

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Nulidad - Acta de liquidación - Liquidación unilateral del contrato

La parte actora solicitó en la demanda que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 1136 y 1214 proferidas por el Director General del Fondo el 11 de noviembre de 2005 y el 7 de diciembre de ese mismo año, respectivamente, por medio de las cuales el Director General del Fondo liquidó unilateralmente el contrato No. 083 de 2004. (...) la Sala acreditado que el 2 de noviembre de 2005 se suscribió el acta de liquidación bilateral del contrato No. 083 de 2004, documento en el cual el contratista dejó consignada una salvedad con el fin de poder reclamar por vía judicial. (...) observa la Sala que únicamente en el evento de que la Administración y el contratista no logren liquidar de mutuo acuerdo el contrato, estaría facultada la Administración para hacerlo unilateralmente, de tal manera que si el contrato se liquida bilateralmente, la Administración pierde competencia y de manera alguna podría liquidarlo unilateralmente

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Liquidación unilateral - Facultad - Declarar la liquidación unilateral - Liquidación judicial

La Jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido desde tiempo atrás, que una vez el contrato haya sido liquidado de mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral sólo podría ser enjuiciado por vía jurisdiccional cuando se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Sobre el tema ha sostenido lo siguiente: "(...) se tiene que la liquidación efectuada de común acuerdo por personas capaces de disponer constituye, entonces, un verdadero negocio jurídico bilateral, que tiene, por tanto, fuerza vinculante, a menos que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento. En el presente asunto observa la Sala que a pesar de que el 2 de noviembre de 2005 se había liquidado de mutuo acuerdo el contrato No. 083 de 2004, la Directora General del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional procedió a liquidarlo de nuevo, esta vez unilateralmente a través de las Resoluciones Nos. 1136 y 14241 de fecha 11 de noviembre de 2005 y 7 de diciembre de 2005, respectivamente, desconociendo no sólo el acuerdo al que llegaron las partes en el acta de liquidación bilateral, sino que, además, en ese momento el Fondo ya había perdido la competencia para liquidar de manera unilateral el contrato por las razones expuestas anteriormente. En ese orden de ideas, comoquiera que el Fondo ya no tenía competencia para liquidar unilateralmente el contrato No. 083 de 2004, en tanto que las partes ya lo habían liquidado de mutuo acuerdo, la Sala procederá a declarar la nulidad de las Resoluciones demandadas. (...) si alguna de las partes presenta reparos en la liquidación por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse conceptos que no fueron tenidos en cuenta, debe dejar de manera expresa las salvedades correspondientes, con el fin de poder acudir ante el organismo jurisdiccional y reclamar aquello que precisamente fue el motivo de inconformidad, pues de lo contrario no podría pretender nada judicialmente. (...) en el presente asunto el hecho de que el contratista hubiera dejado constancia en el acta de liquidación bilateral del contrato de una salvedad no facultaba a la Administración para liquidarlo unilateralmente

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Acta de liquidación - Salvedades

[L]as salvedades dejadas en el acta de liquidación bilateral tienen como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar en el futuro ante la autoridad judicial el cumplimiento de obligaciones que considera quedaron pendientes durante la ejecución del contrato, razón por la cual deben ser claras y concretas. A propósito del preciso alcance que corresponde a las salvedades o reservas que respecto de una liquidación bilateral formula alguna de las partes del contrato, la Jurisprudencia de esta Corporación ha advertido "(...) que las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera, su inclusión resulta ineficaz." (...) cuando las partes de un contrato, bien sea estatal o administrativo, suscriben liquidaciones bilaterales, la posibilidad de que prosperen las pretensiones formuladas está condicionada por la suscripción del acta respectiva con observaciones o salvedades, las cuales deberán identificar claramente la disconformidad con el respectivo texto; en el evento de que sólo se formulen observaciones genéricas, que no identifiquen claramente la reclamación, si bien será posible formular la respectiva demanda, bien sea Contencioso

Administrativa o arbitral, no será posible que la jurisdicción resuelva favorablemente las pretensiones. (...) toda reclamación en la liquidación bilateral de un contrato estatal supone que se consigne en el acta no sólo la salvedad, sino que, también, se deje constancia expresa de los aspectos y puntos que motivan su inconformidad. Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista.

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Acta de liquidación – Salvedades genéricas

[L]as salvedades genéricas que se dejen en el acta de liquidación bilateral, esto es aquellas que no dan cuenta de lo que se pretende ni de las razones o motivos que conducen a la reclamación, jamás legitimaran al inconforme para concurrir ante la jurisdicción a pretender lo que en el acta de liquidación no salvó de manera clara, concreta y específica. (...) la Sala que la salvedad dejada por el contratista en el acta de liquidación bilateral del contrato No. 095 de 1985, se refiere de manera genérica a la posibilidad de reclamar por vía judicial lo “correspondiente al reconocimiento y pago de la ecuación económica del contrato”, sin que se hubiesen precisado siquiera las causas y motivos que ocasionaron el supuesto rompimiento del equilibrio financiero del contrato en mención, presupuesto que, como se indicó anteriormente, resultaba necesario satisfacer para que pudieran resolverse favorablemente las pretensiones de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 27001-23-31-000-2006-00576-01(36373)

Actor: AFIACOL CONSTRUCCIONES LTDA.

Demandado: FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Tema: La nulidad de la liquidación unilateral del contrato por falta de competencia de la Administración. Las prórrogas del contrato después del vencimiento del plazo contractual. Los efectos de la salvedad consignada en el acta de liquidación bilateral. El restablecimiento del equilibrio económico del contrato de obra pública.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 30 de octubre de 2008, por el Tribunal Administrativo del Chocó, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I.-ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 29 de junio de 2006, Afiacol Construcciones Ltda., por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en contra del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional¹. En el escrito de la demanda se plantearon las siguientes pretensiones (se transcribe tal cual se halla en el expediente, incluso con errores)²:

“PRIMERA.- Declárese que desde el 20 de noviembre de 2004, se rompió el equilibrio financiero del Contrato de Obra No. 083/04, fechado el 6 de julio de 2004, entre AFIACOL CONSTRUCCIONES LTDA. y EL FONDO ROTATORIO DE LA POLICIA NACIONAL.

SEGUNDA.- Que se declare que el Contratista demandante durante la ejecución del contrato de obra No. 083/04, tuvo sobrecostos que calculo en la suma de OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS CON 80/100 (\$856'778.450) MONEDA CORRIENTE.

TERCERA.- Que se declare nula la Resolución No. 1136 por la cual se liquida unilateralmente el Contrato de Obra Pública No. 083 de 2004, expedida por el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional.

CUARTA.- Que el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, no reconoció ni pagó al Contratista suma alguna por concepto de los perjuicios sufridos durante la ejecución del contrato de obra No. 083/04.

QUINTA.- Que los anteriores hechos causaron a mi poderdante perjuicios que en la actualidad alcanzan un valor de OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS CON 80/100 (\$856'778.450,80) MONEDA CORRIENTE, discriminados de la siguiente manera:

¹ Mediante auto proferido el 30 de agosto de 2006 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, se resolvió remitir el proceso de la referencia al Tribunal Administrativo del Chocó, por considerar que ese era el Tribunal competente para decidir sobre el presente asunto.

² Fls. 3 al 25 del cuaderno No. 1.

- a. La suma de TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES CIENTO NOVENTA MIL TRECIENTOS CUATRO PESOS CON 92/100 (\$373'190.304,92) MONEDA CORRIENTE, por concepto de sobrecostos en el ítem transporte en que incurrió el Contratista.

(...)

- b. La suma de SESENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS PESOS CON 31/100 (\$61'576.400,31) MONEDA CORRIENTE, por concepto de la administración, imprevistos y utilidades (A.I.U.) a que tiene derecho el Contratista por los sobrecostos en el transporte.

A.I.U. SOBRECOSTO TRANSPORTE : 373.190.304,92 * 16,50% 21'576.400,30

- c. La suma de DOS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS VEINTIDOS PESOS CON 44/100 (2'985.522,44) MONEDA CORRIENTE, por concepto de IVA, sobre la utilidad en el sobrecosto de transporte.

IVA 16% SOBRE UTILIDAD (sobrecosto transporte * utilidad 5% * 16% 2'985.522,44

- d. La suma de TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CIENTO CUATRO PESOS CON 99/100 (\$346'658.104,99) MONEDA CORRIENTE, por concepto de los 156 días de mayor permanencia en la obra.

(...)

- e. La suma de ONCE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO DIECISIETE PESOS CON 73/100 (\$11'971.117,73) MONEDA CORRIENTE, por concepto de intereses de mora sobre \$193'310.115,90 desde el 4 de mayo de 2005 hasta el 22 de noviembre de 2005 en que se hizo efectivo el pago.

(...)

- f. La suma de SESENTA MILLONES CUATROCIENTOS SIETE MIL PESOS CON 39/100 (60'407.000,39) MONEDA CORRIENTE, por concepto de costos financieros Crédito Banco de Bogotá.

(...)

SEXTA.- Que se declare nula la Resolución número 01241 de fecha 7 de diciembre de 2004, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 1136.

SEPTIMA.- Que se condene al Fondo Rotatorio de la Policía Nacional a pagar a la firma AFIACOL CONSTRUCCIONES LTDA., o a la Apoderada el valor del desequilibrio económico, los cuales a la fecha de presentación de esta demanda ascienden a la suma de OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS CON 80/100 (\$856'778.450,80) MONEDA CORRIENTE, suma que deberá ser actualizada conforme a lo establecido en el Código Contenciosos Administrativo, hasta que se produzca el pago total de los mismo.

OCTAVA.- Que se condene a la Entidad demandada a pagar el valor de los intereses de mora establecidos en el artículo 4° numeral 8 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1 del Decreto Reglamentario 679 de 1994, esto es a la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor del saldo final del contrato conforme el acta de entrega final de fecha 4 de mayo de 2005.

NOVENA.- Que a la sentencia definitiva se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

DECIMA.- Que se condene a la parte demandada a pagar el valor de los gastos y las costas del proceso”.

2. Hechos.

En su escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. Sostuvo que el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional adelantó la Licitación Pública No. 010 de 2004, cuyo objeto fue la adquisición, construcción y dotación de la Estación de Policía de Sapzurro – Chocó, la que fue adjudicada a la firma Afiacol Construcciones Ltda. mediante Resolución No. 0593 del 30 de junio de 2004.

2.2. Señaló que entre el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional – en adelante el Fondo - y Afiacol Construcciones Ltda., se celebró el 6 de julio de 2004 el contrato de obra No. 083, cuyo objeto fue “*la ejecución de las obras necesarias para la adquisición, construcción y dotación de la Estación de Policía de Sapzurro, Chocó*”.

2.3. Indicó el demandante que en la cláusula sexta del contrato en mención se estableció un plazo de ejecución de 120 días calendario, contados a partir de la firma del acta de iniciación, la cual debía suscribirse dentro de los 3 días siguientes al cumplimiento de los requisitos de ejecución.

2.4. Manifestó que por causas no imputables al contratista, las obras iniciaron tardíamente, el 2 de agosto de 2004, esto es 26 días después del plazo previsto en el pliego de condiciones y en el contrato para ello.

2.5. Afirmó que las condiciones pactadas inicialmente en el contrato variaron lo que ocasionó un *“traumatismo en el transporte y en la consecución de los materiales los cuales debían ser adquiridos con anticipación y a la mayor brevedad”*.

2.6. Sostuvo que ni en el mencionado contrato de obra ni en los contratos adicionales que se suscribieron posteriormente, las partes acordaron un reajuste de precios *“lo que significó que desde el 6 de julio de 2004, hasta el 4 de mayo de 2005, la Entidad Contratante, no tuviera aumento alguno a pesar del cambio de vigencia, de los aumentos en los precios de los materiales, del transporte y de los suministros a cargo del Contratista”*.

2.7. Expresó que el contratista le solicitó a la entidad contratante el restablecimiento económico del contrato No. 083 de 2004 por el notorio incremento del ítem de transporte, sin obtener respuesta alguna por parte de la entidad.

2.8. Agregó que mediante escrito de fecha 21 de septiembre de 2004 dirigido al Fondo, el contratista le informó acerca del desequilibrio financiero que se presentó en la ejecución del contrato de obra No. 083 de 2004, por causa de *“los sobrecostos en el transporte, su incidencia en el alza de los materiales y de los mayores costos por mantener personal vacante en las obras. Lo que obligó al Contratista a ceder a favor del Banco de Bogotá el 40% de los pagos que le correspondían, hasta por la suma de trescientos veinte millones de pesos (\$320'000.000)...”*.

2.9. Añadió que en comunicación enviada al Fondo el 1 de marzo de 2005, el contratista le advirtió que *“los sobrecostos en el transporte”* ascendían a la suma de doscientos cincuenta millones de pesos (\$250'000.000) y que también se habrían generado unos sobrecostos tasados en cien millones de pesos (100'000.000) *“por efectos de personal cesante y seguridad social, costos que se incrementaron por la falta de material en la región, la prohibición del Inspector de Policía de la Estación para el cargue de la arena y la gravilla en el único muelle que existía...”*.

2.10. Señaló que mediante acta de recibo y entrega final de las obras de fecha 4 de mayo de 2005, el contratista hizo entrega de las obras objeto del contrato No. 083

de 2004, las cuales, aseguró, fueron recibidas satisfactoriamente por el Interventor de la obra y por el Coordinador del Grupo de Construcciones.

2.11. Adujo que el contratista le entregó al Fondo un proyecto de liquidación del contrato No. 083 de 2004, en el cual se dejaba constancia de que la entidad le adeudaba al contratista la suma de ciento noventa y tres millones trescientos diez mil ciento quince pesos con noventa centavos (193'310.115,90), por concepto del saldo final de la obra.

2.12. Precisó que el contratista radicó el 21 de septiembre de 2005 una petición solicitándole al Fondo que incluyera en la liquidación del contrato la suma de cuatrocientos millones de pesos (\$400'000.000), monto que equivalía al desequilibrio económico que se presentó durante la ejecución del contrato. Así mismo, agregó que la entidad contratante nunca le contestó la petición formulada.

2.13. Sostuvo que para efectos de terminar las obras y poder cumplir con el objeto pactado en el contrato, el contratista se vio obligado a solicitar ante el Banco de Bogotá un préstamo por valor de doscientos millones de pesos (\$200'000.000). Indicó el demandante que el contratista no pudo realizar oportunamente el pago del mencionado préstamo, en tanto que el Fondo no le desembolsó el valor correspondiente al saldo final de la obra, circunstancia que ocasionó que el contratista tuviera que pagarle al Banco intereses sobre la mencionada suma de dinero.

2.14. Afirmó que el pago tardío del valor correspondiente al saldo final del contrato por parte del Fondo, ocasionó que el contratista tuviera que asumir *“unos costos financieros que ascienden a la suma de SESENTA MILLONES CUATROCIENTOS SIETE MIL PESOS CON 39/100 (\$60'407.000,39) MONEDA CORRIENTE y por intereses de mora del saldo final por la suma de ONCE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO DIECISIETE PESOS CON 73/100 (\$11'961.117,73) MONEDA CORRIENTE.*

2.15. Se dijo en la demanda que a pesar de que el contratista radicó nuevamente ante el Fondo un derecho de petición, pidiéndole que adelantara el trámite de la liquidación del contrato de obra, no obtuvo respuesta alguna por parte del Fondo.

2.16. Precisó que el silencio que guardó el Fondo en relación con las peticiones formuladas por el contratista en el sentido de agilizar el trámite de la liquidación del contrato No. 083 de 2004, le causaron a éste último graves perjuicios *“como [fue] el rechazo por parte de la misma Entidad para participar en otros procesos de selección, por tener dos (2) contratos vigentes...”*.

2.17. Expresó que la Directora General del Fondo finalmente respondió *“las peticiones invocadas desde el 24 de Julio de 2004, soportando la respuesta en que los mismos no corresponden a documentos allegados a la Entidad, desconociendo por este hecho el desequilibrio solicitado”*.

2.18. Señaló que el Fondo y el contratista suscribieron el 1 de noviembre de 2005 un acta de liquidación bilateral del contrato No. 083 de 2004, sin embargo, afirmó que el contratista dejó una salvedad en el acta, con el fin de poder acudir ante la jurisdicción y reclamar por concepto del desequilibrio económico que se presentó en la ejecución del contrato.

2.19. Por último, indicó que a pesar de haberse liquidado de mutuo acuerdo el contrato de obra, la entidad desconoció el acuerdo al que llegaron las partes y procedió a liquidarlo unilateralmente a través de las Resoluciones que ahora se demandan.

3. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante sostuvo que en el presente asunto se vulneraron los artículos 2, 31, 35, 66, 209 del Código Contencioso Administrativo; el artículo 23 de la Constitución Política; los artículos 4, 5, 23, 25, 26, 27, 28, 50, 51, 61 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 831 del Código de Comercio.

En cuanto a los preceptos violados, manifestó, en síntesis, que el Fondo no respondió oportunamente las peticiones radicadas por el contratista, circunstancia que le generó unos perjuicios.

Así mismo, sostuvo que el silencio del Fondo en dar respuesta a las peticiones del contratista, debe entenderse como un silencio positivo.

Manifestó que la razón por la cual se iniciaron las obras tardíamente fue el hecho de que el Fondo no tuviera *“todos los estudios y especificaciones necesarias previa la apertura de los procesos de selección”*.

Afirmó que el Fondo desconoció los preceptos de la Ley 80 de 1993 que imponen a las entidades públicas el deber de adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras que existían al tiempo de la celebración del contrato, a fin de mantener el equilibrio inicial del contrato.

Señaló que la entidad contratante al momento de suscribir el contrato no tenía definido *“la localización del proyecto, toda vez que en el indicado en los pliegos no existía un punto de referencia o BM: definir nivel freático, reubicar túneles y niveles de los mismos, definir zona de andenes, definir detalles de fachada en mampostería, definir detalles de carpintería metálica y de madera...”*.

Indicó, además, que la comunidad se opuso a la construcción de la obra por considerar que el lote era un lugar de *“esparcimiento”*, circunstancia que, según el demandante, había incidido en el retraso de la ejecución de la obra y había ocasionado una mayor permanencia en las obras por parte del contratista, aunado al hecho de que *“se incrementaron los bienes y servicios necesarios para la cabal ejecución de las obras objeto del contrato de obra”*.

Sostuvo que todo lo anterior le generó al contratista *“unas cargas y obligaciones no contempladas ni esperadas al suscribir el contrato... porque no percibió la utilidad esperada, contraprestación económica que debe tenerse en cuenta porque se traduce en la utilidad razonablemente calculada y debe mantenerse intangible...”*.

Expresó que el contratista incurrió en unos sobrecostos por causa de *“la suscripción de contratos adicionales en plazo, por la dificultad en lo referente al transporte, así como de ítems adicionales, memorias de cálculo y planos necesarios para ejecutar las obras”*.

Señaló que lo anterior ocasionó que las obras que debían ejecutarse inicialmente en 120 días se terminaran ejecutando en 156 días.

Agregó que el Fondo tenía la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato de obra No. 083 de 2004 en favor del contratista y señaló que es deber de las entidades públicas utilizar los mecanismos de ajuste y revisión de precios.

Precisó que a pesar de que las partes de la referencia liquidaron bilateralmente el contrato de obra, el Fondo sin justificación alguna y desconociendo el acuerdo al que llegaron las partes procedió a liquidarlo unilateralmente.

Indicó que la Resolución No. 1136 de fecha 15 de noviembre de 2005, mediante la cual el Fondo liquidó unilateralmente el contrato estaba viciada de nulidad por falsa motivación, en tanto que, previo a la expedición de ese acto, las partes contratantes ya habían liquidado de mutuo acuerdo el contrato. Así mismo, añadió que la resolución en mención se encontraba falsamente motivada en tanto que *“la misma no fue suscrita por la Directora General”*.

4. Actuación Procesal.

La demanda presentada el 29 de junio de 2006³, fue admitida mediante auto del 15 de noviembre de 2006⁴; notificada en legal forma al Ministerio Público el 30 de noviembre de 2006⁵ y al Fondo Rotatorio de la Policía Nacional el 6 de febrero de 2007⁶.

5. Contestación de la demanda.

El Fondo Rotatorio de la Policía Nacional contestó la demanda para oponerse a las pretensiones⁷ y, como fundamento de su inconformidad, sostuvo que en los pliegos de condiciones se exigía que los proponentes que participaran en la licitación pública debían visitar el sitio de la obra con el fin de que contaran con *“la información suficiente sobre las condiciones socio económicas locales de trabajo y las posibles dificultades que se pudieran presentar”*.

En ese sentido señaló que el adjudicatario sí conocía el sitio en donde se iba a ejecutar la obra, así como *“la situación de orden público, geográfica, social y*

³ Fls. 2 al 25 del cuaderno No. 1.

⁴ Folio 189 del cuaderno No.1.

⁵ Folio 191 del cuaderno No. 1.

⁶ Folio 192 del cuaderno No. 1.

⁷ Fls. 195 al 228 del cuaderno No. 1.

económica” que rodeaba el lugar, de ahí que debió prever todos los factores que podían afectar el desarrollo normal del negocio jurídico.

Así mismo, indicó que no era cierto que el Fondo no hubiese contestado las peticiones formuladas por el contratista.

Manifestó que en el pliego de condiciones se dispuso que los materiales necesarios para la construcción de la obra estarían a cargo del contratista, quien debía, además, prever en su oferta *“todos aquellos factores que incidan en su suministro por transporte o alzas en el mercado. Todos los costos que demande la compra, exploración, explotación, procesamiento, transporte, manejo, vigilancia y demás aspectos correlativos de dichos materiales”*.

Afirmó que en los términos de referencia, con fundamento en los cuales el contratista elaboró su propuesta no se contempló el pago de un anticipo en favor del contratista.

Precisó que el contratista conoció y aceptó las pautas fijadas en los términos de referencia, tanto así que en *“la carta de presentación [suscrita por él] reseñaba que había estudiado cuidadosamente los documentos de la contratación y que renunciaba a cualquier reclamación posterior por ignorancia o errónea interpretación de los mismos”*.

Agregó el demandante que desde los términos de referencia, los proponentes sabían que las obras a ejecutar se iban a desarrollar en el Chocó, razón por la cual no se explicaba por qué el contratista aducía un incremento en el transporte de los materiales, cuando su costo lo debió haber previsto en el momento en que estaba elaborando la oferta.

Así las cosas, expresó que en el presente asunto los hechos que según el demandante ocasionaron el presunto desequilibrio económico del contrato no corresponden a imprevistos, razón por la cual en este caso no habría lugar a acudir a la teoría de la imprevisión para obtener lo que pretende el demandante.

Planteó como excepciones lo siguiente:

- Inexistencia del rompimiento de la ecuación financiera del contrato No. 083 de 2004: afirmó que en el presente asunto era evidente que el contratista *“no estudió suficientemente las condiciones geográficas, económicas, sociales, climáticas del lugar para lograr la adjudicación del contrato”* y, en ese sentido, no había duda de *“que el contratista obró con imprevisión y negligencia”*, razón por la cual no había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

- Inexistencia de sobrecostos: manifestó al respecto que en el presente asunto no se encuentran probados los sobrecostos en los que, según se dijo en la demanda, había incurrido el contratista.

- Inexistencia de los supuestos perjuicios ocasionados al contratista durante la ejecución del contrato.

- Inexistencia del silencio administrativo positivo: indicó que muchas de las peticiones que el contratista radicó en el Fondo no contenían una reclamación económica derivada del supuesto desequilibrio económico del contrato y, aquellas que sí, habían sido contestadas por el Fondo oportunamente.

- Caducidad de la acción: afirmó que el término de caducidad en el presente asunto era de 4 meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto por medio del cual el Fondo liquidó unilateralmente el contrato, lo que según el demandante ocurrió el 19 de enero de 2006 y comoquiera que la demanda se presentó el 29 de junio de esa anualidad para ese entonces la acción ya estaba caducada.

6. Los alegatos de conclusión.

El Tribunal Administrativo del Chocó, mediante auto del 7 de junio de 2007, abrió el proceso a pruebas⁸, y a través del proveído del 8 de abril del 2008 se dispuso correr traslado para alegar de conclusión⁹, oportunidad procesal en la que se pronunció la parte demandante para reiterar los argumentos expuestos en la demanda¹⁰.

⁸ Fl. 249 del cuaderno No. 1.

⁹ Fl. 289 del cuaderno No. 1.

¹⁰ Fls. 291 al 293 del cuaderno No. 1.

Por su parte el Ministerio Público conceptúo y señaló que en este caso no era cierto que por causa del proceder de la entidad contratante se hubiese alterado el equilibrio financiero del contrato.

Añadió que en el pliego de condiciones, documento con fundamento en el cual el contratista elaboró su propuesta *“se establecieron en forma clara las reglas a que quedaba sometido el proponente o contratista en cuanto al plazo de la ejecución de la obra, forma de pago y suministro de materiales y mano de obra para la ejecución de ésta”*.

Expresó que si bien es cierto que la ejecución de la obra no inició en la fecha acordada en el contrato, en el expediente no hay prueba de la fecha en que el contratista aportó los documentos que se requerían para dar inicio a la obra.

Sostuvo que el contratista debió haber previsto al momento de presentar la oferta o al menos a la fecha de suscripción del contrato, los factores que podían incidir en los costos del contrato, tales como el aumento en el precio de los materiales.

Por último, se refirió a la liquidación unilateral del contrato y concluyó que debían negarse las pretensiones de la demanda¹¹.

7. La sentencia de primera instancia.

Como se expuso al inicio de esta providencia, el Tribunal Administrativo del Chocó, mediante sentencia proferida el 30 de octubre de 2008¹², negó las pretensiones de la demanda.

Señaló que en este caso se trataba de una acción de controversias contractuales, cuyo término de caducidad era de dos años contados a partir de la fecha de la liquidación del contrato, trámite que concluyó con la expedición de la Resolución No. 1136 de fecha 11 de noviembre de 2005, la que fue notificada el 19 de enero de 2006 y comoquiera que la demanda se presentó el 29 de junio de ese mismo año, no había duda de que en este caso la acción no se encontraba caducada.

¹¹ Fls. 295 al 307 del cuaderno No. 1.

¹² Fls. 308 al 324 del cuaderno principal.

Manifestó que en el proceso no hay prueba de que durante la ejecución del contrato No. 083 de 2004 se hubiesen alterado las condiciones económicas del mismo.

Sostuvo que si bien el acta de iniciación de obra se suscribió tardíamente, es decir por fuera del plazo establecido en el pliego de condiciones y en el contrato No. 083 de 2004, no hay prueba en el expediente de que la mencionada demora hubiese sido imputable al Fondo, puesto que no hay prueba de la fecha en la que el contratista entregó los documentos necesarios para dar inicio a las obras.

Afirmó que no hay prueba tampoco de *“las afirmaciones del demandante en relación con la falta de ubicación del sitio de la obra”*, así como tampoco las hay en relación con la supuesta *“oposición de la comunidad a la iniciación de la obra, ni la falta de materiales como arena y gravilla”*.

Agregó que en el proceso no se encuentra acreditado que la entidad contratante hubiese sido la responsable de la demora en la ejecución de la obra y mucho menos que fuera la responsable en la variación de los costos en el transporte y precios de los materiales.

Ahora, en cuanto a la nulidad de la Resolución No. 1136 de fecha 11 de noviembre de 2005, por medio de la cual el Fondo liquidó unilateralmente el contrato No. 083 de 2004 precisó que el desacuerdo plasmado por el contratista en el acta de liquidación bilateral del contrato, en el sentido de poder demandar ante la jurisdicción por los perjuicios ocasionados por el desequilibrio económico que se presentó durante la ejecución del contrato No. 083 de 2004, facultó al Fondo a liquidar unilateralmente el contrato, de ahí que no era cierto que las resoluciones demandadas estuvieran viciadas de nulidad.

En cuanto a las peticiones elaboradas por el contratista y radicadas en el Fondo que, según el demandante, no le fueron contestadas, dijo el Tribunal que en el expediente no se anexaron las peticiones con la constancia de recibido por parte del Fondo, razón por la cual no era posible establecer *“si en efecto la entidad vulneró [o no] el derecho de petición”*.

Por último, expresó que mediante escritura pública es que el contratista puede protocolizar el silencio administrativo positivo, de ahí que no puede pretender hacerlo a través de la acción ejercida en el presente proceso.

8. El recurso de apelación.

De manera oportuna¹³, Afiacol Construcciones Ltda. interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia y, como fundamento de su inconformidad, sostuvo que las pruebas que obran en el proceso dan cuenta del desequilibrio económico que se presentó durante la ejecución del contrato No. 083 de 2004 y que habría afectado al contratista.

Señaló que según el testimonio rendido por quien fue el interventor de las obras objeto del contrato No. 083 de 2004, no hay duda de que se tuvo que ampliar el plazo contractual *“debido a las diferentes situaciones técnicas suscitadas por el cambio de especificaciones”* y por causa de *“las condiciones climatológicas y el tratamiento de aguas negras y residuales”*.

Igualmente afirmó que hubo necesidad de realizar unas obras adicionales y que se presentaron *“cambios en los planos hidráulicos, sanitarios, topográficos y en las especificaciones”*, circunstancias que incidieron en la ejecución de la obra.

En cuanto al cambio de especificaciones señaló textualmente:

“EL CAMBIO DE SPECIFICACIONES (sic) FUE CONTUNDENTE YA QUE EL EDIFICIO DE ACUERDO A LA CONSULTORIA, ESTRUCTURA ERA CONVENCIONAL (PLACAS ALIGERADAS EN CONCRETO REFORZADO Y PLACA DE CONTRAPISO), LA PLACA DE CONTRAPISO AL IGUAL QUE LAS DE ENTREPISO SE REALIZARON CON EL SISTEMA STELL DECK Y SE ELEVÓ DEL PISO MAS O MENOS 50 MTS.

ESTO DEBIDO A QUE EN EL DISEÑO CONTRACTUAL, LA PLACA DE CONTRAPISO NO SUPERABA EL NIVEL FREÁTICO YA QUE EL LOTE DONDE NOS HICIERON CONSTRUIR SE ENCUENTRA POR DEBAJO DEL NIVLE 0.0.

RESPECTO DE LAS PLACAS DE ENTREPISO SE HICIERON EN STELL DECK PARA ALIGERARLAS AUN MAS Y AMINORAR EL ASENTAMIENTO DE ACUERDO AL CONTRACTUAL”.

¹³ Fls. 484 al 489 del cuaderno principal.

Expresó que de los testimonios que obran en el proceso era posible concluir que un mes después de adjudicado el contrato No. 083 de 2004 se hizo necesario aclarar los planos y las especificaciones técnicas de la obra.

Así mismo, sostuvo que ante las inquietudes que le presentó el contratista al Fondo se les hicieron unas correcciones a los *“planos arquitectónicos, estructurales al estudio de suelos a los planos hidrosanitarios y eléctricos”*; sin embargo, señaló que esas correcciones fueron entregadas sólo hasta el mes de octubre de 2004, lo cual ocasionó un aumento considerable en el plazo de ejecución del contrato.

Manifestó que durante la construcción de la obra, el contratista tuvo que asumir unos sobrecostos, toda vez que el contrato inició su ejecución en *“épocas de lluvia no prevista ni aconsejable para el inicio de las obras, aunado a esto la modificación a los planos y especificaciones de los ítems adjudicados”*.

Igualmente señaló que el clima donde se desarrollaría la obra había variado desde la fecha de adjudicación del contrato hasta la fecha en que se dio inicio a los trabajos, circunstancia que había afectado al contratista en lo que se refiere a la *“consecución de materiales y [a la] mano de obra”*.

Sostuvo que otro factor que marcó el desarrollo del contrato fue el hecho de *“no tener las escrituras del predio, ni la licencia de construcción, así como de omitir el estudio de suelos...”*.

Manifestó que deben ser tenidas en cuentas *“las obras adicionales y las cantidades no previstas”* que tuvo que desarrollar el contratista, lo que obligó a las partes a suscribir contratos adicionales.

Aunado a lo anterior, agregó que se hizo necesario adicionar el contrato en cuanto al *“presupuesto para [poder] efectuar obras adicionales y no previstas”* y que, además, *“se hizo necesario cambiar la especificación de la placa de entepiso, como modificaciones en el sistema sanitario, circunstancias estas que provocaron prolongación en el plazo de ejecución”*.

Dijo el recurrente que la entidad contratante estaba en la obligación de reconocerle los sobrecostos en los que incurrió el contratista por la mayor permanencia en la obra.

Así mismo, señaló que el saldo final del contrato correspondiente a la suma de ciento noventa y tres millones trescientos diez mil ciento quince pesos con noventa centavos (\$ 193'310.115,90), fue cancelado al contratista tardíamente, de ahí que el Fondo debía reconocerle intereses de mora sobre esa suma de dinero.

Afirmó, también, que el hecho de que el Fondo no hubiera cumplido oportunamente con la obligación de cancelarle al contratista el valor equivalente al saldo final del contrato, implicó que éste último tuviera que cancelar *“intereses por los créditos desembolsados y que utilizó el contratista para pagar acreedores, subcontratistas y el personal utilizado”*.

Expresó que en el expediente hay pruebas suficientes que demuestran la dificultad en el transporte de materiales de la obra, lo cual, significó para el contratista una mayor permanencia en la obra y unos mayores costos de los previstos inicialmente.

Agregó que el contratista sufrió un detrimento económico y que, por el contrario, el Fondo se benefició de las obras desarrolladas por él.

Manifestó que a pesar de que el contratista le entregó oportunamente a la entidad contratante todos los documentos necesarios para legalizar y perfeccionar el contrato No. 083 de 2004, la ejecución de la obra inició mucho después de lo acordado por las partes en el contrato.

Por último, señaló que ante la negativa del Fondo de restablecer el equilibrio económico del contrato No. 083 de 2004, el contratista dejó una salvedad en la liquidación del contrato, consistente en poder reclamar por vía judicial los perjuicios que de ello se deriven.

9. El trámite de segunda instancia

El recurso interpuesto fue admitido a través de auto del 13 de marzo de 2009¹⁴ y, mediante proveído del 3 de abril del 2009¹⁵, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal en la que se pronunció únicamente la parte actora para reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación¹⁶.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

II.- CONSIDERACIONES

Para efectos de exponer las razones que sustentan la decisión, se abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) la competencia, 2) el ejercicio oportuno de la acción, 3) los hechos probados en el proceso, 4) la nulidad de las Resoluciones a través de las cuales el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional liquidó unilateralmente el contrato de obra No. 083 de 2004 y, 5) la salvedad consignada en el acta de liquidación bilateral del contrato de obra No. 083 de 2004.

1. La competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 30 de octubre de 2008 por el Tribunal Administrativo del Chocó, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en ochocientos cincuenta y seis millones setecientos setenta y ocho mil cuatrocientos cincuenta pesos con ochenta centavos (\$856'778.450,80), mientras que el monto exigido al momento de la interposición del recurso de apelación - 12 de noviembre de 2008¹⁷- era de quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, monto que, según el salario mínimo mensual vigente para la fecha de presentación de la demanda¹⁸, ascendía a doscientos cuatro millones de pesos (\$204'000.000).

¹⁴ Fl. 345 del cuaderno principal.

¹⁵ Fl. 347 del cuaderno principal.

¹⁶ Fls. 348 al 351 del cuaderno principal.

¹⁷ Fl. 327 del cuaderno principal.

¹⁸ En el año de 2006 el salario mínimo era de cuatrocientos ocho mil pesos (\$408.000).

2. El ejercicio oportuno de la acción.

Según lo previsto en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, norma que resulta aplicable al presente asunto¹⁹, la acción contractual caduca en dos años contados a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento; para los contratos respecto de los cuales se impone el trámite adicional de liquidación y ésta es efectuada de común acuerdo por las partes, dicho bienio para accionar judicialmente comenzará a contarse a partir de la firma del acta.

En el presente caso, encuentra la Sala que las partes liquidaron de mutuo acuerdo el contrato de obra No. 083 de 2004 el 2 de noviembre de 2005²⁰, razón por la cual y de conformidad con lo dicho anteriormente, el contratista disponía de 2 años contados a partir de esa fecha para demandar²¹.

En consecuencia, dado que la demanda se presentó el 29 de junio de 2006 y el término de caducidad vencía el 2 de noviembre de 2007, resulta razonable concluir que la acción se propuso dentro del término previsto en la Ley.

Ahora bien, procede la Sala a examinar los hechos que se encuentran acreditados en el proceso, de conformidad con el material probatorio allegado al proceso.

3. Los hechos probados

Se encuentra probado en el expediente que mediante Resolución No. 0593 de fecha 30 de junio de 2004, el Director General del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional le adjudicó a la firma Afiacol Construcciones Ltda. la Licitación Pública No. 010, cuyo objeto era *“la adquisición, construcción y dotación de la estación de policía Sapzurro Chocó”*²².

Que como consecuencia de lo anterior, entre el Fondo y Afiacol Construcciones Ltda. se celebró el 8 de julio de 2004 el contrato de obra pública No. 083, cuyo objeto

¹⁹ La demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales se presentó el día 29 de junio de 2006, esto es luego de que entrara a regir la Ley 446 de 1998.

²⁰ Aclara la Sala que si bien la Directora General del Fondo de manera previa ya había suscrito el acta de liquidación bilateral del contrato, debe entenderse que el contrato quedó liquidado de mutuo acuerdo con la firma del contratista lo que ocurrió el 2 de noviembre de 2004.

²¹ Fls 89 y 90 del cuaderno de pruebas No. 2.

²² Fls. 27 al 31 del cuaderno de pruebas No. 2.

consistió en *“la adquisición, construcción y dotación de la estación de policía Sapzurro Chocó”*²³.

En la cláusula cuarta del contrato se acordó como precio la suma de mil ochocientos ocho millones cuarenta y siete mil ochocientos treinta y un pesos (\$1.808'047.831) incluido I.V.A (16%) sobre utilidad y en la cláusula sexta se estipuló un plazo para su ejecución de ciento veinte (120) días calendario contados a partir del acta de iniciación de la obra.

Se encuentra probado que el 2 de agosto de 2004, el representante legal de Afiacol Construcciones Ltda., el Director General del Fondo, el Interventor, el Coordinador de la Obra y el Coordinador del Grupo de Construcciones del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, suscribieron el acta de iniciación de la obra, en la cual se dejó establecido que la obra iniciaría el 2 de agosto de 2004 y terminaría el 30 de noviembre de 2004²⁴.

Se demostró que el 29 de noviembre de 2004, las partes contratantes suscribieron el contrato adicional No. 1, por medio del cual se acordó ampliar el plazo del contrato *“en 23 días calendario más, contados del 30 de Noviembre al 22 de Diciembre de 2004”*²⁵.

Probado está que el 23 de diciembre de 2004 las partes contratantes suscribieron un segundo contrato adicional, con el fin de prorrogar el término de duración *“en 15 días calendario más, contados del 23 de diciembre de 2004 al 06 de enero de 2004”*²⁶.

Se encuentra acreditado en el proceso que el 7 de enero de 2005 las partes firmaron un tercer contrato adicional ampliando el plazo del contrato hasta el 5 de febrero de esa anualidad²⁷.

Se probó también que el 4 de febrero de 2005 con la suscripción de un cuarto contrato adicional las partes aumentaron el plazo del contrato el que iría desde el 6 de febrero hasta el 10 de marzo de 2005.

²³ Fls. 33 al 50 del cuaderno de pruebas No. 2.

²⁴ Fls. 52 y 53 del cuaderno de pruebas No. 2.

²⁵ Fls 54 y 55 del cuaderno de pruebas No. 2.

²⁶ Fls 57 y 58 del cuaderno de pruebas No. 2.

²⁷ Fls 60 y 61 del cuaderno de pruebas No. 2.

Se demostró que el 9 de marzo de 2005 las partes celebraron el contrato adicional No. 5, por medio del cual se prorrogó su vigencia hasta el 3 de mayo de 2005²⁸.

Se acreditó, también, que las partes suscribieron el 18 de marzo de 2005 un acta modificatoria al contrato de obra No. 083 de 2004 variando la forma de pago a la que se refería la cláusula quinta del contrato en mención²⁹.

Se tiene, además, que el 4 de mayo de 2005 el contratista, el Interventor, el Gerente del Proyecto y el Coordinador de la Obra, suscribieron el acta de recibo y entrega final de la obra³⁰.

Se encuentra probado que el representante legal de Afiacol Construcciones Ltda. y la Directora General del Fondo suscribieron el acta de liquidación bilateral del contrato No. 083 de 2004, documento en el cual el contratista dejó de manera expresa una salvedad consistente en que se reservaba *“el derecho de reclamar por vía judicial o extrajudicial lo correspondiente al reconocimiento y pago de la ecuación económica del contrato”*³¹.

Por último, se tiene que mediante Resolución No. 1136 de fecha 11 de noviembre de 2005, la Directora General del Fondo liquidó unilateralmente el contrato No. 083 de 2004³², la que fue confirmada el 7 de diciembre de 2005 través de la Resolución No. 14241³³.

4. La nulidad de las Resoluciones mediante las cuales el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional liquidó unilateralmente el contrato de obra No. 083 de 2004

La parte actora solicitó en la demanda que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 1136 y 1214 proferidas por el Director General del Fondo el 11 de noviembre de 2005 y el 7 de diciembre de ese mismo año, respectivamente, por medio de las cuales el Director General del Fondo liquidó unilateralmente el contrato No. 083 de 2004.

²⁸ Fls 63 y 68 del cuaderno de pruebas No. 2.

²⁹ Fls 38 y 39 del cuaderno de pruebas No. 7.

³⁰ Fls 71 al 86 del cuaderno de pruebas No. 2.

³¹ Fls 89 y 90 del cuaderno de pruebas No. 2.

³² Fls 91 al 94 del cuaderno de pruebas No. 2.

³³ Fls 95 al 107 del cuaderno de pruebas No. 2.

De conformidad con los hechos probados en el proceso, encuentra la Sala acreditado que el 2 de noviembre de 2005 se suscribió el acta de liquidación bilateral del contrato No. 083 de 2004, documento en el cual el contratista dejó consignada una salvedad con el fin de poder reclamar por vía judicial *“lo correspondiente al reconocimiento y pago de la ecuación económica del contrato”*.

Se demostró también que la Directora General del Fondo profirió la Resolución No. 1136 de fecha 11 de noviembre de 2005, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato No. 083 de 2004, la que a su vez fue confirmada a través de la Resolución No. 14241 el 7 de diciembre de 2005; en la primera de ellas se señaló expresamente que resultaba procedente liquidar unilateralmente el contrato, en tanto que el Fondo no se encontraba de acuerdo *“con la observación consignada en nota marginal por parte del contratista”* en el acta de liquidación bilateral.

En cuanto a la oportunidad establecida para la realización o adopción de la liquidación de un contrato celebrado con la Administración, según lo previsto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, las partes cuentan con un plazo de cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato para liquidarlo de común acuerdo – si no pactan un término distinto – y en el evento de que ésta no se realice bilateralmente - porque el contratista no se presenta a la liquidación o porque las partes no llegan a acuerdos sobre el contenido de la misma -, la Administración cuenta con dos (2) meses más, para liquidarlo directa y unilateralmente.

En ese orden de ideas, observa la Sala que únicamente en el evento de que la Administración y el contratista no logren liquidar de mutuo acuerdo el contrato, estaría facultada la Administración para hacerlo unilateralmente, de tal manera que si el contrato se liquida bilateralmente, la Administración pierde competencia y de manera alguna podría liquidarlo unilateralmente .

Al respecto nótese que la liquidación que surge del acuerdo entre las partes tiene las características de un negocio jurídico que como tal resulta vinculante para ellas. La fuerza jurídica del acuerdo liquidatorio, que surge de todo un proceso de discusión, es tan importante dentro de la nueva realidad jurídica que se creó entre las partes del contrato, que la misma se presume definitiva y las obliga en los términos de su contenido. Al respecto ha afirmado la Corporación:

“... El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él...”³⁴.

La Jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido desde tiempo atrás³⁵, que una vez el contrato haya sido liquidado de mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral sólo podría ser enjuiciado por vía jurisdiccional cuando se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Sobre el tema ha sostenido lo siguiente:

“(...) se tiene que la liquidación efectuada de común acuerdo por personas capaces de disponer constituye, entonces, un verdadero negocio jurídico bilateral, que tiene, por tanto, fuerza vinculante, a menos que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento”³⁶.

En el presente asunto observa la Sala que a pesar de que el 2 de noviembre de 2005 se había liquidado de mutuo acuerdo el contrato No. 083 de 2004, la Directora General del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional procedió a liquidarlo de nuevo, esta vez unilateralmente a través de las Resoluciones Nos. 1136 y 14241 de fecha 11 de noviembre de 2005 y 7 de diciembre de 2005, respectivamente, desconociendo no sólo el acuerdo al que llegaron las partes en el acta de liquidación bilateral, sino que, además, en ese momento el Fondo ya había perdido la competencia para liquidar de manera unilateral el contrato por las razones expuestas anteriormente.

En ese orden de ideas, comoquiera que el Fondo ya no tenía competencia para liquidar unilateralmente el contrato No. 083 de 2004, en tanto que las partes ya lo

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de junio 22 de 1995; Exp. No. 9965, M.P. Daniel Suárez Hernández.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, entre otras sentencias se citan las siguientes: Sentencias de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992; Exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665, de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

También en Sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10608, con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández, esta Corporación había sostenido lo siguiente:

“La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellos que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo”.

habían liquidado de mutuo acuerdo, la Sala procederá a declarar la nulidad de las Resoluciones demandadas.

Adicionalmente, valga precisar que justamente si alguna de las partes presenta reparos en la liquidación por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse conceptos que no fueron tenidos en cuenta, debe dejar de manera expresa las salvedades correspondientes, con el fin de poder acudir ante el organismo jurisdiccional y reclamar aquello que precisamente fue el motivo de inconformidad, pues de lo contrario no podría pretender nada judicialmente.

En ese sentido se pronunció la Corporación cuando dijo³⁷:

“...la acción contractual sólo puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo al momento de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, con fundamento en las siguientes razones³⁸:

La primera se sustenta en el artículo 1602 del Código Civil, aplicable a los contratos celebrados por la Administración Pública, según el cual “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” No puede perderse de vista que el acta de liquidación bilateral comparte la misma naturaleza del contrato, tanto por su formación como por sus efectos, de modo que lo allí acordado produce las consecuencias a que se refiere el artículo citado; desde este punto de vista, cuando no se deja en el acta constancia concreta de reclamación, se entiende que no existe inconformidad, al tiempo que su adopción comporta una liberación, una declaración de paz y salvo, recíproca entre las partes.

La segunda se funda en el ‘principio de la buena fe’³⁹, el cual inspira, a su vez, la denominada ‘teoría de los actos propios’, cuyo valor normativo no se pone

³⁷ Sentencia proferida el 29 de octubre de 2014 por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Rad. No. 28203.

³⁸ Sobre este tema ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 6 de 2005. Expediente 14.113. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 31 de marzo de 2011 – Rad. No 16246 y del 2 de mayo de 2013 – Rad. No. 23949 -.

³⁹ La Jurisprudencia ha definido la buena fe dentro del siguiente contexto:

“La expresión “buena fe” o (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad, trátese de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente...” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 23 de junio de 1958.) En el mismo sentido, encontramos las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sentencia de 8 de septiembre de 1987, Exp. 4884, M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Sección Tercera; Sentencias de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992, Exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665, de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208. entre otras.

en duda⁴⁰, pues se funda, en primer lugar, en el artículo 83 de la CP, según el cual ‘las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas’, y, en forma específica, en materia contractual, en los artículos 1603 del Código Civil, según el cual ‘los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella’ y 871 del Código de Comercio que en idéntico sentido dispone que ‘los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural’⁴¹”.

Así, pues, en el presente asunto el hecho de que el contratista hubiera dejado constancia en el acta de liquidación bilateral del contrato de una salvedad, no facultaba a la Administración para liquidarlo unilateralmente, pues ello implicaría desconocer el acuerdo al que llegaron las partes previamente en el acta de liquidación bilateral del contrato No. 083 de 2004.

En esas condiciones, comoquiera que las partes habían liquidado bilateralmente el contrato No. 083 de 2004, el Fondo no tenía competencia para liquidarlo unilateralmente, razón por la cual la Sala procederá a declarar la nulidad de las Resoluciones Nos. 1136 y 01214 proferidas por el Director General del Fondo el 11 de noviembre de 2005 y el 7 de diciembre de ese mismo año, respectivamente.

Ahora bien, a continuación procede la Sala a revisar la salvedad que el contratista dejó en el acta de liquidación bilateral del contrato No. 083 de 2004, en tanto que sólo podría pronunciarse sobre aquellos hechos y pretensiones que encuentren origen en el desacuerdo manifestado por el contratista en la citada acta, siempre y cuando se trate de una salvedad clara, concreta y específica tal como a continuación pasa a examinarse.

⁴⁰ Cita tomada de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A - Rad. No. 23949 -: “*En forma bastante clara LUIS DíEZ-PICAZO aborda esta misma inquietud -la de la duda acerca de la naturaleza normativa del principio de la teoría de los actos propios-, y afirma que no se trata de un principio general del derecho, ni de una regla del derecho y que tampoco es una norma jurisprudencial.*

No obstante esto, entiende que actuar en sentido contrario a un proceder o conducta previa, es sin duda alguna una actitud desleal y digna de reproche jurídico; de modo que, concluye diciendo, “Así se comprende que la inadmisibilidad de ‘venire contra factum proprium’, que no es sostenible como un autónomo principio general de derecho, sea fácilmente viable como derivación necesaria e inmediata de un principio general universalmente reconocido: el principio que impone un deber de proceder lealmente en las relaciones de derecho (buena fe). Esta conclusión nos puede permitir volver a situar la doctrina de los actos propios dentro de la doctrina legal (...).” (La doctrina de los propios actos. Ed. Bosch. Barcelona. 1963. Págs. 133-134)”.

⁴¹ Incluso la ley 80 de 1993 dice, en el artículo 28, recogiendo el principio de la buena fe a nivel legal, que, “*la interpretación de las normas sobre contratos estatales... y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración... los mandatos de la buena fe...*”

5. La salvedad consignada en el acta de liquidación bilateral del contrato de obra No. 083 de 2004

Reitera la Sala que las salvedades dejadas en el acta de liquidación bilateral tienen como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar en el futuro ante la autoridad judicial el cumplimiento de obligaciones que considera quedaron pendientes durante la ejecución del contrato, razón por la cual deben ser claras y concretas. A propósito del preciso alcance que corresponde a las salvedades o reservas que respecto de una liquidación bilateral formula alguna de las partes del contrato, la Jurisprudencia de esta Corporación ha advertido “(...) que las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera, su inclusión resulta ineficaz.”⁴². La Sala ha precisado el asunto en los siguientes términos:

“(...) para efectos de poder acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es requisito indispensable que las partes hayan dejado constancia expresa, en el acta de liquidación del contrato, de las inconformidades que pudieron resultar durante su ejecución, tal como esta Sala lo ha señalado en reiteradas ocasiones (...). Ahora bien, la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión del contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero sí debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad (...). Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica, que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista; tal conducta impide la claridad necesaria en la conclusión de la relación negocial – bien porque las partes están de acuerdo en forma plena, o bien porque subsisten diferencias entre ellas⁴³.

⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2005. Expediente 14.113. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Desde tiempo atrás la Jurisprudencia de la Sala ha sostenido esta posición. Así, en Sentencia del 16 de octubre de 1980, Expediente 1960, con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo, afirmó lo siguiente: “Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado (...). Como se ve, la Administración liquida, luego de la presentación de ciertos documentos por el contratista y aún sin éstos, de oficio; y a éste no le quedan sino estas salidas: a) firmar en señal de aceptación, sin reclamos u observaciones. Aquí el acta será definitiva y no podrá impugnarse jurisdiccionalmente; b) firmar con salvedades o reclamos que se pueden hacer en el mismo texto del acta de liquidación o en escrito separado; y c) negarse a firmar, precisamente por tener reparos. En las dos hipótesis precedentes el desacuerdo (...) podrá impugnarse judicialmente.”.

En consecuencia, cuando las partes de un contrato, bien sea estatal o administrativo, suscriben liquidaciones bilaterales, la posibilidad de que prosperen las pretensiones formuladas está condicionada por la suscripción del acta respectiva con observaciones o salvedades, las cuales deberán identificar claramente la disconformidad con el respectivo texto; en el evento de que sólo se formulen observaciones genéricas, que no identifiquen claramente la reclamación, si bien será posible formular la respectiva demanda, bien sea Contencioso Administrativa o arbitral, no será posible que la jurisdicción resuelva favorablemente las pretensiones.

Dicho de otra manera toda reclamación en la liquidación bilateral de un contrato estatal supone que se consigne en el acta no sólo la salvedad, sino que, también, se deje constancia expresa de los aspectos y puntos que motivan su inconformidad. Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista.

Así las cosas, las salvedades genéricas que se dejen en el acta de liquidación bilateral, esto es aquellas que no dan cuenta de lo que se pretende ni de las razones o motivos que conducen a la reclamación, jamás legitimaran al inconforme para concurrir ante la jurisdicción a pretender lo que en el acta de liquidación no salvó de manera clara, concreta y específica.

En el presente asunto se observa que en el acta de liquidación bilateral del contrato No. 083 de 2004, el contratista dejó la siguiente salvedad:

“NOTA: NO ACEPTAMOS NI RECONOCEMOS LA CLAUSULA CUARTA Y QUINTA⁴⁴ Y ADICIONALMENTE NOS RESERVAMOS EL DERECHO DE RECLAMAR POR VIA JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL LO CORRESPONDIENTE AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO”.

Encuentra la Sala que la salvedad dejada por el contratista en el acta de liquidación bilateral del contrato No. 095 de 1985, se refiere de manera genérica a la posibilidad de reclamar por vía judicial lo *“correspondiente al reconocimiento y pago de la*

⁴⁴ *“CUARTA: En virtud de lo anterior, el CONTRATISTA renuncia expresamente a cualquier tipo de acción de carácter judicial o administrativo que pueda generarse del presente contrato objeto de liquidación. QUINTA: Que las partes se declaran a paz y salvo, una vez sea cancelado el saldo restante, previas las siguientes deducciones”.*

ecuación económica del contrato”, sin que se hubiesen precisado siquiera las causas y motivos que ocasionaron el supuesto rompimiento del equilibrio financiero del contrato en mención, presupuesto que, como se indicó anteriormente, resultaba necesario satisfacer para que pudieran resolverse favorablemente las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, como quiera que la salvedad consignada por el contratista en el acta de liquidación bilateral no es clara, concreta ni específica, sus pretensiones en lo que a este negocio jurídico se refiere, no están llamadas a prosperar.

6. Costas del proceso.

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 30 de octubre de 2008, por el Tribunal Administrativo del Chocó de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia y, en su lugar, se dispone:

*“1. **DECLARAR** la nulidad de las Resoluciones Nos. 1136 del 11 de noviembre de 2005 y 1241 del 7 de diciembre de 2005, por medio de las cuales el Director General del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional liquidó unilateralmente el contrato de obra pública No. 083 de 2004.*

*2. **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda”.*

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- En firme esta providencia **DEVUELVA**SE el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA