

CONTRATO ESTATAL – Liquidación – Bilateral – Unilateral

La liquidación del contrato. [...]La liquidación se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, una etapa del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el negocio, o mejor, la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y más adelante las partes valoran el resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y de las obligaciones surgidos del negocio, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a ellos, y que afectan la ejecución normal del mismo, con la finalidad de determinar el estado en que quedan las partes frente a éste. En condiciones ideales, el contrato celebrado y ejecutado -según lo acordado-, conduce a que se liquide satisfactoriamente para ambas partes. Sin embargo, en ocasiones la ejecución se caracteriza por una serie de irregularidades, contratiempos y demás circunstancias sobrevenidas en esta etapa, que alteran las condiciones normales de desarrollo, lo que hace que una o ambas partes queden insatisfechas, y que por ende la liquidación no sea tranquila o normal, como pudo imaginarse cuando celebraron el contrato. En este último caso, las partes suelen formularse reproches, que se espera -no obstante- se resuelvan de consuno en la liquidación, y para eso intentan definir cómo quedan los derechos y las obligaciones, luego de la ejecución.

En estos términos, la liquidación supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para dar por concluido un contrato.

CONTRATO ESTATAL – Principio de pacta Sunt Servanda

Principio de *lex contractus*, *pacta sunt servanda*. El segundo principio, anunciado en la introducción de este acápite, y que determina la vinculación de las partes a los efectos y condiciones del contrato, se expresa en el aforismo: *lex contractua (sic), pacta sunt servanda* que, se reitera, está previsto en el artículo 1602 del C.C. Según él, los acuerdos válidamente celebrados constituyen una ley para los contratantes, y obligan a las partes en lo acordado, en consecuencia, sólo pueden ser invalidados por su voluntad o por causas legales.

CONTRATOS ESTATALES – Buena Fe

Buena fe. El anterior principio se vincula con el previsto en el artículo 1603 del Código Civil, según el cual todos los contratos deben ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligan no solo a lo pactado sino a lo determinado por la naturaleza de la obligación, o en lo que por ley a ella pertenece [L]a buena fe, además de la importancia que reviste en el ordenamiento durante la etapa posterior a la celebración del contrato, que implica el cumplimiento de las obligaciones pactadas y de las demás que por naturaleza le pertenece al acuerdo, se incorpora a la etapa precontractual y se ata inescindiblemente al deber de información previo a la suscripción del negocio. En otros términos, no basta que después de la celebración del contrato se exija cumplirlo, en virtud del postulado de buena fe, sino que este principio implica, a su turno, entre otros, el deber de discrecionalidad, secreto custodia y conservación, pero ante todo, el de información[...]

CONTRATO ESTATAL – Principio de Rebus sic stantibus

Principio *rebus sic stantibus*. En los contratos estatales también aplica el aforismo *rebus sic stantibus*, que nos acerca de manera concreta a la solución del caso sub iudice. Traduce: “estando así, conservar la situación de las cosas”, y se funda en la estrecha conexión lógica del contrato con la situación de hecho previa a su celebración, en consecuencia, supone la inclusión de una condición necesaria e imprescindible para cumplir el acuerdo, y tiene una estrecha relación con la obligación de mantener las cosas en las condiciones que se pactaron, o de equipararlas a tales características, en caso de que no se conserven. En la jurisdicción de lo contencioso administrativa este principio ha servido de apoyo para señalar que en todo acuerdo jurídico de tracto sucesivo o ejecución periódica aplica el principio *rebus sic stantibus*, en virtud del cual las características del contrato se mantienen siempre que durante su ejecución las condiciones no se alteren. No

obstante, su aplicación no se limita a la determinación de condiciones sobrevinientes a la celebración de un contrato, que hacen más onerosa su ejecución, sino que está estrechamente atada a la buena fe de los acuerdos jurídicos. En consecuencia, no basta que las condiciones del contrato se alteren para que surja la obligación de indemnizar. Lo que sí resulta claro, tanto jurisprudencial como doctrinalmente, es que la cláusula rebus sic stantibus acude a la salvaguarda de los derechos de una de las partes, siempre que se afecte con hechos imprevistos, posteriores a la celebración del negocio jurídico. En esta línea de pensamiento, la cláusula rebus sic stantibus aplica siempre que se presenten situaciones imprevistas –que aunque pudieron o debieron preverse, las partes, sin culpa, no lograron hacerlo- y extraordinarias, que modifican las condiciones del contrato. No obstante, deben ser posteriores a la celebración y, en consecuencia, como las partes no las esperaban se quebranta la ecuación o equilibrio propio del contrato, por intempestivas en relación con la voluntad inicial

CONTRATO ESTATAL – Contrato de obra – Elaboración– Adición

No basta que las partes suministren cualquier información; debe coincidir con la realidad que afecta el negocio. Lo anterior rige para celebrar un contrato inicial o principal, pero si las partes desean suscribir uno adicional a aquél también deben prever sus efectos, a partir de la causa del nuevo negocio –art. 1524 del CC.-, cuestión decisiva para hacerlo correctamente. Por ende, esto exige al contratista incluir en el precio que propondrá todos los costos que le producirá la ejecución de los nuevos trabajos, y por tanto la mayor permanencia de los equipos. Esto significa que si el tiempo de ejecución de las obras se amplía, es casi seguro –pero no necesario- que se incrementará el costo de la administración, ítems que debe considerar el contratista para proponer un precio serio para el contrato adicional. Lo cierto es que si el contratista invirtió o modificó el plan o programa de trabajo, y ello produjo una permanencia superior de los equipos y un mayor costo de administración, se trataba de una situación absolutamente previsible cuando se suscribió –pues es obvio que el constructor conoce los efectos que produce no realizar una obra en un lapso determinado, y dejarla hasta que otra actividad se ejecuta-. No obstante, si acaso se abstuvo de incluir estos costos en el contrato adicional, esa carga no la debe asumir ahora la administración, porque le trasladaría a ésta el ocultamiento de la información y se desconocen, entre otros, los principios rebus sic stantibus, toda vez que las condiciones del negocio adicional nunca cambiaron; y lex contractus pacta sunt servanda, ya que de acceder al reconocimiento por la mayor permanencia se desconoce para una parte lo pactado entre ellas.

CONTRATO ESTATAL – Demanda en forma – Ineptitud de la demanda

La demanda es el instrumento a través del cual se ejercita el derecho de acción, es decir, inicia el proceso judicial para obtener -mediante la sentencia- la resolución de las pretensiones que formula el demandante¹. Considerando, entonces, la importancia que tiene la demanda como mecanismo introductorio del proceso, es preciso tener en cuenta que la ley ha establecido diversos requisitos para el cumplimiento del presupuesto procesal denominado “demanda en forma”.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., septiembre diez (10) de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00451-01(27648)

Actor: CONSTRUIMOS Y ASOCIADOS LTDA.

Demandado: MUNICIPIO DE RIONEGRO

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2003, por el Tribunal Administrativo de Antioquia -fls. 358 a 362, cdno. ppal.-, que negó sus pretensiones, en los siguientes términos:

“FALLA

“PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

“SEGUNDO: Sin costas.”

ANTECEDENTES

1. La demanda

La sociedad Construimos y Asociados Ltda. -en adelante la demandante, la contratista, la parte actora o la sociedad- en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda contra el Municipio de Rionegro –en adelante el demandado o la entidad- con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones –fl. 182, cdno. 1-:

“PRETENSIONES

“PRIMERA: Que se declare que el Municipio de Rionegro incumplió los contratos No. 064 de 1994 – 065 de 1994 y 029 de 1994 y sus respectivos convenios adicionales, relatados en los hechos octavo; noveno y decimo (sic) de la demanda adicionada suscritos entre el **MUNICIPIO DE RIONEGRO Y CONSTRUIMOS Y ASOCIADOS LTDA.** por el no reconocimiento de los intereses causados por el no pago oportuno de las actas expresadas, en el capítulo referente a la cuantía, por no pago de la mayor permanencia en el contrato No. 029 y su convenio adicional, por el no pago de obras debidamente ordenadas por el Interventor del contrato y ejecutadas por la Sociedad Demandante, por un valor de **DOS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$2.765.935)**, más los intereses moratorios comerciales y la indexación a que hubiere lugar.

“Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene al Municipio de Rionegro a pagar a la firma demandante los perjuicios ocasionados con dichos incumplimientos, expresados en el daño emergente y lucro cesante que se logren probar en el proceso, más los intereses moratorios comerciales desde el momento en que debió efectuarse el pago hasta el momento en que efectivamente se realice.

“SEGUNDA: Que se condene al Municipio de Rionegro al pago de los intereses moratorios comerciales sobre el valor de las condenas por las pretensiones aquí expuestas desde la fecha de mora en los pagos hasta la fecha de la sentencia definitiva, a la tasa que certifique la Superintendencia Bancaria para ese mismo período.

“TERCERA: Que las sumas a que se condene a pagar al Municipio de Rionegro sean actualizadas para mantener el valor del dinero al momento de la sentencia de acuerdo con la certificación que para tal efecto expidan el **DANE** y el Banco de la República sobre la variación del índice de precios al consumidor y la corrección monetaria respectivamente.

“CUARTA: Que vencido el término para el cumplimiento de la sentencia de que trata el artículo 121 del Código Civil, se ordene al Municipio de Rionegro a pagar la tasa máxima de intereses moratorios comerciales de que habla el Artículo 884 del Código de Comercio, según lo certifique la Superintendencia Bancaria.

“PETICION SUBSIDIARIA:

“En el evento de no aceptarse las peticiones anteriores, solicitó se tenga en cuenta la siguiente: Enriquecimiento sin causa y por lo tanto se ordene el pago de los extracostos producidos por el desequilibrio financiero del contrato, el cual se tradujo en obras que ingresaron al patrimonio del Municipio de Rionegro, en detrimento del patrimonio de la firma contratista, pues ésta ejecutó para el Municipio unos trabajos por la suma de DOS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$2.765.953), y no fueron pagados por el Municipio.

Manifestó que entre Construimos y Asociados Ltda. y el Municipio de Rionegro se suscribieron tres (3) contratos de obra, identificados con los Nos. 064, 065 y 029 de 1994, cuyo objeto fue, respectivamente:

i) “Ampliación y construcción de la unidad Deportiva, Grupo C: Construcción vías (parqueaderos) ubicada en la cabecera Municipal, cerca al Parque, en las cantidades, precios, especificaciones técnicas y demás condiciones establecidas en el anexo No. 1 del mencionado contrato” –fl. 143, cdno. 1-.

ii) "Ampliación y construcción de la Unidad Deportiva, Grupo B: Construcción Plaza de Banderas, Teatro al Aire Libre, Andenes, ubicada en la cabecera Municipal, cerca al parque en las cantidades, precios, especificaciones técnicas y demás condiciones establecidas en el anexo No. 1 del contrato –fl. 143, cdno. 1-.

iii) "Construcción mediante el sistema de precios unitarios de la obra 'Rectificación, ampliación, pavimentación, y demás obras complementarias vía la normal – Santa Ana y vía Politécnico San Joaquín localizada en el Municipio de Rionegro Antioquia..." –fl. 144, cdno. 1-

Explicó que ejecutó los tres contratos dentro del plazo pactado, y que la entidad recibió las obras a satisfacción. No obstante, ésta incumplió sus obligaciones y le causó daños, cuyos perjuicios concretó del siguiente modo:

i) *En relación con el contrato No. 064 de 1994,* **a)** el municipio no pagó la construcción de los parqueaderos aduciendo que *se sobrepasó el valor del contrato*. Para el demandante esta razón no justifica negar el pago, porque si el valor se sobrepasó quien debe asumir el costo es la entidad, que ordenó ejecutar las obras.

De otra parte, sostuvo que mediante la comunicación del 28 de septiembre de 1995 solicitó al municipio el pago de las obras mencionadas, pero le contestó que: "... tales conceptos ya habían sido pagados en el acta al señor Omero Hurtado, quien realmente fue el que ejecutó los ítems objeto de reclamación...". (fl. 145, cdno. 1). Este argumento le parece inaceptable, porque el contratista fue quien ejecutó las obras y no es de su interés ni responsabilidad si la entidad le pagó a quien no debía.

b) Asimismo, presentó las actas para el pago de las obras pero la entidad no las canceló oportunamente, de ahí que incurrió en mora. Este aspecto lo reiteró en la adición de la demanda.

ii) *Respecto al contrato No. 029* precisó: **a)** que la entidad tampoco pagó oportunamente las actas de obra, por lo que incurrió en mora.

b) Este contrato tuvo un valor de \$356'835.353 y un plazo de ejecución de 150 días, término que se amplió 45 días, por hechos atribuibles al municipio, para ejecutar obras de alcantarillado, actividad nueva que impidió pavimentar y colocar la base y la sub-base hasta terminarla. Esta circunstancia alteró el equilibrio económico del contrato, porque el mayor tiempo produjo gastos adicionales, entre los que destacó: i) mayor costo en

administración, por la mayor permanencia en la obra, y ii) mayor costo del equipo, por la misma causa –fls. 178, cdno. 1-.

c) También explicó que en este contrato no se pactaron reajustes, y como se demoró la orden de inicio el contratista incurrió en mayores costos por concepto de: i) disponibilidad del personal, ii) materiales y iii) equipos, cuantía que debía reajustarse e indexarse –fl. 179, cdno. 1-. Por esta razón solicita que estos tres ítems se reajusten en un 24%.

iii) *Al referirse al contrato No. 065, a)* reiteró que la entidad se demoró en pagar las actas de obra; y en la adición de la demanda señaló que el valor se pactó en \$147'.650.120, que el plazo se adicionó en tiempo y valor y que el contrato no se liquidó.

2. Contestación de la demanda

El Municipio de Rionegro aceptó unos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones – fls. 214 y ss., y fls. 226 y ss., cdno. 1-. Formuló las siguientes excepciones: i) “No ejecución de las obras” del contrato No. 064 de 1994, porque el valor reclamado corresponde a trabajos que no ejecutó el demandante, sino el señor Omero Hurtado, a quien se le pagaron; ii) “no se pactaron ni se causaron intereses”, conforme a la respuesta que en su oportunidad le dio el Alcalde al contratista; y iii) “pluspetición”, porque si en gracia de discusión se condenara al municipio a pagar intereses de mora la tasa aplicable sería la que regula la Ley 80, no el interés comercial.

3. Alegatos de conclusión

3.1. De Construimos y Asociados Ltda.: Reiteró sus argumentos de la demanda respecto a los contrato Nos. 064 y 065 de 1994, es decir, reclamó las cantidades de obra y los reajustes que la entidad no pagó, toda vez que las pruebas del proceso dan cuenta de la ejecución del objeto pactado que la entidad pública no le reconoció. Asimismo, solicitó el reconocimiento de perjuicios por mayor permanencia en la obra, durante la ejecución del contrato No. 029.

3.2. Del Municipio: Señaló que los contratos se liquidaron y que en las actas respectivas el demandante no hizo reservas o dejó constancias de inconformidad, y que hasta el 28 de septiembre de 1995, seis meses después de la última liquidación, la contratista solicitó el pago de sobrecostos.

Aseguró que la mayor permanencia en la obra fue libre y espontáneamente pactada por las partes, y acordaron que no daría lugar a remuneración. Asimismo, en ninguno de los contratos se pactó intereses de mora.

3.3. Concepto del Ministerio Público: No intervino en esta etapa del proceso.

4. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones –fls. 358 y ss., cdno. ppal.-, porque los tres contratos se liquidaron sin que el contratista dejara salvedades o reservas, debiendo hacerlo si aspiraba a demandar al municipio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

5. El recurso de apelación

Lo presentó Construimos y Asociados Ltda. Sostuvo que el tribunal confundió, con gran infortunio, el “Acta de Recibo y Liquidación de Obra” -que sí suscribieron las partes- con un “Acta de liquidación bilateral de los contratos”, porque los negocios no se liquidaron. Aquellas actas, en realidad, eran las de pago de la última parte de la ejecución de la obra, pero no la liquidación del contrato. Esta última, precisamente, es donde consta detalladamente la liquidación definitiva, pero esta no se hizo.

Como si fuera poco, el “acta de recibo y liquidación” que el tribunal confundió con un “acta de liquidación bilateral” –de las que regula el art. 60 de la Ley 80 de 1993- la suscribió el Secretario de Obras Públicas del Municipio, no el Alcalde, como lo exige la Ley. Por esta razón solicita que se revoque la sentencia.

6. Alegatos en el trámite del recurso

6.1. El demandante: Reiteró los argumentos del recurso de apelación.

6.2. El Municipio y el Ministerio Público no se pronunciaron en esta etapa del proceso.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que resolverá la Sala consiste en establecer si los tres (3) contratos de obra objeto de este proceso se liquidaron bilateralmente, como lo concluyó el tribunal administrativo; o si no lo hicieron, como lo discute la parte apelante. De haberse

liquidado bilateralmente y no dejarse constancias por parte del contratista se confirmará la sentencia; pero de no haberse liquidado se revocará, para dictar, en su lugar, una decisión que examine todas las pretensiones de la parte actora.

La Sala anticipa que revocará la sentencia, y por eso estudiará las pretensiones del demandante. Para justificar esta decisión se analizará: *i)* la competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto en segunda instancia; *ii)* lo probado en el proceso; *iii)* la naturaleza jurídica del *acta de liquidación* bilateral y su diferencia con *otras actas* que suscriben las partes durante la ejecución del contrato –actas de pago-, *iv)* estudio oficioso de la excepción de *inepta demanda*; cuya conclusión repercute en las siguientes pretensiones: a) pago de intereses de mora y b) pago de una obra ejecutada y no cancelada; *v)* análisis sobre la valoración de la responsabilidad que se produce por la *mayor permanencia* en la obra de un contratista, derivada de la celebración de un contrato adicional, aspecto que exige analizar: a) los principios orientadores de la actividad estatal –transparencia-deber de información, *pacta sunt servanda*, buena fe- y efectos sobre la conducta de las partes, la interpretación de las cláusulas y la valoración de la mayor permanencia en la obra, y b) la responsabilidad derivada de los hechos que constituyen la *causa* de un contrato adicional; *vi)* el caso concreto y *vii)* la improcedencia de reconocimiento por hechos de la demanda no incluidos en la pretensión.

1. Competencia del Consejo de Estado

Conforme al artículo 129 del Código Contencioso Administrativo², en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 del Consejo de Estado -modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003³-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las controversias de naturaleza contractual.

² “Artículo 129.- El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (...).”

³ “Artículo 13.- Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...)

“Sección tercera (...)

“Las controversias de naturaleza contractual.”

En el asunto que nos ocupa, el demandante presentó la acción contractual contra el Municipio de Rionegro –Antioquia-, por incumplimiento de varios contratos, y cuando presentó la demanda -19 de marzo de 1996- para que un proceso fuera de doble instancia la cuantía debía exceder de \$13'460.000, y en el caso concreto la pretensión mayor fue de \$25'484.032.

2. Lo probado en el proceso

Para orientar el alcance de la controversia se hará un recuento de las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, pero sólo las relevantes para justificar el sentido de la decisión que se adoptará.

a. Entre Construimos y Asociados Ltda. y el Municipio de Rionegro se suscribieron los contratos de obra pública Nos. 064, 065 y 029 de 1994, cuyo objeto consistió, respectivamente, en:

i) "Ampliación y construcción de la unidad Deportiva, Grupo C: Construcción (Parqueaderos) ubicada en la cabecera Municipal, cerca al Parque, en las cantidades, precios, especificaciones técnicas y demás condiciones establecidas en el anexo No. 1 del mencionado contrato" –fl. 54, cdno. 1-.

ii) "Ampliación y Construcción de la Unidad Deportiva, Grupo B: Construcción Plaza de Banderas, Teatro al Aire Libre, Andenes, ubicada en la cabecera Municipal, cerca al parque en las cantidades, precios, especificaciones técnicas y demás condiciones establecidas en el Anexo No. 1 del Contrato –fl. 90, cdno. 1-.

iii) "Construcción mediante el sistema de precios unitarios de la obra RECTIFICACIÓN, AMPLIACIÓN, PAVIMENTACIÓN, Y DEMÁS OBRAS COMPLEMENTARIAS VÍA LA NORMAL – SANTA ANA Y VÍA POLITÉCNICO SAN JOAQUIN (sic) localizada en el Municipio de Rionegro Antioquia, ciñéndose a los planos, pliegos de condiciones y especificaciones según la licitación pública No. 005 de 1994 del Departamento Administrativo de Valorización." –fl. 7, cdno. 1-.

b. El interventor le informó al Secretario de Obras del municipio -el 11 de septiembre de 1995- que en el acta final del contrato No. 064 de 1994 no se pagó \$2'765.935 porque se sobrepasó el valor del contrato. –fl. 141, cdno. 1-

c. El 28 de septiembre de 1995, el contratista le reclamó al Municipio el pago de varios perjuicios:

i) *Intereses de mora* por el retraso en la cancelación de actas de obra de los contratos No. 029, 064 y 065 de 1994 –fl. 126, cdno. 1- y

ii) "... el pago de las obras efectuadas... en el desarrollo del contrato 064-94... que no se pagaron en el acta final, pero que efectivamente entraron al patrimonio de la Entidad Pública, ya que fueron previamente ordenadas por esta sin que se recibiera retribución alguna por parte del contratista, ocasionando un enriquecimiento sin causa al Municipio, en detrimento de la firma contratita." Por este concepto reclamó \$2'765.935.

d. El 13 de diciembre de 1995 el alcalde contestó la anterior reclamación, negando la solicitud, en los siguientes términos:

i) No aceptó que se causaron *intereses de mora* en el pago de las actas.

ii) Tampoco reconoció el pago de las obras correspondientes al contrato No. 064 de 1994, porque si bien, se realizaron, se cancelaron al señor Omero Hurtado, "quien realmente ejecutó los ítems objeto de reclamación." –fl. 138, cdno. 1-

e. También se acreditó que en el *contrato No. 029* de 1994 las partes suscribieron las actas de pago Nos. 001, 002, 003, 004 y 005 –fls. 21 a 43, cdno. 1-. Asimismo, se suscribió el "ACTA DE RECIBO Y LIQUIDACIÓN DE OBRA" –fl. 50, cdno. 1-.

En el *contrato No. 064* las partes suscribieron las siguientes actas de pago: No. 01 y No. 02 –fls. 77 y 80, cdno. 1-. Además, firmaron el "acta de liquidación y recibo de obra", y se dispuso que: "La Secretaría de Obras Públicas, División Operativa, Diseño e Interventoría certifica que reciben a satisfacción las siguientes cantidades de obra, objeto del contrato." –fl. 83, cdno. 1-.

Finalmente, en el *contrato No. 065* las partes suscribieron las actas de pago No. 01 y 02 – fls. 114 y 117, cdno. 1-, y el "acta de recibo y liquidación de obra", donde expresaron que: "La Secretaría de Obras Públicas, División Operativa, Diseño e Interventoría certifica que reciben a satisfacción las siguientes cantidades de obra, objeto del contrato." –fl. 119, cdno. 1-.

f. Está demostrado que el *contrato No. 029* de 1994 tuvo un valor de 356'835.353 y el plazo de ejecución fue de 150 días calendario. No obstante, éste se adicionó en 45 días, mediante contrato suscrito el 3 de enero de 1995, con el objeto de ampliarlo –fl. 20, cdno. 1-.

En relación con los pagos de las obras, también está demostrado que se ejecutaron no sólo las obras *ordinarias*, sino también obras *extras* y *adicionales*, porque en las “actas de pago” Nos. 1, 2, 3, 4, 5 y en el *acta de recibo* –que equivale al acta de pago 6- consta que se ejecutaron y pagaron. Incluso, en la demanda el contratista afirma en los hechos que:

“Duración real de ejecución de la obra = 195 días; tiempo superior al contratado por solicitud de la administración en los últimos 30 días del plazo original para que se ejecutaran obras extras y adicionales que consistieron en obras de alcantarillado, por lo cual no se pudo pavimentar ni colocar la sub-base y base hasta cuando se terminara la construcción del alcantarillado por ello, El Municipio amplió el contrato en 45 días, produciéndole al contratista unos mayores gastos de administración y del equipo; ya que la sub-base y base sólo se hizo en los últimos 20 días adicionales.” –fl. 178, cdno. 1-.

En los términos indicados la Sala admite lo que afirma el demandante en la anterior cita.

3. Naturaleza jurídica del *Acta de liquidación bilateral*, y diferencia con las *Actas de obra* o *Actas de pago*.

A la Sala le corresponde resolver si los tres (3) contratos de obra objeto de este proceso se liquidaron bilateralmente, como lo concluyó el *a quo*, teniendo en cuenta que negó las pretensiones porque se liquidaron sin que el contratista dejara salvedades o reservas, debiendo hacerlo si aspiraba a demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Para resolver esta cuestión la Sala recuerda que en el expediente reposan tres (3) actas, denominadas por las partes “Acta de recibo y liquidación de obra” y “Acta de liquidación y recibo de obra”, de manera que se indagará si corresponden o no al “Acta de liquidación del contrato”.

3.1. La liquidación del contrato

La liquidación se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, una etapa del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el negocio, o mejor, la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.

La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y más adelante las partes valoran el resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y de las obligaciones surgidos del negocio, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a ellos, y que afectan la ejecución normal del mismo, con la finalidad de determinar el estado en que quedan las partes frente a éste.

En condiciones ideales, el contrato celebrado y ejecutado -según lo acordado-, conduce a que se liquide satisfactoriamente para ambas partes. Sin embargo, en ocasiones la ejecución se caracteriza por una serie de irregularidades, contratiempos y demás circunstancias sobrevenidas en esta etapa, que alteran las condiciones normales de desarrollo, lo que hace que una o ambas partes queden insatisfechas, y que por ende la liquidación no sea tranquila o normal, como pudo imaginarse cuando celebraron el contrato. En este último caso, las partes suelen formularse reproches, que se espera -no obstante- se resuelvan de consuno en la liquidación, y para eso intentan definir cómo quedan los derechos y las obligaciones, luego de la ejecución.

En este último caso, el esfuerzo que realizan puede frustrarse, es decir, no conducir a una liquidación de mutuo acuerdo, ya que las diferencias pueden ser tan profundas que impiden suscribir un documento que resuelva la situación. Cuando esto acontece, la ley contempla la posibilidad de que la administración liquide el contrato, es decir, que lo haga unilateralmente, asumiendo el poder excepcional de declarar el estado en que queda el negocio jurídico.

Es bueno precisar que si bien, lo normal es que la liquidación se produzca tan pronto termina la ejecución del contrato, existen situaciones en las cuales esto ocurre antes. Tal es el caso en que el contrato termina por una razón distinta a la ejecución: como cuando las partes lo hacen de común acuerdo, o lo hace el Estado en forma unilateral, o porque se declara la caducidad, o se presenta otra circunstancia imprevista que hace imposible continuar la ejecución. En estos, y en otros casos de similar naturaleza, la liquidación procede en los términos indicados.

Cualquiera sea la causa o forma como se llegue a la liquidación bilateral, lo cierto es que la jurisprudencia ha señalado, reiteradamente, que cuando esto acontece no es posible que las partes intenten una acción judicial para reclamar por los daños o inconformidades, si la parte interesada no dejó constancias de insatisfacción en relación con el aspecto que aspira a reclamar ante el juez.

En este sentido, constituye requisito para la prosperidad de las pretensiones de la acción contractual la existencia de la inconformidad, que debe estar expresa y escrita en el acta de liquidación bilateral. Por esto considera la Sala –sentencia de julio 6 de 2005, exp. 14.113- que: “... 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 de contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero si debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad...”.⁴

Este criterio aplicaba tanto en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, como en vigencia de la Ley 80 de 1993, y actualmente con la reforma introducida por la Ley 1.150 de 2007. En relación con las dos primeras disposiciones, la tesis se aplicó con fundamento en un criterio jurisprudencial⁵ y legal⁶, y frente a la última ley citada aplica, además, por

⁴ En esta línea de pensamiento había expresado esta Sección en la sentencia de 14 de febrero de 2002 –exp. 13.600-: “... no es dable jurídicamente exigir, como lo pretende el demandado, que la objeción contenga una relación completa, sustentada y detallada de cada uno de los rubros respecto de los cuales existe la divergencia; lo que es importante es que haya manifestado su desacuerdo en forma clara y concreta.”

Lo anterior dio pie a señalar que constancias puestas por las partes, como por ejemplo: “me reservo el derecho a reclamar o demandar”, no satisfacen la exigencia jurisprudencial.

En este sentido también expresó la Sala: “De acuerdo con lo anterior, la nota dejada por el demandante en el acta de liquidación del contrato suscrita el 8 de abril de 1991 ME RESERVO EL DERECHO A RECLAMAR, así para el juzgador pueda entenderse que es para pretender el reconocimiento de lo que reclamó directamente a la administración sin resultado positivo alguno, no abrió la instancia judicial para su examen al haber aceptado en forma expresa el acta de liquidación. Por ello, la pretensiones del demandante no están llamadas a prosperar ya que la liquidación del contrato por el mutuo acuerdo de las partes y sin salvedades expresas y concretas impide el examen judicial de la revisión de los precios del contrato.” (Sentencia de 9 de marzo de 2000, exp. No. 10.778.)

⁵ Debe tenerse en cuenta que desde hace ya muchos años esta Sala ha sostenido que: “La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe a quien y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad.

“Pero si el acta se suscribe con salvedades o la elabora unilateralmente la administración ante la negativa del contratista a suscribirla, le queda abierta a éste su posibilidad de impugnarla jurisdiccionalmente ante el juez del contrato.” (Sentencia de febrero 20 de 1987, exp. 4838.)

⁶ En la sentencia de esta Sección, de julio 6 de 2005 -Exp. 14.113-, se manifestó que existen dos razones que dan soporte normativo a esta exigencia: “A este respecto se debe precisar que, **el deber de dejar en el acta de liquidación, en forma clara y concreta, las constancias o reclamaciones, sí tiene fundamento normativo** y por eso mismo es exigible en las relaciones contractuales.

“En primer lugar, este hecho se funda en el artículo 1602 del Código Civil, aplicable por remisión al derecho de los contratos estatales, según el cual ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley

disposición normativa expresa en tal sentido –art. 11-, precepto que simplemente recogió la construcción que durante muchos años hizo el juez administrativo⁷.

Sobre la última disposición citada la Sección Tercera expresó en la sentencia del 14 de abril de 2010 –exp. 17.322-: “Pero en esta perspectiva urgen dos precisiones. En primer lugar, que el inciso final del art. 11 -citado al pie de página-, dispone que la parte que tiene derecho a efectuar salvedades, en el acta de liquidación bilateral, es *el contratista*, lo cual siendo cierto es insuficiente, pues resulta injustificado entender, a partir de allí –y por exclusión- que el *contratante* -es decir, el Estado- no tiene el mismo derecho, aduciendo que la norma no le adjudica esa oportunidad. La Sala entiende que se trata de un derecho para ambas partes: de un lado, porque a la luz del art. 13 de la CP.⁸ resulta injustificado sostener lo contrario y, de otro lado, porque lógicamente nada se opone a que también el contratante deje observaciones por su inconformidad con el resultado del contrato.

“En segundo lugar, la nueva norma citada no dispone que la ausencia de salvedades en el acta impida a las partes demandarse posteriormente, de modo que este aspecto o

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.

“En segundo lugar, este deber se funda en el ‘principio de la buena fe’, el cual inspira, a su vez, la denominada ‘teoría de los actos propios’, cuyo valor normativo no se pone en duda, 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 el artículo 1603, 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.’

“Queda, entonces, claro que la posición del *a quo*, compartida por esta Sala, tiene fundamento normativo suficiente, razón por la cual esta jurisdicción ha exigido su cumplimiento en las actas de liquidación bilateral de los contratos estatales.” (Negrillas fuera de texto)

⁷ Dispone el inciso final del art. 11 de la ley 1.150 de 2007 que: “Los contratistas tendrán **derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo**, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.” (Negrillas fuera de texto)

⁸ “Art. 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

consecuencia del tema sigue teniendo como fundamento la jurisprudencia de esta Sección, que no admite que las partes se declaren a paz y salvo o que guarden silencio frente a las reclamaciones que deben o debieron tener para el momento de la suscripción del acta de liquidación bilateral, y no obstante eso luego acudan a la jurisdicción, a solicitar una indemnización por los daños que sostienen haber padecido.

“Sobre estos conceptos, la Sección ha expresado lo siguiente, a lo largo del tiempo:

‘Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Sala que cuando la liquidación del contrato se realiza entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tengan cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de las prestaciones surgidas del contrato...’ (...)

‘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. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad.

‘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. Así tiene que ser. 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...’⁹

‘También ha dicho la sala que una vez liquidado el contrato por mutuo acuerdo de las partes contratantes, dado su carácter bilateral, tal acto no es susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, a menos que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o a menos que dicha liquidación se haya suscrito con salvedades o reparos por alguna de ellas, en el mismo momento de su firma.

‘Dicho de otra manera, de las salvedades o constancias efectuadas por el contratista en el acta de liquidación del contrato depende que pueda acudir ante el juez para que resuelva los reclamos que no atendió la administración durante su ejecución o para que los valores que reclamó en la diligencia de la liquidación y que no fueron atendidos, o no fueron allí incluidos, o expresamente le fueron negados, sean reconocidos’.¹⁰

⁹ Sentencia de mayo 17 de 1984 -exp. 2796, reiterada en la sentencia de 9 de marzo de 2000 -exp. 10778-

¹⁰ Sentencia de noviembre 20 de 2003, exp. 15.308. Así mismo había expresado la Sección que: “... 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

3.2. Naturaleza del documento denominado por las partes "Acta de recibo y liquidación de obra" o "Acta de liquidación y recibo de obra".

El anterior análisis conceptual es determinante para resolver el problema de fondo de esta controversia, porque con su ayuda se define la naturaleza jurídica que tienen las distintas actas de obra, pago y liquidación que suscriben las partes durante la ejecución de un contrato.

Para empezar, la Sala encuentra probado, con las denominadas *Acta de recibo y liquidación de obra* -fls. 50, cdno. 1 (correspondiente al contrato No. 29) y fl. 119, cdno. 1 (correspondiente al contrato No. 65)- y *Acta de liquidación y recibo de obra* -fl. 83, cdno. 1 (correspondiente al contrato No. 64)- que con ellas el contratista hizo entrega a la entidad pública contratante de la obra que, por lo demás, recibió a entera satisfacción. Declara el documento:

"La Secretaría de Obras Públicas, División Operativa, Diseño e Interventoría certifica que reciben a satisfacción las siguientes cantidades de obra, objeto del contrato." -fl. 119, cdno. 1-

Este documento tiene origen en las siguientes cláusulas del contrato No. 029 de 1994, donde se acordó:

"CLÁUSULA SÉPTIMA. FORMAS DE PAGO. Dentro de los quince (15) primeros días de cada mes calendario, siguientes al de la iniciación de los trabajos, el interventor hará los recibos de obra ejecutada en el mes anterior y procederá con el CONTRATISTA a ejecutar las liquidaciones correspondientes por medio de actas.

"CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA. ENTREGA Y RECIBO DE LA OBRA. El CONTRATISTA avisará con (15) días de anticipación la fecha en que se propone hacer la entrega definitiva y total de las obras y EL MUNICIPIO DE RIONEGRO – VALORIZACIÓN designará una comisión que dará aprobación a la obra, o hará las observaciones necesarias para que EL CONTRATISTA termine las obras a satisfacción de dicha comisión. A más tardar el último día de plazo, EL CONTRATISTA deberá tener debidamente terminadas y aprobadas las obras materiales de este contrato, para la entrega al MUNICIPIO DE RIONEGRO – VALORIZACIÓN por conducto de la interventoría y de los funcionarios que la comisionen para tal fin; si no las tuviere terminadas, no se le recibirán y esto sólo se hará cuando se hayan ejecutado todas las modificaciones y/o reparaciones exigidas de

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. ... "(Sentencia de junio 22 de 1995, Exp. No. 9965)

acuerdo con esta cláusula. La entrega definitiva se hará constar en acta final que firmarán las partes.

“PARÁGRAFO. El retardo en la entrega de la obra se sancionará con una multa del uno por mil (0.1%) del valor del contrato indicado en la cláusula quinta, por cada día común solar, una vez vencido el plazo estipulado y teniendo en cuenta las modificaciones a que hubiere lugar.” –fls. 14 y 17, cdno. 1-

Del mismo modo, en los contratos Nos. 064 y 065 de 1994 se dispusieron, entre otras, las siguientes cláusulas:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA OCTAVA: ENTREGAS PARCIALES DE OBRA.

“28.1 EL CONTRATISTA y el INTERVENTOR harán mensualmente y en forma conjunta la medición y computo de las cantidades de obra efectivamente ejecutada, las cuales deberá aprobar éste último. La obra que entregue el CONTRATISTA, deberá cumplir con las especificaciones prescritas y contar con previa aceptación escrita del INTERVENTOR.

“28.2 En un acta firmada por ambas partes contratantes, deberá constar, la clase de obra, la fecha, el sitio, las cantidades ejecutadas desde la medición anterior, los precios unitarios, los valores totales, las cantidades acumuladas entregadas hasta el mes anterior, y las cantidades totales entregadas hasta el último día del mes a que se refiere la misma acta.”

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA: ENTREGA Y RECIBO DE OBRA

“30.1 A más tardar el último día del plazo fijado por EL MUNICIPIO para la entrega de cada parte o ítem de obra determinado en el plan detallado de entrega, el CONTRATISTA deberá tener debidamente terminadas las obras correspondientes, para su recepción por EL MUNICIPIO por conducto del INTERVENTOR.

“La entrega definitiva de la obra se hará contar en el acta final del recibo de ésta. Firmada por ambas partes, en la cual deberá figurar las cantidades y costos de la obra ejecutada. Los correspondientes pagos finales se harán una vez constituidas las fianzas de que trata los numerales 11.3 y 11.4 de la Cláusula Décima Primera de este Contrato, se hayan entregado los planos definitivos de obra ejecutada y se hayan cumplido los requisitos exigidos en la Cláusula Trigésima Séptima (sic) del mismo. Para tal efecto EL MUNICIPIO expedirá una constancia en la cual se relacionarán los pagos y retenciones efectuadas, indicando el saldo a favor o en contra del CONTRATISTA. Las actas de recibo parcial de la obra no implicarán la aceptación definitiva de ésta y EL MUNICIPIO podrá tomar posesión o hacer uso de ella antes de su entrega final.” –fls. 68 y 71, cdno. 1-

Asimismo, en estos últimos dos contratos se dispuso:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA TERCERA: LIQUIDACIÓN DEL PRESENTE CONTRATO.

“A la terminación de presente Contrato, las partes, suscribirán un Acta en la cual conste detalladamente la liquidación definitiva del presente

Contrato, la constancia de recibo a satisfacción de las obras y la certificación por parte de EL MUNICIPIO de paz y salvo a favor del CONTRATISTA por todo concepto.” –fl. 72, cdno. 1-

Como se observa, las partes acordaron suscribir periódicamente las *Actas de avance de obra*, para los exclusivos efectos de su pago, forma de pago usual en esta clase de contratos. No obstante, el nombre que le dieron a las mismas es ambiguo, y se presta para confusión, pues el contrato las denomina, por ejemplo, “Acta de recibo de obra ejecutada”, para cuya elaboración procederán a “ejecutar la liquidaciones... por medio de actas”; cuando se trata de simples *Actas de avance de obra*, también denominadas *Actas de pago*, lo que dificulta diferenciar unas de otras.

Debido a esta confusión, en la cual finalmente incurrió el *a quo*, se debe analizar la naturaleza real de los documentos denominados por las partes “*Acta de recibo y liquidación de obra*” o “*Acta de liquidación y recibo de obra*”. Para la Sala el demandante –ahora apelante- tiene razón al considerar que esas actas no contienen la *liquidación del contrato*, sino simplemente la cuantificación económica del trabajo ejecutado el mes anterior a su suscripción. Dos razones sustentan esta afirmación.

De un lado, el hecho de que ellas mismas se denominaron, sencillamente, como *Acta de recibo y liquidación de obra*, es decir, las partes -al suscribirla- entendieron entregar la obra, el contratista; y recibirla, el municipio. Mal podría deducirse de allí que además se *liquidó* el contrato, cuando al firmar no tuvieron esa intención.

Entre otras cosas, quien debe liquidar un contrato es el jefe o representante legal de la entidad contratante y el contratista. En cambio, las *actas* que se comentan las suscribieron: i) Contrato No. 029 de 1994: el representante legal de la empresa contratista, el Jefe de la División Técnica y la Directora de Valorización; ii) Contratos No. 064 y 065 de 1994: el representante legal de la empresa contratista, el Secretario de Obras Públicas y el Jefe de la División Operativa, Diseño e Interventoría. Ninguno de los dos funcionarios que actuó en nombre del Municipio tenía competencia para liquidar el contrato, en cambio sí la tenían para medir y cuantificar la obra ejecutada el mes anterior.

En estos términos, no tiene razón el *a quo* al concluir que las actas aludidas además de recepcionar la obra liquidaron los contratos, pues ni la intención fue esa ni literalmente se declaró algo semejante, además de que el contenido tampoco se ajusta a las exigencias legales para que tuviera esa naturaleza. En conclusión, estas actas no contienen lo que técnicamente debe calificarse como documento bilateral que salde el contrato, porque liquidar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa:

“Liquidar. 1. tr. Hacer líquido algo sólido o gaseoso. U. t. c. prnl., **2. tr. Hacer el ajuste formal de una cuenta. 3. tr. Saldar, pagar enteramente una cuenta. 4. tr. Poner término a algo o a un estado de cosas. 5. tr. Gastar totalmente algo, especialmente dinero, en poco tiempo. Liquidó su hacienda en unos meses. 6. tr. Desistir de un negocio o de un empeño. 7. tr.** Romper o dar por terminadas las relaciones personales. *Fulano era mi amigo, pero ya liquidé con él.* **8. tr. vulg.** Desembarazarse de alguien, matándolo. **9. tr. vulg. Acabar con algo, suprimirlo o hacerlo desaparecer. 10. tr. Com. Dicho de una casa de comercio: Hacer ajuste final de cuentas para cesar en el negocio. 11. tr. Com.** Vender mercancías en liquidación. **12. tr. Der. Determinar en dinero el importe de una deuda.”**

En estos términos, la liquidación supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para dar por concluido un contrato.

La Sala echa esto de menos en las Actas que se analizan, pues se desconocen las actividades realizadas, los pagos efectuados, la manera como se contabilizó el tiempo de entrega y recibo de los productos, lo que faltó por ejecutar, entre muchos otros aspectos que son de la esencia y naturaleza de un acta de liquidación, sin lo cual ésta no adquiere la calidad que la ley le asigna. Por tanto, la ausencia de este contenido mínimo impide asignarle a los documentos -como los suscritos en el presente caso- la capacidad y aptitud para liquidar los contratos, por adolecer del contenido mínimo para entender que lo hace.

Por las razones expuestas la Sala revocará la decisión apelada, y estudiará de fondo las pretensiones de la demanda, de la manera que se expone a continuación.

4. Declaración oficiosa de la excepción de *ineptitud de la demanda*, en forma parcial.

La demandante solicitó que se declare el incumplimiento de los tres contratos de obra por: i) falta de reconocimiento de los intereses causados por el no pago oportuno de las actas de obra, ii) falta de pago de la mayor permanencia en el contrato No. 029 y su convenio adicional y iii) por ausencia de pago de obras debidamente ordenadas por el Interventor del contrato y ejecutadas por el demandante, por valor \$2'765.935 -contrato No. 064 de 1994-.

Se declarará la ineptitud sustantiva de la demanda, pero en forma parcial, frente a las pretensiones que se acaban de identificar como *i)* y *iii)*. No obstante, se estudiará de fondo la pretensión relativa a la mayor permanencia en la obra – identificada como *ii)*-, porque no fue objeto de pronunciamiento de la administración municipal antes de presentarse la acción de controversias contractuales. Además, se referirá a los reajustes precisados en el acápite de los hechos de la demanda, pero que no se concretaron en la pretensión. Esta decisión obedece a las razones que se exponen a continuación:

La demanda es el instrumento a través del cual se ejercita el derecho de acción, es decir, inicia el proceso judicial para obtener -mediante la sentencia- la resolución de las pretensiones que formula el demandante¹¹. Considerando, entonces, la importancia que tiene la demanda como mecanismo introductorio del proceso, es preciso tener en cuenta que la ley ha establecido diversos requisitos para el cumplimiento del presupuesto procesal denominado "demanda en forma".

¹¹ Devis Echandía definió la demanda en los siguientes términos: "El derecho de acción abstracto, subjetivo y público a que se realice un proceso y se dicte una sentencia, debe ejercitarse por medio de un instrumento adecuado. Es decir, como la acción es un derecho y como por su ejercicio se impone al funcionario público, sujeto pasivo del mismo en representación del Estado, la obligación de proveer, es obvio que ese derecho debe ser ejercitado mediante la comunicación de su titular con el juez y que sólo mediante este medio se surten sus efectos. Pero esto no quiere decir que la acción se origine con el proceso, porque ella existe antes de ser ejercitada (véase num. 106). (...)

"Desde este punto de vista, la demanda es el instrumento para ejercitar la acción, y no se la debe confundir con ésta; pues en la demanda se contiene, además, la pretensión del demandante (véase num. 127). En efecto, quien presenta una demanda no se limita a pedirle al juez que mediante un proceso dicte una sentencia, sino, además, que en esta sentencia le resuelva favorablemente determinadas peticiones para satisfacer su interés, lo que no constituye objeto de la acción, sino de la pretensión. Esta no puede formularse sin la demanda." (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal, teoría general del proceso Tomo I, Sexta edición. Editorial ABC. Bogotá, 1978. Pág. 373

De acuerdo con esto, no cualquier escrito denominado demanda pone en funcionamiento la jurisdicción, toda vez que se debe cumplir con los requisitos dispuestos por la ley para estructurarla en debida forma. Es así como, el Código Contencioso Administrativo reguló su contenido mínimo en los artículos 137 a 139¹² y, por tanto, para estructurarla de conformidad con las normas legales, es necesario acudir, únicamente, a lo establecido en esas disposiciones. En este sentido, los artículos 137 y 138 prescriben:

“Art. 137. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

“1. La designación de las partes y de sus representantes.

“2. **Lo que se demanda.**

“3. Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción.

“4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

“5. La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer.

“6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.” (Resalta la Sala)

“Art. 138. Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

“Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

“Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

“Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren.” (Negrillas fuera de texto)

En cuanto a la necesidad de cumplir los requisitos exigidos para la presentación de una demanda en forma -y pueda existir proceso judicial-, la doctrina ha señalado:

“La acción se dirige al juez, y por eso los sujetos de ella son únicamente éste y el actor; la pretensión va dirigida a la contraparte, necesarios para que pueda originarse el proceso, **debe contener lo que se pide, con sus fundamentos de hecho y de derecho; es decir, la pretensión y su razón. Para que el objeto de la acción se cumpla y haya proceso, basta que se reúnan los**

¹² Cabe advertir que, considerando que el Código Contencioso Administrativo reguló lo concerniente al contenido de la demanda, no es necesario acudir, de acuerdo con el artículo 267 del CCA, a lo dispuesto sobre la materia en el Código de Procedimiento Civil. Dicho artículo dispone: “En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo.”

presupuestos procesales (competencia, capacidad de las partes, debida representación, ausencia de vicios de nulidad, condiciones de forma para toda demanda y las especiales para la clase de proceso de que se trata; véanse num. 157-162); pero para que prospere la pretensión y la sentencia sea favorable, se requiere, además, que el actor pruebe el derecho en que la funda, que ese derecho no sea desestimado por consecuencia de una excepción del demandado, que se tenga legitimación en la causa e interés sustancial para obrar y que se reúnan los demás presupuestos materiales y sustanciales estudiados en el capítulo XV.”¹³ (Negrilla fuera del texto)

Conforme a lo anterior, y teniendo presente que este análisis se realiza para estudiar la procedencia de la excepción de inepta demanda, es preciso considerar que se constituye, exclusivamente, cuando falta alguno de los presupuestos expresados, esto es, cuando no se cumple lo prescrito en los artículos 137 a 139 del CCA.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala recuerda que la legislación que rigió los tres contratos de obra suscritos entre el Municipio de Rionegro y la Sociedad Construimos y Asociados Ltda. fue la Ley 80 de 1993, porque se celebraron: el 18 de julio de 1994 -el No. 029- y el 14 de octubre de ese año -los acuerdos No. 064 y 065-. Para enfocar la solución al problema jurídico que ofrece el caso *sub iudice*, habrá de reiterarse la tesis sostenida en la sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 12 de febrero de 2014 -exp. 21.576- que resolvió un caso similar, es decir, una demanda por incumplimiento contractual previamente resuelta por la entidad contratante mediante actos administrativos proferidos durante la ejecución del contrato -tesis que se ha sostenido en múltiples providencias, incluso algunas de esta misma Subsección, entre ellas: sentencia de diciembre 19 de 1990 -exp. 3.351-; sentencia de febrero 8 de 1996 -exp. 8.827-, sentencia de 22 de abril de 2009 -exp. 15.598-; sentencia del 24 de enero de 2011 -exp. 16.492- y sentencia del 26 de marzo de 2014 -exp. 25.389-.

En este orden, en el proceso está demostrado que el Municipio de Rionegro le negó al contratista, mediante un acto administrativo del 13 de diciembre de 1995, el pago de los *intereses de mora* por la cancelación tardía de las actas de obra, y también la solicitud de *reconocimiento de las obras ejecutadas* en el contrato No. 064 de 1994.

Al examinar las pretensiones de la demanda, la Sala precisa que se solicitó: i) el pago de intereses por la cancelación tardía de las actas de obra de los tres contratos, ii) la remuneración de las obras que no se reconocieron en el acta final del contrato No. 064

¹³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. Cit. Pág. 374.

de 1994 y iii) la mayor permanencia en la obra en el acuerdo No. 029 de 1994 –se aclara que en los hechos de la demanda se incluyeron los reajustes del contrato No. 029 de 1994, pero no se solicitaron en la acción contractual-.

Pese a la formulación de las anteriores pretensiones, el demandante no cuestionó o demandó la validez del acto administrativo que profirió el municipio el 13 de diciembre de 1995, en virtud del cual negó al contratista las dos primeras pretensiones. Y no hay duda que coinciden con la reclamación que el contratista le presentó el 28 de septiembre de 1995, resuelta el 13 de diciembre de 1995, y también –parcialmente- el 19 de septiembre de ese mismo año.

Esto significa que la decisión que el Municipio adoptó quedó sin control, y con presunción de legalidad, porque el incumplimiento del contrato -a juicio del demandante- se ocasionó con el pago inoportuno de las actas y la falta de cancelación de algunas obras del contrato No. 064 de 1994. De manera que no es posible declarar, coetáneamente, que se desconocieron las obligaciones contractuales -por parte de la entidad- al tiempo que la legalidad de los actos administrativos –sobre los que se basa el incumplimiento- permanecen incólumes.

Por esta razón, la Sala declarará, oficiosamente, la excepción de ineptitud sustantiva *parcial* de la demanda, porque si fuera cierto que el municipio incumplió el contrato, por las dos razones comentadas, habría que anular los actos administrativos; pero la demandante no formuló esta pretensión, a pesar de exteriorizar su inconformidad, así que esos actos se presumen válidos.

Sin embargo, la pretensión por *mayor permanencia* no fue objeto de reclamación administrativa del contratista, así que no hubo pronunciamiento previo de la entidad, razón por la cual se estudiará de fondo¹⁴. Además, basta observar el artículo 138 del

¹⁴ Esta tesis se ha reiterado en muchas ocasiones. Por ejemplo, en la sentencia de diciembre 19 de 1990 -exp. 3.351-, la Sección Tercera se inhibió para fallar debido a que, existiendo un acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato, el demandante no impugnó su legalidad. Al respecto sostuvo: “Existe otro impedimento para el pronunciamiento de fondo de la controversia, cual es la no impugnación del acto de liquidación, dictado unilateralmente por el Fondo. Está bien probado que ese acto se produjo y que no fue suscrito por el contratista. Esta no suscripción le abrió también la puerta para su impugnación, pero se omitió también esa salida. Ha dicho la jurisprudencia, con apoyo en el estatuto contractual, que cuando la administración no logra acuerdo de liquidación con el contratista o éste no interviene en esa operación, debe hacerlo unilateralmente mediante acto administrativo debidamente motivado, contra el cual, luego de su notificación, podrá agotarse la vía gubernativa. Acto administrativo que, como tal, tendrá que impugnarse cuando la pretensión del contratista parta de realidades diferentes.”

Posteriormente, decidiendo el grado jurisdiccional de consulta, conoció de una sentencia que dirimió el conflicto contractual entre EMPOSUCRE y el señor Eduardo Ojeda Ávila. En esa oportunidad la Corporación realizó un análisis sobre la liquidación del contrato, concluyendo que cuando se está en desacuerdo con ella -ya sea parcial o totalmente-, se debe demandar, expresamente, el acto administrativo que contiene la liquidación. Los términos de la providencia son los siguientes: “Se hace el recuento precedente para entender el sentido de los siguientes hitos jurisprudenciales ya reiterados:

“a) Ordinariamente los contratos de obra pública y de suministro deberán liquidarse a su terminación normal o anormal, para definir quién debe a quién y cuánto.

“b) Si las partes liquidan de común acuerdo y el acta se suscribe sin salvedades, en principio, no podrá impugnarse jurisdiccionalmente, salvo que haya habido un vicio en el consentimiento de una de las partes que intervino en el convenio.

“c) Si el acta se suscribe con salvedades, el debate jurisdiccional será posible, pero sólo en lo que fue materia de desacuerdo.

“En este evento, no habrá que pedir la nulidad del acta respectiva. Se entiende sí que en lo que no hubo desacuerdo el acta permanecerá intangible.

“d) Pero puede suceder que el contratista no comparezca a la liquidación o se niegue a suscribir el acta por tener objeciones en cuanto a su contenido. Aquí, la administración tendrá que liquidar el contrato mediante resolución motivada, o sea por acto administrativo. **En esta hipótesis, como la lesión al contratista la produce dicho acto, para efectos del resarcimiento deberá pedirse expresamente su nulidad; petición que no convierte esta acción en una de restablecimiento, porque su índole estrictamente contractual no se pierde con la existencia de la aludida resolución.**” (Resalta la Sala) -Sección Tercera. Sentencia de marzo 15 de 1991, exp. 6.053-

Así mismo, en sentencia de marzo 15 de 1991, se analizó un caso similar, pues existiendo acto administrativo de liquidación este no fue demandado, pero se solicitó la declaratoria de incumplimiento contractual. Se razonó entonces del siguiente modo: “Si en la demanda el actor se limita a pedir que se declare el incumplimiento del contrato por parte de la entidad administrativa, y no ataca la validez de las resoluciones que liquidaron el contrato, tales resoluciones se convierten en un obstáculo para revisar si en ellas la administración reconoció las cargas patrimoniales que se derivaron de la ejecución del contrato en particular, puesto que el acto administrativo de liquidación de un contrato, una vez ejecutoriado y en firme, queda amparado por la presunción de veracidad en todos los aspectos de hecho y de derecho.

“En las anteriores condiciones, si se toma en cuenta que las resoluciones mediante las cuales se liquidó unilateralmente el contrato y se confirmó la liquidación, por tratarse de típicos actos administrativos, luego de su ejecutoria quedaron en firme y amparados por la presunción de legalidad, de tal forma que sólo eran susceptibles de impugnación mediante el ejercicio de la acción contractual ante esta jurisdicción. No obstante, como se deduce del examen del expediente, en este proceso no se demandó la nulidad de ninguno de tales actos, omisión que indefectiblemente conduce a concluir que los mismos se encuentran vigente (sic) y que, por consiguiente las determinaciones tomadas por la administración en este proceso deben mantenerse sin modificación.” -Sección Tercera. Sentencia de marzo 5 de 1994, exp. 8857-

Y en sentencia de febrero 8 de 1996 -exp. 8.827-, analizando la controversia surgida entre la sociedad Gutiérrez Contreras Ltda. contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja, y a título de *obiter dicta*, la Sección reiteró la obligación de controvertir -en la acción contractual- el acto administrativo de liquidación. Allí sostuvo: “Aunque con lo anteriormente expuesto, sería suficiente para desestimar las súplicas de la demanda, la Sala agrega que el demandante, en el presente proceso no impugnó la resolución No. 0622 del día 28 de agosto de 1.989, que contiene la liquidación del contrato. Esta realidad lleva al sentenciador a dejar incólume la legalidad del mismo, pues este aspecto no fue cuestionado a lo largo del informativo (...). Pues bien, dentro del anterior marco jurisprudencial, es verdad que la liquidación que hicieron las partes del negocio jurídico debe ser mantenida, pues si bien es cierto, el actor solicita que se declare el incumplimiento

C.C.A., para constatar que la pretensión anulatoria no excluye otras, y que, *contrario sensu* a lo expuesto por el *a quo*, bien podía el demandante solicitar la nulidad del acto, la liquidación y el incumplimiento del negocio¹⁵.

del contrato, guardó silencio (sic), en cuanto hace relación a la impugnación del acto administrativo que recoge la liquidación del contrato, y como el *a-quo*, lo observó:

“ ‘Aquí no se ha cuestionado, no se ha demandado, en ningún momento la resolución 00672 del 28 Agosto de 1989, que contiene la liquidación. Entonces ese es un acto administrativo que tiene plena presunción de legalidad y que permanece intacto por no haber sido cuestionado’.”

En otra ocasión la Sala analizó una demanda que pretendía la condena de la entidad pública contratante, por incumplimiento del contrato. En esa oportunidad se acreditó que el convenio se liquidó unilateralmente, a través de un acto administrativo, actuación contra la cual se interpuso recurso de reposición, pero, al acudir a la jurisdicción, el contratista no demandó su legalidad, por tanto, luego de que el *ad quem* advirtió que la acción contractual exige la impugnación de dicho acto, se inhibió para fallar de fondo. En tal sentido sostuvo: “La liquidación del contrato implica, entonces, un ajuste de cuentas definitivo; en ella se fija lo que a la terminación del contrato la entidad quedó debiendo al contratista o lo que éste le quedó debiendo a aquélla, por causa de las obligaciones cumplidas en desarrollo del contrato y las actualizaciones a que pudo tener derecho, o los sobrecostos en que incurrió en razón de la prórroga del plazo del contrato, extremos que generan créditos a su favor que tienen origen en el contrato mismo y que por ende deben ser resueltos en el acta de liquidación; y que si el contratista no impetra la nulidad de la misma, no puede luego reclamar adiciones sobre las sumas establecidas, que tienen el carácter de definitivas.
(...)

“En el *sub iudice* la contratista no firmó el acta de liquidación por no estar de acuerdo con ella; habría podido firmarla y mencionar en el acto sus objeciones, lo que le hubiera permitido demandar directamente.

“Al no firmar el acta, la entidad profirió una resolución de liquidación unilateral del contrato, contra la cual el actor interpuso recurso de reposición, agotando, como lo advierte el mismo en su demanda, la vía gubernativa.

“Pero lo extraño aquí, es que habiendo agotado dicha vía, el demandante no hubiese demandado la nulidad del acto de liquidación y de la resolución que confirmó su contenido; lo que no le permite a la jurisdicción pronunciamiento de fondo sobre las peticiones formuladas en su demanda.

“El hecho de que la acción sea contractual, como el mismo demandante lo advierte en su escrito de alegaciones, no impedía la impugnación de los actos comprensivos de dicha liquidación, ya que la presencia del acto contractual que en alguna forma incida o afecte la relación negocial, no convierte la acción en una de nulidad o de nulidad y restablecimiento, como lo ha reiterado la jurisprudencia.” - Sección Tercera. Sentencia de agosto 15 de 1996, exp. 9.818-.

¹⁵ En otro proceso se llegó a la misma conclusión, al analizar una controversia contractual entre la sociedad Sumar Ltda. y Empresas Públicas de Medellín ESP., donde la Sala se inhibió para fallar de fondo, considerando que el demandante no controvertió el acto administrativo de liquidación proferido por la entidad pública, por tanto, consideró que no era posible realizar un juicio de legalidad frente a dicho acto, el cual, luego de notificado, alcanzó su ejecutoria. Al respecto se expresó: “Si como se indicó, la entidad adoptó mediante acto administrativo la liquidación que la contratista se negó a suscribir precisamente porque no contenía el reconocimiento de los valores que reclamó directamente a la entidad y que ahora reclama ante esta jurisdicción, fácil resulta inferir que su petición quedó claramente definida mediante un acto administrativo que se presume legal y goza de propiedades como las de tener carácter ejecutorio y ejecutivo, por virtud de las cuales, una vez en firme, ‘es suficiente por sí mismo para que la Administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento’ (art. 64 C.C.A.).

“Cabe igualmente advertir que en el caso concreto el demandante formuló su demanda mediante cuestionamientos claros al acto de liquidación unilateral del contrato, como quiera que afirmó

Esta situación es frecuente en materia contractual, pero la legislación¹⁶ y la jurisprudencia de esta Corporación han sido enfáticas en señalar que es necesario individualizar con claridad el acto administrativo que define una situación jurídica contractual, so pena de que la demanda sea inepta, y el estudio de las pretensiones inocuo. Por ejemplo, la Sección Tercera, Subsección B, en sentencia del 9 de diciembre de 2011, expediente No. 20.410, estableció, en esta línea argumentativa, que¹⁷:

“Esta exigencia tiene su explicación lógica, pues si se trata de excluir del tráfico jurídico una decisión ilegal que se halla contenida, como ya se explicó, en dos actos materialmente diferentes, los dos tienen que ser objeto de la declaratoria de nulidad, pues perviviendo uno de ellos, resulta inane la decisión judicial y se produce una situación contradictoria en virtud de la cual, subsistiría un acto que en esencia resulta ilegal, pero que por no haber sido demandado, no fue declarada su nulidad. Al respecto, el Consejo de Estado, en sus distintas secciones, se ha pronunciado sobre la necesidad de la correcta individualización del acto y las consecuencias derivadas del incumplimiento de dicho deber (...).”

Cabe advertir que, lastimosamente, al juez contencioso administrativo no le está permitido, oficiosamente, estudiar la validez de un acto administrativo contractual como estos, por ende, quien en vigencia del C.C.A. pretendía dejarlo sin efectos tenía la carga de demandarlo, para garantizar el derecho de defensa de la contra parte. Por esta razón,

reiteradamente que la entidad le adeudaba sumas de dinero que no quiso reconocer en oficios que le remitió durante la ejecución del contrato, ni en el acto administrativo por medio del cual lo liquidó. Con este propósito solicitó pruebas encaminadas a probar que la entidad aún le adeudaba sumas de dinero por la ejecución de prestaciones derivadas del contrato y en todas las oportunidades procesales manifestó que se había negado a suscribir el acta de liquidación bilateral del contrato porque en ella no se consignaba el reconocimiento de las sumas reclamadas.

“Se tiene por tanto que si las pretensiones contenían cuestionamientos, expresos o tácitos, al acto de liquidación unilateral, resultaba necesario pedir su nulidad, conforme lo ha precisado la Sala en varias providencias.

“(..)

“La anterior consideración ha sido reiterada en diversas providencias, en las que se afirmó que si el contratista no impugna el acto administrativo por medio del cual la Administración liquidó el contrato unilateralmente, ya sea mediante los recursos de la vía gubernativa o de las acciones contencioso administrativas, las decisiones adoptadas en tal acto son intangibles y se tornan inmodificables.” - Sección Tercera. Sentencia de diciembre 5 de 2007, exp. 14.460-.

¹⁶ El inciso primero del artículo 138 del C.C.A., establece que “Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.”

¹⁷ Respecto a la correcta individualización del acto y las consecuencias derivadas de su incumplimiento Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 15 de abril de 2010, radicación 11001032400020030032301; Sección Segunda, sentencias de: 19 de junio de 2008, exp. 6336-05; 19 de junio de 2008, exp. 0963-07 y 18 de mayo de 2011, expediente 1282-10; Sección Tercera, sentencias de: 14 de abril de 2005, expediente 11849; 27 de noviembre de 2006, expediente 22099; Sala Plena sentencia de 12 de diciembre de 1988, exp: S-047.

la Sección Tercera, en eventos como el relatado, y de manera uniforme y sistemática, ha declarado, oficiosamente, la ineptitud sustantiva de la demanda, porque resulta inocuo estudiar el asunto de fondo si el acto administrativo que resolvió la situación jurídica está vigente, y no se demandó. En este sentido, se pronunció en la misma sentencia del 9 de diciembre de 2011, expediente 20.410¹⁸:

“La falencia advertida en la demanda que dio origen al presente proceso impide decidir sobre las pretensiones, pues no puede el juzgador, oficiosamente, pronunciarse sobre la validez de un acto administrativo que no fue demandado y resultaría inane el estudio de la resolución que sí lo fue, pues no contiene la decisión de fondo que origina la inconformidad del actor, la cual en todo caso subsistiría como acto presuntamente legal. En tales condiciones, encuentra la Sala que hay una ineptitud sustantiva de la demanda, toda vez que no fue individualizado en debida forma el acto administrativo objeto de la demanda y en consecuencia, resulta imposible proferir una decisión de fondo sin transgredir el principio de congruencia de las sentencias, razón por la cual se proferirá un fallo inhibitorio.”

il, que dispone:

“Art. 306. RESOLUCION SOBRE EXCEPCIONES. Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.
“(...)”

Incluso, la ley especial vigente para la fecha de celebración y ejecución del negocio – Decreto 01 de 1984-, también facultó al juez para declarar la excepción. El artículo 164 del CCA. estableció:

“Art. 164. Excepciones de fondo. (...)”

“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.
“(...)”

“El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la *reformatio in pejus*.”

¹⁸ Sobre la carga del demandante de individualizar el acto demandado, se pronunció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 37513.

Por esta razón, es ineludible para el juez administrativo pronunciarse sobre una excepción que encuentre probada, aun cuando no la proponga el demandado, salvo que se trate de: compensación, nulidad relativa o prescripción. Por ende, si la advierte debe declararla. Ahora, como la excepción acreditada es la ineptitud de la demanda, no está entre las prohibidas.

De otra parte, y como reiteradamente se ha expresado, la ineptitud sustantiva se declarará *parcialmente*, porque frente a la pretensión por "mayor permanencia en el contrato No. 029 de 1994", el contratista no formuló reclamo previo a la presentación de la demanda, así que la entidad no se refirió al respecto, razón por la cual a continuación se estudiará la pretensión.

5. Valoración de la responsabilidad que se produce por la *mayor permanencia* en la obra de un contratista, derivada de la celebración de un *contrato adicional*.

Está acreditado en el proceso que el valor del contrato No. 029 fue de \$356'835.353 y el plazo inicial de 150 días. Sin embargo, el contratista asegura que la duración real fue de 195 días, porque el Municipio *ordenó* ejecutar obras *extras* y *adicionales* -alcantarillado-, lo que impidió pavimentar y colocara la sub-base de la vía –actividades que hacían parte del contrato inicial- en la etapa originalmente prevista. Por esta razón –añade el contratista- el municipio amplió el plazo en 45 días, produciéndole mayores gastos de *administración* y *equipo*, ya que la base y la sub-base solo pudo colocarse en los últimos 20 días del plazo adicional. Por esta razón reclama el pago de los perjuicios que sufrió.

Se negará la pretensión, porque la mayor permanencia en la obra que se discute tiene por causa un *contrato adicional* suscrito por el demandante, de manera que cuando lo celebró debió calcular con precisión de negocio dos aspectos que lo afectaban: i) el costo que representaba desplazar en el tiempo las actividades originales del contrato, y ii) el costo de ejecutar obras adicionales y/o extras, según se explica a continuación.

5.1. Reglas orientadoras de la ejecución contractual –transparencia-deber de información, *pacta sunt servanda*, buena fe, *rebus sic stantibus*- y efectos sobre la conducta de las partes, sobre la interpretación de las cláusulas y sobre la valoración de la mayor permanencia en la obra.

La Sala advierte que no accederá a la pretensión que se estudia, y para justificarlo analizará el grado de vinculación que produce entre las partes el contrato estatal.

Recuérdese que tanto los negocios jurídicos de derecho privado como los de derecho público se rigen por el principio *lex contractus, pacta sunt servanda*, previsto en el artículo 1602 del CC., trasladado del ordenamiento jurídico francés -artículo 1134-, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes, y obligan en lo que allí se dispone¹⁹, en consecuencia, sólo pueden invalidarse por su voluntad o por causas legales.

Esta disposición se armoniza con el principio de *buena fe* contractual²⁰, que rige todos los negocios jurídicos, previsto en el artículo 1603 del Código Civil:

“Art. 1603. Ejecución de buena fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

Este mismo principio lo analizó la Sección Tercera del Consejo, en la sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 24.217, donde dispuso:

“En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio ‘*lex contractus, pacta sunt servanda*’, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados 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 ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. (...).”

“A partir de la *communis intentio* (1618 C.C.) que aparece exteriorizada en el cuerpo de la cláusula segunda, se concluye que las partes tenían en claro que la forma de pago se haría de esa manera simple: una mitad como anticipo y otra restante con la entrega final

¹⁹ “Artículo 1602. Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

²⁰ La Sala de Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el principio de buena fe, vinculado al aforismo *pacta sunt servanda*. En la sentencia del 31 de mayo de 2010, exp. 05178-01, dispuso: “Justamente, el contrato, *rectius*, acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas (arts. 864 Código de Comercio y 1495 Código Civil), obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición (*essentialia negotia*), ley, uso, costumbre o equidad (*naturalia negotia*) o expresamente pactado (*accidentalialia negotia*), en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, constituye un precepto contractual o norma obligatoria (*pacta sunt servanda, lex privata, lex contractus*, artículos 1501, 1602, 1603 y 1623, Código Civil; 871 Código de Comercio), y su observancia vincula a los contratantes.

del equipo por parte del contratista. O lo que es igual, no existía - como alega el recurrente- otra forma pactada que derivase de la oferta. (...) 6. A este propósito la Sala reitera lo expuesto en torno al alcance de la hermenéutica contractual y la importancia que tiene determinar el significado que tuvo para las partes en su momento una cláusula contractual. (...) El contenido de los artículos 1602 y 1618 del Código Civil colombiano representa el principio y fin de la institución contractual, en atención a que la autonomía de la voluntad, en condición de fuente de derechos y obligaciones, se objetiva en el contrato y cobra desarrollo pleno cuando es interpretada y se le asignan efectos conforme a la intención común de los contratantes."

En virtud de este principio, la voluntad de las partes solo puede desconocerse por esta misma causa, es decir por la autonomía común de deshacer los pactos como se hicieron - o por causas legales-. En este horizonte, con ayuda de este entendimiento hay que establecer si en los contratos estatales donde se formulan reclamaciones por *mayor permanencia en la obra*, producida por la celebración de un contrato adicional -en plazo y/o en valor-, es posible alegar desequilibrio económico cuando la causa esgrimida es anterior a la suscripción del nuevo negocio jurídico.

Para resolver esta cuestión no basta hacer un análisis preliminar y recortado de ese principio que reviste todos los acuerdos jurídicos -equilibrio financiero de los contratos-, es necesario abordar éste y otros, propios de la contratación en general, que se aplican, especialmente, en los negocios jurídicos sinalagmáticos -donde la correspondencia entre las partes debe ser ecuánime- y conducir su aplicación a eventos en los cuales la entidad, generalmente, alega el reconocimiento de los conceptos señalados -mayor permanencia y sus consecuencias-.

a) Principio de transparencia y deber de información en el negocio. El primer principio o sustento axiológico que permite definirlo es el de *transparencia* contractual, esencial antes de la celebración de los negocios jurídicos. Consiste en la manifestación de las condiciones del acuerdo previo a su suscripción, de modo que, en términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los acuerdos se adopten con plenitud de información sobre las características del contrato. En la sentencia del 19 de diciembre de 2005 exp. 5665-01, la Sala de Casación Civil se refirió a este principio, y precisó que cuando una de las partes desconoce la transparencia del acuerdo, quebranta la igualdad y toma ventaja de la ignorancia de la otra, especialmente si el desconocimiento radica en el silencio de las condiciones esenciales:

"En materia contractual la protección de quienes concurren al negocio jurídico requiere el máximo de transparencia posible, de modo que

las decisiones se tomen con plenitud de información relevante. De esta manera un contratante no puede quebrar la igualdad, ni tomar ventaja de la ignorancia del otro, especialmente si la ausencia de información de uno de ellos está originada en el silencio del otro que oculta información disponible, información que por ser esencial debe brindarse oportuna y cumplidamente.”

En esos términos, la transparencia en los contratos incluye –sin reducirse a ello- la información que debe suministrar cada parte para celebrar un negocio jurídico serio y honesto. Ahora, ¿qué debe entenderse por información del negocio entre las partes?²¹ No es otra que la definición de las condiciones del acuerdo –tanto para la ejecución como para la suscripción- y los efectos que conlleva para cada parte cuyo objeto reside en la adecuada formación del consentimiento que se otorgará en el negocio jurídico. En este sentido, “La *obligación de información stricto sensu* tiene como finalidad la comunicación por un contratante al otro de las condiciones y el alcance de los compromisos que debe adquirir. Por tanto, la información es en este sentido neutra, pues no incita a actuar de una determinada manera.”²²

Bajo este entendimiento, las partes del contrato deben observar el principio de *transparencia*, que implica la garantía de recibir información certera y, además, suministrar la que se tiene. En otros términos, la información provista por las partes del contrato es un elemento esencial de las tratativas del negocio jurídico, de la suscripción del mismo y de la responsabilidad derivada de la eventual actitud omisiva, para hacer efectiva la sujeción a dicho postulado. La Sala Civil, también se refirió al respecto, en sentencia del 19 de octubre de 2009, exp. 00263-01, en la que dispuso:

“Es que, con sujeción al postulado de la buena fe y a ineludibles deberes conexos o coligados al deber central de prestación, en especial, los de protección, transparencia e información, el vendedor está obligado a informar con claridad, precisión y a plenitud al comprador los vicios o defectos que conozca o deba conocer y, por ello, la reparación de los daños encuentra también venero en su inobservancia, por cuanto de conocerlos o haber logrado conocerlos, podía evaluarlos y abstenerse de contratar o hacerlo en términos

²¹ “En una primera aproximación, puede definirse la información como un elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente por una de las partes contratantes (deudor de la obligación de información) a la otra parte (acreedor de la obligación de información), teniendo como objeto principal la adecuada formación del consentimiento contractual de este último, tanto en lo referente a los aspectos jurídicos como materiales del negocio.” -LLOBET I AGUADO, Josep. “El deber de información en la formación de los contratos” ed. Marcial Pons. Primera edición, pág. 33-

²² LLOBET I AGUADO, Josep. “El deber de información en la formación de los contratos” ed. Marcial Pons. Madrid. Primera edición, pág. 34.

diferentes. Tales deberes son más intensos en quienes se dedican habitual o profesionalmente a la venta, ya de manera exclusiva, concurrente o conexas con otras actividades, *verbi gratia*, con la construcción, sea por sí mismo o por otro, en cuyo caso, han de adoptar todas las medidas exigibles, razonables e idóneas para conocer e informar el exacto estado de la cosa.”

Recientemente esta misma Subsección C analizó el contenido y alcance del *deber de información* que tiene las partes de la contratación estatal –sentencia del 12 de agosto de 2014, exp. 26.332-, con ponencia de quien ejerce la misma función en el caso *sub iudice* y expresó –ideas que se reitera esta providencia- que: La idea directriz que rige el contenido de la abundante información –usualmente de carácter jurídico, técnico y financiero- que se produce en los procesos de selección de contratistas, es que tiene una relación inmediata, estrecha y coherente, que contribuye a que los destinatarios hallen los datos que necesitan para construir los documentos que los comprometerán al interior de las distintas etapas del proceso de selección²³.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que en la fase de planeación de la contratación – antes de la apertura de los procesos de selección- el responsable principal de la calidad y veracidad de la información es la entidad estatal, porque ella elabora, corrige, perfecciona y luego exhibe o publica, para lectura de los futuros oferentes, los datos de los cuales se servirán.

²³ En *Responsabilidad precontractual* -editorial Rubinzal –Culzoni, 2006. Buenos Aires- Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, sostienen que la “La información es un elemento trascendente al momento de decidir la contratación o no.

“Por supuesto que esta trascendencia se hace más notoria en esta etapa de trato previo que lleva hacia el contrato definitivo.

“La información debida en esta etapa se proyecta no sólo al momento del perfeccionamiento, sino a toda la vida del contrato definitivo mismo.

“Por ello en determinada clase de contrataciones se debieron dictar normas de orden público destinadas en algunos casos a obligar a informar correctamente para que no exista vicio alguno al momento de contratar (ej. Leyes 24.240, 22.802) y en otros supuestos a proteger la información de ‘otros’, pero con efectos en la contratación futura.

“Las partes están obligadas a informar adecuada y correctamente a la contraria para que ésta decida sin error engaño o confusión.

“La información debe ser adecuada, completa y precisa.

“La violación de esta obligación que genere daños implica responsabilidad.

“La violación de esta obligación sin que genere daños puede igualmente dar lugar a sanciones o penalidades.

“En la etapa precontractual, de tratativas de negociación, de elección o de trato previo, la información es trascendente.”-págs. 68 y 69-

En este horizonte, los documentos que elabora la entidad –bien con su personal o con personas contratadas para ese propósito- son: convocatorias o invitaciones públicas a participar, presupuesto de costos, estudios técnicos –suelos, hidráulicos, prediales, etc.-, análisis de oportunidad y conveniencia –que incluye un estudio especializado de riesgos-, diseños, planos, proyecto de pliego de condiciones y pliego definitivo de condiciones.

Conforme a lo expresado, la armonía de la información que tiene cada documento -al interior de sí mismo-, y sobre todo en relación con los demás, es una exigencia de calidad imputable a la entidad, de ahí que se haga responsable de sus defectos, por lo menos como regla general.

En esta instancia del procedimiento de selección, los particulares interesados en la futura contratación prácticamente no tienen injerencia en la producción de información²⁴, porque a la entidad le corresponde definir -con amplia discrecionalidad, técnica y jurídica- qué contrato desea celebrar, qué especificaciones técnicas exigirá –usualmente determinadas por la necesidad material y por la capacidad de pago- y en qué condiciones financieras se comprometerá con el adjudicatario²⁵.

²⁴ La participación de los interesados en contratar con el Estado es prácticamente nula en esta etapa, salvo para el “proyecto de pliegos de condiciones”, porque la Ley 1150 y su reglamento exhortan a los interesados en participar en la selección a presentar sugerencias, observaciones, y en general solicitudes, que contribuyan a perfeccionar el contenido del futuro pliego de condiciones, es decir del negocio. En este sentido, el art. 8 de la Ley 1150 dispone:

“Artículo 8. De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones, y estudios previos. Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna.
(...)

“Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración.

“Las Entidades deberán publicar las razones por las cuales se acogen o rechazan las observaciones a los proyectos de pliegos.”

²⁵ José Roberto Dromi, en *La licitación pública*, se refiere a la *fase preparatoria* del proceso de selección, en los siguientes términos: “En esta etapa se llevan a cabo los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual administrativa. Es puramente interna de la Administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes, licitadores o terceros interesados. Incluye los análisis jurídicos, contables, financieros, económicos, políticos y de factibilidad física de la obra o servicio objeto de la futura contratación, la imputación previa de conformidad al crédito presupuestario y la elaboración del pliego de condiciones.

“Una vez aceptada la decisión de contratar, se realizan los proyectos técnicos, en cuanto a las ventajas, beneficios y posibilidad de realización del objeto del contrato, y económicos, respecto del costo del contrato, la existencia del crédito y su asignación presupuestaria.

La idea expresada es directamente proporcional a la responsabilidad que surge por la existencia de fallas o defectos derivados de la calidad y precisión de la información, de manera que, *como principio*, quien elabora la información asume los yerros que contenga. De esta manera, por el dato incorrecto responde quien lo elabora –*dato errado*- y también por el dato contradictorio –*dato incongruente* en el mismo escrito o en distintos documentos-, sobre todo si pretende que los destinatarios de la información los admitan y elaboren nueva información con ellos: la oferta.

Al respecto, la Sección Tercera, en sentencia del 30 de mayo de 1991 -exp. 3.577-, expresó la anterior idea en los siguientes términos: "... en la interpretación de la conducta humana que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la propia ley, debe aceptarse que las cláusulas pobres o confusas, que en tales piezas contractuales aparezcan, deben interpretarse en contra de la administración, que fue la que en su momento tuvo todo el tiempo y el equipo de técnicos necesarios para hacer las cosas bien. El contratista llega a la contratación administrativa dominado por los poderes exorbitantes de la administración y haciéndole venia a la filosofía que informa los contratos de adhesión."

Asimismo, en sentencia del 26 de septiembre de 1996 -sin número de radicación, pero con ponencia del Magistrado Juan de Dios Montes-, dispuso -en idéntico sentido- que: "La administración no fue clara al elaborar los pliegos, motivo por el cual las cláusulas confusas del mismo deben interpretarse en contra de quien elaboró la minuta del contrato de adhesión."

En la misma línea de pensamiento, la Sección Tercera expresó en la sentencia del 30 de julio de 2008 -exp. 23.003-: "... es a la Entidad Estatal contratante a la cual le corresponde precisar o indicar, dentro del pliego de condiciones o del proyecto de contrato, cuáles serán, en cada caso concreto, los plazos específicos máximos con que contará ella para realizar los pagos que en cada ocasión deba efectuar a favor del respectivo contratista particular, por manera que las omisiones -involuntarias o deliberadas-, en que al respecto se incurra dentro de esos documentos, de manera que no se establezcan plazos

"Cuando la administración resuelve contratar, confecciona el pliego de condiciones, el cual constituye en realidad 'ley de la licitación' y, en consecuencia, la 'ley del contrato' toda vez que en él se especifica el objeto de la contratación y se prescriben los derechos y obligaciones del licitante y los licitadores, y los del Estado y su contratista.

"La determinación de realizar el contrato y las bases y condiciones a las cuales se va a sujetar el procedimiento de selección y el posterior contrato, se plasman en el llamado a licitación, por el cual se invita a los interesados a presentar su oferta." -Buenos Aires. segunda edición, Ediciones Ciudad Argentina. 1995. págs. 96 y 97-

específicos para el pago de las obligaciones a cargo de la respectiva Entidad Estatal Contratante, mal podrían interpretarse a su favor para efectos de considerar entonces que en todos esos casos la mora de la Entidad no habría de configurarse mientras no hubiere sido judicialmente requerida por su co-contratante, el contratista particular²⁶.

Sin embargo, la premisa trazada no es absoluta ni infalible, aunque constituye la *regla general*, porque sucede -con alguna frecuencia- que la información, pese a que la elabora una parte del negocio, no vincula de manera necesaria, fatal e imprescindible a la parte interesada en el negocio, es decir, puede separarse, incluso en ocasiones tiene el deber de revisar, examinar, hasta corregir la información suministrada, porque posee mejores datos y conocimiento del negocio y su alcance.

No obstante, la anterior *excepción* a la regla exige un análisis detallado de lo que sucede en la etapa precontractual que da origen al negocio, para establecer con certeza y justicia si la carga fuerte que radica en cabeza de quien elabora la información debe romperse y trasladarse a quien ofrece ejecutar el contrato. Incluso, la prudencia e imprudencia al actuar y la buena o mala fe inciden en la determinación de la responsabilidad que se insinúa en la etapa precontractual, o con ocasión del trato, o en la relación entretejida por las partes negocio futuro.

Al respecto, en la sentencia del 3 de febrero de 2000 -exp. 10.399-, la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió de esta manera un problema de

²⁶ En el mismo sentido, la Subsección C de la Sección Tercera, en sentencia del 24 de julio de 2013 -exp. 25.642- expresó: “Desde un marco negativo los pliegos de condiciones no pueden contener lo siguiente: i) fijar condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ii) establecer o prever exenciones de responsabilidad, iii) consignar reglas que induzcan a error a los proponentes, iv) consagrar reglas que permitan la presentación de ofrecimientos de extensión limitada, v) fijar reglas que dependan única y exclusivamente de la voluntad de la entidad contratante, y vi) según la ley 1150 de 2007, exigir soportes o documentación para validar la información contenida en el RUP, es decir, no se puede requerir a los proponentes que alleguen la información que avale su inscripción en el Registro Único de Proponentes. De modo que, bajo el anterior marco de exigencias, parámetros y principios, es que la entidad contratante elabora los pliegos de condiciones, sin que ello implique una estandarización de los mismos, ya que, en cada caso concreto, el objeto a contratar determinará los requisitos de la propuesta, así como los factores de calificación objetiva que permitirán seleccionar la más conveniente a la administración pública contratante.

“Tratándose del pliego de condiciones, la jurisprudencia de la Corporación ha sido enfática que uno de los principales instrumentos hermenéuticos es el relacionado con el criterio teleológico, el cual puede ser apalancado con el sistemático, puesto que la administración puede, ante la advertencia de un vacío o de una contradicción, optar por la solución que más se ajuste o acomode a la finalidad que se persigue con el proceso de selección y, por lo tanto, aquella que redunde en beneficio del interés general y público. Por lo tanto, la principal herramienta exegética que existe para definir las posibles antinomias que se desprendan del pliego de condiciones es desentrañar la finalidad del mismo, para lo cual es preciso analizar en conjunto los objetivos perseguidos por la entidad en el proceso contractual, los cuales deberán estar en consonancia con el interés general.”

contradicción entre el *pliego de condiciones* y la *minuta del contrato* acompañada al mismo pliego de condiciones y luego entre *estos dos* y el contrato suscrito finalmente por las partes. La Sala concluyó que la variación introducida con posterioridad prevalece sobre el contenido que tuvo el mismo documento:

“En el caso objeto del presente debate, la Sala observa que en la cláusula cuarta de la minuta del contrato integrante del pliego de condiciones se indicó que el pago del valor del contrato sería por ‘cuentas de cobro previo recibo de las mercancías’ y nada se decía sobre el pago de un anticipo, lo cual tiene concordancia con las garantías del contrato que tampoco incluían la correspondiente a este concepto, de tal manera que la minuta no presentaba contradicciones. Pero dicha cláusula de la minuta del contrato si se contradecía con el numeral 3.6 del mismo pliego de condiciones, en el cual se solicitó a los proponentes indicar las condiciones y forma de pago, reservándose el Fondatt el derecho de aceptarlas o no. La contradicción que se presentó en el pliego de condiciones entre el numeral 3.6 y la cláusula cuarta de la minuta del contrato, sólo correspondía aclararla a la administración en el acto de adjudicación.

“El silencio de la administración no significaba el rechazo de la forma de pago de la propuesta, sino por el contrario su aceptación y por ello debió expresamente manifestarlo. Esta precisión resulta útil porque una cosa es que una oferta sea condicionada y otra es que el ofrecimiento del proponente provenga de la interpretación que tiene del pliego de condiciones, ya que en el primer evento a la administración no le queda otro camino que rechazar la propuesta porque son inadmisibles las propuestas que establezcan condiciones a cargo del licitante o de terceros a las que se sujetan las obligaciones del licitador; mientras que cuando de los términos del pliego de condiciones se desprenden manifestaciones inequívocas de la administración, ésta tendrá la carga de pronunciarse sobre tales condiciones y con mayor razón si se trata de aspectos en los cuales anunció ‘reservarse el derecho de aceptarlos o no’.

“Para la Sala no hay duda, porque la redacción del numeral 3.6 no se presta a interpretación diferente, de que el pliego de condiciones le dió libertad a los oferentes para determinar las condiciones y la forma de pago esperada y que si la administración se reservó el derecho de aceptarla o rechazarla debía manifestarse ya fuera en el informe de evaluación de las propuestas, si a éste tenían acceso los oferentes o al menos en el acto de adjudicación para enderezar las condiciones en que la adjudicación se hacía. Pese a lo anterior, ante la omisión de la entidad contratante de efectuar la adjudicación en debida forma, el adjudicatario pudo hacer valer los derechos que surgieron con la aceptación de su propuesta al momento de la suscripción del contrato. Si el contrato fue firmado por el contratista sin objeción alguna, hay que entender que aceptó la forma de pago en él plasmada, vale decir, “mediante presentación de cuenta de cobro acompañada del acta de recibo de la mercancía” y que le es aplicable en consecuencia, la doctrina de los actos propios según la cual ‘a nadie es lícito venir contra sus propios actos’, lo cual le impedía demandar posteriormente derechos contractuales que debieron ser reclamados por el contratista en la debida oportunidad.”

El Profesor argentino José Roberto Dromi se refiere, en *La Licitación Pública*, al supuesto en el cual el pliego de condiciones contiene discrepancias, o ilegalidades, o induce a los oferentes a error, entre otros, y sostiene que previo a la presentación de las propuestas éste debe ser impugnado; es decir, admite la facultad de objetar ante la entidad su propio acto: "Cuando arbitrariamente se excluya o impida participar en el procedimiento licitatorio a los oferentes o a los terceros interesados; cuando los pliegos contuvieren cláusulas ilegales limitativas, oscuras, que induzcan a error, o de objeto imposible, así como exigencias que contravengan el pliego reglamentario o la ley, requisitos formales superfluos, cláusulas indeterminadas, preferencias o marcas no autorizadas por ley, o cláusulas que no se ajusten al objeto del llamado, los oferentes y terceros interesados deberán impugnar el pliego.

"Ya hemos dicho que cuando los pliegos incluyen las cláusulas ilegales o favorecen o excluyen a determinados oferentes, o incluyen una marca sin razón técnica que lo avale, u otras irregularidades, las firmas oferentes deben alegarlo antes de la presentación de sus propuestas o al tiempo de esa presentación, solicitando simultáneamente las aclaraciones o modificaciones que correspondan (...)" –ob. Cit. págs. 264 a 266-²⁷.

²⁷ Para Edgar González López, en *El Pliego de condiciones en la contratación estatal*: "Se reconoce a la administración un grado de discrecionalidad para la configuración del pliego de condiciones, con la consecuencia general de la carga de claridad que debe tener el acto orientador y regulador del proceso precontractual y contractual." No obstante, traslada cierta responsabilidad a los proponentes en aquellos eventos en los que la entidad admite la posibilidad a los oferentes de presentar observaciones al proyecto del pliego y al pliego mismo. No obstante, señala que: "estas dos premisas han dado lugar a diferencias de criterio sobre hasta dónde llega la responsabilidad de la administración respecto de su carga de claridad en la elaboración de este documento y hasta dónde se traslada al futuro contratista, o se sana, si no presenta observaciones en el proceso precontractual, y luego en la ejecución pretende su reclamación.

"Como es natural en la contratación, deben analizarse los supuestos de hecho específicos para determinar si el silencio del contratista, en la etapa de aclaraciones, puede determinar una exoneración de responsabilidad de la administración, frente a una reclamación del mismo, o si, por el contrario, debe imputarse su responsabilidad, dado el carácter unilateral del documento y acto.

"Consideramos que como regla general la administración está obligada a cumplir con el deber de diligencia y de planeación para la elaboración del pliego, y es su responsabilidad que las reglas incorporadas sean claras y completas, y no podría trasladarse a los particulares u oferentes, o tampoco deducir una responsabilidad compartida, pues es de ella la carga de claridad y de consistencia sobre la determinación de la necesidad, y de sus condiciones, y de realizar los estudios previos y cumplir los requisitos necesarios que permitan iniciar el proceso de contratación con miras a su satisfacción.

"La administración está obligada a elaborar los pliegos de condiciones y a detallar específicamente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes; la determinación y ponderación de los criterios de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

"Así mismo, y mientras se mantenga vigente el Decreto Reglamentario 2474 de 2008, debe contener en forma mínima los requisitos señalados en el artículo 6 de esta norma. (...)

De esta manera, el problema que siempre enfrentará el juez, en casos como este, se circunscribe a establecer cómo resolver las contradicciones entre los diferentes documentos que forman parte del proceso de selección. Para darle otro enfoque al tema – adicional y complementario al analizado-, la Sala recuerda que el art. 23 de la Ley 80 de 1993 –que rigió el proceso de licitación- es el punto de partida normativo para abordar el tema que se anuncia en dicha legislación:

*“Artículo 23. De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, **las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.**”* (Negrillas fuera de texto)

Lo anterior significa que la hermenéutica de los procesos de selección –etapa precontractual- y las reglas de interpretación de los contratos –etapa contractual- están regidas por un conjunto de valores, reglas y principios, cuya conjugación exige pericia, no siempre sencilla, pero tampoco extraña a las habilidades de los operadores jurídicos especializados, porque la indicación que establece la norma citada exige la confluencia de los principios de la función administrativa con los principios de la contratación estatal -

“Si el oferente presenta su oferta con fundamento en los estudios previos y en el contenido del pliego, y son incompletos o errados, habrá responsabilidad de la administración.

“Sin embargo, no todos los supuestos quedarían comprendidos en esta regla.

“Si el contratista aceptó el presupuesto oficial de la entidad y presentó su oferta con una cuantía ajustada a éste, no podría reclamar durante la ejecución del contrato un mayor valor, por considerar que el presupuesto oficial incluía precios por debajo del mercado o era inconsistente. Es plenamente aplicable la doctrina de los actos propios.

“Para estas conclusiones, parte de la doctrina resalta el deber de colaboración y de buena fe del contratista con la entidad para solicitar las aclaraciones y modificaciones pertinentes, y tendría serios límites para realizarlas durante la ejecución del contrato, pues sería contrario a sus propios actos bajo la doctrina o teoría del acto consentido, salvo casos en que se trate de cláusulas ilegales con nulidad de pleno derecho. En este caso, no podría consentirse o sanearse la ilegalidad, dada la grave infracción del ordenamiento jurídico, y no tendría eficacia que la cláusula haya sido convenida, pues la voluntad de las partes no tiene la capacidad de hacerla legal.

“La carga de claridad también implica carga de la prueba respecto de obligaciones que debió cumplir la entidad y que no tiene por qué ser acreditadas por el contratista para reclamar sus derechos. La constitución de una apropiación presupuestal para amparar los pagos correspondientes al valor del contrato es una obligación de la administración y no del particular, y por lo tanto, no le corresponde a éste acreditarla para la reclamación de sus derechos.” -Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. págs. 91 a 94-

contenidos, en su mayoría, en el derecho privado (arts. 1618 y ss. del código civil y 822 del Co. de Co.)-, sin olvidar los principios constitucionales que permean el ordenamiento jurídico público, y con sobradas razones el administrativo-contractual, en particular.

Lo indicado exige, en cada caso, desentrañar cuál criterio se involucra en el litigio interpretativo, para escoger el adecuado y dirimir la controversia con acierto. Si una sola regla, valor o principio es suficiente para resolverla, al margen de la complejidad de su aplicación, el operador jurídico la usará como lo indique su contenido y alcance. No obstante, si se requieren dos o más criterios hermenéuticos para resolverla, no cabe duda que la complejidad incrementa, aunque para el operador jurídico se mantiene el deber de resolver correctamente el problema, en cuyo evento ponderará entre ellos, para matizar adecuadamente la aplicación del que corresponda y solucionarlo.

No obstante, la Sala reconoce que en el contexto de la contratación estatal -extensible a prácticamente todo el derecho administrativo- surge un matiz adicional: La Ley 80 autoriza combinar las reglas y principios del derecho privado con las reglas y principios del derecho administrativo –arts. 13, 23, 32 y 40 de la Ley 80-, actividad cognitiva compleja, porque si bien en muchos casos coinciden los contenidos, en otros –realmente muchos- el derecho público creó una filosofía autónoma de comprensión de la justicia²⁸, de ahí que se trate de un derecho autónomo, que resuelve las diferencias de manera especial, según su propia cosmogonía del derecho.

²⁸ Jean Rivero se refiere al respecto, en *Derecho Administrativo*, en los siguientes términos: “... el principio, en Francia, es la sumisión de la administración a un derecho particular, diferente de aquel (sic) que rige las actividades privadas, en el sentido de que, ante problemas similares (los contratos, la responsabilidad), aporta soluciones distintas. Es lo que se quiere expresar cuando se habla de la *autonomía del derecho administrativo*, de su carácter *derogatorio del derecho común*, y cuando se opone *la gestión pública a la gestión privada* de la administración.

“Esta solución comporta un aspecto negativo –la inaplicabilidad de las reglas del derecho privado, principalmente del Código Civil a la acción administrativa- y un aspecto positivo: la originalidad de las reglas a las cuales está sometida esta acción. Estos dos aspectos se encuentran en los considerandos de la célebre sentencia *Blanco*, del Tribunal de Conflictos de fecha 8 de febrero de 1873 (Gr. Art., p. 5), y que ha, si no fundado, al menos consagrado el principio de la autonomía del derecho administrativo. Las fórmulas que esta sentencia aplica, al problema de la responsabilidad, pueden extenderse al conjunto de la acción administrativa: ‘ésta no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular... ella tiene sus reglas propias, que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados’.

“Esta autonomía no excluye la posibilidad, para el órgano que elabora la regla administrativa, de inspirarse en ciertas soluciones del derecho civil adaptándolas a las necesidades de la acción administrativa. Pero esto lo realiza con plena libertad: la autoridad del derecho privado no se extiende a la administración.

“Esta solución *lógica*, se explica también por circunstancias *históricas*.” –Ed. Universidad Central de Venezuela. Novena edición. Caracas. 1984. págs. 18 y 19-.

Por esta razón, la Ley 80 sometió a sus operadores jurídicos a un esfuerzo adicional, para construir las líneas conductoras entre el derecho privado y el administrativo, incluida la hermenéutica de los negocios. De ahí que el art. 23 desafíe la tendencia natural que tiene el derecho administrativo a basarse en sí mismo, y en su propia normativa, para encontrar las respuestas a los problemas que se le ofrecen. De esta manera, auxiliarse del derecho privado para construir las respuestas no es la inclinación inicial o de inercia, sino la secundaria, aunque abundante en la práctica.

El resultado de ese forcejeo intencional es lo que expresan los arts. 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993: *la contratación estatal se rige por el derecho privado, salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 80 y sus reglamentos*²⁹. Esta combinación de normativas, fina y precisa, exige de los administrativistas incorporar en la filosofía de esta área del derecho un ánimo decidido de reconstruir un derecho especial para una administración pública más eficiente, pero todavía garantista de la legalidad, igualdad, transparencia, publicidad, moralidad y demás valores públicos, inspirados por la constitución para el derecho administrativo.

En este contexto, cabe afirmar que: i) la *primera* regla del art. 23 ordena que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollen con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa; ii) la *segunda* enseña que en las mismas actuaciones se aplicarán las normas que regulan la conducta de los servidores públicos; iii) la *tercera*, que en la contratación estatal también aplican las reglas de interpretación de la contratación general; iv) la *cuarta*, que además rigen los principios generales del derecho; y v) la *quinta*, que también aplican los principio particulares del derecho administrativo.

De las premisas citadas no todas tienen contenido o alcance hermenéutico, aunque incidan en ello, porque más que referirse a la interpretación de los contratos definen cómo

²⁹ “Art. 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. (...)”

“Art. 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)”

“Art. 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

“Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.”

se adelantan los procesos de selección y/o su ejecución -es el caso de la regla primera, y tangencialmente de la segunda, cuarta y quinta-; sin embargo, otras se refieren a problemas propiamente interpretativos de la contratación -principalmente la regla tercera, y tangencialmente la cuarta y quinta-.

De la diversidad de preceptos, la *regla tercera* -que se combina con otras- autoriza acudir a los códigos civil y de comercio, en relación con la interpretación de los contratos, aunque -se insiste- lo usual en derecho administrativo es que sea necesario ponderarlas con otras reglas, principios y valores característicos de lo público, incluida especialmente la Constitución, lo que en cada caso realizará el juez.

De esta manera, la Sala entiende, con claridad y sin ambages, que la rigidez hermenéutica de los contratos de derecho privado, que en la *praxis* se contrae fuertemente a la aplicación de las normas que en este sentido contienen los estatutos civil y comercial, no captura con la misma inflexibilidad al contrato estatal y al procedimiento previo de selección del contratista. Es decir, la interpretación del contrato estatal incluye eso -desde luego!-, pero mucho más, contenido adicional que se encuentra a lo largo y ancho de los demás principios y valores no recogidos en el derecho privado sino en el administrativo, y sobre todo en la Constitución, lugar desde el cual se interpreta todo el derecho moderno, incluido el de los contratos de la administración.

Al amparo de estas ideas, para que la Sala establezca si existe responsabilidad del Municipio de Rionegro por la mayor permanencia en la obra que reclama el contratista, derivada de la ejecución adicional de obras, respaldadas en un contrato adicional, es necesario establecer de qué información disponía el contratista antes de celebrar el contrato y si con ella asumió compromisos que trasladaron la responsabilidad a su esfera patrimonial.

Vale la pena precisar, que en la contratación administrativa, la transparencia también se equipara al principio de selección objetiva, previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que garantiza la efectividad de otros principios, dentro de los cuales se encuentran la imparcialidad en la escogencia del contratista, la contradicción, la publicidad, la igualdad y la moralidad. No obstante, la transparencia a que alude esta decisión no se refiere al proceso de selección, sino a la disposición de las partes de exteriorizar las condiciones reales y materiales de la celebración del contrato.

b) Principio de *lex contractus, pacta sunt servanda*. El segundo principio, anunciado en la introducción de este acápite, y que determina la vinculación de las partes

a los efectos y condiciones del contrato, se expresa en el aforismo: *lex contractua, pacta sunt servanda* que, se reitera, está previsto en el artículo 1602 del C.C. Según él, los acuerdos válidamente celebrados constituyen una ley para los contratantes, y obligan a las partes en lo acordado³⁰, en consecuencia, sólo pueden ser invalidados por su voluntad o por causas legales. La norma dispone: "Art. 1602. Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."

Respecto a esta disposición se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 17.552, y consideró, en el mismo sentido en que lo hará la Sala en esta ocasión, que el contrato válidamente celebrado es ley para las partes, si lo suscriben con autonomía de su voluntad, en consecuencia sólo puede deshacerlo de la misma manera –consentimiento mutuo- o por causas que la ley establezca:

"El contrato, como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio '*lex contractus, pacta sunt servanda*', consagrado positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En perfecta consonancia, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. La inobservancia o violación de estos principios, que suponen el carácter y la fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, como fuente de obligaciones que es (art. 1494 C.C.), con el consiguiente deber de tener en cuenta en su ejecución las exigencias éticas y de mutua confianza, hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional."

En consecuencia, la inobservancia de los acuerdos produce responsabilidad de alguno de los contratantes, porque lo que se intenta, se reitera, es que los negocios jurídicos estén revestidos de la seriedad que requieren, y de los principios propios de la actividad negocial. Además de lo expuesto, en virtud de este principio, y del de buena fe, lo acordado solo puede desatenderse por causas legales –ejemplo, resolución del contrato o declaratoria de nulidad- o por voluntad de las partes. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronunció al respecto, en la sentencia del 14 de diciembre de 2001, exp. 6.230, donde manifestó que el aforismo *pacta sunt servanda* nace de la convergencia de las

³⁰ "Artículo 1602. los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."

voluntades individuales, en consecuencia, prohíbe que unilateralmente se desconozca lo acordado:

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

En la misma decisión la Sala Civil empalmó este principio con el de fidelidad contractual, de ahí que lo considere insuficiente para que una de las partes, *motu proprio*, se exima de cumplir las obligaciones que contrajo, sin lesionar el interés de la otra: “...las partes de un contrato, merced a la *ratio* que lo inspira, deben plegarse al designio negocial expresado *ex ante* (principio de fidelidad negocial), lo que implica que la solitaria e insular voluntad de una de ellas de apartarse del contenido de las cláusulas que contribuyó a diseñar, o a las que adhirió en señal de aceptación –una de ellas referente a la vigencia del acuerdo respectivo–, es insuficiente y, por contera, anodina para producir el resultado de ponerle fin al contrato –y, de paso, privar de efectos jurídicos al acuerdo negocial–, e interrumpir su pervivencia espacio-temporal.”

c) Buena fe. El anterior principio se vincula con el previsto en el artículo 1603 del Código Civil, según el cual todos los contratos deben ejecutarse de *buena fe* y, en consecuencia, obligan no solo a lo pactado sino a lo determinado por la naturaleza de la obligación, o en lo que por ley a ella pertenece: “Art. 1603. Ejecución de buena fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

La buena fe, además de la importancia que reviste en el ordenamiento durante la etapa posterior a la celebración del contrato, que implica el cumplimiento de las obligaciones pactadas y de las demás que por naturaleza le pertenece al acuerdo, se incorpora a la etapa precontractual y se ata inescindiblemente al deber de información previo a la

suscripción del negocio. En otros términos, no basta que después de la celebración del contrato se exija cumplirlo, en virtud del postulado de buena fe, sino que este principio implica, a su turno, entre otros, el deber de discrecionalidad, secreto custodia y conservación, pero ante todo, el de información. Josep Llobet I. Aguado, en *El deber de información en la formación de los contratos*, se refiere en los mismos términos a este principio: "Durante el desarrollo de los tratos preliminares, la buena fe impone a las partes una serie de obligaciones, cuales son la de guardar el secreto y discreción debidas, la de custodia y conservación de la *res`objeto`* del futuro y eventual contrato (por ejemplo, en el caso de mercancías enviadas para su examen) y, sobre todo, la de información"³¹

d) Principio *rebus sic stantibus*. En los contratos estatales también aplica el aforismo *rebus sic stantibus*, que nos acerca de manera concreta a la solución del caso *sub iudice*. Traduce: "estando así, conservar la situación de las cosas", y se funda en la estrecha conexión lógica del contrato con la situación de hecho previa a su celebración, en consecuencia, supone la inclusión de una condición necesaria e imprescindible para cumplir el acuerdo³², y tiene una estrecha relación con la obligación de mantener las cosas en las condiciones que se pactaron, o de equipararlas a tales características, en caso de que no se conserven.

En la jurisdicción de lo contencioso administrativa este principio ha servido de apoyo para señalar que en todo acuerdo jurídico de tracto sucesivo o ejecución periódica aplica el principio *rebus sic stantibus*, en virtud del cual las características del contrato se mantienen siempre que durante su ejecución las condiciones no se alteren. En la sentencia del 24 de mayo de 2012, exp. 21.181, la Subsección A de la Sección Tercera señaló: "... todo acuerdo de voluntad, de tracto sucesivo, cuyos efectos se extienden al futuro, obliga a las partes contratantes sólo si las condiciones originalmente previstas se mantienen inalteradas. Con lo cual, surge la figura de la ecuación contractual, como aquella equivalencia entre derechos y obligaciones que existía al momento de contratar, creada a partir de las precisas circunstancias de índole económica, técnica, fiscal, etc., vigentes a la celebración del negocio jurídico y que fueron tenidas en cuenta por los contratantes al obligarse en la forma en que lo hicieron."

No obstante, su aplicación no se limita a la determinación de condiciones sobrevinientes a la celebración de un contrato, que hacen más onerosa su ejecución, sino que está estrechamente atada a la buena fe de los acuerdos jurídicos. En consecuencia, no basta

³¹ LLOBET I AGUADO, Josep. "El deber de información en la formación de los contratos" ed. Marcial Pons. Primera edición, pág. 14.

³² Sala de Civil, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de febrero de 2012, exp. 00537-01

que las condiciones del contrato se alteren para que surja la obligación de indemnizar. En términos de Cristina de Amunátegui, es necesario que, conforme a la buena fe, previo a la exigencia de tales perjuicios se impida el cumplimiento de obligaciones a la parte afectada con hechos extraordinarios. Lo que sí resulta claro, tanto jurisprudencial como doctrinalmente, es que la cláusula *rebus sic stantibus* acude a la salvaguarda de los derechos de una de las partes, siempre que se afecte con hechos imprevistos, posteriores a la celebración del negocio jurídico. La tratadista en mención, en *La cláusula rebus sic stantibus*, expresa: "Ya desde sus orígenes la cláusula *rebus sic stantibus* nace ligada a un cierto sentido de justicia (...), pareciendo contrario a la misma el exigir el cumplimiento. A partir de sus primeras formulaciones siempre se ha basado en consideraciones de equidad y de buena fe. Aun cuando una prestación todavía sea realizable, parece inequitativo el exigir un esfuerzo completamente desproporcionado al deudor para cumplirla, *siempre que esa onerosidad se deba a circunstancias imprevistas*. Se ha dicho en este sentido que parece contrario a la buena fe obligar al cumplimiento de lo pactado cuando resulta que, por la influencia de esas *circunstancias extraordinarias*, el deudor va a obtener una contraprestación insignificante." –pág. 138-.

En esta línea de pensamiento, la cláusula *rebus sic stantibus* aplica siempre que se presenten situaciones imprevistas –que aunque pudieron o debieron preverse, las partes, sin culpa, no lograron hacerlo- y extraordinarias, que modifican las condiciones del contrato. No obstante, deben ser posteriores a la celebración y, en consecuencia, como las partes no las esperaban se quebranta la ecuación o equilibrio propio del contrato, por intempestivas en relación con la voluntad inicial.

Los principios analizados aseguran tres escenarios, espacios o ambientes para el negocio jurídico: i) conocimiento de las condiciones del contrato, previo a suscribirlo, ii) mantenimiento de esas condiciones y su cumplimiento, porque derivan de la autonomía de la voluntad y iii) restablecimiento de las circunstancias iniciales, en caso de que muten.

La doctrina se ha referido a estos escenarios, en reiteradas oportunidades, sosteniendo e invocando el principio *lex contractua, pacta sunt servanda*, para señalar que la voluntad de las partes –libre de vicios- no puede invalidarse sino por su propio consentimiento o por razones legalmente establecidas. Voluntad que, se entiende, se da con conocimiento de las características y los efectos del respectivo acto jurídico. Al respecto, Luis Claro Solar señala, al explicar el derecho civil chileno y comparado, afirma que el contrato no se diferencia de la ley en su fuerza vinculante frente a las partes que lo celebran: "Por consiguiente el contrato no solo obliga a los contratantes, sino que impone al juez el deber de observarlo a fin de que se cumpla la voluntad contractual. Así como el juez, llamado a

aplicar la ley, no puede tener en cuenta la equidad que puede hallarse en contradicción con la regla general que el legislador ha establecido con la mira de consultar el interés general; y debe aplicar la ley aunque le parezca injusta; pues su misión no es juzgar la ley, sino juzgar de acuerdo con la ley la controversia que es sometida a su conocimiento; del mismo modo debe aplicar las cláusulas del contrato que las partes han celebrado y no atender a las consideraciones de equidad que los contratantes pudieran invocar para dejar sin ejecución las obligaciones que el contrato les impone. El juez está así ligado por el contrato de las partes como si el contrato fuera una ley y no puede modificar ese contrato, si no viola ninguna disposición de orden público y sólo se aparta de las disposiciones de una ley permisiva que establece derechos de los particulares que éstos pueden renunciar, no estándoles prohibida la renuncia.”³³.

Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve también analizan los efectos de los contratos válidamente celebrados y concluyen que las obligaciones de cada parte –se reitera, en los contratos celebrados sin vicios y de conformidad con los preceptos legales- deben cumplirse y no pueden invalidarse salvo por el consentimiento de consuno de las partes. En *Derecho civil de las obligaciones* expresan: “Las consecuencias más importantes de la regla de que el contrato es ley entre quienes lo celebran, son: 1) las obligaciones nacidas del contrato son irrevocables por la voluntad unilateral de alguno de los contratantes el vendedor no puede arrepentirse del contrato, y debe cumplir su obligación en la forma convenida. El contrato de mandato (art. 2189, nums. 3 y 4) constituye una excepción en el sentido de que puede ser revocado unilateralmente por el mandante o el mandatario. 2) El juez, en la ejecución e interpretación de las obligaciones existentes entre los contratantes, está sujeto a la ley del contrato en el sentido de que *no puede imponer nuevas obligaciones ni suprimir los existentes entre los contratantes...*”³⁴ (Cursiva por fuera del texto original).

Estas ideas, junto con los principios de transparencia, información, estarse a lo pactado y respeto de las condiciones pactadas -a que están obligadas las partes-, le confirma a la Sala la siguiente conclusión: los acuerdos de voluntades que se suscriben sin atentar contra la autonomía de las partes, de conformidad con los requisitos legales, e invocando la libertad que tienen las partes para contratar, constituyen una ley inquebrantable para ellas, salvo que por su propia autonomía quieran deshacerlo o por causas que la ley expresamente dispone.

³³ CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pág. 470.

³⁴ VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, Derecho civil de las obligaciones. Editorial Temis, décima edición, pág. 114.

De conformidad con lo expresado a continuación se estudiarán tres supuestos –comunes en la práctica contractual- que se acercan a la solución del caso *sub iudice*. Se refieren, precisamente, al comportamiento de las partes en consideración a los principios estudiados. Para ello es necesario establecer si el contratante es responsable cuando previo a la celebración de un contrato:

i) Sucede un hecho imprevisto, imprevisible o extraordinario que motiva la suscripción del negocio jurídico adicional –sin que sea necesario que se trate de un contrato principal o de su adicional-;

ii) Una parte incumple sus obligaciones, y para corregir las consecuencias se suscribe un contrato adicional, sin que la otra parte deje salvedad u objeción especial sobre el impacto que le produjo esa conducta; y

iii) Durante la ejecución de un contrato surge la necesidad de realizar un trabajo extra a adicional, que impone celebrar un nuevo acuerdo para incluir las nuevas obligaciones.

5.2. Responsabilidad derivada de *hechos* que posteriormente constituyen la *causa* de un *contrato adicional*.

Con fundamento en lo expresado, se analizará si la suscripción de un *contrato adicional* a uno principal, por motivos ocurridos con posterioridad a éste -al contrato principal- pero previos a la celebración de aquél -al contrato adicional-, justifica indemnizar los perjuicios ocasionados y conocidos -o debido conocer- por cualquiera de las partes.

La Sala anticipa que en estos supuestos no se reconocen perjuicios, porque además de los principios analizados –transparencia-deber de información, *pacta sunt servanda*, información y buena fe-, que rigen en toda clase de negocio jurídico, el aforismo de los glosadores del Derecho Romano «*rebus sic stantibus*», rige con gran intensidad, es decir, se sobre entiende que las partes mantienen el contrato, tanto el principal como el adicional, si no cambian las circunstancias en que se celebró. Por tanto, si se contrata conociendo unas *causas* concretas del negocio, es decir, las razones y características negativas o positivas que lo preceden, las partes no se eximen de cumplir las obligaciones ni las condiciones en que se pactó, salvo por la voluntad conjunta de deshacer el acuerdo o por causas legales.

No obstante, esta conclusión no es definitiva, ni puede ofrecerse como absoluta en forma anticipada. Por ello se explicarán, con detalle, tres supuestos o eventos en los cuales rige la tesis explicada, porque la voluntad de las partes así lo determina, sin consideración de la equidad propia de la conmutatividad de los negocios sinalagmáticos.

i) Primer supuesto: Sucede un hecho imprevisto, imprevisible o extraordinario que motiva la suscripción de un contrato adicional a un contrato principal. Vencidos los dos contratos el contratista reclama perjuicios por el hecho imprevisible, que le hizo más onerosa la ejecución.

En armonía con la jurisprudencia de la Corporación, los hechos indemnizables son los intempestivos que sorprenden a las partes, cuando la afectada no está ni debió estar preparada para soportar las modificaciones de lo pactado. De esta forma, se responde por los cambios en las condiciones de ejecución del contrato no conocidos ni debido conocer por la parte afectada, o los que siendo previsibles alcanzan efectos diferentes de los esperados. En consecuencia, la teoría de la imprevisión se refiere, precisamente, al deber de restablecer la ecuación económica de un negocio jurídico quebrantado, porque el desarrollo del objeto se hace injustificadamente oneroso por causa del hecho imprevisible.

Este aspecto lo consideró la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado, en la sentencia del 7 de marzo de 2011, exp. 20.683, donde consideró: "La teoría de la imprevisión regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible. En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4º numeral 3º y 8º; 5º numeral 1º; 25 numeral 14; 27 y 28'. En aplicación de dicha teoría, ninguno de los anteriores sucesos o situaciones impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón del hecho imprevisible."

Sin embargo, frente al segundo y tercer supuesto susceptible de reparar hay que hacer dos precisiones: i) las partes no pueden alegar el desconocimiento de un hecho que después aparenta ser imprevisto, si debieron conocerlo o si con culpa no se advirtió, y ii) tampoco puede alegarse que el hecho previsible era incalculable, cuando sí lo era.

La Sala considera, en forma general, que en estos eventos -cuando el hecho no es posterior a la celebración del contrato, sino que se conoce con antelación; cuando las partes deben conocer el contrato pero por su culpa no lo hacen y cuando siendo conocido no calculan adecuadamente sus efectos-, la parte no está obligada a repararle a la otra esos perjuicios, porque la sinceridad y seriedad con que se acuerdan los contratos incluye esas condiciones y consecuencias.

En el mismo sentido, y enfocados en el primer evento descrito en la teoría de la imprevisión, cuando las partes suscriben un *contrato adicional* a uno principal para corregir el hecho, suceso o circunstancia imprevisible que afectó el contrato principal, incluyendo en el acuerdo de voluntades los costos de ese suceso, la parte queda exenta de indemnizar, porque la otra conoció, antes de suscribir el contrato adicional, la *causa* del mismo³⁵, el objeto, las condiciones y costos que su trabajo generaba, y debió valorarlos para suscribir el nuevo acuerdo. De hecho, el contrato adicional debe incorporar los costos de esa contingencia, pues constituye la causa del negocio.

Si se admitiera la tesis contraria se desnaturaliza la seriedad con que deben suscribirse los contratos, el principio de transparencia, la obligación de información que tienen partes y los principios *lex contractus pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*. De allí que es inaudito indemnizar a la parte que se le brindó la opción de celebrar o no el contrato adicional y, en general, se le otorgó la oportunidad de aceptar o no las condiciones en que se encontraba la ejecución previa a la suscripción. Sería irresponsable y deshonesto que esa parte exigiera el pago de un daño proveniente de esos hechos conocidos, actitud que amenaza la confianza y la buena fe de la otra, porque aquella aceptó la ejecución de las nuevas obligaciones, en las condiciones que conoció y luego pactó.

³⁵ “Nuestro Código Civil ofrece una noción legal de la causa ilícita que coincide exactamente con la noción jurisprudencial francesa y que, por tanto, se adapta también exactamente a la finalidad práctica perseguida por esta última. En efecto, el art. 1524 del Código Civil, a vuelta de definir la causa como ‘el motivo que induce al acto o contrato’, agrega que se entiende por causa ilícita ‘la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público’. De suerte que en Colombia la noción legal de la causa ilícita corresponde a la de los móviles antisociales o inmorales, cuando estos sean determinantes de la celebración de los actos jurídicos. Así, fundándose en una clara institución legal, nuestros jueces están capacitados para atacar cualesquiera actos jurídicos cuya existencia haya sido determinada por móviles inmorales o contrarios al orden público, como los arrendamientos de locales destinados a garitos o prostíbulos, los pactos sobre decoración o abastecimiento de tales comercios, el mutuo para jugar o satisfacer cualquier otro vicio, las donaciones encaminadas a la corrupción del donatario o al establecimiento o continuación del concubinato, la promesa de dar dinero para que se cometa un crimen o un hecho inmoral, etc. Este último ejemplo, traído por el art. 1524, puede servir indistintamente para la aplicación de la institución del objeto ilícito por tratarse de un acto cuyas prestaciones son contrarias al orden público y a las buenas costumbres, o para la aplicación de la teoría de la causa ilícita, por cuanto los móviles determinantes de dicho acto se encuentran en las mismas condiciones de ilicitud que su objeto.” -OSPINA FERNANDEZ, O y OSPINA ACOSTA, E, Teoría General del Contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. Cuarta edición, Editorial Temis, págs. 278 y 279-

En este horizonte, quien invoca como causa del daño presente -luego de suscribir un contrato- la materialización de un hecho anterior al negocio, no sólo desconoce el principio *rebus sic stantibus* sino que repudia su propia autonomía de la voluntad. Es el caso de un contrato de obra, donde la entidad estatal y el particular acuerdan suscribirlo sobre la base de que uno y otro entienden que se satisfacen las condiciones que estiman favorables para sus intereses; no obstante, después de celebrado el proponente no las estima así y reclama perjuicios, supuesto que no puede verse como un simple incumplimiento involuntario, sino como una violación a la transparencia y a la seriedad que reviste el contrato.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha referido al respecto, en la sentencia del 21 de febrero de 2012 -exp. 00537-01-, donde declaró: "En afán de precisión, la ignorancia de circunstancias preexistentes al tiempo del contrato no legitima la imprevisión, y podrá originarse en quebranto del deber de información, lealtad, probidad, corrección, buena fe, las cargas de sagacidad, previsión o, configurar una hipótesis de error provocado o espontáneo, cuyo tratamiento es diferente a la imprevisión." En ese orden, la garantía de la autonomía de la voluntad es otra característica que rige el caso *sub examine*, de gran importancia en el mundo de los contratos, objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, quien sostuvo en la sentencia del 3 de agosto de 2012, -exp. 00526-01-:

"Sobre ese aspecto, en pronunciamiento reciente, la Sala resaltó que "[l]a posibilidad de disponer o no disponer de los intereses, contratar o no contratar, es la máxima expresión de la autonomía ... y no resulta contradicha por sus crecientes restricciones (...) Tal es la inteligencia genuina de la autonomía privada, o sea, la libertad y poder atribuido por el ordenamiento al sujeto *iuris* para celebrar el contrato, cuyo efecto cardinal, primario o existencial es su vinculatoriedad, atadura u obligación legal de cumplirlo, sin que, en línea de principio, quienes lo celebran puedan sustraerse unilateralmente (...) La fuerza normativa de todo contrato consagrada en los artículos 1602 del Código Civil (artículo 1134, Code civil Français) y 871 del Código de Comercio (artículo 1372, Codice Civile it), genera para las partes el deber legal de cumplimiento, ya espontáneo, ora forzado (artículos 1535, 1551, 1603, Código Civil)"

En conclusión, la teoría de la imprevisión no aplica: i) a hechos anteriores a la celebración del contrato que efectivamente se manifiestan durante su ejecución, ii) a hechos que la parte afectada no conoció, pero por su culpa, debiendo advertirlos, en cuyo caso la concreción durante la ejecución del contrato hace responsable a quien debió calcularlos; y

iii) a hechos conocidos al momento de celebrar el contrato, pero cuya cuantificación de los efectos es desacertada por culpa del contratante.

ii) Segundo supuesto: Una parte incumple sus obligaciones contractuales, y para corregir las consecuencias de sus actos u omisiones se suscribe un contrato adicional, sin que la otra parte deje salvedad u objeción sobre el impacto que le produjo esa conducta.

En este supuesto tampoco procede la indemnización, porque de conformidad con los principios señalados, y en forma concordante con la solución que ofrece la teoría de la imprevisión, la obligación del contratista consiste en informarle al contratante el costo de sus servicios adicionales, de ahí que para cumplir ese deber debe incluir todo concepto que genere algún costo, porque en eso consiste la previsibilidad exigible en los negocios jurídicos.

Además, se exige que la parte -previo a la celebración del negocio adicional- sea transparente, porque no basta suministrar información si no es cierta o no corresponde a las condiciones reales a las que se sujetará el acuerdo. En consecuencia, tratándose de contratos adicionales se exige que las partes sean transparentes, y se comuniquen con claridad cuánto costará el nuevo servicio requerido. Este requisito supone que los acuerdos con el Estado sean serios, como lo son los del derecho civil y comercial. De no ser así nadie tendría seguridad, ni siquiera en la escogencia de sus contratistas, si en las ofertas se desdibuja la realidad de las condiciones en las que el proponente está dispuesto a suscribir el contrato. Por eso, en este supuesto ya no es lógico que una parte responda frente a la otra por hechos imprevisibles frente al contrato inicial, pero previsibles frente al contrato adicional, porque los conoció claramente para ese momento.

En el caso de las obras extras o adicionales -tratándose de contratos de obra-, que exigen del contratista cambios o modificación en el orden de ejecución de las actividades que desarrollará -por ejemplo, no se puede pavimentar primero y luego instalar el alcantarillado- el contratista debe incluir en el precio del contrato adicional *todas* las erogaciones que producirá la modificación. Cosa distinta es que a la entidad le convenga o no el precio, y que lo acepte o no; no obstante, al contratista no le está permitido viciar la autonomía de la voluntad de la entidad escondiendo las características y consecuencias reales del negocio jurídico, para luego exteriorizar su verdadera intención.

A la inversa sucede lo mismo, si la entidad es quien reclama que las actividades originales se desarrollen en los tiempos del cronograma de obra inicial, debe incluir esa condición en las cláusulas del nuevo contrato; aunque es altamente probable que el contratista tenga

un interés contrario: que se amplíe el plazo de ejecución y se re programe la obra. Si se aprueba lo segundo es lógico que el contratista se oponga a la pretensión de la entidad, pues celebró el nuevo contrato –y se añadieron obras- y aceptó se alterarán de los plazos originales.

La situación cambia en el tercer supuesto de estudio, como se expondrá a continuación.

iii) Tercero supuesto: Celebración de un contrato por razones de incumplimiento imputables a cualquiera de las partes. Si una parte es culpable la otra debe -como sucede con la liquidación bilateral- negociar y concretar el alcance e implicaciones de esa conducta; en su defecto dejará la salvedad de su inconformidad en el cuerpo del contrato adicional, para que eventualmente exija la indemnización.

Esta facultad no es exclusiva del contratista, porque si la administración se siente lesionada por el incumplimiento de éste, también debe hacer lo propio si se suscribe un contrato adicional para superar la situación. *Contrario sensu*, sin constancia el contratista ni la administración podrán formular reclamaciones, porque se entiende que en el precio, plazo o cualquier otra condición acordada para el contrato adicional se recoge el descontento que fue la causa del negocio; en ello radica la transparencia del contrato. Esta tesis es la que aplica la Sección Tercera en relación con la liquidación de común acuerdo de los contratos. No obstante, la liquidación bilateral y el contrato adicional tienen la misma naturaleza jurídica: son acuerdos de voluntades, que generan derechos y/u obligaciones³⁶. En consecuencia, en uno o en otro evento a la parte se le exige demostrar

³⁶ En efecto, en sentencia del 29 de febrero de 2012, exp. 16.371, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, señaló, respecto a la naturaleza de la liquidación bilateral que:

“Cuando se suscribe el acta de liquidación de común acuerdo, ésta constituye un negocio jurídico contentivo de la voluntad de las partes que, por lo tanto, sólo puede ser invalidado por algún vicio del consentimiento –error, fuerza o dolo- y en caso contrario, conserva su fuerza vinculante, lo que en principio impide la prosperidad de pretensiones que desconozcan su contenido, por cuanto ello implicaría ir en contra de los propios actos y desconocer una manifestación de voluntad previamente efectuada.

“20. No obstante, cabe la posibilidad de elevar judicialmente reclamaciones relacionadas con el contrato liquidado aún sin cuestionar la validez del acta de liquidación bilateral, en aquellos eventos en los cuales la parte interesada, en la misma, ha dejado expresa salvedad en relación con los puntos específicos de inconformidad frente a dicho corte de cuentas, caso en el cual puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa mediante la presentación de la respectiva demanda contractual. Al respecto, ha dicho la Sala:

“Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Sala que cuando la liquidación del contrato se realiza entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato...

su inconformidad para acceder a la reparación de los eventuales perjuicios ocasionados con la ejecución del contrato, es decir, debe dejar constando la salvedad, de lo contrario no podrá exigir indemnización.

En esa línea de pensamiento, si una parte no deja salvedades en el contrato adicional, para demostrar que no existió acuerdo total en las condiciones del contrato, y reclama la responsabilidad futura de quien propició la adición o modificación, no podrá luego exigir el pago de perjuicios por la razón que dio lugar al contrato, porque conoció –o debió conocer- la causa y los efectos que producía suscribirlo.

6. El caso concreto

El estudio de los temas expuestos conduce a negar la pretensión por mayor permanencia en la obra, que según Construimos y Asociados Ltda. se le ocasionó por la duración real de ejecución del contrato, 195 días, tiempo superior al inicial -150 días-, ya que la administración, antes de vencerse el término ordenó ejecutar obras extras y adicionales -alcantarillado- que impidieron que se pavimentara y colocara la sub-base y la base en la etapa de la obra inicialmente prevista. En consideración a ello el municipio amplió el plazo en 45 días, produciéndole al contratista mayores gastos de *administración y equipos*, porque la base y la sub-base de la vía solo pudo colocarse en los últimos 20 días adicionales, no cuando se había programado.

La Sala considera que no le asiste razón al demandante, porque de acuerdo con los aspectos estudiados, entre las partes existen unos deberes indispensables que concuerdan con los principios aplicables en la actividad contractual. En ese horizonte, el deber de información, la transparencia y demás condiciones pactadas en consideración a las dos primeras, vinculan a las partes en las garantías y responsabilidades derivadas del acuerdo.

En el caso *sub iudice*, el demandante aseguró que celebró un contrato adicional -que obra a folio 20 del cuaderno 1- en virtud del cual las partes ampliaron el plazo del contrato en

“La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes constituye un acto de autonomía privada de aquellas 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.”

“La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento.”

45 días, contados a partir de la terminación del plazo inicial. No obstante, en la demanda explicó que la ejecución del contrato resultó más onerosa, como consecuencia de la suscripción de la adición, porque para ejecutarlo dispuso de *maquinaria* que estaba previsto emplear únicamente durante la ejecución el primer contrato, lo cual sucedió porque tuvo que invertir el orden de ejecución de las actividades de construcción. Asimismo, aseguró que la ejecución del contrato adicional le generó gastos adicionales de *administración*.

Para la Sala esta pretensión debe desestimarse, por las razones expresadas en la parte general de esta providencia, que se resumen en las siguientes ideas: Construimos y Asociados Ltda. y el Municipio de Rionegro debieron prever las consecuencias y los efectos propios de cada acuerdo de voluntades que suscribieron. En consideración a ello, antes de celebrarlos cada una debió conocer y/o ofrecer a la otra la información necesaria para decidir si asumía el compromiso. No obstante, no basta que las partes suministren cualquier información; debe coincidir con la realidad que afecta el negocio.

Lo anterior rige para celebrar un contrato inicial o principal, pero si las partes desean suscribir uno adicional a aquél también deben prever sus efectos, a partir de la *causa* del nuevo negocio –art. 1524 del CC.-, cuestión decisiva para hacerlo correctamente. Por ende, esto exige al contratista incluir en el precio que propondrá todos los costos que le producirá la ejecución de los nuevos trabajos, y por tanto la mayor permanencia de los equipos. Esto significa que si el tiempo de ejecución de las obras se amplía, es casi seguro –pero no necesario- que se incrementará el costo de la *administración*, ítems que debe considerar el contratista para proponer un precio serio para el contrato adicional.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, los hechos que se imputan a la entidad pública en realidad no sorprendieron al contratista durante la ejecución de los trabajos extras y/o adicionales, por el contrario, ambos suscribieron un contrato adicional para resolver la situación, que por demás no fue un acto unilateral sino un acuerdo con el contratista, quien accedió a su elaboración.

Por lo expresado, al suscribirse el contrato adicional -por el cual se reclama la indemnización- el contratista no fue transparente con el Municipio, porque si acordaron ampliar el plazo de ejecución se debió, de manera concomitante, determinar el costo de esa decisión, incluyendo los conceptos de *administración* y las consecuencias que tenía la disponibilidad de los *equipos* derivada de la ejecución o no de nuevas obras, sin embargo, el contratista guardó silencio y firmó el contrato, sin mencionar y negociar esos conceptos,

para más adelante reclamarlos, ahora sí sorprendiendo a la entidad con la acción de controversias contractuales.

Lo cierto es que si el contratista invirtió o modificó el *plan o programa de trabajo*, y ello produjo una permanencia superior de los equipos y un mayor costo de administración, se trataba de una situación absolutamente previsible cuando se suscribió –pues es obvio que el constructor conoce los efectos que produce no realizar una obra en un lapso determinado, y dejarla hasta que otra actividad se ejecuta-. No obstante, si acaso se abstuvo de incluir estos costos en el contrato adicional, esa carga no la debe asumir ahora la administración, porque le trasladaría a ésta el ocultamiento de la información y se desconocen, entre otros, los principios *rebus sic stantibus*, toda vez que las condiciones del negocio adicional nunca cambiaron; y *lex contractus pacta sunt servanda*, ya que de acceder al reconocimiento por la mayor permanencia se desconoce para una parte lo pactado entre ellas.

Lo mismo aplica a la reclamación por concepto de *administración*, en razón a que es sorprendente que un contratista de obra pública firme un contrato adicional sin prever que el mayor tiempo que invertirá en ejecutar una obra extra o adicional le ocasionará mayores gastos. Por ello, como se trata de consecuencias absolutamente previsibles - posteriores al contrato principal pero previas al contrato adicional- el demandante debió prepararse para no afectarse negativamente, lo que hace fijando un precio para el nuevo trabajo que compense el esfuerzo que realiza.

Esto significa que cuando la causa de un *contrato adicional* –en plazo y/o valor- es: i) el advenimiento de una actividad nueva para ejecutar o ii) el incumplimiento de la obligación de una parte; contratante y contratista asumen las consecuencias de ese contrato adicional pues por algo declaran su voluntad de suscribirlo. Lo coherente es que la parte afectada con la adición refleje esa circunstancia y la exprese en alguna obligación o derecho que le compense los efectos que produce en su patrimonio el contrato adicional:

i) Si se trata de ejecutar más obras o prestar más servicios cobrará las nuevas actividades –hecho que usualmente le agrada a los contratistas-. En este evento es natural y necesario que el contratista cotice el precio, y la entidad valorará si lo acepta.

ii) Si se trata de ejecutar las mismas actividades del contrato original en un plazo adicional, la parte afectada negativamente debe valorar la consecuencia económica sobre su patrimonio, por la mayor permanencia en la obra; de no hacerlo significa que no le afecta o que si lo hace tiene la capacidad de absorber las consecuencias negativas -hecho

que usualmente desagrada a los contratistas cuando se trata de alargar en el tiempo lo que podía ejecutarse en el inicial; y desagrada a la entidad si el mayor plazo implica que le entrega de la obra se pospone-.

Lo cierto es que en este evento tampoco es admisible la siguiente conducta: que la parte suscriba el contrato adicional a sabiendas que tiene efectos negativos sobre su patrimonio –por lo menos habrá mayores costos de: *administración, arriendos, salarios, entre otros*–; y luego reclame o demande esos conceptos, como si fueran hechos imprevistos, cuando no lo son, porque desde el instante en que se suscribe el contrato se conoce si se causarán.

En la anterior hipótesis la parte que no negoció las condiciones económicas de la prórroga habrá actuado con grave imprudencia, como sucedió en el caso concreto, porque amplió el plazo del contrato sin negociar los *ítems* que automáticamente se afectaban.

Claro está que la solución anterior también aplica a la administración, cuando es la afectada. Si el contratista está en situación de incumplimiento del plazo y de común acuerdo lo adicionan, no podrá luego declarar la mora e imponer una sanción, porque la perdonó cuando suscribió, *sin reparos o salvedades*, el nuevo término de ejecución. Es obvio: un nuevo plazo para el contratista no puede significar mora, se trata de una oportunidad para cumplir, salvo objeción expresa en este sentido.

iii) Si se ejecuta más obra en un plazo adicional, en principio –pero no necesariamente- es razonable que la mayor permanencia se justifique por la ejecución de más trabajos, lo que se compensa económicamente con los precios de la nueva obra, incluido en el contrato. Sería inaudito que si la obra demanda más tiempo para ejecutarla –como debe constar en el contrato- el contratista reclame por mayor permanencia en la ejecución, cuando la causa es natural. También sería inaudito que si la obra exige más tiempo para ejecutarla –como debe constar en el contrato- la entidad reclame la entrega anticipada, cuando la entrega posterior consta en el contrato.

En los tres escenarios analizados hay una constante de análisis: el *contrato adicional* se suscribe por razones, causas o motivos que conocen las partes. Por esta circunstancia cada una cuidará su patrimonio, por exigencia de la prudencia, negociando con la otra parte los efectos que produce sobre el suyo. Si llegan a un acuerdo y se adiciona el contrato –amplían valor y plazo, o amplían plazo sin valor, o amplían valor sin plazo- no puede tratar de variarlo luego si no ha sobrevenido al nuevo contrato una circunstancia imprevista o imprevisible, porque en aquél instante se *readecúa la ecuación económica*

contractual, que debió comprender las circunstancias bajo las cuales se suscribió ese negocio adicional. Si la parte erró, omitió, olvidó o descuidó incluir en el instante de la firma del contrato adicional un concepto que le afectaba el patrimonio, queda obligado a sostener los términos del contrato, porque este es "ley para las partes", así que la reclamación o demanda posterior no prosperará. Para que se conserve la exótica posibilidad de reclamar por un concepto no incluido en los costos de un contrato adicional la parte interesada debe manifestar esa circunstancia, a la otra parte, en el momento de la negociación del contrato, para que ella valore si desiste de él o si lo firma con esa salvedad, que se incluirá en el texto.

Por esta razón, la Sala negará la pretensión tendiente al reconocimiento por mayor permanencia en la obra a favor del contratista, donde se incluye la disponibilidad de los equipos durante la prolongación del tiempo del acuerdo adicional y la administración de la obra por los 45 días de ampliación del plazo, que finalmente fue consentido, y no impuesto como lo afirma el demandante.

7. Improcedencia de reconocimiento por hechos de la demanda no incluidos en la pretensión.

Finalmente, en el acápite de los hechos de la demanda –concretamente en la adición- la sociedad expresó que en el contrato No. 029 de 1994 no se pactó el pago de reajustes de las actas de obra, y que por la demora en la orden de iniciación incurrió en mayores costos, tanto de personal, materiales y equipos.

Este aspecto, que se mencionó en el supuesto fáctico de la demanda no fue objeto de alguna pretensión, por ende la Sala se abstendrá de estudiarlo, porque para garantizar el principio de congruencia y el derecho de defensa, es improcedente examinarlo. En efecto, en el inciso segundo del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, se dispone que no hay lugar a condenas por objeto distinto al pretendido en la demanda, ni por causa distinta a la invocada:

"Artículo 305. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

"No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. (...)"

En el caso concreto, este aspecto sí se especificó como causa de la demanda, pero no se dispuso qué se pretendía con ello, razón por la cual no se condenará por esta razón.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. Revócase la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2003, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda. En su lugar se decide:

Segundo. Declárase la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, frente a las dos pretensiones identificadas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Niégase de la pretensión primera de la demanda la solicitud de indemnización por mayor permanencia en la obra durante la ejecución del contrato No. 029 de 1994 y su contrato adicional.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G. OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ