**APELACIÓN - Definición**

El término recurso, en palabras de la doctrina, “(…) quiere decir, en su acepción más amplia, retornar una cosa al lugar de donde salió. Como explica COUTURE, es regreso al punto de partida, recorrer, correr de nuevo, pues entraña que el mismo funcionario que tomó la decisión u otro distinto vuelva a considerarla”

**APELACIÓN - Principio de doble instancia**

Como desarrollo del principio de las dos instancias, el recurso ordinario de apelación se interpone ante el juez que profirió la providencia para que sea resuelto por su superior y tiene por objeto que éste estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o la reforme –art. 350 del C.P.C..

**APELACIÓN - Medio de impugnación**

Se trata de un medio de impugnación en contra de la decisión –auto o sentencia- que, de acuerdo con las normas, sea susceptible de este recurso, puesto a disposición de la parte que tiene interés por haber resultado afectada con lo resuelto, para que el asunto sea nuevamente revisado por un juez de superior jerarquía a aquel que falló en primera instancia.

**APELACIÓN - Estudio del juez**

El juez de alzada deberá estudiar el fallo impugnado, con base en los argumentos de inconformidad que el recurrente le plantee, los cuales deben girar, necesariamente, en torno a los mismos elementos de juicio que tuvo a su disposición el juzgador de la primera instancia, ya que “los hechos o pretensiones que no se hubieran hecho valer al iniciarse el proceso, son ajenos al mismo. El juez de primera instancia no puede pronunciarse sobre ellos, y menos aún puede hacerlo el tribunal de alzada”, toda vez que el recurso tiende es a subsanar los errores, in iudicando o in procedendo, en que haya podido incurrir el funcionario que resolvió inicialmente, de tal manera que si lo encuentra procedente, deberá sustituir la providencia dictada por el a-quo, por aquella que estime que se ajusta a las prescripciones legales.

**APELACIÓN - Sustentación**

La sustentación del recurso es exigida por la ley –parágrafo 1º del art. 352 del C.P.C., modificado por el art. 36 de la Ley 794 de 2003- y su contenido debe referirse a los errores que se considera contiene la providencia recurrida, ya sea por la apreciación de los hechos o de la prueba, o por la interpretación o aplicación del derecho que se hace en la misma. Por ello, “El tribunal de apelación, al examinar la decisión impugnada, debe limitarse al estudio y apreciación del material reunido en primera instancia”, salvo que la ley, excepcionalmente, permita que se presenten nuevos elementos de juicio ante los tribunales de segunda instancia, como cuando se dan las condiciones para decretar pruebas en ella.

**APELACIÓN - Reforma de la demanda**

El recurso de apelación no es la oportunidad procesal para reformar la demanda ni para incluir nuevos cargos distintos a los aducidos en la primera instancia, situación que desconoce el debido proceso y resulta violatoria del deber de lealtad procesal y del derecho de defensa de la contraparte, que se vería sorprendida por hechos nuevos respecto de los cuales no pudo disentir ni reaccionar en su momento, ni ejercer el derecho de contradicción, pidiendo pruebas y refutando las aducidas por el demandante.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Liquidación Bilateral**

los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los 4 meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Acuerdo de las partes**

En esta etapa de liquidación, las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar y que en la respectiva acta constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Liquidación unilateral**

El artículo 61 *ibídem,* dispuso que en caso de que el contratista no se presente a la liquidación o que las partes no lleguen a acuerdo sobre su contenido, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Definición - Finalidad**

Es un corte de cuentas que se efectúa una vez culmina el contrato por cualquier causa –vencimiento del plazo, ejecución del objeto contractual, terminación unilateral, declaratoria de caducidad, etc.-, en el que, en definitiva, se establece quién le debe a quién y cuánto, para permitir de este modo que la relación negocial quede totalmente extinguida y que las partes se puedan declarar a paz y salvo. (…) Esta etapa posterior a la terminación del contrato reviste una gran importancia, puesto que es en ese momento cuando las partes hacen un balance del resultado final de la ejecución de sus obligaciones, desde el punto de vista de las prestaciones y el cumplimiento del objeto, así como desde la perspectiva económica del negocio jurídico, para verificar cuáles son los valores pactados en el contrato, las cantidades efectivamente pagadas al contratista y aquellas sumas pendientes de pago. Por lo tanto, como lo dispone la ley, es en ese estadio de la relación contractual que les corresponde hacer las reclamaciones mutuas y buscar los acuerdos necesarios para solventar las diferencias que les permita declararse a paz y salvo, puesto que, mediante la liquidación, se extingue de manera definitiva el vínculo negocial existente entre contratante y contratista.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Acta de liquidación - Salvedades**

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(…) cuando las partes han suscrito un acta de liquidación bilateral de un contrato sin dejar en ella salvedades sobre puntos específicos de desacuerdo con el corte de cuentas efectuado, no pueden esperar que el juez del contrato acceda a las pretensiones que se aduzcan en una demanda que verse sobre el contrato liquidado por los contratantes, por cuanto con ello se estaría desconociendo la obligatoriedad que implica ese acto jurídico de liquidación, quedando a salvo, en tal caso, únicamente el cuestionamiento judicial que se puede hacer sobre la validez de dicho acto, mediante la alegación de algún vicio del consentimiento, como error, fuerza o dolo.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Acta de liquidación - Sin salvedades - Procedencia**

El acta de liquidación bilateral sin salvedades, ella resulta obligatoria para las partes, quienes no pueden desconocer luego la palabra dada, para acudir al juez a elevar pretensiones relacionadas con el contrato liquidado y de las cuales no se dejó registro alguno de inconformidad en el acta, a menos que demanden su nulidad por vicios del consentimiento, por cuanto en tales condiciones, esas pretensiones no podrán prosperar.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Desconocimiento - Manifestación de la voluntad**

Si el contratista accedió a suscribir un acta de liquidación en la que expresamente se consignó que las partes se declaraban a paz y salvo, debe entenderse que ese fue su querer libre y espontáneo y que no puede ahora, mediante la presentación de una demanda ante esta jurisdicción, pretender desconocer su manifestación anterior.

**ACTA DE LIQUIDACIÓN - Vicios del consentimiento**

El único cargo que podría aducirse en contra del acta bilateral de un contrato, es el de la nulidad por vicios del consentimiento, que de prosperar, por comprobarse que la misma fue suscrita por el contratista incurso en error, fuerza o dolo en los términos descritos por la ley, dará lugar a su anulación y al estudio de las demás pretensiones planteadas en la demanda, en relación con declaraciones adicionales y condenas en contra de la entidad demandada. Lo anterior obedece a la importancia que reviste la manifestación de voluntad que las partes hacen en el acuerdo liquidatorio, la cual refleja su aceptación del contenido de ese negocio jurídico y su intención de declararse a paz y salvo por todo concepto derivado del contrato liquidado. Por lo tanto, como toda manifestación de voluntad, debe corresponder al real querer de quien presta su consentimiento en forma libre y espontánea para la creación de ese acto bilateral, sin que sean admisibles reservas de alguna de las partes, no expresadas en el mismo acto, como susceptibles de ser revividas en el futuro, en contra de lo acordado.

**SILENCIO ADMINISTRATIVO - Negativo - Figura procesal**

El silencio administrativo es una figura eminentemente procesal, instaurada para dar solución a aquellos eventos en los que la administración incumple con su deber de dar respuesta oportuna a las peticiones de los administrados, de tal manera que no quede en un estado de indeterminación la resolución de tales solicitudes. En principio, si la ley no establece otra cosa, el silencio administrativo será negativo, lo que quiere decir que, transcurrido el término previsto por la norma sin que la administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la petición ha sido denegada, surgiendo así un acto administrativo ficto o presunto adverso a los intereses del administrado, lo que le permitirá a éste proceder a su inmediata impugnación judicial. El silencio administrativo negativo es, pues, la regla general.

**SILENCIO ADMINISTRATIVO - Positivo - Excepción**

Excepcionalmente y sólo cuando la ley así lo disponga, se producirá el silencio administrativo positivo, en el cual frente a la omisión de la administración de resolver en el plazo legalmente establecido para ello, surgirá un acto ficto favorable al peticionario y se entenderá que la administración accedió a su petición, siempre que se cumpla con el procedimiento expresamente dispuesto para la configuración de esta clase de silencio, toda vez que por razones de seguridad, el legislador dispuso que, para que se pueda tener por existente, es necesario que la persona interesada protocolice la constancia que le fue expedida cuando hizo la petición verbal o la copia de la que presentó escrita, autenticada por el funcionario que la recibió, junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto, con lo cual la escritura producirá todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió

**SILENCIO ADMINISTRATIVO - Positivo - Ley 80 de 1993 - Regulación del procedimiento - Configuración**

Se observa que la Ley 80 de 1993, estatuto de contratación estatal, hizo referencia a una modalidad de silencio administrativo positivo, pero no reguló el procedimiento para su configuración, razón por la cual resulta aplicable lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 01 de 1984 –art. 2 de la Ley 1437 de 2011-de acuerdo con el cual “Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles”. En consecuencia, para la configuración del silencio administrativo positivo establecido en la ley de contratación, se deberá seguir el procedimiento establecido en el artículo 42 del CCA.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C, veintinueve (29) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2006-01723-01(36714)A**

**Actor: FUNDACIÓN ARTHUR STANLEY GILLOW**

**Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - SENTENCIA**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 16 de julio de 2008, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda, la cual será confirmada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La Fundación Arthur Stanley Gillow presentó demanda en la que alegó la existencia de un silencio administrativo positivo con fundamento en el cual tenía derecho al pago de la parte del contrato que no ejecutó por causas que le imputa a la adb ministración, pero no está acreditado ese derecho ni tampoco la protocolización exigida para la configuración del referido silencio. Reclamó por el rompimiento del equilibrio económico del contrato de prestación de servicios que celebró con el ICBF, el cual había sido objeto de liquidación bilateral en la que el contratista no dejó salvedad alguna. Pidió la declaratoria de nulidad de la cláusula del acta de liquidación en la que las partes se declararon a paz y salvo y el contratista renunció a cualquier reclamación futura, por considerarla viciada de nulidad absoluta por objeto ilícito, al ser violatoria de lo dispuesto en el literal f), numeral 5º, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

# ANTECEDENTES

**I. Lo que se demanda**

1. El 1º de agosto de 2006, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de controversias contractuales, la Fundación Arthur Stanley Gillow presentó demanda en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas[[1]](#footnote-1) (f. 2 a 7 y 11, c. 1):

***PRIMERA.*** *Que el acta de liquidación está afectada de objeto ilícito por “contravenir el derecho público de la nación” y, por ende, es parcialmente nula en lo relacionado con la declaración recíproca de paz y salvo y al compromiso de no formular futuras reclamaciones.*

***SEGUNDA.*** *Que, como ineludible consecuencia de lo anterior, se declare que la liquidación del contrato suscrita entre las partes el 16 de noviembre de 2004, es válida en relación con el “valor ejecutado y pagado” ($373.217.384), mas no al valor dejado de ejecutar por culpa del ICBF ($521.679.153).*

***TERCERA.*** *Que se condene al ICBF a pagar la suma de $ 521.679.153, que es el valor del contrato no ejecutado por culpa exclusiva de esta entidad pública. Que se pague a mi mandante la anterior suma ajustada al valor, como lo ordena el art. 187 del CCA, con los intereses moratorios desde la fecha de la liquidación parcial del valor del contrato.*

***CUARTA.*** *Que se declare que, igualmente, las anteriores pretensiones son viables por la ocurrencia del silencio administrativo positivo frente a la petición radicada el 18 de mayo de 2004, en plena ejecución del contrato, la cual no fue resuelta en el término de tres (3) meses, según lo previsto en la Ley 80 de 1993, artículo 25 No. 16.*

2. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la demandante narró que previa licitación pública en la que le fue adjudicado, celebró con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF el contrato 242 del 29 de diciembre de 2003, cuyo objeto era la realización de pruebas de paternidad o maternidad con marcadores genéticos de ADN, por valor de $ 894 896 537, de los cuales $ 520 745 216 eran para la ciudad de Bogotá y $ 374 151 321 para el sector Bogotá 3.

2.1. El ICBF redujo el valor del contrato al 41,70%, como consecuencia de su propio incumplimiento respecto de la obligación de entregar al contratista en una base de datos, la información de los casos asignados de acuerdo al número de muestras contratadas por sector. Se le informó el 30 de marzo de 2004 que no había más bases de datos disponibles ni por lo tanto, más individuos a quienes citar para tomar muestras y efectuar el examen y ello redundó en la disminución del valor del contrato por causas imputables a la entidad.

2.2. El 18 de mayo de 2004, el contratista presentó un derecho de petición por esta circunstancia, que conduciría a un desequilibrio económico del contrato, sin recibir respuesta al mismo, por lo que se configuró el silencio administrativo positivo y por ende, deben derivarse las correspondientes consecuencias, que no son otras que el pago de la parte del contrato dejada de ejecutar sin culpa del contratista.

2.3. Según la demanda, el desequilibrio se presentó por cuanto el contratista esperaba ejecutar prestaciones por valor de $ 894 896 537 y terminó ejecutando tan sólo $ 373 217 384, por causas imputables a la entidad, que de hecho, modificó unilateralmente el contrato, disminuyendo las cantidades de muestras a realizar.

2.4. Las partes suscribieron un acta de liquidación, en la cual, a juicio del demandante, no había necesidad de dejar constancia alguna, pues fue un simple ejercicio numérico que se contrajo única y exclusivamente a determinar el valor ejecutado y pagado del contrato, con el que el demandante estuvo de acuerdo porque eso fue lo que ejecutó y lo que se le pagó; en ese sentido, *“el acta de liquidación tiene un valor meramente parcial y nada dice cuál* (sic) *es la suerte de la parte del contrato que quedó sin ejecutar y que se relaciona bajo el rubro de ‘saldo a liberar: $521.679.153’. No hay acuerdo de voluntades en la liquidación del contrato sobre el saldo dejado de ejecutar, denominado ‘Saldo a liberar’ (…)”.* Asegura el demandante, que el problema del desequilibrio económico del contrato no fue solucionado en el acta de liquidación y que esa omisión no le conculca el derecho de acudir al juez del contrato y por ello es ineficaz su cláusula tercera de paz y salvo, que lo indujo a renunciar a cualquier reclamación posterior.

**II. Actuación procesal**

3. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, presentó **contestación de la demanda,** en la cual aceptó unos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones, por considerar que (f. 21, c. 1):

3.1. La reclamación de incumplimiento contractual de la entidad y de rompimiento del equilibrio económico del contrato no tiene fundamento, ya que en el contrato se pactaron precios unitarios de los exámenes a realizar por parte del contratista y se estipuló que el valor final del mismo sería el resultado de multiplicar esos precios por la cantidad de exámenes realizados;

3.2. No es cierto que se haya configurado silencio administrativo alguno, pues al contratista sí se le respondió y aún de no haberse dado contestación, el contenido de la petición no da para la consecuencia indemnizatoria que reclama; y finalmente,

3.3. Porque se suscribió un acta de liquidación bilateral en la cual las partes se declararon a paz y salvo por todo concepto derivado del contrato y el contratista renunció a cualquier reclamación posterior, sin que hubiera manifestado objeción o salvedad alguna al contenido de dicha liquidación, por lo cual no era procedente el inicio de ninguna acción judicial contencioso administrativa, sin que se pueda afirmar la ineficacia del acta de liquidación bilateral con fundamento en lo dispuesto por el artículo 24, numeral 5º de la Ley 80 de 1993, pues esta norma se refiere al pliego de condiciones y la ineficacia de las cláusulas de renuncia por los hechos enunciados en los literales a) a f) de esa norma, que se hayan incorporado en dichos pliegos.

3.4. Propuso excepción que denominó falta de causa jurídica para pedir, que sustentó reiterando los anteriores argumentos y manifestó que la demanda presentaba una falta de técnica jurídica, pues de las pretensiones no se podía colegir con claridad la vía de ataque o título de imputación de responsabilidad a la administración, lo que acarrearía la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

4. En la oportunidad para alegar de conclusión, las partes reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y su contestación (f. 67 y 91, c. 1).

5. En la **sentencia** proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el *a-quo* negó las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que no podía prosperar el cargo aducido en contra de la cláusula tercera del acta de liquidación bilateral suscrita por las partes y en la que éstas se declaran mutuamente a paz y salvo, cuya nulidad se pidió por la parte actora, ya que si bien se alegó objeto ilícito de la misma por contravenir el derecho público de la Nación, no se encontraba que esa declaración fuera violatoria del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, norma aplicable a este caso y que establece el deber de liquidar los contratos de tracto sucesivo (f. 96 a 101, c. ppl.).

5.1. Como tampoco era acertado afirmar que la liquidación versó exclusivamente sobre los servicios efectivamente prestados por el contratista y por los que el ICBF le canceló la suma allí consignada -$ 373 217 384-, pues de conformidad el artículo 60 mencionado, *“la declaración de paz y salvo a que llegan las partes en el acta de liquidación de un contrato, hace referencia a la totalidad de las obras o servicios contratados, y no a una parte de los mismos, pues no puede entenderse una declaratoria de paz y salvo parcial, a menos que las partes así lo manifiesten expresamente en el mismo texto del acta de liquidación…”.*

5.2. Y si las partes no dejaron salvedad alguna, no les es permitido acudir con posterioridad a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a poner en tela de juicio lo que fue objeto de liquidación por mutuo acuerdo, a menos que se demuestre la configuración de objeto o causa ilícita o de algún vicio del consentimiento, que dé lugar a declarar la nulidad del acta de liquidación.

5.3. El *a-quo* también consideró que en el presente caso no se configuró el silencio administrativo positivo alegado en la demanda, pues el ICBF, mediante memorando 27711 del 13 de julio de 2004 dio oportuna respuesta a la petición elevada por el contratista en relación con el número de muestras de ADN que debía tomar y analizar y porque, de todos modos, aún en el evento de que no hubiera dado respuesta oportuna, la presunta respuesta positiva tampoco generaría efecto alguno respecto del ICBF, pues la demandante no cumplió con el requisito de protocolización exigido en el artículo 42 del CCA y además, porque el contrato se encontraba liquidado.

6. Inconforme con la decisión, la parte actora interpuso **recurso de apelación** en el cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, para lo cual (f. 104 y 119, c. ppl.):

6.1. Reiteró que la entidad demandada incumplió el contrato al no proveerle el número suficiente de casos para la toma de muestras y pruebas de paternidad y maternidad, impidiendo que el contratista obtuviera la totalidad de la remuneración pactada en el contrato;

6.2. Sostuvo que elevó derecho de petición manifestando su preocupación por este hecho, el que no le fue contestado oportunamente, configurándose un silencio administrativo positivo, sin que sea cierto que era necesaria la protocolización para que se probara su ocurrencia, pues no hay una tarifa legal para ello;

6.3. Manifestó que la demanda pretende la nulidad del acta de liquidación, por vicios que afectan su validez: de un lado, adujo el apelante, que se produjo un error como vicio del consentimiento de ambas partes en el acta de liquidación, ya que tiene como fundamento un informe de interventoría referido al contrato 243/04 suscrito entre la Universidad Nacional y el ICBF, que nada tiene que ver con el presente caso, lo que configura una nulidad de dicho documento que puede decretarse de oficio (argumento no expuesto en la demanda); y de otro lado, porque *“es claro que la ostensible quiebra de la ecuación contractual, alegada a lo largo del proceso, se enmarca perfectamente dentro de la causal de nulidad absoluta prevista en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, cuando dice que son nulos los contratos que se celebren con abuso o desviación de poder”,* y en el presente caso el valor del contrato se alteró en un 41,7 %, lo que dobla el monto previsto en el artículo 16 de la Ley 80/93 sobre modificación unilateral del contrato, siendo un abuso de poder poner al contratista a suscribir una liquidación con ese porcentaje de desviación (argumento no expuesto en la demanda); y finalmente,

6.4. Adujo que no se debe exigir que el contratista haya dejado salvedades en el acta de liquidación, pues la ley –art. 87 del CCA- no hace esa exigencia para la presentación de la demanda en ejercicio de la acción contractual y que lo cierto es que si se suscribió esa acta de liquidación en esos términos, fue por temor a represalias en futuras licitaciones (este último, argumento no expuesto en la demanda).

7. En la oportunidad para alegar de conclusión en esta instancia, las partes presentaron sendos escritos en los que reiteraron los argumentos expuestos a lo largo de sus intervenciones procesales (f. 130 y 151, c. ppl.).

**CONSIDERACIONES**

**I. La competencia**

8. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación[[2]](#footnote-2).

**II. Hechos probados**

9. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis[[3]](#footnote-3):

9.1. El 29 de diciembre de 2003, el ICBF celebró con la Fundación Arthur Stanley Gillow el contrato de prestación de servicios n.o 242, del cual se destacan las siguientes estipulaciones (f. 1 a 10, c. 2):

*PRIMERA.- OBJETO: EL CONTRATISTA**se obliga para con el ICBF**a realizar pruebas de paternidad o maternidad con marcadores genéticos de ADN en los sectores: Bogotá 1 y Bogotá 3, conforme a lo establecido en el pliego de condiciones de la Licitación Pública ICBF-SN-06/03 y, a la propuesta presentada y aceptada por el ICBF. PARÁGRAFO PRIMERO: El (os) sector (es) antes señalado (s) comprenderá (n) los municipios y números de muestras relacionados en el Anexo No. 1. PARÁGRAFO SEGUNDO: El presente contrato comprende la realización de todas las actividades necesarias para la ejecución del objeto y las obligaciones contractuales.*

*CUARTA.- PLAZO DE EJECUCIÓN: El plazo de ejecución se contará a partir de la suscripción del acta de iniciación del contrato y hasta el 28 de julio de 2004 (…)*

*QUINTA.- VALOR: El valor del presente contrato se fija en la suma de OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS ($894’896.537), excluidos de IVA. PARÁGRAFO PRIMERO: El valor del contrato se discrimina así: a) Para el sector Bogotá 1, la suma de QUINIENTOS VEINTE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS DIECISÉIS PESOS MCTE ($520’745.216) y, b) para el sector Bogotá 3, la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y UN MIL TRESCIENTOS VEINTIÚN PESOS MCTE. ($374’151.321) … PARÁGRAFO SEGUNDO: El valor final del contrato será el que resulte de multiplicar las cantidades de muestras tomadas y procesadas, citaciones, gastos de transporte y gastos de viaje realmente realizados por los precios unitarios indicados en la propuesta presentada por EL CONTRATISTA y aceptada por EL ICBF (Anexo 7).*

*SEXTA.- PRECIOS UNITARIOS: EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar para EL ICBF el objeto y obligaciones del presente contrato a los precios unitarios indicados en la propuesta presentada (…). PARÁGRAFO: Los precios unitarios serán fijos durante toda la vigencia del contrato para cada uno de los siguientes conceptos (…).*

*SÉPTIMA.- FORMA DE PAGO: EL ICBF pagará el valor del presente contrato, de la siguiente manera: 7.1) Un anticipo pagadero dentro de los treinta (30) días siguientes a la legalización del contrato, equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, amortizable en los cuatro (4) primeros pagos del presente contrato. 7.2) El saldo en pagos periódicos de acuerdo a las muestras tomadas y procesadas, citaciones, gastos de transporte y gastos de viaje efectivamente realizados, previa presentación de la factura, los desembolsos se efectuarán dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la respectiva factura y la certificación de cumplimiento expedida por el INTERVENTOR del contrato (…).*

*VIGÉSIMA PRIMERA.- TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN: (…) Una vez terminado el contrato se procederá a su liquidación, de conformidad con lo preceptuado por la Ley 80/93. Para el efecto, el INTERVENTOR debe proyectar la liquidación dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de terminación, anexando: (i) estado de cuenta, (ii) certificado de cumplimiento y (iii) informe final de ejecución. La liquidación se efectuará de común acuerdo dentro de los dos (2) meses siguientes a los dos (2) anteriormente señalados. Si vencido este plazo EL CONTRATISTA no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a un acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por el ICBF y se adoptará por acto administrativo motivado, susceptible del recurso de reposición (…).*

9.2. El 18 de mayo de 2004, el director de la Fundación Arthur Stanley Gillow envió comunicación a la directora del ICBF, en la cual le manifiesta su preocupación porque de los 3 300 casos contratados por esa entidad, de acuerdo con lo informado por una funcionaria en el comité de interventoría del 30 de marzo anterior, recibirían menos del 35% por cuanto no tenían más bases de datos para la fundación, cuando ésta había calculado que, para no tener pérdidas de acuerdo con las inversiones necesarias para la ejecución del contrato, debía cumplirse siquiera el 80% de tales casos, lo que plantearía un desproporcionado desequilibrio económico del contrato. Por lo tanto, le manifiesta que espera que con su intervención se logren resolver las dificultades que para la fundación generaría el insuficiente número de pruebas de paternidad remitidas por el ICBF, de acuerdo al contrato 242/03, pues *“Es cierto que en éste se estipula que el ICBF pagará las pruebas que se hagan, y se esperaba un poco menos de lo estipulado en el contrato, pero no una cifra tan inferior …”* (f. 13, c. 2)*.*

9.3. El 16 de noviembre de 2004, las partes suscribieron acta de liquidación bilateral del contrato 242 de 2003, en cuyas consideraciones se dejó consignado i) que la misma obedeció a que el contrato terminó por vencimiento del plazo de ejecución, el 28 de julio del mismo año, ii) el interventor certificó su cumplimiento y iii) que el coordinador financiero de la sede nacional del ICBF expidió el estado de cuenta del contrato en el que se reflejan los pagos realizados al contratista. En la cláusula tercera del acta, se estipuló que *“Las partes se declaran a paz y salvo por todo concepto derivado del contrato No. 242/03 y EL CONTRATISTA renuncia a cualquier reclamación posterior en contra del ICBF y/o cualquiera otra autoridad administrativa”;* en la quinta, que *“las partes manifiestan libremente que han procedido a la lectura total y cuidadosa del presente documento, por lo que en consecuencia, se obligan a todo lo ordenado y manifestado”* y se efectuó la siguiente relación (f. 11, c. 2 y 738, c. 5):

VALOR TOTAL DEL CONTRATO 894 896 537

VALOR EJECUTADO Y PAGADO 373 217 384

SALDO A FAVOR DEL ICBF $ 0

SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA $ 0

SALDO A LIBERAR $ 521 679 153

**III. El problema jurídico**

10. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación interpuesta por la parte actora, deberá la Sala establecer i) si resulta procedente el análisis de todos los puntos expuestos en la impugnación y ii) si tienen vocación de prosperidad las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el contrato objeto de la controversia fue liquidado de común acuerdo y en la liquidación no se dejó salvedad alguna.

**IV. Análisis de la Sala**

**El recurso de apelación**

11. El término recurso, en palabras de la doctrina, *“(…) quiere decir, en su acepción más amplia, retornar una cosa al lugar de donde salió. Como explica COUTURE, es regreso al punto de partida, recorrer, correr de nuevo, pues entraña que el mismo funcionario que tomó la decisión u otro distinto vuelva a considerarla”[[4]](#footnote-4).*

12. Como desarrollo del principio de las dos instancias, el recurso ordinario de apelación se interpone ante el juez que profirió la providencia para que sea resuelto por su superior y tiene por objeto que éste estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o la reforme –art. 350 del C.P.C.[[5]](#footnote-5)-. Sobre este recurso, ha dicho la jurisprudencia:

*Al respecto conviene recordar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C. En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”[[6]](#footnote-6).” [[7]](#footnote-7)*

13. Se trata de un medio de impugnación en contra de la decisión –auto o sentencia- que, de acuerdo con las normas, sea susceptible de este recurso, puesto a disposición de la parte que tiene interés por haber resultado afectada con lo resuelto, para que el asunto sea nuevamente revisado por un juez de superior jerarquía a aquel que falló en primera instancia.

14. El juez de alzada deberá estudiar el fallo impugnado, con base en los argumentos de inconformidad que el recurrente le plantee, los cuales deben girar, necesariamente, en torno a los mismos elementos de juicio que tuvo a su disposición el juzgador de la primera instancia, ya que *“los hechos o pretensiones que no se hubieran hecho valer al iniciarse el proceso, son ajenos al mismo. El juez de primera instancia no puede pronunciarse sobre ellos, y menos aún puede hacerlo el tribunal de alzada”[[8]](#footnote-8)*, toda vez que el recurso tiende es a subsanar los errores, *in iudicando* o *in procedendo,* en que haya podido incurrir el funcionario que resolvió inicialmente, de tal manera que si lo encuentra procedente, deberá sustituir la providencia dictada por el *a-quo,* por aquella que estime que se ajusta a las prescripciones legales.

15. La sustentación del recurso es exigida por la ley –parágrafo 1º del art. 352 del C.P.C., modificado por el art. 36 de la Ley 794 de 2003[[9]](#footnote-9)- y su contenido debe referirse a los errores que se considera contiene la providencia recurrida, ya sea por la apreciación de los hechos o de la prueba, o por la interpretación o aplicación del derecho que se hace en la misma. Por ello, *“El tribunal de apelación, al examinar la decisión impugnada, debe limitarse al estudio y apreciación del material reunido en primera instancia”[[10]](#footnote-10),* salvo que la ley, excepcionalmente, permita que se presenten nuevos elementos de juicio ante los tribunales de segunda instancia, como cuando se dan las condiciones para decretar pruebas en ella.

16. Advierte la Sala que la parte actora, en su recurso de apelación, incluyó cargos nuevos en contra del acta de liquidación bilateral del contrato de prestación de servicios n.o 242 suscrito el 29 de diciembre de 2003 por el ICBF y la Fundación Arthur Stanley Gillow, que no fueron objeto de la demanda: i) que el acta de liquidación bilateral del contrato está viciada de nulidad por un error como vicio del consentimiento de ambas partes, ya que se fundó en un informe de interventoría referido al contrato 243/04 suscrito entre la Universidad Nacional y el ICBF, que nada tiene que ver con el presente caso, lo que configura una nulidad de dicho documento que puede decretarse de oficio; ii) que la ostensible ruptura del equilibrio económico del contrato *“se enmarca perfectamente dentro de la causal de nulidad absoluta prevista en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, cuando dice que son nulos los contratos que se celebren con abuso o desviación de poder”,* y en el presente caso el valor del contrato se alteró en un 41,7%, lo que dobla el monto previsto en el artículo 16 de la Ley 80/93 sobre modificación unilateral del contrato, siendo un abuso de poder el hacer suscribir al contratista una liquidación con ese porcentaje de desviación y iii) que si se suscribió esa acta de liquidación en esos términos, fue por temor a represalias en futuras licitaciones.

17. Al respecto, se debe recordar que el recurso de apelación no es la oportunidad procesal para reformar la demanda ni para incluir nuevos cargos distintos a los aducidos en la primera instancia, situación que desconoce el debido proceso y resulta violatoria del deber de lealtad procesal y del derecho de defensa de la contraparte, que se vería sorprendida por hechos nuevos respecto de los cuales no pudo disentir ni reaccionar en su momento, ni ejercer el derecho de contradicción, pidiendo pruebas y refutando las aducidas por el demandante. Como lo ha sostenido el Consejo de Estado[[11]](#footnote-11):

*la Sala advierte que tales señalamientos, constituyen una variación de la causa petendi, toda vez que a lo largo del proceso, se alegó que debía declararse la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales, por las omisiones y retardos injustificados en el ordenamiento de un examen al paciente, que le ocasionó la muerte.*

*Sobre este punto, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, “Los hechos son la causa petendi de la demanda, en cuanto configuran la causa jurídica en que se fundamenta el derecho objeto de las pretensiones y por eso, desde el punto de vista procesal, su afirmación constituye un acto jurídico que tiene la trascendencia y alcance de definir los términos de la controversia y por lo tanto el alcance de la sentencia, y deben ser objeto del debate durante el proceso, para que si al final se encuentran debidamente probados puedan prosperar las peticiones de la demanda, ya que respecto de ellos debe pronunciarse el juzgador, en perfecta congruencia”[[12]](#footnote-12).*

*De acuerdo con el contenido del artículo 208 del C.C.A., subrogado por el artículo 47 del decreto 2304 de 1989, la demanda podrá aclararse o corregirse hasta el último día de la fijación en lista, oportunidad que en el sub lite no fue aprovechada por el actor, quien por fuera de tiempo, en la sustentación del recurso de apelación, pretendió variar los hechos en los que fundó todo el sumario, expresando que las lesiones sufridas fueron producidas por un desequilibrio ante las cargas públicas, y ya no por el actuar negligente del cuerpo médico de la institución como lo había sostenido en el texto de la demanda[[13]](#footnote-13).*

*En reciente pronunciamiento la Subsección ha manifestado que:*

Efectivamente, esta Subsección no puede pronunciarse sobre hechos distintos a aquellos en los que el actor basó sus pretensiones, pues, se insiste, no es el recurso de apelación la oportunidad procesal prevista por el ordenamiento jurídico para modificar la causa petendi de la demanda, ni siquiera con base en la aplicación del principio iura novit curia, por cuanto,

“la Sala precisa que sí es posible en materia de juicios de responsabilidad extracontractual del Estado, la aplicación del principio iura novit curia, pero siempre teniendo en cuenta que a través de él no se puede llegar a la modificación de los fundamentos fácticos de la pretensión, expuesto en el libelo, los cuales constituyen su causa petendi y son precisados por el actor, y no otros. Así en esta materia, lo importante es la realidad y naturaleza de los hechos y no la calificación jurídica que les puede dar el demandante, todo lo cual coincide con lo dispuesto por nuestra legislación positiva, concretamente por el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, la sentencia debe analizar “Los hechos en que se funda la controversia”. (…) Si se aceptare que el juez puede al final del proceso, en la sentencia cambiar los hechos alegados en la demanda se estaría desconociendo el derecho de defensa y contradicción del proceso que tiene la parte demandada, la cual contestará la demanda enfrente de los hechos alegados por el demandante y enfocará su actividad probatoria para desvirtuar esos hechos que se conocen desde un comienzo. Pero si al final del proceso se cambia ya no podría cuestionarlos”[[14]](#footnote-14) (subrayado fuera de texto).

18. En consecuencia, la Sala se abstendrá de estudiar los nuevos cargos, planteados extemporáneamente en el recurso de alzada.

**La liquidación bilateral del contrato**

19. El artículo 60[[15]](#footnote-15) de la Ley 80 de 1993, estatuto de contratación estatal aplicable al ICBF, establecimiento público del orden nacional que celebró el contrato objeto de la presente controversia, dispone que los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los 4 meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

20. Esta norma también dispuso que en esta etapa de liquidación, las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar y que en la respectiva acta constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

21. Por su parte, el artículo 61 *ibídem[[16]](#footnote-16),* dispuso que en caso de que el contratista no se presente a la liquidación o que las partes no lleguen a acuerdo sobre su contenido, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.

22. La liquidación del contrato, como de tiempo atrás lo tiene establecido la jurisprudencia, es un corte de cuentas que se efectúa una vez culmina el contrato por cualquier causa –vencimiento del plazo, ejecución del objeto contractual, terminación unilateral, declaratoria de caducidad, etc.-, en el que en definitiva, se establece quién le debe a quién y cuánto, para permitir de este modo que la relación negocial quede totalmente extinguida y que las partes se puedan declarar a paz y salvo.

23. Esta etapa posterior a la terminación del contrato reviste una gran importancia, puesto que es en ese momento cuando las partes hacen un balance del resultado final de la ejecución de sus obligaciones, desde el punto de vista de las prestaciones y el cumplimiento del objeto, así como desde la perspectiva económica del negocio jurídico, para verificar cuáles son los valores pactados en el contrato, las cantidades efectivamente pagadas al contratista y aquellas sumas pendientes de pago. Por lo tanto, como lo dispone la ley, es en ese estadio de la relación contractual que les corresponde hacer las reclamaciones mutuas y buscar los acuerdos necesarios para solventar las diferencias que les permita declararse a paz y salvo, puesto que mediante la liquidación, se extingue de manera definitiva el vínculo negocial existente entre contratante y contratista.

24. Como lo indica la norma, la liquidación debe efectuarse, en principio, de común acuerdo entre las partes, mediante la suscripción de la respectiva acta de liquidación bilateral y sólo en caso de que ello no sea posible por inasistencia del contratista o su renuencia a suscribirla, por no estar de acuerdo con su contenido, deberá proceder la entidad a proferir un acto administrativo, mediante el cual adoptará la liquidación unilateral del contrato, decisión que podrá ser impugnada por el contratista en las mismas condiciones que los demás actos administrativos contractuales, es decir mediante la interposición del recurso de reposición en sede administrativa y/o judicialmente, mediante la acción de controversias contractuales.

25. La liquidación del contrato de común acuerdo, como su nombre lo indica, es un acto jurídico bilateral, que involucra la manifestación de voluntad libre y consciente de cada una de las partes contratantes, quienes al suscribir la respectiva acta están consintiendo sobre su contenido y aceptando la veracidad y exactitud del mismo. En consecuencia, esa manifestación de voluntad las obliga y se impone su respeto en futuras actuaciones, en las cuales no se puede desconocer la palabra dada, por cuanto no es lícito a las partes venir contra sus propios actos -*venire contra factum proprium non valet-,* principio que se sustenta en la buena fe que debe presidir las relaciones negociales, y específicamente en los contratos de la Administración, a la luz de lo dispuesto por el artículo 83 de la Constitución Política[[17]](#footnote-17), los artículos 23 y 28 de la Ley 80 de 1993[[18]](#footnote-18) y el artículo 1603 del C.C.C. [[19]](#footnote-19).

*(…) la doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de* venire contra factum proprium, *surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos[[20]](#footnote-20).*

26. Esta exigencia del respeto a la palabra dada es plenamente predicable del acuerdo de voluntades que está envuelto en el acta de liquidación bilateral que suscriben las partes una vez finaliza el contrato, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación de tiempo atrás:

*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[[21]](#footnote-21).*

27. Es por ello que ha dicho en reiteradas ocasiones, que cuando las partes han suscrito un acta de liquidación bilateral de un contrato sin dejar en ella salvedades sobre puntos específicos de desacuerdo con el corte de cuentas efectuado, no pueden esperar que el juez del contrato acceda a las pretensiones que se aduzcan en una demanda que verse sobre el contrato liquidado por los contratantes, por cuanto con ello se estaría desconociendo la obligatoriedad que implica ese acto jurídico de liquidación, quedando a salvo, en tal caso, únicamente el cuestionamiento judicial que se puede hacer sobre la validez de dicho acto, mediante la alegación de algún vicio del consentimiento, como error, fuerza o dolo.

28. Es decir que, una vez suscrita el acta de liquidación bilateral sin salvedades, ella resulta obligatoria para las partes, quienes no pueden desconocer luego la palabra dada, para acudir al juez a elevar pretensiones relacionadas con el contrato liquidado y de las cuales no se dejó registro alguno de inconformidad en el acta, a menos que demanden su nulidad por vicios del consentimiento, por cuanto en tales condiciones, esas pretensiones no podrán prosperar:

*12. Cuando las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, concurren libremente a la suscripción del acta de liquidación final de un contrato, están manifestando su aceptación y aprobación frente al contenido de ese acto jurídico bilateral, constituyéndose entonces, esa acta de liquidación de común acuerdo, en un negocio jurídico liberatorio, que, por lo tanto, sólo puede ser impugnado por vicios del consentimiento, como lo son el dolo, la fuerza o el error, con las características suficientes para desvirtuar la legitimidad y validez del que se ha expresado en dicho acto, puesto que se trata de un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad, sin que resulte posible, ni siquiera, alegar un enriquecimiento sin causa, como lo hace la demandante en el sub-lite. Así lo ha manifestado de tiempo atrás la jurisprudencia:*

*“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.*

*“La fuerza, para que logre viciar el consentimiento debe ser de tal magnitud que impida una expresión libre. No puede ser cualquier clase de factor de violencia, física o mental, suficiente para destruir la voluntad. No. En tratándose de entes morales, esas conductas de fuerza deben ser superiores en grado a encontrar la verdadera voluntad del otorgante de un negocio jurídico, porque frente a condiciones económicas similares, cualquier amenaza no puede incidir en el consentimiento, que es expresado, como es sabido, a través de los representantes.*

*“Lo anterior quiere denotar, pues, que si quería quebrar o aniquilar el acta era deber, dentro del proceso, acreditar todas las circunstancias que motivaron su firma en las condiciones de presión argüidas, y no de manera simple, limitarse a alegar esos hechos sin la correspondiente probanza, porque le era imprescindible, al encontrarse con un documento firmado sin observación o reparo alguno. Con mayor razón cuando se pretende el restablecimiento del derecho, previa la declaración de nulidad del acta. Es que el vicio debe ser demostrado, para restarle la validez del acto jurídico. Como lo hizo* (sic)*, no puede ser atendida su demanda en este aspecto.*

*“Si el acta no está viciada mal puede restársele los efectos que, como negocio jurídico liberatorio, ofrece, que como ya se dijo, anteriormente, van encaminados a la extinción (sic.) del nexo obligatorio, surgido del contrato de mutuo.*

*“No se puede hablar de enriquecimiento sin causa en un contrato, puesto que la causa del negocio está sujeta a los términos de una convención que concluye, en su desarrollo, precisamente, con la liquidación final, amparada por legales presupuestos de validez.*

*Si el acta no puede ser invalidada, por cuanto está colmada de todos los supuestos de eficacia, y ante la falta de prueba que permita colegir el derecho o vicio que el demandante ha invocado y el enriquecimiento sin causa no es dable denunciarlo frente a un negocio - jurídico extintor, precisamente, de cualquier reclamo, es de rigor, concluir que la demanda no está llamada a prosperar[[22]](#footnote-22).*

*13. Es claro entonces, que la fuerza vinculatoria de ese negocio jurídico, implica que las partes no puedan ir en contra de la palabra dada ni desdecirse de ella ni pretender obrar en contra de su previa manifestación, pues a nadie le es lícito venir contra sus propios actos -venire contra factum proprium non valet-, sin atentar con ello en contra del principio de la buena fe y de la lealtad debida en toda clase de relaciones jurídicas y especialmente en las contractuales, en las que la expresión de la voluntad tiene una especial relevancia y se espera una conducta coherente de las partes contratantes.*

*14. Para la doctrina, el principio que impide ir en contra de los actos propios constituye, más que una prohibición -que haría surgir la responsabilidad de quien la desconoce-, una limitación al ejercicio de derechos subjetivos, que además de traducirse en tal responsabilidad, puede invalidar la actuación. Y se afirma que “[c]uando decimos que nadie puede ir contra sus propios actos, significamos que un acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, que contradice el sentido que, conforme a la buena fe, ha de darse a la conducta anterior del titular, constituye una extralimitación. Denominando provisionalmente “pretensión” al acto de ejercicio del derecho, podemos decir que la “pretensión contradictoria con la propia conducta” es inadmisible y ha de ser, si se traduce en una actuación judicial, desestimada”, es decir que una pretensión en tales condiciones, no debe prosperar “(…) cuando se ejercita en contradicción con el sentido que, objetivamente y de buena fe, ha de atribuirse a una conducta jurídicamente relevante y eficaz, observada por el sujeto dentro de una situación jurídica” [[23]](#footnote-23).*

*15. Precisamente por lo anterior, es que la jurisprudencia de la Corporación tiene establecido de vieja data que mediando una liquidación bilateral del contrato en la que no se hicieron advertencias concretas de inconformidad ni se dejaron salvedades respecto del corte de cuentas, no resulta procedente que el juez estudie pretensiones que tiendan a desconocer la existencia de dicho negocio liberatorio y por lo tanto, las mismas no están llamadas a prosperar[[24]](#footnote-24).*

**El caso concreto**

29. La demanda presentada inicialmente por la Fundación Arthur Stanley Gillow en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, pretendía la declaratoria de incumplimiento contractual de la entidad demandada y su condena al pago del saldo del valor del contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes. Pero como se anotó (ver pie de página 1), por orden del Tribunal *a-quo* dicha pretensión fue suprimida y en su lugar, en la modificación de la demanda presentada, se pidió que se declare la nulidad parcial del acta de liquidación bilateral suscrita por las partes el 16 de noviembre de 2004 –aunque no identifica en la pretensión el contrato al que corresponde dicha acta, se entiende que hace referencia al contrato de prestación de servicios n.o 242 de 2003, al que aludía en sus pretensiones originales-, por estar afectada de objeto ilícito, al contravenir el derecho público de la Nación, específicamente, *“lo relacionado con la declaración recíproca de paz y salvo y al compromiso de no formular futuras reclamaciones”.* Como consecuencia de esta declaración, que se condene a la entidad a pagarle a la demandante la suma de $ 521 679 153, valor del contrato dejado de ejecutar por culpa exclusiva de la entidad demandada y que se declare que las anteriores pretensiones proceden en virtud del silencio administrativo positivo que se configuró.

30. Agregó el demandante, que *“Como se puede comprender fácilmente la nulidad parcial del acta de liquidación, en la cual la jurisprudencia no ha visto más que un contrato se contrae –según la pretensión reformada- a la declaración recíproca de paz y salvo, por cuanto extenderla al valor ejecutado y pagado sería contraevidente y ningún despacho judicial podría obligar a un demandante a desconocer un hecho que se reconoce como cierto. En todo caso, estos aspectos de fondo son del resorte de la sentencia y no de una providencia de trámite”.* Y para la sustentación de la nulidad parcial del acta de liquidación, remitió al capítulo “*Fundamentos de Derecho, literal D, en el cual se examinó la ineficacia de las cláusulas que pactan la renuncia a reclamaciones en los contratos y al artículo 1519 del Código Civil que define el objeto ilícito como aquel que contraviene el derecho público de la nación y es obvio que la Ley 80/93, artículo 24, numeral 5º, literal f) es parte de ese derecho”.*

31. En el referido literal de los fundamentos de derecho, sostuvo el demandante (f. 5, c. 1):

*D.- En su sabia providencia el H. Consejo de Estado asegura que el acta de liquidación es un contrato auténtico. Como tal cae bajo el peso de lo dispuesto en el artículo 24, numeral 5º, litera f) que dice:*

*´Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados´(…).*

*El artículo 897 del Código de Comercio, intitulado ´actos ineficaces´ dice que*

*´Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial´.*

*En aplicación de la disposición anterior es claro que el acta de liquidación –preparada y elaborada por el ICBF- es ineficaz e la CLÁUSULA TERCERA-PAZ Y SALVO cuando indujo a mi mandante a renunciar a cualquier reclamación posterior. Empero, sin en gracia de discusión, esta fuera una cláusula válida –que no lo es- el paz y salvo tendría un valor relativo a lo ejecutado y pagado más no al resto del valor del contrato que no se pudo ejecutar por culpa del contratante.*

32. En relación con las anteriores argumentaciones del demandante, lo primero que se observa es su intención de desconocer el contenido de la liquidación que de común acuerdo realizaron el ICBF y la Fundación Arthur Stanley Gillow, respecto del contrato de prestación de servicios n.o 242 de 2003, que consta en acta suscrita por las partes y en la que ninguna objeción, salvedad o reserva dejó registrada el contratista, con miras a salvaguardar su derecho de reclamar posteriormente, ante el juez del contrato, por aquellos reconocimientos y pagos que no fueron incluidos en la liquidación y que él consideraba que debieron hacer parte de la misma.

33. El demandante alega que no tenía que dejar salvedad alguna en el acta, pues lo que allí se liquidó fueron las prestaciones efectivamente ejecutadas y que fueron pagadas en la forma en que se pactó en el contrato, sobre lo cual no tenía objeciones, pero que en el acta nada se dijo sobre la parte del contrato que no se pudo ejecutar por causas imputables a la entidad contratante y que rompieron el equilibrio económico del contrato, porque terminó recibiendo una suma de dinero menor al valor estipulado. Y por lo tanto, como no hizo parte del acta de liquidación, no se puede afirmar que el contratista renunció a reclamar por este concepto.

34. La Sala no comparte este planteamiento de la parte actora, toda vez que la labor de liquidar un contrato, en principio descarta la posibilidad de que tal operación se haga de manera “parcial”, como lo sostiene, ya que el corte de cuentas que se lleva a cabo una vez aquel se termina, debe ser total y definitivo para que las partes puedan declararse a paz y salvo y dar por finiquitada la relación negocial, que es la finalidad primordial de esta etapa de liquidación de los contratos, lo que significa que una liquidación que no involucre todas las cuestiones relacionadas con la ejecución contractual, mal puede llevar a que las partes se declaren a paz y salvo.

35. Por otro lado, considera la Sala que atenta contra la buena fe que deben observar las partes en toda la actividad contractual, el efectuar “reservas mentales” en relación con asuntos que deben ser planteados, discutidos y solucionados en ese momento, dejando de expresar las posibles objeciones que se tengan frente al corte de cuentas que se está llevando a cabo, para esgrimirlas con posterioridad, desconociendo con ello la expresa manifestación de voluntad que se dejó plasmada al suscribir el acta de liquidación bilateral sin salvedad alguna.

36. Por lo anterior, no es acertado afirmar que, luego de suscrita el acta de liquidación bilateral, subsisten asuntos y materias relacionados con el contrato que no quedaron zanjados, a excepción, claro está, de aquellos respecto de los cuales el contratista ha dejado plasmada expresa salvedad al momento de suscribirla, todo con miras a salvaguardar su derecho de reclamar por ellos judicialmente, porque si ello no sucedió y prestó su consentimiento libre y voluntario a la creación de ese acto bilateral liberatorio sin hacer manifestación alguna respecto de su contenido, el contratista quedó obligado a respetar sus términos.

37. Si el contratista accedió a suscribir un acta de liquidación en la que expresamente se consignó que las partes se declaraban a paz y salvo, debe entenderse que ese fue su querer libre y espontáneo y que no puede ahora, mediante la presentación de una demanda ante esta jurisdicción, pretender desconocer su manifestación anterior.

38. Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia que en estos casos el único cargo que podría aducirse en contra del acta bilateral de un contrato, es el de la nulidad por vicios del consentimiento, que de prosperar, por comprobarse que la misma fue suscrita por el contratista incurso en error, fuerza o dolo en los términos descritos por la ley, dará lugar a su anulación y al estudio de las demás pretensiones planteadas en la demanda, en relación con declaraciones adicionales y condenas en contra de la entidad demandada.

39. Lo anterior obedece a la importancia que reviste la manifestación de voluntad que las partes hacen en el acuerdo liquidatorio, la cual refleja su aceptación del contenido de ese negocio jurídico y su intención de declararse a paz y salvo por todo concepto derivado del contrato liquidado. Por lo tanto, como toda manifestación de voluntad, debe corresponder al real querer de quien presta su consentimiento en forma libre y espontánea para la creación de ese acto bilateral, sin que sean admisibles reservas de alguna de las partes, no expresadas en el mismo acto, como susceptibles de ser revividas en el futuro, en contra de lo acordado.

40. No obstante, en el presente caso el demandante no alegó que su consentimiento a la hora de suscribir el acta bilateral de liquidación del contrato hubiera estado viciado por error, fuerza o dolo, sino que planteó que la cláusula tercera de ese acto jurídico, era nula por tener objeto ilícito, en cuanto contempló la declaración recíproca de paz y salvo y el compromiso del contratista de no formular futuras reclamaciones.

41. Es decir que recurrió a esta alegación, para eludir la obligatoriedad que se desprende de su propia y previa manifestación de voluntad, por medio de la cual concurrió a crear un negocio jurídico liberatorio y que como acuerdo de voluntades, resulta vinculante para las partes.

42. Ahora bien, se observa que, si aún en gracia de discusión se admitiera que, como acto jurídico bilateral, la liquidación de común acuerdo de un contrato estatal también está sujeta a las causales de nulidad absoluta de los actos y contratos consagrados por la ley, como es el caso de los artículos 1741 y 1519 del Código Civil -el primero de los cuales establece que la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, entre otros, es una nulidad absoluta; al paso que el segundo, dispone que hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación[[25]](#footnote-25)- y que por lo tanto resultaría posible estudiar un cargo que en estos términos se esgrimiese en su contra, tampoco habría lugar a restarle validez al acta de liquidación bilateral suscrita por las partes en el presente caso, toda vez que el cargo así planteado carece de soporte legal, como se explica a continuación.

43. El cargo lo adujo la parte actora, basándose para ello en las normas de la Ley 80 de 1993 que regulan lo concerniente al procedimiento de licitación pública que adelantan las entidades estatales para seleccionar a sus contratistas y al pliego de condiciones que deben elaborar para regular dicho procedimiento y establecer las estipulaciones del futuro contrato, las cuales no tienen relación directa con el contenido del acto jurídico bilateral aquí impugnado.

44. En efecto, se observa que la norma mencionada en la demanda como fundamento jurídico del cargo de nulidad que se le endilga al acta de liquidación contractual suscrita por las partes, es el literal f) del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, aunque parece ser más bien que la parte que se considera vulnerada por el demandante, es el último inciso de dicho numeral, el cual es del siguiente tenor:

*Art. 24.- Del principio de transparencia. En virtud de este principio:*

*(…)*

*5. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:*

*(…)*

*f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.*

*Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de hechos aquí enunciados.*

45. Frente a lo anterior, lo primero que cabe advertir es que la norma parcialmente aducida por el demandante, se refiere al contenido mínimo que deben tener los pliegos de condiciones que rigen los procedimientos de selección de contratistas que adelantan las entidades y hace alusión en su último inciso, a las estipulaciones de los contratos en las que se disponga la renuncia por parte del contratista, a futuras reclamaciones *“por la ocurrencia de hechos aquí enunciados”,* que serán ineficaces de pleno derecho.

46. Es decir que en este caso, la renuncia que para el legislador resulta inadmisible imponer a los contratistas -*“por la ocurrencia de hechos aquí enunciados”-*, es a efectuar reclamaciones relativas a los elementos mínimos que se deben incluir en los pliegos de condiciones, pues eso es lo que regula el numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, al disponer en los demás literales que en los pliegos i) se deben indicar los requisitos objetivos de participación en el proceso de selección, ii) se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso, iii) se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, iv) no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren y v) se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

47. Es claro entonces, que ese último inciso del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, no está descartando de manera general y para todos los efectos, la posibilidad de que el contratista renuncie a efectuar reclamaciones a la entidad contratante por otros conceptos, decisión que bien puede tomar en el ámbito del ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, que se pone en juego cuando se decide contratar y suscribir otros acuerdos con las entidades contratantes, tales como contratos adicionales, actas de suspensión, actas de liquidación, etc., en los que bien puede el contratista disponer de aquellos derechos e intereses que son esencialmente renunciables.

48. En el presente caso, la demanda se presentó en contra del acta de liquidación bilateral de un contrato estatal, no en contra de un pliego de condiciones o del contrato mismo. Y respecto de ese acto liberatorio, la ley establece expresamente que debe servir para que contratante y contratista resuelvan las mutuas reclamaciones que puedan surgir de la ejecución contractual, al establecer el estatuto de contratación –art. 60- que también en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar y que en el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren, para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

49. Por lo tanto, atenta contra la buena fe contractual y la confianza generada por la palabra dada, el intentar, por este medio, desvirtuar la validez del acta de liquidación bilateral suscrita por la Fundación Arthur Stanley Gillow con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para extinguir la relación surgida del contrato de prestación de servicios n.o 242 del 29 de diciembre de 2003.

**El silencio administrativo positivo**

50. Por las mismas razones anotadas, frente a un acta de liquidación suscrita de común acuerdo por las partes, tampoco se puede aducir la existencia de un silencio administrativo positivo. lI

51. El artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993, estableció que *“En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo”.*

52. Al respecto, se observa que el silencio administrativo es una figura eminentemente procesal, instaurada para dar solución a aquellos eventos en los que la administración incumple con su deber de dar respuesta oportuna a las peticiones de los administrados, de tal manera que no quede en un estado de indeterminación la resolución de tales solicitudes. En principio, si la ley no establece otra cosa, el silencio administrativo será negativo, lo que quiere decir que, transcurrido el término previsto por la norma sin que la administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la petición ha sido denegada, surgiendo así un acto administrativo ficto o presunto adverso a los intereses del administrado, lo que le permitirá a éste proceder a su inmediata impugnación judicial. El silencio administrativo negativo es, pues, la regla general[[26]](#footnote-26).

53. Excepcionalmente y sólo cuando la ley así lo disponga, se producirá el silencio administrativo positivo, en el cual frente a la omisión de la administración de resolver en el plazo legalmente establecido para ello, surgirá un acto ficto favorable al peticionario y se entenderá que la administración accedió a su petición[[27]](#footnote-27), siempre que se cumpla con el procedimiento expresamente dispuesto para la configuración de esta clase de silencio, toda vez que por razones de seguridad, el legislador dispuso que, para que se pueda tener por existente, es necesario que la persona interesada protocolice la constancia que le fue expedida cuando hizo la petición verbal o la copia de la que presentó escrita, autenticada por el funcionario que la recibió, junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto, con lo cual la escritura producirá todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió[[28]](#footnote-28).

54. Ahora bien, se observa que la Ley 80 de 1993, estatuto de contratación estatal, hizo referencia a una modalidad de silencio administrativo positivo, pero no reguló el procedimiento para su configuración, razón por la cual resulta aplicable lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 01 de 1984 –art. 2 de la Ley 1437 de 2011-de acuerdo con el cual *“Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles”.* En consecuencia, para la configuración del silencio administrativo positivo establecido en la ley de contratación, se deberá seguir el procedimiento establecido en el artículo 42 del CCA. Sobre esta figura, en materia contractual, ha dicho la Sala:

*(…) esta Corporación ha señalado que para que se configure el silencio administrativo positivo no solo es indispensable que transcurra el término señalado en la ley, sin que la administración se pronuncie, sobre una solicitud presentada a ella en el curso de la ejecución del contrato, sino que, además, es menester que el demandante aporte las pruebas que permitan deducir la obligación que se está reclamando[[29]](#footnote-29).*

*En el mismo orden de ideas, se ha considerado que el silencio contemplado en el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 habrá que interpretarse con efectos restrictivos, cuando se pretende definir etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual, como sería la de liquidación del contrato; etapa en la cual las partes podrán acordar los ajustes de precios, revisión y reconocimientos a que haya lugar[[30]](#footnote-30).*

*Si bien el contratista está facultado para ejercer el derecho de petición y a beneficiarse del silencio de la administración, esto no significa que pueda exigir derechos que para su configuración requieren que se surtan procedimientos ineludibles y obligatorios, como viene a ser la liquidación definitiva del contrato, así la petición se haya protocolizado ante notario[[31]](#footnote-31).*

*Tratándose de la configuración del silencio administrativo positivo en la contratación estatal, además del mero transcurso del tiempo, sin que la administración se pronuncie, se requiere i) que la solicitud se presente durante la ejecución del contrato; ii) que el peticionario, con su solicitud, aporte las pruebas que den lugar a deducir la obligación que se reclama; iii) que no se pretenda entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual; iv) que la petición se refiera a un derecho del contratista, preexistente a la solicitud y que requiera sólo la formalidad o declaración del contratante público y v) que lo pedido tenga que ver con asuntos relacionados con la actividad del contratista y no del contratante[[32]](#footnote-32). Y, lo anterior, toda vez que al silencio de la administración no se le puede atribuir la generación de obligaciones inexistentes[[33]](#footnote-33).*

*Siendo así y dado que, sin perjuicio del otorgamiento de la escritura, la misma tampoco da lugar a estructurar las obligaciones a cargo de la administración que se reclaman[[34]](#footnote-34).*

55. El demandante sostuvo que elevó una petición a la entidad contratante relacionada con el desequilibrio económico del contrato que se produjo por la decisión de la administración de no suministrarle más bases de datos con la información de los casos asignados de acuerdo al número de muestras contratadas por sector, lo que se tradujo en una disminución del valor del contrato –ver párrafo 9.2-; que dicha solicitud no le fue resuelta dentro de los tres meses siguientes a su presentación, por lo que se configuró el silencio administrativo positivo y en consecuencia, ha de entenderse que la decisión fue favorable a sus pretensiones, debiendo la entidad proceder a reconocer a su favor la diferencia entre el valor realmente pagado y el valor total pactado en el contrato.

56. Al respecto, se reitera que no basta con la solicitud desatendida por la administración, para que se configure el acto administrativo ficto favorable a la petición del contratista, toda vez que se requiere la existencia de los fundamentos de hecho que demuestren que le asiste razón en sus requerimientos, sobre todo cuando éstos son de índole económica, como en el presente caso.

*(…) la jurisprudencia mayoritaria de la Corporación ha considerado que, cuando se trata del silencio administrativo positivo en materia de contratación, no se puede entender que cualquier reclamación económica efectuada por el contratista durante la ejecución del contrato de lugar al nacimiento de un derecho a su favor, por el solo silencio de la administración durante el lapso consagrado en la norma, puesto que se requiere que efectivamente aquel sea titular de dicho derecho y sólo se busque su reconocimiento por parte de la entidad (…):*

Sobre lo anterior esta Corporación se ha pronunciado, en diversas oportunidades; así:

“la Sala advierte que para que se configure el silencio administrativo mencionado no solo es indispensable que transcurra el término señalado en la ley sin que la administración se pronuncie sobre una solicitud presentada a ella en el curso de la ejecución del contrato, sino que además es menester que el demandante aporte las pruebas que permitan deducir la obligación que se está reclamando. En otras palabras, el administrado tiene que demostrar dentro del proceso, que la solicitud elevada a la administración contratante se apoya en **medios probatorios allegados al expediente**, pues el solo transcurso del tiempo no puede ser constitutivo del fenómeno jurídico en estudio.” ([[35]](#footnote-35))

“el silencio contemplado en la ley 80 (num. 16 del art. 25 ) habrá que **interpretarse siempre con efectos restrictivos** y no para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual, como sería la de liquidación del contrato; etapa en la cual las partes podrán acordar los ajustes de precios, revisión y reconocimientos a que haya lugar. En tal sentido, el inciso siguiente precisa que en el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. **([[36]](#footnote-36))** (Destacado con negrilla, por fuera del texto original)[[37]](#footnote-37)*.[[38]](#footnote-38)*

57. Y como se puede observar de los términos en los que se pactó, en el presente caso, la remuneración del contratista -cláusulas quinta, sexta y séptima-, se acordaron precios unitarios fijos y se estipuló que el valor final del contrato sería el que resultare de multiplicar las cantidades de muestras tomadas y procesadas, citaciones, gastos de transporte y gastos de viaje realmente realizados, por los precios unitarios indicados en la propuesta presentada por EL CONTRATISTA y aceptada por EL ICBF, lo que descarta la afirmación de la parte actora en el sentido de que la entidad estaba obligada a pagarle el 100% del valor total del contrato, puesto que éste era el monto máximo acordado, al que se llegaría con la sumatoria de las prestaciones realmente ejecutadas por el contratista. En consecuencia, el hecho de que hubiera elevado ante la entidad una reclamación en este sentido, con el argumento de la ruptura del equilibrio económico del contrato, no refleja la existencia real de su derecho a obtener el restablecimiento pretendido ni da lugar, por lo tanto, a la configuración de un silencio administrativo positivo en caso de que la entidad se hubiese abstenido de contestar en un lapso de 3 meses.

58. Como si lo anterior no fuera suficiente para desestimar su pretensión basada en el referido argumento, se advierte que en el proceso no obra prueba alguna de que efectivamente se haya configurado el silencio administrativo positivo como se afirmó en la demanda, toda vez que ni siquiera consta la protocolización de la petición y la declaración jurada de no haber recibido respuesta oportuna, tal y como lo ordena en la ley, lo que resulta entendible, puesto que fue el mismo apelante quien sostuvo que ese requisito era innecesario, porque no existía una tarifa legal para la prueba de la existencia del acto ficto positivo, afirmación que va en contravía con lo dispuesto por la norma procesal aplicable en estos casos.

59. Finalmente, a riesgo de resultar reiterativa la afirmación, no se puede perder de vista el hecho de que el contrato sobre el cual versa la controversia fue objeto de una liquidación bilateral, de común acuerdo, en la que las partes se declararon a paz y salvo, sin que el contratista hubiera dejado salvedad alguna, circunstancia que, como se explicó ampliamente, cierra toda posibilidad de efectuar cualquier reclamación en torno a la ejecución de dicho negocio jurídico.

60. En las anteriores condiciones, no cabe duda de que las pretensiones no estaban llamadas a prosperar y que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, y en tal sentido se decidirá.

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

# F A L L A

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia apelada, esto es, la proferida el 16 de julio de 2008, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

**SEGUNDO:** Sin costas, por no aparecer acreditadas.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

## CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Presidente de la Sala**

**Impedido[[39]](#footnote-39)**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

1. Las pretensiones de la demanda fueron modificadas en cumplimiento de lo ordenado en tal sentido por el Tribunal *a-quo* en el auto inadmisorio de la demanda (f. 10, c. 1). En las originales, el demandante pedía: *“PRIMERA. Que se declare que el ICBF incumplió el contrato No. 242/03 suscrito con la Fundación Arthur Stanley Gillow (…). // SEGUNDA. Que se declare que la liquidación del contrato suscrita entre las partes el 16 de noviembre de 2004, corresponde como se desprende inequívocamente de su texto, ´al valor ejecutado y pagado´ (…) más no al valor dejado de ejecutar por culpa del ICBF (…). // TERCERA. Que se condene al ICBF a pagar la suma de $ 521.679.153, que es el valor del contrato no ejecutado por culpa exclusiva de esta entidad pública (…). CUARTA. Que se declare que, igualmente, las anteriores pretensiones son viables por la ocurrencia del silencio administrativo positivo, frente a la petición radicada el 18 de mayo de 2004, en plena ejecución del contrato, la cuan no fue resuelta en el término de tres (3) meses (…)”* (f. 2, c. 1). [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 129 del C.C.A modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, establece que el Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Por su parte, el artículo 132 del mismo código, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, establece que los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos referentes a contratos de las entidades estatales cuando la cuantía exceda de 500 S.M.L.M., monto que para la época de presentación de la demanda –1º de agosto de 2006- equivalía a $ 204 000 000, pues el salario mínimo legal mensual era de $ 408 000,oo; en el presente caso, una de las pretensiones de la demanda asciende a $ 521.679.153, por concepto del valor del contrato no ejecutado. [↑](#footnote-ref-2)
3. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas. [↑](#footnote-ref-3)
4. Azula Camacho, Jaime, *“Manual de Derecho Procesal”,* T. I, *“Teoría General del Proceso”,* 8ª ed., editorial Temis S.A., 2002, p. 377.  [↑](#footnote-ref-4)
5. El artículo 320 del C.G.P., establece que este recurso tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 24 de Junio de 2004, expediente 14950, C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, expediente 18950, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-7)
8. Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXIV, Editorial Bibliográfica Argentina, 1967, p. 140. [↑](#footnote-ref-8)
9. Esta norma establece que *“El apelante deberá sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo, a más tardar dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360, so pena de que se declare desierto. Para la sustentación del recurso, será suficiente que el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia”.* Actualmente, la misma exigencia la hace el C.G.P., en el numeral 3 del artículo 322. [↑](#footnote-ref-9)
10. Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXIV, Editorial Bibliográfica Argentina, 1967, p. 137. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de febrero de 2015, expediente 35615, C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz. [↑](#footnote-ref-11)
12. [10] “*Consejo de Estado; Sala Plena; Sentencia del 14 de febrero de 1995; Exp. S – 123”.* [↑](#footnote-ref-12)
13. [11] “*Se advierte que “la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en las actuaciones que conoce carece por completo de facultades para variar la causa petendi que se narra en la demanda, es decir, que en procesos de esta naturaleza la sentencia está irremediablemente abocada a resolver sobre si hay o no lugar a declarar la responsabilidad de la administración con base en los antecedentes fácticos descritos en la demanda y a los medios de convicción regular y oportunamente agregados al plenario. (…) Cualquier variación o modificación del marco fáctico implicaría un desconocimiento flagrante del principio relativo al debido proceso, ya que, por una parte, sorprendería a la entidad pública demandada cuya defensa y medios exceptivos estarían enfocados a rebatir los hechos presentados en la demanda y, por otra parte, en atención a que ésta jamás tendría opción de ejercer en ese caso el legítimo derecho de controvertir y de aportar pruebas tendientes a rebatir los elementos de juicio eventual base de la declaración de responsabilidad y consecuencial condena al pago de los perjuicios”. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 19 de junio de 1996; Rad. 8422”.* [↑](#footnote-ref-13)
14. [12] “*Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 14 de febrero de 1995; Rad. S-123”.* [↑](#footnote-ref-14)
15. Vigente para la época de los hechos, fue subrogado por la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-15)
16. Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-16)
17. *“****Art. 83.-*** *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 aquellos adelanten ante estas”.* [↑](#footnote-ref-17)
18. El artículo 23, dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales de la contratación, dentro de los cuales está el de la buena fe. Y el artículo 28, estableció que el principio de la buena fe se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos. [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de mayo de 2011, expediente 18553, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-19)
20. Tribunal Supremo de España. Sala III de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 12968 del 19 de diciembre de 2006, M.P.: José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat. Citada en: Valbuena Hernández, Gabriel, *“La Defraudación de la Confianza Legítima”,* Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2008, p. 117. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 1995, expediente 9965, C.P. Daniel Suárez Hernández. [↑](#footnote-ref-21)
22. [3] *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 1984, expediente 2796, C.P. José Alejandro Bonivento, reiterada en sentencia del 22 de junio de 1995, expediente 9965, C.P. Daniel Suárez Hernández”*. [↑](#footnote-ref-22)
23. [4] *“Díez-Picazo Ponce de León, Luis, “La Doctrina de los Propios Actos”, Bosch, Casa Editorial, 1963, p. 186 y 189”*. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2015, expediente 25387, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-24)
25. *“La jurisprudencia de la sala ha sido reiterativa en señalar que el hecho de haberse liquidado el contrato por el mutuo acuerdo de las partes sin que en el acta correspondiente se haya dejado salvedad concreta alguna, impide cualquier reclamación posterior por cualquiera de las partes o su impugnación judicial, salvo que se alegue su nulidad en los eventos previstos en los arts.1740 y siguientes del Código Civil, o por vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), o porque exista error u omisión debidamente comprobado”.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de mayo de 2001, expediente 13347, C.P. Ricardo Hoyos Duque, en la cual se citaron como antecedentes: *“Sentencias de 17 de mayo de 1984, exp. 2796; 29 de agosto de 1995, exp. 8884; 10 de abril de 1997, exp. 10.608; 20 de febrero de 1998 exp. 11.101 y 25 de noviembre de 1999, Exp. 10.873”.* [↑](#footnote-ref-25)
26. El artículo 40 del CCA, establece el silencio administrativo sustantivo, es decir el que procede contra la petición inicial: *“Silencio negativo. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa. // La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto”.* A su turno, el artículo 60 consagra el silencio administrativo procesal, o sea el que se produce cuando no se resuelven oportunamente los recursos interpuestos contra una decisión administrativa: *“Transcurrido un plazo de dos (2) meses contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa. // El plazo mencionado se interrumpirá mientras dure la práctica de pruebas. // La ocurrencia del silencio administrativo negativo previsto en el inciso 1º no exime a la autoridad de responsabilidad; ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo”.* Estas normas corresponden a los actuales artículos 83 y 86 de la Ley 1437 de 2011, CPACA. [↑](#footnote-ref-26)
27. Artículo 41 del CCA: *“Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva. // Se entiende que los términos para decidir comienzan a contarse a partir del día en que se inició la actuación. // El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocatoria directa en las condiciones que señalan los artículos 71, 73 y 74”.* Actualmente, el artículo 84 del CPACA consagra esta figura en similares términos. [↑](#footnote-ref-27)
28. Artículo 42 del CCA: *“La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 5º, junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto. // La escritura y sus copias producirá (sic) todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así. // Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico”.* En iguales términos, artículo 85 del CPACA. [↑](#footnote-ref-28)
29. [14] “*Auto de 29 de marzo de 1996, M.P. Juan de Dios Montes, exp. 10992"*. [↑](#footnote-ref-29)
30. [15] *“Auto de 26 de septiembre de 1996, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, exp. 12147”*. [↑](#footnote-ref-30)
31. [16] *“Al respecto, se pueden consultar los autos de 7 de octubre de 1997, M.P. María Elena Giraldo Gómez, exp. 16165; de 12 de diciembre de 2001, M.P. María Elena Giraldo Gómez, exp. 17938”.* [↑](#footnote-ref-31)
32. [17] *“Auto de 12 de mayo de 2010, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 37446”.* [↑](#footnote-ref-32)
33. [18] *“Sentencia de 30 de enero de 2012, exp. 20458, con ponencia de quien elabora el presente fallo. Posición reiterada en sentencia de 13 de noviembre de 2014, exp. 31463, con igual ponencia”*. [↑](#footnote-ref-33)
34. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de abril de 2015, expediente 33127, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-34)
35. [20] [3] *“Auto proferido el 29 de marzo de 1996 dentro del expediente 10992. Actor Jorge Hernán Ocampo Chavarriaga”.* [↑](#footnote-ref-35)
36. *.* [21] [4] *“Auto proferido el 26 de septiembre de 1996, dentro del expediente 12147. Actor: Edilberto Torres Rodríguez”.* [↑](#footnote-ref-36)
37. [22] *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 12 de diciembre de 2001, expediente 17938, C.P. María Elena Giraldo Gómez, reiterado en auto del 12 de mayo de 2010, expediente 37446, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, en el cual se concluyó que* *“Tratándose del silencio administrativo positivo en la contratación estatal, para su configuración, además del mero transcurso del tiempo sin que la Administración se pronuncie, se requiere de los siguientes presupuestos: i) La solicitud debe presentarse durante la ejecución del contrato; ii) El peticionario, con su solicitud, debe aportar las pruebas necesarias que permitan deducir la obligación que se está reclamando; iii) No puede utilizarse esta figura para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual; iv) La petición debe referirse a un derecho constitutivo del contratista, preexistente a la solicitud y que requiera sólo la formalidad o declaración del contratante público. Lo anterior, toda vez que el silencio positivo no se puede construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes; v) Lo pedido debe referirse a asuntos que requieran definirse en relación con la actividad contractual del contratista y no del contratante”*. [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente 20912, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-38)
39. Mediante auto del 26 de octubre de 2016, la Sala aceptó el impedimento presentado por el Consejero Ramiro Pazos Guerrero, por estar incurso en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 141 del Código General del Proceso, regulada igualmente en el numeral 2 del artículo 150 del C.P.C., dado que conoció de este proceso en su condición de magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 451 y 452, c. ppl.). [↑](#footnote-ref-39)