



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

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 23 de noviembre de 2022

Radicación: 05001-23-31-000-2011-01824-01 (66700)
Demandante: General Fire Control Ltda.
Demandada: Empresas Públicas de Medellín
Referencia: Controversias contractuales

Temas: controversias contractuales – régimen jurídico aplicable – multas en derecho privado – naturaleza jurídica de los actos – nulidad de actos contractuales – incumplimiento contractual – medio de control procedente.

Síntesis del caso: el actor solicitó la declaratoria de la nulidad de los actos en los que se materializaron deducciones por incumplimiento, en un contrato regido por el derecho privado.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión, el 7 de octubre de 2020, que declaró la nulidad de los actos acusados y negó las demás pretensiones de las demandas¹.

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

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de las partes demandantes – 1.2. Posición de las partes demandadas – 1.3. Sentencia recurrida – 1.4. Recursos de apelación y trámite relevante en primera y segunda instancia

1.1. Posición de las partes demandantes

1. El 15 de noviembre de 2011 la sociedad General Fire Control Ltda., presentó **demand**, en ejercicio de la **acción contractual**, en contra de las Empresas Públicas de Medellín (EPM), con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe):

“PRIMERA. Que se declare la nulidad de la comunicación N° 01506832 del 9 de marzo de 2009, [...] mediante la cual se impuso a la demandante multa por incumplimiento en el plazo de entrega, por valor de [...] (US\$263.368,6) con fundamento en el numeral 5.13 deducciones por incumplimiento

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo (CCA).

Radicación: 05001-23-31-000-2011-01824-01 (66700)
Demandante: General Fire Control Ltda.
Demandada: Empresas Públicas de Medellín
Referencia: controversias contractuales
Decisión: revocar la sentencia apelada

(multas), del pliego de condiciones del proceso de contratación N° 029158, y con ocasión de la ejecución del contrato N° 29990329557.

SEGUNDA. Que se declare la nulidad de la comunicación N° 1657886 del 25 de agosto de 2010, [...] mediante la cual se modificó la multa impuesta mediante comunicación N° 01506832 del 9 de marzo de 2009, disminuyéndola a la suma de [...] (US\$98.017).

TERCERA. Que se declare la nulidad de la comunicación N° 1704011 del 25 de enero de 2011 [...] mediante la cual se impuso multa por no cumplir las especificaciones técnicas y características garantizadas por valor de [...] (\$17.563.747,1,) con fundamento en el numeral 5.13 deducciones por incumplimiento (multas), del pliego de condiciones del proceso de contratación N° 029158, y con ocasión de la ejecución del contrato N° 29990329557.

CUARTA. Que se declare la nulidad de la comunicación N° 1706515 del 2 de febrero de 2011, [en la que] EPM informa a la demandante que el valor de la multa por no cumplir con las especificaciones técnicas y características garantizadas, para la fecha, asciende a la suma de \$35.200.994.

QUINTA. Que se declare la nulidad de la comunicación N° 1758402 del 6 de julio de 2011, [...] mediante la cual se actualizaron las multas impuestas, al día 4 de julio de 2011 a [...] (US\$153.957) más [...] (\$120.226.764).

SEXTA. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a las Empresas Públicas de Medellín -EPM E.S.P., a la devolución de los dineros retenidos con ocasión de la imposición de las referidas multas, más los intereses moratorios causados desde la fecha de la retención y hasta la fecha de la devolución.

SÉPTIMA. Que se ordene a las Empresas Públicas de Medellín -EPM E.S.P., al pago de la suma de [...] (\$616.834.648), más IVA, así como los respectivos intereses moratorios acordados, DTF bancario más cinco (5) puntos, desde la fecha de exigibilidad de la obligación, hasta la fecha real de pago, por concepto de reajustes de precios, a la luz de lo establecido contractualmente.

OCTAVA. Que se condene a las Empresas Públicas de Medellín -EPM E.S.P., al pago de todos los perjuicios causados a mi representada y que resulten probados, con ocasión de la expedición de los citados actos demandados, incluyendo daño emergente, lucro cesante, así como corrección monetaria [...].

2. En la **demanda**² la parte actora presentó las siguientes afirmaciones y **hechos** relevantes que fundamentaron sus pretensiones:

3. 1) EPM, "en relación con sus actos y contratos, y como empresa de servicios públicos regulada por la Ley 142 de 1994, se rige por las reglas del derecho privado".

4. 2) En el pliego de condiciones del proceso de contratación 29158 se establecieron deducciones por incumplimiento. Con fundamento en esta estipulación, EPM impuso multas sucesivas al contratista. En las comunicaciones de 9 de marzo de 2009 y de 25 de agosto de 2010 se impuso una multa por el incumplimiento en el plazo de entrega de algunos bienes, a pesar de que la mora en la entrega se debió a causas atribuibles a la entidad demandada. El 25 de enero de 2011 se impuso una nueva multa, "esta vez por no cumplir con las especificaciones técnicas y características garantizadas [...] que se ha venido actualizando semana tras semana".

² Folios 163-189 del cuaderno principal I.

Radicación: 05001-23-31-000-2011-01824-01 (66700)
Demandante: General Fire Control Ltda.
Demandada: Empresas Públicas de Medellín
Referencia: controversias contractuales
Decisión: revocar la sentencia apelada

5. 3) Sobre el régimen jurídico que disciplinó el contrato, agregó que la imposición de multas “procede en el ámbito de la Ley 80 de 1993, pero no respecto de la contratación que es ajena a ellos, puesto que en estos casos el Estado actúa en plano de igualdad con los particulares”.

6. 4) Indicó que la entidad demandada le adeudaba \$616.834.684, por concepto de ajustes de índices de precios de mano de obra que no habían sido reconocidos ni pagados al demandante, resultado de diferencias frente a la aplicación de la fórmula contenida en el pliego de condiciones, lo que constituyó un incumplimiento contractual.

7. En el apartado relativo al concepto de la violación, la parte actora señaló que, “aunque en virtud del principio de autonomía de la voluntad [...] se haya pactado la imposición de multas”, la entidad no podía hacerlas efectivas mediante la expedición de actos administrativos, porque no podía ejercer una potestad para la que no tenía habilitación legal, por lo que los actos administrativos fueron adoptados sin la debida competencia.

8. El 8 de noviembre de 2012 EPM presentó una **demanda de reconvención**³ en contra de General Fire Control Ltda, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe):

PRETENSIONES PRINCIPALES:

1. Como pretensión principal: que se declare que General Fire Control Ltda., incumplió el contrato N° 29990329557 suscrito con esta entidad, motivo por el cual se le impusieron unas multas de acuerdo con lo estipulado en los documentos contractuales.

2. Que se declare que las multas impuestas por EPM están conforme a derecho, pues se rigieron por lo estipulado en los documentos contractuales y por las normas sobre la materia.

3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene a General Fire Control Ltda., pagar a EPM las siguientes sumas que fueron impuestas en las multas [...] por incumplir el plazo de entrega de unos bienes y por no cumplir con las especificaciones técnicas y características garantizadas [...] USD 223.127 más COL\$ 174.241.689.

PRIMERA SUBSIDIARIA: Toda vez que de acuerdo con los numerales 5.13 en concordancia con el 2.5 del pliego de condiciones, pruebas 1.2 y 1.5 de EPM, respectivamente, EPM estaba autorizada para retener hasta el 10% del valor del contrato a fin de cubrir las multas, esta entidad efectivamente tiene retenida la suma de COL\$330.328.198, prueba 8.7 de EPM, razón por la cual se solicita que de no prosperar las pretensiones principales, se declare que la retención realizada por mi representada está ajustada a derecho, según el contrato y en ese orden de ideas EPM pueda disponer de dicho retenido para pagarse las multas.

SEGUNDA: Que General Fire Control Ltda., le reconozca a EPM los costos, ‘perjuicios’, en que incurrió EPM después de la fecha de finalización del plazo del contrato y sus ampliaciones, del contrato N° 29990329557. Los perjuicios se estiman, en suma superior a [...] (COL\$ 2.093.974.299).

TERCERA: Que sobre las anteriores sumas se paguen los respectivos intereses moratorios según lo acordado en el numeral 2.4 del pliego de condiciones ‘DTF bancario + cinco (5) puntos’, toda vez que los perjuicios causados y las multas impuestas obedecieron a incumplimientos del contratista. [...]”.

³ Folios 319-345 y 351-354 del cuaderno 2.

9. En el apartado de hechos relevantes, adicional a lo señalado en la demanda principal, la entidad manifestó que el contrato suscrito tenía por objeto *“el diseño, fabricación y selección de elementos y componentes, ensamblaje, pruebas en fábrica, embalaje, transporte, suministro [del] sistema de prevención y protección contra incendio”*.

10. Al vencimiento del plazo de ejecución (22 de enero de 2011), el contratista *“no entregó todo el sistema de prevención y protección de incendio de Porce III, ajustado a especificaciones técnicas y características garantizadas, ni probado ni puesto en servicio”*.

1.2. Posición de las partes demandadas

11. EPM **contestó la demanda**⁴ y se opuso a las pretensiones. Indicó que la parte actora pretendía desconocer estipulaciones contractuales que se pactaron en ejercicio de la autonomía de la voluntad, como las deducciones por incumplimientos o multas y la retención de pagos, de las que el contratista conocía de manera previa a la presentación de su oferta, no solo por el proceso de contratación, objeto de controversia, sino por haber participado en otros procesos con esa misma entidad.

12. Sostuvo que las multas no son *“cláusulas exorbitantes, sino que pertenecen al giro ordinario del derecho privado y por ello, cuando se pactan, es perfectamente viable su ejecución por el contratista cumplido, frente al incumplido”*. Agregó que, en la imposición de las multas se observó el debido proceso del demandante, y que retuvo varias sumas de lo que le adeudaba a GFC *“con el propósito de cubrir las multas”*.

13. Sobre los reajustes, afirmó que, aceptar la tesis del reajuste de los índices *“como lo dice el contratista conduce a un resultado ilógico, pues el precio cotizado tendría un aumento desde el momento ‘cero’, sin realizar ninguna obra, de aproximadamente 40%”*.

14. Presentó las excepciones que tituló *“legalidad para actuar de las EE.PP.M”* y de *“cumplimiento del contrato por parte de la entidad”*.

15. General Fire Control Ltda **contestó la demanda de reconvenición**⁵, e insistió en los argumentos expuestos en la demanda principal, en particular en que, dado el régimen jurídico del contrato, EPM no podía imponer, mediante actos administrativos y de forma unilateral, las multas objeto de reclamación, y, en que la negativa por parte de EPM de calcular y pagar los ajustes derivados de la aplicación de los índices de precios constituía mora en el cumplimiento de las obligaciones.

1.3. Sentencia recurrida

⁴ Folios 232-306 del cuaderno principal.

⁵ Folios 368-388 del cuaderno 2.

16. El 7 de octubre de 2020 el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión, profirió **Sentencia de primera instancia**⁶, en la que resolvió (se transcribe):

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad absoluta parcial de la cláusula sexta en lo que respecta a la remisión que se hace al pliego de condiciones en su numeral 5.13., como quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia.”.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR LA NULIDAD** de las comunicaciones Nos. 01506832 del 9 de marzo de 2009, 1557886 del 25 de agosto de 2010, 1704011 del 25 de enero de 2011, 1706515 del 25 de febrero de 2011 y la N° 1758402 del 6 de julio de 2011, por medio de las cuales EPM impuso multa al contratista General Fire Control Ltda.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho **DECLARAR** que la General Fire Control Ltda., no está obligada a pagar a Empresas Públicas de Medellín E.S.P., ninguna suma de dinero en razón de los actos administrativos anulados.

CUARTO: En caso de que General Fire Control Ltda., hubiese pagado a Empresas Públicas de Medellín E.S.P., suma alguna por concepto de multas impuestas, o se hubiese retenido algún valor este concepto, **ORDENAR** la devolución de éste a la accionante, indexada en los términos descritos en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: NEGAR las pretensiones de la demanda de reconvención, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
[...].”.

17. Para el juez de primera instancia, en aplicación de la libertad contractual se “incluyó en el contrato, una cláusula a través de la cual se le atribuyó a la entidad contratante el ejercicio de una potestad pública, como lo es la de imponer multas en forma unilateral”. En este sentido, como las facultades para imponer multas y declarar el incumplimiento devienen de la aplicación de las normas que integran el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP), estas solo resultan aplicables a los contratos que se rigen por esa normativa y no a los regidos por el derecho privado, por lo que la nulidad del pacto y de los actos se debía declarar por la violación de las normas superiores, al atribuírsele a la entidad contratante el ejercicio de una potestad pública. Agregó que GFC no estaba obligada a pagar a EPM “ninguna suma de dinero en razón de los actos administrativos anulados” y que, en caso de que se hubiera pagado alguna suma o de que EPM hubiese retenido algún valor, debía de restituirlo a la demandante, debidamente indexado.

18. Sobre los ajustes de precios, el Tribunal Administrativo de Antioquia, indicó que, ante la ausencia de una prueba pericial, la cual no se pudo practicar por la inactividad de las partes, no era posible determinar cuál de los métodos de cálculo era el adecuado, por lo que no estaba probado el incumplimiento de EPM.

19. En relación con las pretensiones de la demanda de reconvención, indicó que las partes habían suscrito 6 actas de modificación bilateral, en ninguna de las cuales habían presentado salvedades, por lo que “las partes transaron

⁶ Folios 1821-1847 del cuaderno del Consejo de Estado.

sobre las diferencias que pudieran surgir [...] por ende no puede la parte demandante desconocer su propio acto”, para reclamar sobrecostos frente a los que no había presentado “protesta alguna”.

20. Finalmente, respecto de los perjuicios alegados por EPM, que se habían presentado luego del 22 de enero de 2011, para el juez no existían pruebas que dieran lugar a su reconocimiento.

1.4. Recursos de apelación y trámite relevante en primera y segunda instancia

21. General Fire Control Ltda. presentó un **recurso de apelación**⁷, en el que insistió en el incumplimiento de EPM en el pago de los ajustes de precios estipulados. Según indicó, con independencia de la discusión sobre el índice de precios que se debía utilizar, no se había pagado ningún valor por ajuste de precios.

22. Aseveró que le asistía razón al Tribunal cuando afirmó que no era posible determinar cuál de los métodos de cálculo de los índices era el adecuado; sin embargo, “si la demandante no logró probar que sus índices eran los adecuados”, lo que correspondía era liquidar y pagar con base en los índices propuestos por la entidad “y no simplemente negar la pretensión, desconociendo una obligación de carácter contractual en contra de la demandante y en favor de la demandada”. Añadió que “a la fecha no ha sido pagado ningún valor por concepto de ajuste de precios ni con los índices aportados por la demandante ni con los índices propuestos por la demandada, estando pendiente el ajuste de precios” de varias facturas que refirió.

23. Por su parte, EPM presentó un **recurso de apelación**⁸ en el que señaló que la sentencia era incongruente porque había anulado un apartado del contrato que no había sido pedido en la demanda.

24. Afirmó que “el pactar un apremio frente a un contratista incumplido, y no poder hacerlo efectivo, hace nugatorio este derecho para las entidades del Estado cuyos contratos se rigen por el derecho privado y las deja en desventaja frente a aquellos entes estatales que se rigen por Ley 80. Con ello se obstaculiza la gestión de dichas entidades en la medida que se limita su posibilidad de apremiar a los contratistas a cumplir sus obligaciones de forma íntegra y oportuna. Inclusive puede decirse que estas entidades del Estado que no pueden hacer efectivas esas medidas de apremio, estarían aún en condiciones inferiores que las propias entidades de naturaleza privada o particulares a quienes se les ha reconocido esta posibilidad como medida punitiva, según ya lo tiene decantado la Corte Suprema de Justicia”. Agregó que las multas tuvieron como fundamento una estipulación contractual propia

⁷ Samai, índice 2.

⁸ Samai, índice 2.

del derecho privado y no se trataban de una cláusula excepcional, como lo presentó la contratista.

25. Con fundamento en el artículo 1602 del Código Civil, indicó que, al ser el contrato ley para las partes, se debían atender las obligaciones pactadas, por lo que el juez debía respetar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones válidamente contraídas.

26. En atención a los argumentos expuestos, solicitó revocar el fallo “en lo relativo a la nulidad de las decisiones de hacer efectivas las multas [...] declarar que EPM, de conformidad con todos los documentos contractuales sí tiene la facultad de hacer efectivas tales multas [y] revocar la decisión frente a la demanda de reconvención, y por lo tanto declarar que GFC incumplió el contrato que ocupa este litigio [y] declarar que EPM sufrió perjuicios a causa de los incumplimientos de GFC”.

27. Durante el trámite de la audiencia de conciliación (artículo 70 de la Ley 1395 de 2010), luego de que el demandante allegara un **contrato de cesión de derechos litigiosos** suscrito con la sociedad Marcas y Suministros S.A.S., “a efectos de que declare a este último como titular de los derechos que se discuten”, se resolvió “**integrar al contradictorio como litisconsorte cuasinecesario** de la parte demandante a la sociedad Marca Suministros S.A.S.”

28. En la oportunidad para **alegar de conclusión** durante el trámite de la segunda instancia, las partes insistieron en los argumentos expuestos en sus respectivos recursos de apelación⁹.

29. El **Ministerio Público** rindió un concepto en el que solicitó que se practicara la prueba pericial pendiente para determinar el eventual incumplimiento¹⁰. Mediante Auto de 27 de mayo de 2022 se negó, por extemporánea, la solicitud probatoria presentada por el Ministerio Público¹¹

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo - 2.2. Sobre la condena en costas

2.1. Análisis sustantivo

30. De conformidad con las pruebas que obran en el proceso y los motivos de la apelación, la Sala **revocará** la decisión de primera instancia, habida cuenta:

⁹ Samai, índice 16.

¹⁰ Samai, índice 18.

¹¹ Samai, índice 18.

1) de la habilitación contractual de la entidad para hacer efectivas las deducciones por incumplimiento, que fueron pactadas por las partes y que impedían la declaratoria de la nulidad de actos que no constituían actos administrativos, y 2) del estudio de los incumplimientos alegados por las partes.

31. En el expediente obra copia del contrato suscrito entre EPM y GFC¹²; del pliego de condiciones y especificaciones técnicas del proceso de contratación 29158¹³; y de las comunicaciones 1506832 de 9 de marzo de 2009, 1657886 de 25 de agosto de 2010, 1704011 de 25 de enero de 2011, 1758402 de 6 de julio de 2011¹⁴ y 1706515 de 2 de febrero de 2011¹⁵.

2.1.1. Naturaleza de los actos contractuales proferidos por EPM cuya legalidad se cuestiona

32. A efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala debe, primero que todo, determinar la naturaleza jurídica de los actos sobre los que se pretendió la declaratoria de nulidad, toda vez que la parte actora entendió que se trataban de actos administrativos, al punto que cuestionó la falta de competencia para su expedición, mientras que la entidad demandada afirmó estar habilitada contractualmente para efectuar las deducciones por incumplimiento, materializadas en actuaciones que no compartían esa naturaleza.

33. La naturaleza jurídica de los actos propios de la actividad contractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios ha sido objeto de diversas posiciones jurisprudenciales. De manera reciente, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en lo relativo a los actos precontractuales de estos prestadores¹⁶. Allí se concluyó que no constituían actos administrativos, sino que eran actos jurídicos regidos por el derecho privado, en atención a lo dispuesto por los artículos 31¹⁷ y 32¹⁸ de la Ley 142 de 1994 y con sustento en el principio constitucional de legalidad, en virtud del cual (se transcribe): *"ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho"*.

34. Aunque en la referida sentencia de unificación se señaló que, *"salvo los puntuales casos previstos en la Ley en los que se entiende pueden proferirse*

¹² Folios 2-7 del cuaderno principal I.

¹³ Folios 49-146 del cuaderno principal.

¹⁴ Folios 10-48 del cuaderno principal I.

¹⁵ Folios 194 y 195 del cuaderno principal

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de septiembre de 2020, exp. 42003.

¹⁷ Artículo 31. *"Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa [...]"*

¹⁸ Artículo 32. *"Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado"*.

actos administrativos¹⁹, los actos jurídicos precontractuales **y los contractuales** emitidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no pueden estimarse como tales", lo cierto es que solo los actos precontractuales fueron objeto de la unificación jurisprudencial, pues fue precisamente este tipo de actos precontractuales los que se sometieron a estudio de la Corporación en el caso concreto.

35. En lo que respecta a la naturaleza de los actos adoptados durante la ejecución del contrato, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado (se transcribe): "los actos emitidos por la entidad contratante, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía negocial particular, **configuran un mero acto contractual que no administrativo, de manera que su control judicial debe darse por vía de incumplimiento contractual y no por vía de nulidad**"²⁰. (énfasis añadido).

36. En este mismo sentido, la Corporación aseveró luego (se transcribe):

"[...] la naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de facultades otorgadas por las partes en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, difiere de aquella que se predica de los actos expedidos unilateralmente por la administración en un contrato del Estado con fundamento en la ley, pues la existencia de aquellos se origina en la autonomía dispositiva, se expiden con fundamento en el acuerdo negocial y no comportan el ejercicio de una facultad excepcional al derecho común, a diferencia de éstos que sí se originan y se expiden en ejercicio de prerrogativas excepcionales al derecho común previstas en la ley y, por esta razón se constituyen en actos administrativos [...] si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, **es evidente que en ésta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales, más no administrativos**"²¹. (énfasis añadido).

37. No se puede ignorar que el mismo Consejo de Estado había señalado, a propósito de la imposición de multas mediante actos administrativos en contratos regidos por el derecho privado, que "la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública

¹⁹ La Ley 142 de 1994 contempla la posibilidad de proferir actos administrativos en las situaciones previstas en el artículo 33 (desarrollado por los artículos 56, 57, 116 y ss.); en materia contractual cuando el régimen de estos sea el derecho público y, en tal sentido se les aplique el Estatuto de Contratación Estatal (parágrafo del artículo 31, 39.1), contratos para la concesión de ASES (artículo 40), o limitado a lo relativo a cláusulas excepcionales (artículo 31)). En materia precontractual, en cambio, no existe disposición legal alguna de la que se derive la posibilidad de expedir actos administrativos.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de febrero de 2017, exp. 56562.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2017, exp. 57394.

imponer multas al contratista"²². Ni tampoco, que se había sostenido que, "con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas"²³.

38. En contravía de estas posiciones jurisprudenciales referidas, en épocas recientes la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado (en lo que comienza a identificarse como una tendencia mayoritaria) a favor de la posibilidad de que "las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía negocial, pueden pactar dentro de la convención que rige la relación contractual figuras como la multa, la cláusula penal, terminación por mutuo acuerdo o unilateral, todas estas como previsión anticipada de las consecuencias del posible incumplimiento en que pueda incurrir una de ellas"²⁴. Esta misma Sección ha concluido que las cláusulas, como la de terminación unilateral por incumplimiento, "son absolutamente viables, a partir de la autonomía de las partes para estructurar el contenido del negocio, siempre que en ellas se especifique la prestación esencial cuyo incumplimiento priva sustancialmente al contrato de la debida ejecución del objeto pactado"²⁵.

39. Lo anterior, bajo el convencimiento de la importancia capital de atender y respetar la autonomía dispositiva, propia de los contratos regidos por el derecho privado:

"El cambio de concepción ha significado entonces el pasar de entender que las entidades estatales exceptuadas del Estatuto Contractual no podían pactar cláusulas unilaterales, pues no contaban con la habilitación legal para hacerlo, a un entendimiento que, por el contrario, considera que, al igual que los privados, la habilitación deviene de la propia autonomía contractual.

De esta manera, cuando una entidad estatal, regida por derecho privado, pacta una cláusula que confiere una facultad unilateral, al igual que ocurre con los privados, no debe entenderse nada diferente a que, en igual sentido, está habilitada para acudir a este tipo de pactos. Lo anterior pues, cada vez será más difícil entender cómo, aunque los privados puedan pactar este tipo de cláusulas, cuando la Administración se comporta como un privado más, ella no pueda celebrar estos mismos acuerdos.

[...]

debe retomarse y dársele valor real al mensaje del legislador de 1994, esto es, debe tomarse en serio el régimen jurídico aplicable. Si ello es así, una de las primeras consecuencias necesarias viene dada por evidenciar que, actos como los expedidos por [una empresa

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 29165.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de octubre de 1994, exp. 9288. También Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2004, exp. 12342 y Sentencia de 23 de septiembre de 2009, exp. 24693.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de agosto de 2016, exp. 41783.

²⁵ *Ibid.*

Radicación: 05001-23-31-000-2011-01824-01 (66700)
Demandante: General Fire Control Ltda.
Demandada: Empresas Públicas de Medellín
Referencia: controversias contractuales
Decisión: revocar la sentencia apelada

prestadora de servicios públicos domiciliarios], en los que se terminó el contrato, no son, en realidad, actos administrativos, en otras palabras, no son actuaciones que concreten una función administrativa a través del ejercicio legítimo del poder”²⁶.

40. Como se advierte, al tiempo que existe una posición unificada sobre la naturaleza jurídica privada de los actos precontractuales, el Consejo de Estado ha sostenido que los actos contractuales de una entidad que se rige por el derecho privado (como es el caso de los contratos celebrados por las ESP) no constituyen actos administrativos y, en consecuencia, no corresponde adelantar su control judicial por la vía de la nulidad, sino estudiar los posibles incumplimientos derivados de la aplicación del pacto contractual.

41. De las providencias citadas se colige la existencia de una postura jurisprudencial clara y justificada que encuentra solución en el derecho positivo. En desarrollo de esta posición es jurídicamente posible concluir que las comunicaciones proferidas por EPM, a través de las cuales hizo efectivos los descuentos por incumplimiento, no son actos administrativos, ni dicha empresa pretendió darle tal alcance, y, por consiguiente, deben comprenderse como decisiones que se enmarcan en la lógica del derecho privado.

42. Finalmente, y a diferencia de las consecuencias diferenciales frente al medio de control derivadas del entendimiento de los actos precontractuales como actos privados (frente a los que, de conformidad con la referida posición unificada procede, por regla general, el medio de control de reparación directa), los actos contractuales, al igual que ocurre con los contratos regidos por el EGCAP, se deben demandar en ejercicio del medio de control de controversias contractuales (artículo 141 del CPACA), en virtud del cual, *“cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir [entre otras pretensiones], que se declare su incumplimiento, condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas”*.

43. En conclusión, las comunicaciones, cuya legalidad se cuestiona, no pueden catalogarse ni comprenderse como actos administrativos. Esta conclusión se refuerza cuando se analiza el contenido de los oficios en cuestión, toda vez que en ellos se advirtió (como es el caso de la comunicación 1657886 de 25 de agosto de 2010) que *“el contrato del asunto se rige por las normas del derecho privado, por lo tanto, la aplicabilidad de dicha estipulación contractual [las multas por incumplimiento] no constituye un mecanismo propio de la administración pública, y por ello, no requiere de la expedición de un acto administrativo, expedido por el representante legal”*.

44. Como lo señaló la entidad en las mismas comunicaciones, en la contestación de la demanda, en el recurso de apelación y en los alegatos de conclusión, *“las deducciones por incumplimiento no es una situación unilateral*

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 19 de junio de 2019, exp. 39800.

Radicación: 05001-23-31-000-2011-01824-01 (66700)
Demandante: General Fire Control Ltda.
Demandada: Empresas Públicas de Medellín
Referencia: controversias contractuales
Decisión: revocar la sentencia apelada

o arbitraria de por parte de la entidad, sino que todo ello no es más que la aplicación o el desarrollo de lo acordado entre las partes”.

45. A propósito de las facultades unilaterales que se pueden pactar en los contratos regidos por el derecho privado y de las potestades excepcionales con las que cuentan las entidades regidas por el EGCAP, se debe advertir que la Ley 142 de 1994 contiene una particularidad de significativa observancia que se encuentra a mitad de camino entre ambas realidades. El inciso segundo del artículo 31 señala: *“Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”.* Esto pone de presente que las actuaciones unilaterales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, además de los pactos contractuales, pueden traer causa del ejercicio de una facultad excepcional originada en los artículos 14 al 18 del Estatuto Contractual, lo que permite identificar, para ese caso concreto, una actuación de una entidad habilitada legalmente para expedir los actos administrativos en los que se ejercita esa facultad, cuyo control debe hacerse por la vía de los recursos administrativos y contencioso-administrativos que procedan.

46. Ahora bien, resulta posible que un descuento por incumplimiento, como los que tuvieron lugar en el caso que se estudia, se haga efectivo mediante un acto administrativo, sin que exista una habilitación previa en las condiciones exigidas en el inciso segundo del artículo 32 de la Ley 142 de 1994. Esto implicaría que se deba cuestionar la legalidad del acto administrativo por la falta de competencia para su expedición, pero ello no ocurre cuando la administración, en un acto despojado de la presunción de legalidad y del carácter ejecutivo y ejecutorio, se limita a hacer efectivo el pacto contractual.

47. A propósito de esto último, debe recordarse que, si las partes pactaron hacer efectivos descuentos por incumplimientos o multas, lo que le corresponde al juez es observar el cumplimiento de los precisos términos del pacto para efectos de su control y para verificar que la parte habilitada contractualmente para ejercer una facultad unilateral lo haga en cumplimiento de los requisitos pactados y sin hacer un uso abusivo de su derecho. Eso es precisamente lo que le corresponde verificar al juez y a lo que se limitará la Sala a continuación.

2.1.2. Análisis de los incumplimientos contractuales

48. En el caso sometido a consideración de la Sala se discuten tres grandes bloques de incumplimientos: 1) los derivados de las deducciones por incumplimiento que dieron lugar a la aplicación de una cláusula contractual;

2) los originados en la aplicación del índice de precios de mano de obra; y 3) los pretendidos por EPM en la demanda de reconvención. El estudio se limitará a los dos primeros, habida cuenta del alcance de la apelación y de que EPM, en su recurso, no presentó reparos concretos sobre la decisión de negar sus pretensiones relativas al incumplimiento de GFC, pues centró sus esfuerzos en controvertir la decisión de anular las multas.

2.1.2.1. Deduciones por incumplimiento

49. Las partes del contrato suscrito para el diseño, fabricación, ensamblaje, puesta en servicio, capacitación y mantenimiento del sistema de prevención y protección contra incendios para el proyecto hidroeléctrico Porce III, en la cláusula sexta del contrato, pactaron (se transcribe):

"SEXTA: Aplicación del pliego de condiciones. Todas las cláusulas del pliego de condiciones y especificaciones, sus adendas, las demás disposiciones del mismo y la oferta, se entienden incorporadas al contrato, al igual que las Leyes 142 y 143 de 1994, los Decretos 118 de 1998 de la Junta Directiva y 1016 de 1998 y 1039 de 1999, modificado éste último por el Decreto 1560 de 2006 del Gerente General de LAS EMPRESAS, normas que regulan la contratación de esta entidad, y los demás que los modifiquen o adicionen, en cuanto sean aplicables en un caso determinado, y la Ley 80 de 1993 en lo que respecta a inhabilidades e incompatibilidades".

50. A su turno, en el pliego de condiciones, sobre las deducciones por incumplimiento, se estableció:

5.13 "DEDUCCIONES POR INCUMPLIMIENTOS (MULTAS)

En el evento de que EL CONTRATISTA incurra en una de las causales de sanciones pactadas en el contrato, LAS EMPRESAS le comunicarán sobre la configuración de la causal y sobre la consecuente deducción del monto respectivo, que desde ahora EL CONTRATISTA autoriza para que le sea hecha por LAS EMPRESAS, de cualquier suma que se le adeude, de acuerdo con lo pactado contractualmente. En la comunicación se le concederá a EL CONTRATISTA un término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha de la misma, para que exponga o justifique las razones de su incumplimiento. Si EL CONTRATISTA no manifiesta dentro de dicho término las razones que justifiquen su incumplimiento, o si las presenta y del análisis efectuado por LAS EMPRESAS no se encuentra justificado el incumplimiento correspondiente, el valor de la multa se tomará directamente de cualquier suma que se adeude a EL CONTRATISTA, si la hay, o se hará efectiva la garantía de cumplimiento del contrato; si lo anterior no es posible, se cobrará por la vía judicial. Si posteriormente EL CONTRATISTA acredita la existencia de situaciones que lo exoneren de responsabilidad, a juicio de LAS EMPRESAS, habrá lugar a la entrega de los dineros deducidos. Los dineros que deban ser entregados a EL CONTRATISTA, serán indexados así: En moneda nacional se actualizarán con el IPC y en moneda extranjera se actualizarán con la tasa LIBOR.

LAS EMPRESAS entienden que por el hecho de haber presentado la propuesta, EL PROPONENTE favorecido con la aceptación, al celebrar

el contrato, está conforme y acepta la estipulación de las multas y la deducción de las sumas correspondientes, como un mecanismo de solución directa de las controversias que puedan surgir por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de EL CONTRATISTA, y que se pactan con la finalidad de evitar la iniciación de una acción judicial tendiente a la declaratoria de incumplimiento.

En ningún caso la aplicación de la multa será entendida por EL CONTRATISTA como liberatoria o atenuante de cualquiera de las obligaciones adquiridas en virtud del contrato.

Las multas se causan por el simple incumplimiento y los perjuicios que éste cause a LAS EMPRESAS podrán hacerse efectivos en forma separada.

Las multas se entienden sin perjuicio de que LAS EMPRESAS puedan hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Las multas tendrán un límite máximo igual al diez por ciento (10%) del valor del contrato.

Las multas se causan por:

- 5.13.1. Por demora en la prestación de los documentos para formalizar el contrato [...]*
- 5.13.2. Por demora en la entrega de los documentos para nacionalizar [...]*
- 5.13.3. Por incumplir el plazo de entrega [...]*
- 5.13.4. Por no cumplir las especificaciones técnicas y características garantizadas [...]*
- 5.13.5. Por mal uso del anticipo [...]*
- 5.13.6. por no actualizar el certificado de gestión del sistema de calidad [...]*
- 5.13.7. Por incumplir con los aportes a la seguridad social integral y parafiscales [...]"*.

51. Para el análisis de este primer incumplimiento se debe observar si las "deducciones por incumplimiento" (denominación que le dieron las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad) que realizó EPM se ajustaron a lo pactado por las partes. La primera de las deducciones, contenida en las comunicaciones 1506832 de 9 de marzo de 2009 y 1657886 de 25 de agosto de 2010, es el resultado de incumplir el plazo de entrega de varios bienes. En las comunicaciones se advierte que EPM cumplió con lo pactado, esto es, la notificación previa al contratista y el haberle otorgado el término de 5 días hábiles para exponer o justificar las razones del incumplimiento. A propósito de los argumentos de defensa presentados por el contratista, se evidencia que EPM los estudió en debida forma y los contestó, como es el caso de la mora por problemas de embarque, la constitución del documento de pago, hechos imputables a quien suministraba los bienes al contratista, todas obligaciones a cargo de este último y que no lo liberaban de cumplir en el plazo pactado. También se evidencia que la entidad, en la comunicación de 25 de agosto de 2010, frente a las multas que había impuesto y a su monto, y en atención a los argumentos presentados por el contratista para reconsiderar y revocar la multa impuesta, con fundamento en nuevas pruebas que le fueron aportadas,

Radicación: 05001-23-31-000-2011-01824-01 (66700)
Demandante: General Fire Control Ltda.
Demandada: Empresas Públicas de Medellín
Referencia: controversias contractuales
Decisión: revocar la sentencia apelada

descartó algunos incumplimientos que no resultaban imputables al contratista y redujo el monto a USD 98.017.

52. En lo que respecta a las multas por no cumplir con las especificaciones técnicas y las características garantizadas, se advierte que la entidad también se ciñó a lo pactado, en los términos del numeral 5.13.4 del pliego de condiciones, que dispuso una *“multa equivalente a tres décimas por ciento (0.3%) del valor total del contrato por cada semana o fracción de semana de atraso hasta un tope del diez por ciento (10%) del valor total del contrato”*. En las comunicaciones 1704011 de 25 de enero de 2011, 1706515 de 2 de febrero de 2011 y 1758402 de 6 de julio de 2011, luego de atender la notificación y el plazo contractual de 5 días hábiles para presentar las explicaciones o justificaciones, se realizó un descuento por incumplimiento y se puso una multa equivalente a *“USD 152.957 más COL\$ 120'226.764”* por el no cumplimiento de lo pactado, comoquiera que, incluso después de otorgar un nuevo plazo para el cumplimiento de la obligación de montaje y puesta en servicio de los bienes del sistema contra incendio, y de que GFC se comprometiera a hacer la entrega en un nuevo plazo (22 de enero de 2011), a 6 de julio de 2011 habían transcurrido 23 semanas en las que *“los equipos continuaban sin funcionar correcta y seguramente”*, según lo señalado por la entidad en su comunicación, hecho que no fue controvertido por el contratista. Al respecto, el demandante se limitó a señalar que el retraso en el cumplimiento no había sido su responsabilidad; sin embargo, no probó que ello fuera así.

53. En conclusión, la Sala encuentra acreditado el incumplimiento de las obligaciones del contratista de entrega oportuna y de las especificaciones técnicas y características garantizadas, que, en los términos contractuales, daban lugar a las deducciones por incumplimiento (multas) que fueron pactadas por las partes y hacían procedente su declaratoria en los términos contenidos en las comunicaciones referidas.

54. Así las cosas, la Sala revocará la declaratoria de nulidad de la cláusula sexta del contrato y de las deducciones por incumplimiento proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en la Sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarará acreditado el incumplimiento de GFC y accederá a las pretensiones de EPM relativas a la declaratoria de incumplimiento del contratista y a que las multas están ajustadas a derecho²⁷.

2.1.2.2. Incumplimientos contractuales sobre el índice de precios

55. En lo que respecta al reproche de GFC sobre el cálculo de los índices de mano de obra, se debe tener en cuenta que el propio demandante, en su recurso de apelación, manifestó que, si bien no se había probado cuál debía ser el índice a aplicar, por lo menos se debía usar alguno de los dos, aunque

²⁷ No se accederá a la pretensión tercera principal de la demanda de reconvenición, pues EPM ya está en poder de los dineros sobre los que pretendió que se ordenara su pago, y puede disponer de ellos, en los términos contractuales pactados.

Radicación: 05001-23-31-000-2011-01824-01 (66700)
Demandante: General Fire Control Ltda.
Demandada: Empresas Públicas de Medellín
Referencia: controversias contractuales
Decisión: revocar la sentencia apelada

fuese el pretendido por la entidad. De esta manera, no se discute ya cuál debe ser el índice a tener en cuenta. Con todo, se advierte que el recurrente enumeró unas facturas que afirmó que no habían sido pagadas por la entidad, que no hicieron parte de la demanda.

56. Ocurre entonces que el recurrente pretendió variar el objeto del litigio con la inclusión de nuevas pretensiones en la apelación, que no coincide con lo pedido en la demanda. Mientras que en la demanda solicitó que se resolviera cuál era el índice de precios de mano de obra que se debía usar y que se ordenara el pago de una suma específica, en el recurso señaló que, ante la falta de acreditación del índice de precios se debía hacer uso, cuando menos, del índice defendido por la entidad, para que le fueran pagadas unas facturas que no presentó en la demanda y cuyo pago no pretendió. Al respecto se observa que esta Sala no tiene información para determinar si las facturas existen y cumplen con los requisitos legales, si fueron presentadas a la entidad demandada, si se presentaron bajo el entendimiento de que se debía aplicar uno u otro índice de precios, determinar si se ha efectuado algún pago de la lista de facturas que se relacionó en el recurso, pues, por los hechos de la demanda se conoce que al menos una lo fue. En general, no se tiene la información ni las pruebas para decidir sobre este eventual incumplimiento en el pago, una vez superadas las diferencias sobre el índice de precios correspondiente, por lo que procede negar esta pretensión.

2.2. Sobre la condena en costas

57. La Sala se abstendrá de condenar en costas, pues no se configuran los supuestos del artículo 171 del CCA.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

REVOCAR la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión, el 7 de octubre de 2020 y, en su lugar,

PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento del contrato 29990329557 por parte de General Fire Control Ltda., que las multas impuestas por EPM están conforme a derecho, y que la retención realizada se efectuó según lo dispuesto en el contrato, por lo que EPM puede disponer de los valores retenidos.

Radicación: 05001-23-31-000-2011-01824-01 (66700)
Demandante: General Fire Control Ltda.
Demandada: Empresas Públicas de Medellín
Referencia: controversias contractuales
Decisión: revocar la sentencia apelada

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda principal y de la demanda de reconvencción.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Aclaración de voto

Firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA