**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - Liquidación unilateral - Término**

El presente debate versa sobre el supuesto incumplimiento y/o ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 1630 de 2005, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y el consorcio C.G.B, aspecto que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponde ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada. En lo que atañe a la oportunidad de la acción, se precisa que el negocio jurídico bajo examen se gobernó por las normas de la Ley 80 de 1993, cuestión que determina su sujeción a la regla prevista en la letra d) el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. Según lo informó el demandante, el Contrato No. 1630 de 2005 fue liquidado unilateralmente por el Invías a través de Resolución No. 07012 del 26 de noviembre de 2009, cuya copia reposa en el expediente. Ahora, aun cuando no reposa en el plenario la constancia de notificación personal de la Resolución por la cual se liquidó unilateralmente el contrato, lo cierto es que ello no obsta para concluir que la demanda se interpuso dentro del término legal. En efecto, si se tiene en consideración que los cinco días previstos legalmente para que dicha decisión cobrara ejecutoria, contados desde la fecha de su suscripción, habrían de vencer el 3 de diciembre de 2009 -término que sin duda se ampliaría en caso de que la notificación del acto se hubiere llevado a cabo con posterioridad a la fecha en que se profirió-, al formularse la acción el 2 de diciembre de 2011 se deduce que su interposición se llevó a cabo dentro de los dos años consagrados por la legislación en referencia.

**INEPTITUD DE LA DEMANDA - Casos**

La jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado ha concebido que se presenta la ineptitud de la demanda en aquellos casos en los cuales el contratista solicita declarar el incumplimiento de la entidad contratante o la ruptura de la ecuación contractual del negocio por circunstancias imprevisibles acaecidas durante su ejecución y reclama los consecuentes perjuicios sin incluir en la demanda la pretensión de nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato, cuando el mismo ha sido conocido por dicho contratista con anterioridad a la demanda o a la oportunidad procesal para reformarla y en su contenido se condensan aspectos concernientes al cruce final de cuentas relacionados con la reclamaciones que constituyen el centro del litigio. En esa línea se ha considerado desacertado que el contratista demandante pretenda escindir la realidad contractual cuando reclama perjuicios por la inobservancia del contenido obligacional del contrato por parte de la entidad estatal contratante o derivados de la fractura del equilibrio prestacional, sin llevar al debate procesal el acto de liquidación unilateral del contrato, postura usualmente advertida como mecanismo del contratista para evitar que se apliquen las compensaciones realizadas en el acto de liquidación y eludir el efecto financiero de su propio incumplimiento, por ejemplo en torno del valor de la obra que dejó inconclusa, del anticipo no invertido, no restituido o desviado a otros fines.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Acto de liquidación unilateral - Contenido**

No puede perderse de vista que el acto de liquidación unilateral del contrato estatal contiene el balance final que compendia las cifras de ejecución del contrato y que determina, con la fuerza y vigor propios del acto administrativo, quién debe a quién, cuánto se debe y los conceptos que originan y componen la obligación resultante, de lo cual se puede concluir que en el caso del incumplimiento o de desequilibrio económico, al término del contrato, el contenido del acto de liquidación unilateral del mismo se constituye en soporte idóneo para la definición del monto exigible recíprocamente entre las partes por cualquiera de los conceptos allí señalados. Siguiendo este esquema, se tiene presente que cuando el acto de liquidación unilateral del contrato no es objeto de demanda de nulidad, su contenido resulta amparado por la presunción de legalidad y, por ello, la decisión que allí consta no puede modificarse a través de un proceso judicial en el que el demandante haya omitido impugnarlo. En este orden de ideas, en supuestos fácticos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, el requisito de la demanda en forma no es un capricho de la jurisprudencia, ni una denegación de justicia, sino que se erige como un mecanismo de protección a la congruencia e integridad de la decisión que debe ser adoptada con fundamento en la real ejecución y liquidación del contrato. Desde la perspectiva de la obligatoriedad que impone la naturaleza del acto administrativo, con fundamento en las facultades que se pueden desplegar en dicho acto de liquidación y de conformidad con el contenido descrito en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 61 de la misma ley, la Administración tiene las potestades para establecer unilateralmente las partidas de la liquidación, lo cual comporta la definición de su valor, se reitera, con las prerrogativas propias del acto administrativo. Por tanto, el acto de liquidación unilateral del contrato comprende la postura de la Administración –con la fuerza legal de esa decisión unilateral- acerca del valor de aquellos asuntos en los cuales existieron las diferencias que impidieron un acuerdo de liquidación bilateral.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Desequilibrio - Contrato estatal – Incremento de costos**

La Sala parte de recordar que si bien las pretensiones formuladas en la demanda se enmarcaron bajo la invocación del incumplimiento del Contrato de Obra No. 1630 de 2005 por parte del ente público demandado y también con fundamento en el desequilibrio económico producto de la ocurrencia de circunstancias imprevistas, lo cierto es que los supuestos fácticos que le sirvieron de sustento aludieron al incremento de los costos por dos hechos puntuales: i) el aumento imprevisible y desorbitado de los precios del asalto sólido y ii) el aumento de los costos de acarreo y transporte por cambio de fuente de materiales ante el cierre de las canteras previamente seleccionadas. Como se aprecia, las dos situaciones anotadas dan cuenta de la ocurrencia de circunstancias ajenas a la voluntad de la entidad pública y a su supuesto apartamiento de las obligaciones adquiridas en virtud de la celebración del Contrato de Obra No. 1630 de 2005, condición que de entrada ubica conceptualmente su reclamación en el acaecimiento de un eventual desequilibrio económico. Precisado lo anterior, la Sala advierte que el Contrato de Obra No. 1630 de 2005, cuyo objeto lo constituyó la realización del diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 49, en el tramo 1 de la vía Pacho - Zipaquirá del K0+000 al K29+000 con una longitud de 29 kilómetros, fue liquidado bilateralmente a través de Acta No. SGT- 0078 suscrita por ambas partes el 30 de octubre de 2009, en la cual se condensó el estado financiero del contrato… Al mes siguiente, el 26 de noviembre de 2009, el Instituto Nacional de Vías expidió la Resolución No. 07012, mediante la cual liquidó unilateralmente el Contrato No. 1630 de 2005, respecto de las salvedades realizadas por el contratista en el acta de liquidación de mutuo acuerdo… El fundamento principal de dicha determinación estribó en que la entidad contratante había dado cabal cumplimiento a la cláusula séptima del convenio, en la cual se estipulaba la fórmula de ajustes o actualización de precios, tal como constaba en el acta de ajustes de 2006, de tal suerte que no consideraba viable acceder a un nuevo reconocimiento por aumento del precio del asfalto, sobre acarreo, transporte y mayores costos administrativos. Así pues, del recorrido fáctico que viene de plasmarse, surge con nitidez que el acto de liquidación unilateral tuvo como propósito esencial y exclusivo el de pronunciarse sobre los perjuicios reclamados por el contratista que fueron materia de salvedad en el acta de liquidación de mutuo acuerdo y respecto de los cuales, la entidad, luego de aludir a la improcedencia de su reconocimiento, decidió negar su pago y declaró unilateralmente liquidado el contrato en relación con ese punto de discrepancia, en el entendido de que las aspiraciones del contratista no estaban llamadas a prosperar. En el orden expuesto, es indubitable que el acto de liquidación unilateral en referencia contuvo una negativa expresa al reconocimiento de los mismos perjuicios cuyo pago es pretendido dentro de este debate. De cuanto viene de explicarse debe concluirse que en el caso se configuró una ineptitud de la demanda originada en el hecho de que el pluricitado acto de liquidación unilateral no fue atacado cuando ha debido serlo, lo que convierte en improcedente cualquier análisis en relación con la supuesta ocurrencia del desequilibrio económico del Contrato No. 1630 de 2005 como causa generadora de los perjuicios que dicha decisión se ocupó de negar tajantemente.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2011-01340-01(52510)**

**Actor: COMPAÑÍA DE TRABAJOS URBANOS S.A. Y OTROS**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA – ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Temas: DE LA DEMANDA EN FORMA EN RELACIÓN CON UN CONTRATO QUE HA SIDO OBJETO DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL – Ineptitud de la demanda por falta de integración de la pretensión anulatoria

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del veintiséis (26) de junio de dos mil catorce (2014), dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C de Descongestión, mediante la cual se dispuso (se transcribe literalmente):

*“PRIMERO. – INHIBIRSE de fallar de fondo en el presente asunto por no haberse surtido audiencia de conciliación respecto de las pretensiones incoadas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*“CUARTO: Sin codena en costas.*

*“QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría liquídense los gastos del proceso y devuélvase los remanentes al interesado. Pasados 2 años sin que hubieran sido reclamados dichos remanentes, se considerarán prescritos a favor de la rama judicial”.*

1. **A N T E C E D E N T E S**
2. **La demanda y su complementación**

El 2 de diciembre de 2011, el consorcio CBG, integrado por las sociedades Compañía de Trabajos Urbanos S.A., Galvis Fracassi y Compañía S.A.S. y Botero Ibáñez y Compañía S.A.S., presentó demanda, en ejercicio de la acción contractual, en contra del Instituto Nacional de Vías INVÍAS y través de su formulación solicitó que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

* Que se declarara que el INVÍAS incumplió las obligaciones derivadas del Contrato de Obra No. 1630 de 2005.
* Que se declarara que se presentó la ruptura del equilibrio económico del contrato por la ocurrencia de circunstancias imprevistas ajenas a la voluntad del demandante que hicieron más onerosa su ejecución.
* Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condenara al INVÍAS a pagar al demandante la suma de $1.392’214.160, por concepto de los perjuicios derivados de las situaciones aludidas.

**2. Los hechos**

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

**2.1.** Como resultado de la participación y posterior adjudicación de la Licitación DG-164-2004, el 12 de septiembre de 2005, el Instituto Nacional de Vías y el Consorcio CBG celebraron el Contrato de Obra No. 1630 de 2005, con el objeto de realizar, bajo el sistema de precios unitarios, el diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 49, en el tramo 1 de la vía Pacho - Zipaquirá del K0+000 al K29+000 con una longitud de 29 kilómetros. El plazo del contrato se estipuló en veinticuatro meses, de los cuales tres se destinarían a la etapa de diseño y el resto a la etapa de construcción. El valor estimado ascendió a $8.288’003.691.oo.

**2.2.** El acta de iniciación de la fase de diseño se suscribió el 9 de diciembre de 2005, etapa que se terminó el 8 de marzo de 2006 y al mes siguiente la interventoría aprobó la gestión realizada.

**2.3.** El 8 de abril de 2006, las partes suscribieron la orden de iniciación de la fase de construcción.

**2.4.** El 7 de diciembre de 2007, las partes suscribieron el Contrato Adicional No. 1630-3-2005 01 al Contrato No. 1630, por el cual se prorrogó el plazo en cuarenta y cinco días.

**2.5.** El plazo contractual venció el 23 de enero de 2008 y el 8 de agosto de ese mismo año se suscribió el acta de entrega y recibo definitivo de la obra.

**2.6.** El 30 de octubre de 2009, las partes suscribieron el acta de liquidación bilateral del Contrato No. 1630 de 2005, en cuyo contenido el contratista se reservó el derecho a reclamar judicialmente el reconocimiento y pago de los perjuicios derivados del aumento desproporcionado y desorbitante del precio del asfalto sólido y el incremento en el costo del acarreo y transporte de material.

**2.7.** Posteriormente, mediante Resolución No. 07012 del 26 de noviembre de 2009 el INVÍAS adoptó la liquidación unilateral del Contrato No. 1630, respecto de las salvedades realizadas por el contratista en el acta de liquidación de mutuo acuerdo.

**2.8.** Se indicó en la demanda que los perjuicios reclamados se produjeron por la ocurrencia de circunstancias imprevistas, ajenas a la voluntad del contratista que hicieron excesivamente onerosa la ejecución del contrato, las cuales se resumen en los siguientes términos:

* Señaló que entre la fecha de presentación de la propuesta y la terminación del contrato existió un incremento exorbitante en el precio del asfalto sólido comercializado en la refinería de Ecopetrol. Sobre este punto, explicó que para la época de presentación de la propuesta el precio del asfalto en la refinería de Barrancabermeja ascendía a $489.187, siendo este el valor que se tuvo en cuenta para estructurar la oferta económica, no obstante lo cual, para la fecha en que se terminó la ejecución del contrato el precio aumentó a $1’014.699,81 por tonelada, circunstancia que reflejaba un alza extraordinaria equivalente al 77,95%.
* Advirtió que, según la oferta, las canteras escogidas como fuentes de extracción de material para sub-bases, bases granulares y concretos asfálticos fueron cerradas durante la ejecución del contrato, cuestión que obligó al contratista a utilizar la planta de asfalto y fuente de materiales de Fusca, localizada a 46.5 KM del centro gravitacional del proyecto, situación que trajo consigo el aumento de los costos de acarreo y transporte.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 2 de febrero de 2012, admitió la demanda y ordenó notificar de la misma a la demandada.

**4.2.** Por auto del 3 de septiembre de 2013, la primera instancia abrió el debate probatorio.

**5. Contestación de la demanda – Instituto Nacional de Vías**

El INVIAS ejerció su derecho de contradicción dentro del término legal.

En primer lugar, se opuso a las pretensiones, por considerar que la entidad no incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales durante la ejecución del Contrato No. 1630 de 2005.

En relación con las circunstancias imprevistas narradas en la demanda, señaló que las sociedades que conformaron el consorcio accionante eran empresas con amplia experiencia y no era reciente su ingreso al mercado de la construcción de infraestructura. De ahí que eran plenos conocedores sobre el manejo de los precios y los materiales a utilizar en las obras, incluido el asfalto.

Agregó que el presupuesto oficial de la entidad para el presente contrato se estimó en $11.069’859.631.oo, a pesar de lo cual el demandante presentó su oferta económica con un precio que se hallaba en un 25% por debajo de la cifra indicada. Siguiendo con esa argumentación, se refirió a los valores ofrecidos respecto de cada uno de los ítemes que constituían la materia de la reclamación y explicó cómo en cada caso se encontraba por debajo del presupuesto oficial estimado.

Sostuvo que el ajuste de precios pactado en el contrato se acordó en función directa con la ejecución, del tal forma que para que procediera la actualización estipulada del valor de cada uno de los ítemes, el avance de obra debía realizarse de conformidad con el plan de inversiones.

En cuanto al cambio de la fuente de materiales, afirmó que el diseño de la vía fue elaborado en su totalidad por el contratista, por manera que en dichos estudios se identificaron las fuentes y canteras que debían garantizar la ejecución de la obra dentro de los plazos convenidos. Añadió que el contratista no podía trasladar a la entidad los efectos nocivos de su indebida planeación.

Aunado a lo expuesto, esgrimió que si bien las canteras Manas y Asocentro fueron cerradas luego de la adjudicación, no podía dejarse de lado el hecho de que en sus estudios el contratista, en cuanto se refiere a geología o geotécnica, también consideró la cantera Fusca como fuente de material, la cual, en efecto, fue la que terminó siendo utilizada, por lo que mal podía en esta oportunidad desconocer su previa inclusión en el plan de obras.

Finalmente, propuso los medios exceptivos de caducidad de la acción y el que denominó “*imprevisión del contratista*”.

**6. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió el litigio en los términos transcritos al inicio de esta providencia.

Para arribar a las conclusiones que allí se plasmaron, el *a quo* se refirió al régimen regulatorio de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la acción, al cabo de lo cual precisó que revisados los documentos que obraban en el expediente, se halló que ni en la demanda ni en el curso procesal se arrimó la constancia de haberse adelantado el trámite conciliatorio correspondiente ante la Procuraduría, como lo exigía la Ley 1285 de 2009, norma bajo cuya regencia se presentó la demanda.

Siguiendo la línea trazada, ante la falta de prueba del agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad en torno a las pretensiones impetradas, consideró que no resultaba posible emitir pronunciamiento de fondo respecto de aquellas.

**7. El recurso de apelación**

La parte actora, a través de su apoderado, presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Su inconformidad se cimentó, esencialmente, en dos argumentos:

El primero de ellos apuntó a cuestionar la inhibición para fallar de fondo por no haberse surtido el agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, en consideración a que, según se apreciaba en la relación de anexos allegados con la demanda, uno de ellos correspondió a la copia auténtica de la constancia No. 171-10, expedida por la Procuraduría Quinta Judicial II Administrativa, documento que no fue extrañado al admitir la demanda y tampoco fue recurrido el auto en cuestión por la ausencia de dicha prueba.

Esgrimió que en caso de que el documento no se hubiera aportado con la demanda, el sentenciador de primer grado ha debido rechazar o inadmitir la demanda. Sin embargo, nada se discutió sobre el particular sino hasta que se profirió el fallo apelado. En ese sentido, estimó que al haber cobrado firmeza el auto admisorio de la demanda se sanearon todos los vicios existentes.

Como segundo aspecto de discrepancia, el recurrente manifestó que la decisión de declarar las pruebas periciales desistidas por falta de pago de los gastos de pericia constituía un rigorismo extremo, toda vez que el pago de la suma ordenada se efectuó oportunamente, no obstante que su acreditación se hizo de forma tardía.

**8. Actuación en segunda instancia**

**8.1.** Mediante providencia del 20 de noviembre de 2014, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

**8.2.** En decisión del 11 de julio de 2014, se resolvió negar la solicitud de decretar pruebas periciales elevada por la parte actora en segunda instancia, por considerar que no se reunían los supuestos contemplados en el artículo 214 del C.C.A.

**8.3.** Por medio de providencia del 15 de mayo de 2015, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado, tanto la parte actora como la demandada presentaron sus escritos de alegaciones, en los cuales, en esencia, insistieron en los argumentos planteados en oportunidades procesales precedentes.

1. **C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** presupuestos procesales: **2.1)** procedencia y oportunidad de la acción; **2.2)** legitimación en la causa; **3)** de la demanda en forma en relación con un contrato que ha sido objeto de liquidación unilateral y **4)** de las costas.

**1.- Competencia del Consejo de Estado**

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75[[1]](#footnote-1) de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por su parte, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, normas vigentes para la época de presentación de la demanda, consagraron que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes al presunto incumplimiento y/o ruptura del equilibrio económico del Contrato de Obra No. 1630 de 2005, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y el consorcio CGB.

Así las cosas, se precisa que la entidad contratante, Instituto Nacional de Vías INVÍAS, de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del numeral uno del artículo 2º de la Ley 80 de 1993*[[2]](#footnote-2)*, es un establecimiento público del orden nacional y, por tanto, tiene el carácter de entidad estatal.

Hechas las anteriores precisiones, se concluye que es esta Jurisdicción la competente para conocer de la presente controversia.

También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de $1.018’854.066, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($267’800.000)[[3]](#footnote-3), exigida en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

**2. - Presupuestos procesales**

**2.1.- Procedencia y oportunidad de la acción**

El presente debate versa sobre el supuesto incumplimiento y/o ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 1630 de 2005, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y el consorcio C.G.B, aspecto que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponde ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

En lo que atañe a la oportunidad de la acción, se precisa que el negocio jurídico bajo examen se gobernó por las normas de la Ley 80 de 1993[[4]](#footnote-4), cuestión que determina su sujeción a la regla prevista en la letra d) el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo[[5]](#footnote-5).

Según lo informó el demandante, el Contrato No. 1630 de 2005 fue liquidado unilateralmente por el Invías a través de Resolución No. 07012 del 26 de noviembre de 2009, cuya copia reposa en el expediente[[6]](#footnote-6).

Ahora, aun cuando no reposa en el plenario[[7]](#footnote-7) la constancia de notificación personal de la Resolución por la cual se liquidó unilateralmente el contrato, lo cierto es que ello no obsta para concluir que la demanda se interpuso dentro del término legal.

En efecto, si se tiene en consideración que los cinco días previstos legalmente para que dicha decisión cobrara ejecutoria[[8]](#footnote-8), contados desde la fecha de su suscripción, habrían de vencer el 3 de diciembre de 2009[[9]](#footnote-9) -término que sin duda se ampliaría en caso de que la notificación del acto se hubiere llevado a cabo con posterioridad a la fecha en que se profirió-, al formularse la acción el 2 de diciembre de 2011 se deduce que su interposición se llevó a cabo dentro de los dos años consagrados por la legislación en referencia.

**2.2.- Legitimación en la causa**

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa al consorcio C.B.G. para integrar el extremo demandante, en su condición de contratista dentro del negocio jurídico No. 1630, en cuyo desarrollo acaeció el incumplimiento y/o desequilibrio económico que constituye la materia de reclamación.

Igualmente, halla la Sala legitimado en la causa por pasiva al Instituto Nacional de Vías, dada su condición de entidad contratante del acuerdo presuntamente incumplido y/o alterado por la ruptura de su equilibrio económico.

**3.- De la demanda en forma en relación con un contrato que ha sido objeto del acto de liquidación unilateral**

La jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado ha concebido que se presenta la ineptitud de la demanda en aquellos casos en los cuales el contratista solicita declarar el incumplimiento de la entidad contratante o la ruptura de la ecuación contractual del negocio por circunstancias imprevisibles acaecidas durante su ejecución y reclama los consecuentes perjuicios sin incluir en la demanda la pretensión de nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato, cuando el mismo ha sido conocido por dicho contratista con anterioridad a la demanda o a la oportunidad procesal para reformarla y en su contenido se condensan aspectos concernientes al cruce final de cuentas relacionados con la reclamaciones que constituyen el centro del litigio[[10]](#footnote-10).

En esa línea se ha considerado desacertado que el contratista demandante pretenda escindir la realidad contractual cuando reclama perjuicios por la inobservancia del contenido obligacional del contrato por parte de la entidad estatal contratante o derivados de la fractura del equilibrio prestacional, sin llevar al debate procesal el acto de liquidación unilateral del contrato, postura usualmente advertida como mecanismo del contratista para evitar que se apliquen las compensaciones realizadas en el acto de liquidación y eludir el efecto financiero de su propio incumplimiento, por ejemplo en torno del valor de la obra que dejó inconclusa, del anticipo no invertido, no restituido o desviado a otros fines[[11]](#footnote-11).

No puede perderse de vista que el acto de liquidación unilateral del contrato estatal contiene el balance final que compendia las cifras de ejecución del contrato y que determina, con la fuerza y vigor propios del acto administrativo, quién debe a quién, cuánto se debe y los conceptos que originan y componen la obligación resultante, de lo cual se puede concluir que en el caso del incumplimiento o de desequilibrio económico, al término del contrato, el contenido del acto de liquidación unilateral del mismo se constituye en soporte idóneo para la definición del monto exigible recíprocamente entre las partes por cualquiera de los conceptos allí señalados.

Siguiendo este esquema, se tiene presente que cuando el acto de liquidación unilateral del contrato no es objeto de demanda de nulidad, su contenido resulta amparado por la presunción de legalidad y, por ello, la decisión que allí consta no puede modificarse a través de un proceso judicial en el que el demandante haya omitido impugnarlo.

En este orden de ideas, en supuestos fácticos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, el requisito de la demanda en forma no es un capricho de la jurisprudencia, ni una denegación de justicia, sino que se erige como un mecanismo de protección a la congruencia e integridad de la decisión que debe ser adoptada con fundamento en la real ejecución y liquidación del contrato.

Desde la perspectiva de la obligatoriedad que impone la naturaleza del acto administrativo, con fundamento en las facultades que se pueden desplegar en dicho acto de liquidación y de conformidad con el contenido descrito en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 61 de la misma ley, la Administración tiene las potestades para establecer unilateralmente las partidas de la liquidación, lo cual comporta la definición de su valor, se reitera, con las prerrogativas propias del acto administrativo.

Por tanto, el acto de liquidación unilateral del contrato comprende la postura de la Administración –con la fuerza legal de esa decisión unilateral- acerca del valor de aquellos asuntos en los cuales existieron las diferencias que impidieron un acuerdo de liquidación bilateral.

Descendiendo lo dicho al examen del sublite, la Sala parte de recordar que si bien las pretensiones formuladas en la demanda se enmarcaron bajo la invocación del incumplimiento del Contrato de Obra No. 1630 de 2005 por parte del ente público demandado y también con fundamento en el desequilibrio económico producto de la ocurrencia de circunstancias imprevistas, lo cierto es que los supuestos fácticos que le sirvieron de sustento aludieron al incremento de los costos por dos hechos puntuales: i) el aumento imprevisible y desorbitado de los precios del asalto sólido y ii) el aumento de los costos de acarreo y transporte por cambio de fuente de materiales ante el cierre de las canteras previamente seleccionadas.

Como se aprecia, las dos situaciones anotadas dan cuenta de la ocurrencia de circunstancias ajenas a la voluntad de la entidad pública y a su supuesto apartamiento de las obligaciones adquiridas en virtud de la celebración del Contrato de Obra No. 1630 de 2005, condición que de entrada ubica conceptualmente su reclamación en el acaecimiento de un eventual desequilibrio económico.

Precisado lo anterior, la Sala advierte que el Contrato de Obra No. 1630 de 2005, cuyo objeto lo constituyó la realización del diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 49, en el tramo 1 de la vía Pacho - Zipaquirá del K0+000 al K29+000 con una longitud de 29 kilómetros, fue liquidado bilateralmente a través de Acta No. SGT- 0078[[12]](#footnote-12) suscrita por ambas partes el 30 de octubre de 2009, en la cual se condensó el estado financiero del contrato en los siguientes términos:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Descripción  | Valores  |  |
| Valor total ejecutado por estudios y diseños  | $256’881.025,00 |  |
| Valor total pagado por estudios y diseños |  | $256’881.025,00 |
| Valor total ejecutada por actas parciales de obra  | $11.689’956.679,79 |  |
| Valor total pagado por actas parciales de obra |  | $11.689’956.679,79 |
| Valor total ajustes  | $1.220’779.331,00 |  |
| Valor pagado por ajustes  |  | $1.220’779.331,00 |
| Valor correspondiente a IVA  | $123’729.674,57 |  |
| Valor pagado por IVA |  | $123’729.674,57 |
|  |  |  |
| Sumas iguales | $13.291’346.710,36 | $13.291’346.710,36 |

Adicionalmente, en dicho documento el contratista demandante dejó las siguientes salvedades (se transcribe literal incluso con posibles errores):

“*NOTA DEL CONTRATISTA DE OBRA: En el ejercicio de lo establecido en los artículos 60 de la ley 80 de 1993 y 11 de la ley 1150 de 2007, manifiesto que me reservo el derecho a reclamar judicial y/o extrajudicialmente el reconocimiento y pago de los perjuicios y demás daños causados con ocasión de la suscripción, ejecución, liquidación de este contrato de obra identificado con el No. 1630 de 2005, por concepto de 1) Incremento desproporcionado del precio del asfalto sólido. 2) Costos por incremento en el sobre acarreo y transporte de material concreto asfáltico. 3) Mayores costos administrativos*”.

Al mes siguiente, el 26 de noviembre de 2009, el Instituto Nacional de Vías expidió la Resolución No. 07012[[13]](#footnote-13), mediante la cual liquidó unilateralmente el Contrato No. 1630 de 2005, respecto de las salvedades realizadas por el contratista en el acta de liquidación de mutuo acuerdo.

En la parte resolutiva de la Resolución en referencia se dispuso (se transcribe literal incluso con posibles errores):

*“PRIMERO: No acceder a la reclamación presentada por el contratista Consorcio C.G.B. en el acta de liquidación de mutuo acuerdo consistente en el reconocimiento y pago de mayores costos en los incrementos del precio de asfalto, sobreacarreo, transporte y mayores costos administrativos.*

*“SEGUNDO: En consecuencia, declarar liquidado unilateralmente el contrato de obra No. 1630 de 2005 solo en relación a las salvedades hechas por el contratista en el Acta de liquidación de mutuo acuerdo, a saber: el reconocimiento y pago de mayores costos en los incrementos del precio del asfalto, sobre acarreo, transporte, mayores costos administrativos.*

*“TERCERO: Con base en el estado financiero de cuenta expedido por las Áreas de Tesorería y Contabilidad del INVIAS, declarar que las partes se encuentran a paz y salvo por concepto de la ejecución del Contrato No. 1630 de 2005”.*

El fundamento principal de dicha determinación estribó en que la entidad contratante había dado cabal cumplimiento a la cláusula séptima del convenio, en la cual se estipulaba la fórmula de ajustes o actualización de precios, tal como constaba en el acta de ajustes de 2006, de tal suerte que no consideraba viable acceder a un nuevo reconocimiento por aumento del precio del asfalto, sobre acarreo, transporte y mayores costos administrativos.

Así pues, del recorrido fáctico que viene de plasmarse, surge con nitidez que el acto de liquidación unilateral tuvo como propósito esencial y exclusivo el de pronunciarse sobre los perjuicios reclamados por el contratista que fueron materia de salvedad en el acta de liquidación de mutuo acuerdo y respecto de los cuales, la entidad, luego de aludir a la improcedencia de su reconocimiento, decidió negar su pago y declaró unilateralmente liquidado el contrato en relación con ese punto de discrepancia, en el entendido de que las aspiraciones del contratista no estaban llamadas a prosperar.

En el orden expuesto, es indubitable que el acto de liquidación unilateral en referencia contuvo una negativa expresa al reconocimiento de los mismos perjuicios cuyo pago es pretendido dentro de este debate.

De cuanto viene de explicarse debe concluirse que en el caso se configuró una ineptitud de la demanda originada en el hecho de que el pluricitado acto de liquidación unilateral no fue atacado cuando ha debido serlo, lo que convierte en improcedente cualquier análisis en relación con la supuesta ocurrencia del desequilibrio económico del Contrato No. 1630 de 2005 como causa generadora de los perjuicios que dicha decisión se ocupó de negar tajantemente.

Lo expuesto conduce igualmente a que deba proferirse un fallo inhibitorio como el que constituye el objeto de la apelación, solo que por razones distintas a las anotadas por el *a quo*. Como consecuencia, la sentencia impugnada será modificada para, en su lugar, declarar la ineptitud de la demanda e inhibirse para fallar de fondo las pretensiones.

**4.- Costas**

De conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas, por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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

**F A L L A**

**1.- MODIFICAR**,por las razones expuestas,la sentencia proferida el veintiséis (26) de junio de dos mil catorce (2014) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera- Subsección C de Descongestión y en su lugar se dispone.

*“PRIMERO: Declarar la INEPTITUD DE LA DEMANDA e inhibirse para emitir un fallo de fondo”.*

*“SEGUNDO: Sin condena en costas”.*

**2.-** Sin condena en costas por la segunda instancia.

**3.-** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.* [↑](#footnote-ref-1)
2. Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

*“Para los solos efectos de esta ley:*

*“1o. Se denominan entidades estatales:*

*“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

 *“(…)”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 2 de diciembre de 2011, correspondió a $535.600. [↑](#footnote-ref-3)
4. El Contrato 1630 de 2005 se rigió por las normas de la Ley 80 de 1993, debido a que fue celebrado entre el Instituto Nacional del Invías, establecimiento público cuyas relaciones negociales se encuentra sometidas al rigor dicho estatuto como ente contratante y un consorcio integrado por sociedades regidas, a lo cual se suma que en este asunto no concurre ningún supuesto que lo sitúe en un evento que se encuentre exceptuado de su cobertura. [↑](#footnote-ref-4)
5. “*10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

“*En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:*

*“(…).*

*“d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar; (…)”.* [↑](#footnote-ref-5)
6. Fls. 255-257 C2. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 4309 c1. [↑](#footnote-ref-7)
8. “*Artículo 51 del C.C.A. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o la publicación, según el caso.*

*“(…).*

*“Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.*

*“Los recursos de reposición y de queja no son obligatorios”.* [↑](#footnote-ref-8)
9. De ahí resulta válido entender que la fecha de notificación de dicha decisión se llevó a cabo en esa fecha o con posterioridad a la misma, en cuyo caso, el término de ejecutoria de la decisión se extendería incluso unos días más. [↑](#footnote-ref-9)
10. Pueden citarse, entre otras: 1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010; Consejero ponente: Enrique Gil Botero, radicación número: 16941; 2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 7 de noviembre de 2012; radicación número: 440012331000200000293 01 (25915), actor: Laureano Quintero Gómez, demandado: Instituto Nacional de Vías ─INVIAS─; 3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. sentencia de 2 de mayo de 2013, radicación número: 25000-23-26-000-2000-01772-01(23949), actor: Asociación Hogar Briznas de Vida, demandado: Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, referencia: acción de nulidad y restablecimiento del derecho (apelación sentencia); 4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, sentencia de 13 de abril de 2016, radicación; 250002326000199902857 01 (33792), actor: departamento de Cundinamarca, demandada: Cooperativa Interregional de Colombia Coinco Ltda., acción contractual; 5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 27 de junio de 2013, radicación numero: 25000-23-26-000-2002-01093-01(28919), actor: Clínica El Nogal Limitada, demandado: Cajanal. En esta última se lee:

*“Una vez la entidad pública contratante liquida de forma unilateral el contrato, según lo definido por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, resulta necesario demandar la anulación del acto administrativo contractual de liquidación, so pena de que la acción devenga improcedente por ineptitud formal de la misma. (…) la actora debió solicitar –y naturalmente probar- la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales se adoptó la liquidación del contrato, en tanto que no resulta posible discutir el incumplimiento del contrato de forma autónoma cuando existe de por medio un acto administrativo contractual que previamente ha decidido la liquidación unilateral del aludido vínculo obligacional”.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 7 de noviembre de 2012; radicación número: 440012331000200000293 01 (25915), actor: Laureano Quintero Gómez, demandado: Instituto Nacional de Vías ─INVIAS─

*“De esta manera, si el Tribunal estimara apta la demanda presentada sobre el incumplimiento contractual sin incluir el acto de liquidación del contrato, y diera curso a una decisión, tendría que limitarse a la causa petendi planteada por el accionante, caso en el cual escindiría la realidad financiera del contrato de obra cuya controversia evalúa y llegaría a administrar justicia prevaleciendo la pretensión del accionante, que con su acción, limitaría al Juzgador para conocer y pronunciarse sobre la situación contractual en forma integral. Por ello, no debe permitirse la autonomía de la acción contractual de incumplimiento cuando existe un acto administrativo de liquidación unilateral del contrato”.* [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls. 252-254 C2 y fls. 1-3 C3. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fls. 4-6 del C3. [↑](#footnote-ref-13)