.2. El objeto del convenio, contenido en la cláusula primera, era el siguiente:

«**LA EMPRESA** transfiere recursos propios por valor de **DOS MIL OCHENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SESENTA Y DOS PESOS (\$2.083.775.062)** a **MEGABUS S.A.**, para que éstos se destinen dentro de la Obra Pública "**CONSTRUCCIÓN DE TRES (3) TRAMOS DE CORREDOR VIAL DEL SISTEMA EN LA AVENIDA 30 DE AGOSTO Y LA AVENIDA DEL FERROCARRIL ENTRE EL SECTOR DEL AEROPUERTO Y EL VIADUCTO, CARRERA OCTAVA ENTRE TURÍN Y CALLE 24 (LOTE 3) Y CARRERA 10 ENTRE CALLES 24 Y 10, CALLE 24 ENTRE CARRERAS 8 Y 10 (LOTE 4) DEL MUNICIPIO DE PEREIRA**" al suministro e instalación de materiales de acueducto

y alcantarillado. MEGABUS realizará la reposición de las redes principales de Acueducto y Alcantarillado, incluyendo las acometidas domiciliarias de acuerdo con las especificaciones técnicas entregadas por LA EMPRESA las cuales deberán cumplirse estrictamente y hacen parte integral del presente convenio y según las cantidades de obra definidas en el contrato que se celebre entre MEGABUS S.A. y el constructor de sus obras de infraestructura. **ALCANCE DEL CONVENIO 1.)** Con los recursos que trasfiere **LA EMPRESA** se suministrarán los materiales descritos en el anexo de este convenio para la reposición de las redes principales de acueducto y alcantarillado, incluyendo las acometidas domiciliarias, y para lo cual deben ejecutarse las siguientes obras por parte de MEGABUS: a) Localización y replanteo, b) Corte de pavimento con máquina, c) Demoliciones de Pavimento, d) Excavaciones, e) Llenos, f) Retiros de sobrantes, g) Levantar redes existentes de alcantarillado, h) Construir cámaras y cajas de inspección y sumideros, i) Reconstrucción de pavimentos en concreto rígido y asfáltico, manejo social y ambiental y la señalización de las obras. Según normas técnicas establecidas por **LA EMPRESA.** **Parágrafo Primero.** El valor estimado de las obras de LA EMPRESA es susceptible de aumentar o disminuir, en razón de las cantidades reales de obra ejecutadas previa aprobación de LA EMPRESA. **Parágrafo Segundo:** las obligaciones y derechos que surjan de la ejecución de estos contratos, solo afectarán a sus intervinientes (MEGABUS S.A.- Contratistas) por lo cual LA EMPRESA no asumirá responsabilidad frente a los contratistas **Parágrafo Tercero:** las obras de ampliación necesarias para **LA EMPRESA** solo se ejecutarán en los tramos intervenidos por **MEGABUS** para sus obras de infraestructura»⁵. (Se subraya)

3.2.3.3. Las partes, en la cláusula segunda del convenio, consignaron estas obligaciones:

“A) DE LA EMPRESA: 1. Transferir a **MEGABUS S.A.** una vez sea legalizado este convenio, y en la forma y plazo convenidos, el valor de **DOS MIL OCHENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SESENTA Y DOS PESOS (\$2.083.775.062) MDA/CTE**, presupuesto estimado, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula cuarta de este convenio. El alcance de estas obras incluye las cantidades de obra con los costos unitarios pactados en el contrato celebrado por **MEGABUS** con el contratista seleccionado y las cuales han sido definidas en acuerdo entre el municipio técnico de **LA EMPRESA** y **MEGABUS**. Las cantidades adicionales que resulten de autorización o aprobación definidas por LA EMPRESA en desarrollo de las obras o los imprevistos no imputables al contratista de obra o a MEGABUS que se presenten en estas, deberán ser autorizadas y pagadas a MEGABUS por la EMPRESA atendiendo para tal efecto los precios pactados con el Contratista. **2.** A recibir y realizar el mantenimiento y control de las obras relacionadas con acueducto y alcantarillado, ejecutadas por **MEGABUS**, según el contrato de obra pública entre **MEGABUS S.A.** y su contratista. **3.** Suministrar oportunamente a MEGABUS las características y especificaciones de normas de construcción y materiales que deben utilizarse para la ejecución de las obras, objeto de este convenio. **4.** Suministrar a **MEGABUS S.A.** oportunamente los siguientes materiales: de conformidad con compromiso (sic) asumido en comunicación de fecha 14 de junio de 2005 **DE LA EMPRESA.** **5.** Realizar la asesoría y coordinar con la interventoría designada por **MEGABUS S.A.** la correcta ejecución de las Obras. **6.** Una vez terminada la Obra, la interventoría de **MEGABUS S.A.** y **LA EMPRESA**, deberán realizar un acta final donde conste la ejecución de las obras que se han acordado en virtud de este convenio. **7.** En caso de que se realicen mayores cantidades de obra ejecutada de acueducto y/o alcantarillado, LA EMPRESA se obliga a pagar a MEGABUS S.A. la suma adicional correspondiente a éstas según los precios unitarios pactados en el presente convenio. **8.** Suministrar a **MEGABUS S.A.** oportunamente, sin que se generen retrasos en las obras los insumos que sean necesarios para su ejecución. **9.** En caso de que se requieran diseños especiales para la ampliación y/ o

⁵ Esta es una transcripción literal, los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

modificación de las redes LA EMPRESA aprobará los diseños, con base en las especificaciones técnicas y determinarán cuando estimen conveniente cantidades de materiales para ejecutar las obras descritas en la cláusula primera dentro de un plazo prudencial previa solicitud de la Interventoría y/o MEGABUS. **10.** Prestar asesoría y ejecutar los empalmes de las redes nuevas de acueducto las existentes que conforman circuitos y sistemas del servicio. **11.** Atender directamente las actividades de mantenimiento, operación y reparación de las redes de acueducto y alcantarillado que se afecten con motivo de la ejecución del proyecto, para lo cual dispondrá del personal técnico necesario para coordinar los procesos de ejecución en la obra. Estas afectaciones serán atendidas por la Empresa pero facturará los costos a cada uno de los contratistas para su respectivo reembolso, incluyendo el costo de los metros cúbicos de agua que se pierdan calculados a un metro cubico de referencia correspondiente a un usuario perteneciente al sector oficial **B) OBLIGACIONES DE MEGABUS S.A.** **1.** Ejecutar las obras objeto de este convenio **2.** Destinar los recursos que le transfiere **LA EMPRESA** de manera exclusiva para ejecutar las obras de ampliación objeto del convenio **3.** Realizar por su cuenta las adecuaciones de obras civiles, cámaras, válvulas y redes de Acueducto y Alcantarillado que deban realizarse como consecuencia del trazado de las rutas y que no impliquen obras previstas por **LA EMPRESA**. **4.** Atender las indicaciones de la interventoría de **LA EMPRESA**. **5.** Levantar un Acta Final de la ejecución de estos trabajos. **6.** Entregar a **LA EMPRESA** las obras ejecutadas para su mantenimiento y control. **7.** En caso de daños o modificación del trazado existente, los costos de reparación o reposición de obra serán asumidos por el contratista de **MEGABUS S.A.**, o los perjuicios reclamados a la Aseguradora que afianza a dicho contratista. **8.** Garantizar la estabilidad de la obra y su calidad y correcto funcionamiento. Para este efecto, **MEGABUS S.A.** se obliga a adelantar las reclamaciones a que hubiere lugar ante sus contratistas y/o aseguradora en caso de afectaciones posteriores que pongan en riesgo la estabilidad de la obra y la calidad y correcto funcionamiento los materiales relacionadas con las redes de telecomunicaciones que se ejecuten en virtud de este convenio. **9.** Garantizar la indemnidad de **LA EMPRESA** frente a eventuales reclamaciones por daños ocasionados con motivo de la ejecución de las obras objeto de este Convenio. Para el efecto, **MEGABUS S.A.** se obliga a adelantar ante la Aseguradora la respectiva reclamación que cubra el riesgo de responsabilidad civil extracontractual con que el contratista garantiza el paso de las indemnizaciones por daños a terceras personas o a sus bienes, ocasionados con motivo de la ejecución de las obras objeto de este Convenio.” (Se subraya)

3.2.3.4. El plazo de ejecución del convenio fue inicialmente de 7 meses, contabilizados a partir del acta de iniciación (cláusula tercera). Sobre el valor del contrato, y la manera como se transferirían los recursos, el texto en cita precisó:

“CUARTA: Valor. Por la ejecución del presente convenio **MEGABUS S.A.** no recibirá remuneración alguna, ya que **MEGABUS S.A.** asume, sin contraprestación alguna, la obligación de contratar las obras por cuenta de **LA EMPRESA**. Por lo tanto, carece de cuantía, ya que **LA EMPRESA** no pagara remuneración alguna a **MEGABUS S.A.** por la intermediación que asume en la contratación de las obras. Sin embargo, el valor de las obras a ejecutar se estima en dos mil ochenta y tres millones, setecientos setenta y cinco mil, sesenta y dos pesos m/ cte. (\$2.083.775.062), valor susceptible de aumentar o disminuir, previa concertación o acuerdo entre las partes, por: A. Cantidad de obra real ejecutada. B. Por el valor final de los precios unitarios conciliados entre MEGABUS S.A. y el contratista. **Parágrafo:** Los Precios de los ítems objeto de este convenio, serán los que se pacten entre el contratista y **MEGABUS S.A.**, los ítems que no estén contemplados en el contrato de obra pública, entre **MEGABUS S.A.** y el contratista serán ejecutados al precio que se pacte con el contratista, precio que será Objeto de acuerdo entre las partes de este Convenio dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación hecha por **MEGABUS S.A.** a **LA EMPRESA**. Vencido este plazo perentorio sin que **LA EMPRESA** manifieste objeción alguna al precio notificado por **MEGABUS S.A.**, esta ordenara la ejecución del ítem

complementario de que se trate, al precio de mercado más favorable que haya resultado de las cotizaciones que para el efecto haya solicitado a los proveedores. **Forma de Pago. LA EMPRESA transferirá a MEGABÚS S.A. la suma de setecientos treinta y seis millones, setecientos cincuenta y cinco mil sesenta y doce pesos m/cte. (\$736.755.012) como pago anticipado y el valor restante será transferido en las vigencias 2006 y 2007 así: En el 2006 será entregado a MEGABUS la suma de setecientos millones de pesos m/cte., distribuidos en sumas iguales durante los meses de Junio, Julio y Agosto y el valor restante en el mes de Enero del 2007: Seiscientos cuarenta y siete millones, veinte mil cincuenta pesos m/cte.**” (Se subraya).

3.2.3.5. En la cláusula octava se pactó que el convenio se liquidaría “de común acuerdo por las partes dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización de ejecución de su objeto” y, en relación al contenido del acto, se afirmó que allí constarían “los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y para declarar agotado su objeto”.

3.2.3.6. En la cláusula décima cuarta se estipuló que el convenio terminaría por “vencimiento del plazo pactado, o incumplimiento de las obligaciones contratadas o por acuerdos entre las partes”.

3.2.4. El 16 de marzo de 2006, las partes suscribieron el acta de iniciación del convenio interadministrativo n° 9 – 2005 (f. 59-60, c. 4). Allí se estipuló la siguiente forma de pago:

“La Empresa transferirá el pago anticipado y el valor restante será transferido en las vigencias 2006 (a) 2007, así: (Cláusula cuarta del contrato).

FECHA	VALOR
JUNIO -2006	\$ 233'333.333
JULIO-2006	\$233'333.333
AGOSTO -2006	\$233'333.334
ENERO - 2007	\$647'020.050

3.2.5. El 2 de mayo de 2006, las partes adicionaron el valor del convenio en la suma de doscientos noventa millones ciento veintidós mil ciento ochenta y un pesos (\$290'121.181) (f. 55-56, c. 2), con el propósito de construir las “obras en el componente de renovación de las redes de acueducto de 24” en el tramo comprendidos entre el puente de Turín hasta el acceso al aeropuerto, para el sistema Integrado de Transporte Masivo MEGABÚS”, según lo manifestó la gerente de Megabus, mediante oficio del 4 de abril de 2006 (f. 57, c. 2).

3.2.6. El 21 de noviembre de 2007, la EAAP liquidó unilateralmente el convenio, manifestando de antemano “la imposibilidad de adelantar la liquidación bilateral del convenio en mención, a pesar de haber solicitado a través de numerosas comunicaciones, la presencia de los interventores”, nombrados por Megabus, para su finiquito. En esta acta unilateral (f. 61-65, c. 2) manifestó que el valor total y final del convenio había ascendido a \$2.373.896.343, y que su plazo de ejecución había terminado el 15 de octubre de 2007. Además, hizo constar lo siguiente:

«Primero: A los (29) veintinueve días del mes de Diciembre de 2005 se suscribió el convenio No. 09 con MEGABUS S.A, por un valor \$2'083'775.062, cuyo objeto es.. "La Empresa transfiere recursos propios por valor de DOS MIL OCHENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SESENTA Y DOS PESOS \$2.083'775.062 a Megabus S.A. para que se destinen dentro de la obra pública "construcción de tres tramos de corredor vial del sistema en la Avenida del Ferrocarril entre el sector del aeropuerto y el viaducto, carrera octava entre Turín y

calle 24 (lote 3) y carrera 10 entre calles 24 y 10, calle 24 entre carreras 8 y 10 (lote 4) del municipio de Pereira" al suministro e instalación de materiales de acueducto y alcantarillado, que se describen en el anexo de este convenio de acuerdo a las especificaciones técnicas entregadas por la Empresa las cuales deberán cumplirse estrictamente y hacen parte integral del presente convenio, y sobre las cuales se deben realizar las revisiones y control de ejecución de las obras por parte de las personas adscritas a la interventoría del convenio.

Para dicho convenio actuaron en representación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P., en calidad de interventores, los Ingenieros Jorge Mario Cardona Molina y Jaime Alonso Soto Cardona, y fueron designados por Megabus S.A. los Ingenieros Henry Martínez Barbosa y Luis Eduardo Marín Gómez.

Segundo: A los dos (2) días del mes de mayo de 2006 se suscribió una adición al convenio interadministrativo No 09 de 2005, por valor de \$290'121.281 con el fin de cubrir mayor cantidad de obra en el tramo comprendido entre Turín y la entrada al Aeropuerto, previamente concertado entre las partes.

Tercero: En desarrollo del convenio NO 09 -05 MEGABUS S.A. cobró a LA EMPRESA la suma de \$736'755.062 en calidad de pago anticipado, quedando pendientes los pagos de las actas que se originaran hasta cuantificar la ejecución total de los suministros y obras adicionales, tal como se dispuso en el convenio suscrito.

Cuarto: Durante la ejecución del convenio, se presentaron inconvenientes para cumplir a cabalidad con el objeto pactado, dadas las diferencias de conceptos de tipo técnico que se encuentran relacionadas en las diferentes actas de comités técnicos realizados durante la ejecución de las obras con la asistencia del personal de la Interventoría de las obras, de los contratistas de las obras, de la interventoría del convenio por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira SA ESP y de la interventoría del convenio por parte de MEGABUS.

Quinto: Las labores ejecutadas fueron recibidas a satisfacción por parte de la Interventoría del proyecto en las condiciones establecidas en el contrato y recibidas por la Empresa dentro del plazo pactado.

Sexto: La relación de cantidades de obra ejecutadas por cada uno de los contratistas de las obras objeto del convenio y que la Empresa entrará a reconocer de acuerdo a las estipulaciones pactadas en el mismo, se anexan a la presente acta y hacen parte integral de ésta, los cuales fueron aceptados por el Ing. Luis Eduardo Marín, interventor del contrato por parte de Megabus, al intentarse la liquidación bilateral del convenio, lo que a la postre no se logró...

Séptimo: la EMPRESA procede a reconocer únicamente el valor de las obras pactadas a los precios previamente aprobados por ella a través de los interventores designados, tal como se dispone en el convenio a liquidar (...)

Octavo: En la liquidación que se efectúa se descuentan los valores correspondientes a tramos de obra mal ejecutados (tramo II Avenida 30 de agosto entre calles 26 a 48) que debieron ser reparados por la Empresa, tal como se pactó en acta suscrita con el Ingeniero Luis Eduardo Marín Gómez, en representación de la Empresa MEGABUS S.A. luego de efectuar recorrido por los sitios de las obras ejecutadas.

2. ESTADO FINANCIERO DEL CONVENIO

BALANCE INICIAL DEL CONVENIO

DETALLE	VALOR	VALOR
VALOR CONTRATO		\$2.083'775.062
VALOR ADICION		\$290'121.281
VALOR PAGO ANTICIPADO	\$736'755.012	
VALOR A PAGAR Y CONCERTADO ENTRE LAS PARTES	\$1.629.572.346	
VALOR POR PAGAR	\$892'817.334	
SALDO DEL CONVENIO	\$744'323.997	
SUMAS IGUALES	\$2'373.896.343	\$2'373.896.343

BALANCE DESCONTANDO VALORES A FAVOR DE LA EMPRESA

DETALLE	VALOR	VALOR
SALDO POR PAGAR		\$892'817.334
DESCUENTO OBRA TRAMO II	\$28'175.460	
VALOR POR PAGAR	\$864'641.874	
SUMAS IGUALES	\$892'817.334	\$892'817.334

3. ASPECTO LEGAL

El Convenio 09 de 2005, se liquida en forma unilateral ya que MEGABUS S.A. no se presentó a suscribir el Acta de LIQUIDACION DE MUTUO (sic) ACUERDO (Artículo 19 Estatuto de Contratación de la Empresa y Resolución 140 de marzo 30 de 2004- Reglamento de interventoría de Contratos y Convenios) no obstante habersele requerido por escrito en varias oportunidades con el fin de proceder a la liquidación bilateral del convenio tal como consta, entre otras, en las comunicaciones 6011 del 31-OCT-07 y 6137 del 07-nov-07.

El convenio se liquida habiendo vencido el plazo, cumplido el objeto del mismo y realizado el balance de los valores a reconocer según las condiciones pactadas por ambas partes, así:

BALANCE FINAL DEL CONVENIO

DETALLE	VALOR	VALOR
VALOR CONTRATO		\$2.083'775.062
VALOR ADICION		\$290'121.281
VALOR PAGO ANTICIPADO	\$736'755.012	
VALOR POR PAGAR	\$864'641.874	
SALDO DEL CONVENIO	\$772'499.457	
SUMAS IGUALES	\$2'373.896.343	\$2'373.896.343

**Los valores correspondientes a los contratos ejecutados y a reconocer por la Empresa, debidamente desagregados se anexan a la presente acta, haciendo parte integral de la misma (12 folios).*

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira se declara a PAZ Y SALVO frente al Convenio No. 009-2005, objeto de liquidación»⁶.

3.2.7. Durante el proceso se practicaron los testimonios de:

⁶ Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, énfasis y mayúsculas forman parte del texto original.

3.2.7.1. Henry Martínez Barbosa (f. 5-9, c. 4) quien expresó haberse encargado de la interventoría del convenio, manifestó que antes de suscribir el convenio se realizaba una verificación previa con funcionarios de la EAAP, de ahí extraían cantidades que la respaldaban, sin embargo era *“imposible”* sacar dichas cantidades con exactitud porque las tuberías y recámaras podían encontrarse en mal estado, o en otros casos se desconocía *“el estado de las redes o del suelo de la cimentación de las estructuras de pavimento”*. De cualquier manera, expresó que todas las cantidades de obra fueron concertadas, aprobadas y autorizadas por la EAAP.

3.2.7.2. Fabián Ignacio Rebolledo Realpe (f. 10-14, c. 4) se presentó como *“(d)irector de interventoría por parte de la Unión temporal o consorcio interventor formado por las firmas siete limitada e ingeniería y estudios limitada”*, encargada de efectuar la interventoría de dos de los contratos inmersos en el convenio, uno de la *“carrera 8”* y otro de la *“carrera 10”*. En lo que al declarante concierne, la demandada sí incumplió el convenio porque las obras de acueducto finalmente ejecutadas eran necesarias para que *“dieran una estabilidad de duración ante la calidad y cualidad de la estructura de pavimento que se debía construir”*. Aseguró que la relación e identificación de tales obras constan *“en las actas de conciliación de precios efectuadas entre el contratista constructor y la interventoría con la revisión de Megabus”* y que tales decisiones contaron *“con el conocimiento y asentimiento de los representantes de Megabus y de aguas y aguas (sic) a medida que se iban presentando”*.

3.2.7.3. Ricardo Patiño (f. 15-17, c.4) quien dijo ser ingeniero residente de la interventoría de los contratos de obra en los tramos *“de la carrera 6 entre calles 12 hasta 24 y calle 24 de carrera 6 a 7 y en los tramos de la carrera 8 desde avenida 30 de agosto hasta calle 24”*, manifestó que en su conocimiento las obras eran pagadas por Megabus y, en el caso de las redes de acueducto y alcantarillado, estas eran supervisadas por personal de la EAAP. Sostuvo que todas las intervenciones de dichas redes requerían el visto bueno del personal de la EAAP.

3.2.7.4. Jorge Mario Cardona Molina (f. 81-88, c. 4) fungió como interventor del convenio por parte de la EAAP. Afirmó que para que fueran aprobadas obras adicionales Megabus les debía allegar un documento para su aprobación, sin embargo asegura que estos nunca llegaron durante la ejecución del convenio, y solo al final los convocaron a él y al ingeniero Jaime Soto *“para que revisáramos planos de las obras que se había ejecutado, planos además que tuvimos que corregir donde faltaba información, donde no había claridad de materiales ni de responsable sobre la ejecución de las obras”*.

También afirmó que el convenio establecía un pago anticipado y luego actas parciales, luego de pagadas las primeras *“Megabus jamás volvió a solicitar pagos hasta la liquidación del convenio”*. Agregó que las obras referidas a acueducto y alcantarillado debían tener el visto bueno de la EAAP, y además afirmó que las discrepancias con Megabus se dieron durante el trámite de liquidación del convenio, en el que les comunicaron que *“la orden estricta de Megabus era que se debían sufragar (sic) la totalidad del convenio”*. Por otro lado, expresó que si bien hubo recibo de obras, ello no implicaba aceptar la responsabilidad de pagar lo que estas costaron.

3.2.7.5. Jaime Alonso Soto Cardona (f. 89-94, c. 4) declaró como cointerventor del convenio por parte de la EAAP. Afirmó que la EAAP pagó todas las obras que le correspondían, y que si existieron mayores cantidades éstas correspondían a las obras del carril *“sólo bus”* que eran responsabilidad de Megabus.

3.3. Problemas jurídicos

En consideración a la sentencia impugnada y a los supuestos fácticos demostrados durante el proceso, la Sala procede a dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

- ¿La declaración de nulidad del acta de liquidación unilateral del convenio interadministrativo nº 09 de 2005, expedida por la EAAP, una Empresa Mixta de Servicios Públicos Domiciliarios, es un presupuesto insoslayable para que esta judicatura se pronuncie sobre las declaraciones y condenas deprecadas por MEGABUS en ejercicio de la acción de controversias contractuales?

Si la respuesta a este problema es de signo positivo, deberá la Sala validar la tesis subsidiaria propuesta por la recurrente, según la cual, una adecuada interpretación de la demanda permitiría resolver de fondo la controversia contractual, a pesar de la falta de una solicitud explícita de nulidad del acta de liquidación.

Pero, si la respuesta al primer problema es negativa, la Sala, como presupuesto para la liquidación del convenio 09 de 2005, se adentrará en el estudio del fondo del asunto, para determinar si, conforme a las pruebas traídas al proceso contencioso, la EAAP adeuda a MEGABUS la suma objeto de la pretensión de condena por concepto de la ejecución que esta última hizo, de las obras a su cargo dentro del convenio referido.

3.4. Consideraciones de la Sala

3.4.1. Sobre la liquidación unilateral del convenio 09 de 2005.

MEGABUS y EAAP suscribieron el convenio nº 09 de 2005 antes aludido, a la manera de un convenio interadministrativo.

"MEGABUS S.A" es una sociedad por acciones constituida entre entidades públicas, de la especie de las anónimas, y gobernada, en lo pertinente, por las disposiciones legales aplicables a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. En cuanto desarrolla actividades comerciales en el marco de un mercado regulado, se rige por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales y sus contratos se someten a las disposiciones del derecho privado previstas principalmente en los Códigos Civil y de Comercio y por las especiales que le sean aplicables, interpretadas a la luz de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

La EAAP, por su parte, fue creada como un establecimiento público, pero en el año 2004 se transformó en sociedad anónima de economía mixta de Servicios Públicos Domiciliarios. Al ser empresa mixta de servicios públicos domiciliarios constituida con dinero del Estado, es una entidad estatal, descentralizada y perteneciente a la Rama Ejecutiva. Por tanto, conforme a la prescripción del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, sus contratos no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo las excepciones que contempla la referida ley 142, entre las cuales no se encontraban los convenios con otras entidades del Estado.

Esta Subsección, siguiendo el criterio puramente orgánico que en otras oportunidades ha observado en la materia⁷, y en cuanto el convenio 09 de 2005 se celebró entre dos entidades estatales —en el sentido de haber sido constituidas con capital público— que forman parte de la administración pública, no tiene ningún reparo para el entendimiento que tuvieron las partes, de estar celebrando un convenio interadministrativo al suscribir el convenio 09 de 2005.

Sin embargo, no puede quedar al margen de este análisis el régimen jurídico contractual que regía para las dos partes al tiempo de la celebración del contrato —anterior a la entrada en vigor de la ley 1150 de 2007—, no otro que el régimen jurídico privado, vale decir, regido por el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual, ninguna de ellas podía adoptar decisiones unilaterales aptas para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, derechos u obligaciones a cargo o en favor de la otra, sin su consentimiento. Tal régimen de derecho privado, establecido, como estaba, por la ley, no podía ser modificado para atribuir esa potestad administrativa a las partes merced a meras inferencias derivadas del entendimiento de la naturaleza interadministrativa del convenio que celebraban.

Por supuesto, tampoco podía la EAAP, merced a un estatuto interno de contratación, atribuirse tal potestad que no le confería el ordenamiento legal, y si su estatuto de contratación preveía la liquidación unilateral de sus contratos o convenios a iniciativa suya, esa normativa había de interpretarse como cabía entenderla en un marco de derecho privado, en el que cualquiera de las partes de un contrato puede hacer cortes unilaterales de cuentas definitivas de la ejecución contractual. Pero en modo alguno, para entender que tal corte de cuentas esté revestido de los atributos de ejecutividad, obligatoriedad y presunción de inocencia, propios de los actos administrativos.

Ahora bien, siendo esto así, tampoco podía exigirse a MEGABUS, la demanda de la nulidad del acto de liquidación unilateral como presupuesto para deprecar otras declaraciones y condenas por causa del convenio, pues tal exigencia sólo tiene justificación, cuando la administración (en sentido funcional) ha expedido un acto administrativo, en cuanto tal, revestido de presunción de legalidad, por cuanto, merced a ella, hasta tanto no sea abatida tal presunción y el acto sea expulsado del ordenamiento, la judicatura no puede conceder pretensión alguna de condena y por tanto de sentido contrario al referido acto.

Así las cosas, la respuesta al primer problema se impone negativa, y procederá la Sala, en consecuencia, al estudio del fondo del asunto, para determinar si, conforme a las pruebas traídas al proceso contencioso, la EAAP adeuda a MEGABUS la suma objeto de su pretensión de condena por concepto de la ejecución que este hizo de las obras a su cargo dentro de aquel.

3.4.2. Solución del caso concreto

En líneas generales, la actora sostiene que la EAAP incumplió el convenio n° 09 de 2005, fuente de la presente controversia, porque ésta no le reconoció el valor total de las cantidades de obra referidas a acueducto y alcantarillado que hacían parte del convenio, en la cuantía especificada en la pretensión única de la demanda.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 24 de mayo de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00205-00(55756) y Subsección C. Sentencia del 6 de mayo de 2015. Rad. 25000-23-26-000-2000-01208-01(30917).

Por ende, conforme lo prescribía el artículo 177 C.P.C., en este contencioso, pesaba sobre la parte demandante la carga de probar el incumplimiento en todos y cada uno de los elementos del incumplimiento⁸, que le atribuye a la demandada, elementos que pueden inferirse del concepto que ha formulado por la doctrina:

“Se denomina incumplimiento obligacional el hecho jurídico consistente en que el deudor, siendo exigible la prestación debida al acreedor, no la ejecuta oportuna y cabalmente, desatendiendo con este comportamiento el imperativo jurídico de obligación a su cargo.

Cuando sobreviene el incumplimiento de las obligaciones, el analista de las circunstancias apreciará el estado de divergencia entre la conducta asumida por el deudor y el programa prestacional consignado en la obligación infringida, que no ha sido desarrollado porque el deudor con su proceder se ha puesto al margen de él. También advertirá la frustración parcial o total del interés del acreedor a cuya satisfacción aspiraba mediante el cumplimiento de la prestación, inclinación del ánimo que en muchas ocasiones se malogrará definitivamente por causa de la infracción obligacional.”⁹

En primer orden, quien pretende que la jurisdicción declare el incumplimiento de la obligación a cargo de la otra parte en el contrato, debe probar la prestación, vale decir, la conducta o los comportamientos específicos a cargo del enjuiciado (deudor), encaminados a honrar el vínculo en la forma, tiempo, modo y lugar comprometidos al “tenor de la obligación”¹⁰ convenida. Esta carga conlleva la obligación de probar *“la estructura del vínculo, los matices que presente, las particularidades de la orientación que el deudor ha de imprimir a su conducta”* o a la determinación de la cosa cuando se trata de obligaciones de entregar un bien¹¹.

Pero, además, debe probar que el incumplimiento se derivó de una obligación exigible porque mientras no lo sea *“el deudor debe y el acreedor espera que le cumpla”*¹², en tanto que sólo la obligación debida e insatisfecha bajo cualquiera de sus modalidades (absoluto, imperfecto o tardío) y afectada con la mora del deudor habilita al acreedor a activar los remedios judiciales para proteger sus intereses, bien sea reclamando el cumplimiento *“in natura”* de la obligación, la satisfacción mediante equivalente pecuniario o la resolución del vínculo, con indemnización de perjuicios.

Por último, cuando la fuente de la obligación alegada como incumplida proviene de un contrato del que se derivan prestaciones correlativas, el demandante debe acreditar la satisfacción de sus propias obligaciones contractuales, toda vez que en el ordenamiento jurídico opera como regla legal¹³ que: *“no es permitido ni admisible que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho, en tanto que sería injusto permitir o patrocinar que quien no ha cumplido las obligaciones que correlativamente asumió, pudiera reclamar del otro que tampoco ha cumplido lo acordado”*¹⁴.

⁸ Código Civil. Artículo 1757: *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”*

⁹ Ramírez Baquero, Edgar. *“El incumplimiento obligacional y sus aspectos probatorios”*. (pp. 387-407). En: Ramírez Baquero, Edgar. *“Obligaciones y Contratos. Ensayos”*. Universidad del Rosario – Facultad de Jurisprudencia. Bogotá D.C. 2013, p. 388.

¹⁰ Código Civil – Artículo 1627: *“El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes. // El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.”*

¹¹ Hinestrosa, Fernando. *“Tratado de las Obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes.”* T. I. 3ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. D.C. 2007. p. 111.

¹² *Ibid.* p. 72.

¹³ Código Civil - Artículo 1609: *“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”*

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2009. Rad. 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552)

Aplicados estos breves conceptos al caso concreto se tiene lo siguiente:

MEGABUS, parte demandante dentro del presente proceso judicial, acreditó la existencia del convenio nº 09 de 2005 celebrado con su contraparte la EAAP (párr. 3.2.3.), y con ello probó un elenco apreciable de obligaciones correlativas para los contrayentes del mencionado negocio jurídico:

A la luz de lo allí convenido, la aquí actora tenía la obligación de ejecutar obras públicas de acueducto y alcantarillado en las zonas donde se efectuaría la construcción de tramos viales sobre los cuales operaría el sistema masivo de transporte de la ciudad de Pereira. Para tal efecto, destinaría los dineros transferidos por la EAAP, siguiendo estrictamente las instrucciones y especificaciones técnicas dadas por esta última, las cuales se traducirían en cantidades de obra que serían ejecutadas por los contratistas de obra contratados por MEGABUS para la construcción de las troncales.

Por su parte, la EAAP debía transferir recursos propios por un valor “estimado” de \$2.083'775.062 que cubrirían las obras realizadas sobre las redes principales de acueducto y alcantarillado, involucradas en las zonas de construcción de las troncales, así como los materiales de construcción.

El convenio también especificó, en su cláusula cuarta (párr. 3.2.3.4.), el momento en que la EAAP debía trasladar esos recursos, así: un anticipo de \$736'755.012 y cuatro pagos equivalentes a \$700'000.000 *“distribuidos en sumas iguales durante los meses de junio, julio y agosto y el valor restante en el mes de Enero del 2007: Seiscientos cuarenta y siete millones, veinte mil cincuenta pesos m/cte.”*

Empero, la forma en que se distribuyó en el tiempo, el pago del saldo, con pagos en sumas exactas e iguales, no resulta armónico, en principio, con lo convenido en el párrafo primero de la cláusula primera del convenio (párr. 3.2.3.2.), en el que las partes calificaron como “estimado” el monto total del valor materia de la transferencia, expresión que tiene un significado claramente indicador de que dicho monto era *“susceptible de aumentar o disminuir, en razón de las cantidades reales de obra ejecutadas”*, siempre que hubieren sido previamente aprobadas por la EAAP, una condición que reclama especial atención dado que en la cláusula cuarta (párr. 3.2.3.4.) del convenio, se aludía a la previa concertación que debían lograr las partes sobre los aumentos o disminuciones que llegare a presentar el valor estimado de las obras:

*CUARTA: Valor. Por la ejecución del presente convenio MEGABUS S.A. no recibirá remuneración alguna, ya que MEGABUS S.A. asume, sin contraprestación alguna, la obligación de contratar las obras por cuenta de LA EMPRESA. Por lo tanto, carece de cuantía, ya que LA EMPRESA no pagara remuneración alguna a MEGABUS S.A. por la intermediación que asume en la contratación de las obras. Sin embargo, **el valor de las obras a ejecutar se estima en dos mil ochenta y tres millones, setecientos setenta y cinco mil, sesenta y dos pesos m/ cte. (\$2.083.775.062), valor susceptible de aumentar o disminuir, previa concertación o acuerdo entre las partes, por: A. Cantidad de obra real ejecutada. B. Por el valor final de los precios unitarios conciliados entre MEGABUS S.A. y el contratista.** (...) (Subrayas y negrillas de la Sala).*

Luego, una interpretación armónica de esta obligación llevaría a concluir que el pago del saldo en los cuatro instalamentos de valor uniforme convenidos inicialmente sólo tendría lugar en caso de que permaneciera inalterado el valor

total de las obras convenidas, pues de otra forma, sería necesario que MEGABUS allegara cuenta de cobro con indicación del valor real de las cantidades de obra de acueducto y alcantarillado **previamente aprobadas por la EAAP** y ejecutadas en los contratos de obra celebrados por MEGABUS. Incluso, las mayores cantidades de obra de acueducto y alcantarillado, que de conformidad con el numeral 7, literal A, de la cláusula segunda del convenio, debían ser pagadas por la EAAP a MEGABUS, de acuerdo a los precios unitarios pactados por las partes (párr. 3.2.3.3.) eran un supuesto de incremento de la suma inicialmente contemplada por el convenio. Así mismo, según el numeral 1 de dicho literal:

*“Las cantidades adicionales que **resulten de autorización o aprobación definidas por LA EMPRESA** en desarrollo de las obras o los imprevistos no imputables al contratista de obra o a MEGABUS que se presenten en estas, deberán ser autorizadas y pagadas a MEGABUS por la EMPRESA atendiendo para tal efecto los precios pactados con el Contratista.”* (Destaca la Sala)

Así las cosas, como MEGABUS pretende que esta jurisdicción declare que la EAAP incumplió por no haber pagado obras adicionales o de obras que excedieron en su valor a aquellas que inicialmente se pactaron y el monto de ellas estimado conjuntamente en el contrato, soportaba la carga de probar esa diferencia, tanto como la concertación previa que sobre cantidades y valor lograron las dos partes.

Pues bien, MEGABUS pretendió satisfacer esta carga demostrando, como en efecto lo hizo, que celebró cinco contratos de obra sobre diversos tramos viales con cuatro contratistas particulares (párr. 3.2.2.1. a 3.2.2.5.), contratos que liquidó de común acuerdo y sin registro de la existencia de vicisitudes en su ejecución; y que, en el marco de esos negocios jurídicos se ejecutaron obras de acueducto y alcantarillado que, de acuerdo con algunas de las actas de recibo parcial allegadas al plenario, respetaron las especificaciones técnicas dadas por la demandada.

Sin embargo, esta Colegiatura no encuentra que la EAAP haya incumplido el convenio en los términos suplicados por la demanda, ni puede condenarla al cumplimiento del convenio en la suma deprecada, porque no se acreditó que las cantidades de obra de acueducto y alcantarillado ejecutadas en el marco de los contratos celebrados por la actora hicieran parte de obras previamente aprobadas por la EAAP, supuesto de hecho indispensable para sostener que la obligación de transferencia de recursos a cargo de la demandada, por el valor expresado por la actora, era jurídicamente exigible.

En esa dirección resultan insuficientes las actas de recibo de obra (en su mayoría, parciales) porque de la simple sumatoria del costo de las cantidades de obra referidas a acueducto y alcantarillado, o de la expresión consignada en algunas de ellas de haber seguido las especificaciones de la EAAP, no se deduce que ésta haya dado su aquiescencia explícita sobre las cantidades allí ejecutadas, ni basta con sostener que por ser obras de acueducto y alcantarillado estas necesariamente hayan hecho parte de la prestación debida en los términos expresados por el convenio.

Así mismo, resulta superfluo hacer un balance entre las cantidades mencionadas en las actas, y la cantidad supuestamente debida por la EAAP, en tanto dicho ejercicio no arrojaría certidumbre sobre cuáles cantidades de obra fueron aprobadas por la EAAP, base fáctica para que esos montos hicieran parte del débito de la EAAP.

Para los efectos de traer la convicción necesaria sobre la aprobación de la EAAP sobre las cantidades de obra de acueducto y alcantarillado ejecutadas en los contratos de obra, tampoco son útiles ni conducentes las declaraciones dadas por los testigos (párr. 3.2.7.1. – 3.2.7.3.), porque estas personas se limitaron a dar sus versiones sobre lo acontecido en la ejecución de los contratos de obra y del convenio *sub judice*, sin que de estas afirmaciones traigan al proceso siquiera un hecho indicador para comprobar indirectamente la voluntad contractual de la EAAP en aceptar que se ejecutaran esas cantidades de obra, y menos aún por el valor concreto expresado por la demanda.

Al no demostrarse el elemento de exigibilidad de la obligación, concretado en la aprobación de las obras por parte de la EAAP, la actora desconoció la carga de probar los supuestos de hecho en que soportó su reclamación¹⁵, y también hace innecesaria la evaluación de la conducta asumida en el convenio por la contraparte.

En conclusión, pese a que fueron probadas las obligaciones convencionales de MEGABUS y la EAAP, y que la primera satisfizo el deber de ejecutar dentro de las obras públicas de construcción de vías para el tránsito del sistema de transporte masivo, trabajos relativos a acueducto y alcantarillado en las áreas de construcción de las troncales, no se probó que las sumas reclamadas tuvieran que ser reconocidas por la EAAP en tanto según los términos del mismo convenio su valor era estimado, es decir, estaba condicionado a que correspondiera a obras de acueducto y alcantarillado aprobadas expresamente por la demandada, manifestación de voluntad que formaba parte de la estructura de la obligación, en su prestación y contenido, y por lo tanto debía ser acreditada dentro de este juicio.

Así las cosas, la Sala revocará la sentencia inhibitoria de primera instancia por las razones expresadas en el numeral 3.4.1. de esta providencia, y en su lugar decidirá el fondo del asunto denegando la pretensión de incumplimiento y condena, motivado en las consideraciones expuestas en las líneas precedentes.

4. La condena en costas

Teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., y dado que no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, la Subsección se abstendrá de condenar en costas.

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

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 22 de septiembre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

SEGUNDO: En su lugar, **NIÉGUESE** la pretensión de la demanda.

¹⁵ En concordancia con el artículo 1757 del Código Civil (supra. cit. nº 9) el inciso primero del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a este proceso, “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*”

TERCERO: DEVUÉLVASE, en firme este proveído, el expediente al Tribunal de origen.

CUARTO: Sin condena en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente de Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaro voto

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado