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

El precedente de esta Corporación ha precisado que para que las pretensiones dentro de la acción de controversias contractuales puedan ser acogidas favorablemente es requisito que el contratista hubiere planteado salvedades claras, concretas y específicas al acta de liquidación. No cualquier constancia, manifestación o afirmación constituye una salvedad que válidamente permita que el contratista más adelante cuestione el acta de liquidación bilateral a la que concurrió, si así fuera entonces ninguna utilidad tendría este corte final de cuentas de un contrato (…) El precedente de esta Corporación ha entendido por salvedades genéricas aquellas que “no dan cuenta de lo que se pretende ni de las razones o motivos que conducen a la reclamación” , pero lo cierto es que no existe una fórmula sacramental para plantear salvedades al acta de liquidación bilateral de un contrato estatal, amén de que los principios de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política, y de prevalencia de la intención de los contratantes, previsto en el artículo 1618 del Código Civil, aplicables tanto a los contratos civiles como mercantiles, y naturalmente también a la contratación estatal.

1. **MODIFICACIONES DEL CONTRATO - Reclamación oportuna - Efectos económicos**

Es precedente de esta Corporación que el reclamo de perjuicios ligados a modificaciones contractuales requiere del contratista que oportunamente reclame respecto a los efectos económicos de ampliaciones o ajustes al objeto del contrato: En relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato. (…) Sin duda alguna, el contratista que concurre a modificar el plazo o alcance del contrato sin siquiera musitar algo acerca de las consecuencias económicas de ello, para luego, cuando termina el contrato, sorprender a la administración con reclamaciones originadas en esa manifestación de voluntad, no obra conforme a la lealtad y a los postulados de la buena fe. Ha señalado esta Corporación, por ejemplo, que “si durante la ejecución del contrato el contratista no ha solicitado el reconocimiento de eventuales sobrecostos como efecto de una suspensión ni ha manifestado reproche alguno en este sentido a la hora de acordar las suspensiones, no puede, con posterioridad a la finalización del contrato, solicitar indemnizaciones”.

1. **MODIFICACIONES DEL CONTRATO - Acreditación oportuna - Efectos económicos**

En el caso de ahora, la Sala echa de menos una prueba que, al menos en principio, permita deducir que COINSA advirtió a la Caja de la Vivienda Popular de Manizales sobre las consecuencias económicas de las modificaciones al contrato de cofinanciación No. 9706-043. Es más, por si la falta de prueba de que el contratista reclamó oportunamente fuese poco – que no lo es -, en el caso de ahora aparece probado todo lo contrario, es decir, que la empresa actora sólo pidió prever un anticipo del 30% respecto al otrosí suscrito el 3 de junio de 1998 mediante el cual ajustaron las obras de urbanismo y otras adicionales para la terminación de las etapas I, II y III. (…) Si un lapso como el comentado por la Sala no es suficiente para que un contratista note los alegados efectos económicos perjudiciales que le implicó una modificación contractual, eso sólo indica que, o estos no existieron, o fueron aceptados por el contratista, o no son imputables exclusivamente a la administración como se pretende, sino que ocurrieron también por la desidia o descuido de la empresa actora.

1. **CONSEJO DE ESTADO**
2. **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**
3. **SECCIÓN TERCERA**
4. **SUBSECCIÓN B**
5. **Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**
6. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número:** 17001-23-31-000-2001-00363-01(33613)

**Actor: CONSTRUIR INGENIERÍA S.A. (COINSA)**

**Demandado: CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR DE MANIZALES**

1. **Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Caja de la Vivienda Popular de Manizales contra la sentencia del 9 de noviembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual esa Corporación resolvió:

*1. DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de “COBRO DE LO NO DEBIDO”, propuesto* [sic] *por la parte demandada dentro del presente proceso de CONTROVERSIA CONTRACTUAL promovido por la SOCIEDAD CONSTRUIR INGENIERIA “COINSA” en contra de la CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR, por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.*

*2. DECLARAR la NULIDAD PARCIAL del acto administrativo contenido en el oficio G-403 del 19 de abril de 1999 suscrito por el Gerente de la Caja de la Vivienda Popular mediante el cual resuelve un derecho de petición presentado por la sociedad Construir Ingeniería S.A. COINSA.*

*3. DECLARAR el incumplimiento del Contrato de Obra Pública por el sistema de cofinanciado No. 9706-043 por parte la entidad demandada, razones por las cuales la CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR deberá reliquidarlo, de acuerdo con lo expresado en esta sentencia.*

*4. CONDENAR a la Caja de la Vivienda Popular al pago de la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS M/C ($475’055.494.oo) a favor de la SOCIEDAD CONSTRUIR INGENIERIA “COINSA” por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*

*5. INDEXAR la suma derivada de esta condena, ajustándola de acuerdo a la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia.*

*6. NEGAR las pretensiones de RECONOCIMIENTO Y PAGO DE VALORES CORRESPONDIENTES A: MAYOR VALOR COBRADO EN LOS LOTES, MAYOR VALOR DE VENTAS EN LAS CASAS, RECONOCIMIENTO POR CONCEPTO DE OBRAS ADICIONALES SIN PAGO y AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL IMPUESTO DEL TIMBRE Y DEL DOS POR MIL de acuerdo a lo expuesto en las anteriores consideraciones.*

*7. La CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 176 del C.C.A. y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 177 ibídem, adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.*

*8. SIN COSTAS por lo brevemente expuesto en la parte motiva de esta providencia* (folios 1133 a 1189 cuaderno principal).

**SÍNTESIS DEL CASO**

COINSA pretende que se declare la nulidad del oficio G-403 del 19 de abril de 1999, expedido por la Caja de la Vivienda Popular de Manizales, mediante el cual no accedió a sus reclamaciones en relación con varios aspectos del contrato de cofinanciación No. 9706-043.

1. **ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

El día 19 de abril de 2001, COINSA interpuso demanda de controversias contractuales en contra de la Caja de la Vivienda Popular de Manizales, que se resume como sigue:

**1.1. Hechos**

Los hechos expuestos por la parte actora se resumen así:

1.1.1. La Caja de la Vivienda Popular de Manizales abrió la convocatoria pública No. 002-III-1997 con el objeto de contratar mediante el sistema de cofinanciación, la “Construcción de 1.500 (Mil quinientas) Unidades de Vivienda (casas), incluyendo algunas obras de urbanismo: 300 (trescientas) de 35 M2 y 1.200 (Mil doscientas) de 21,50 M2 en la Urbanización BOSQUES EL NORTE con un valor máximo de $8.500.000 (Ocho millones quinientos mil pesos) y $6.500.000 (Seis millones quinientos mil pesos) respectivamente”, a la cual se presentó la sociedad actora CONSTRUIR INGENIERÍA S.A. (COINSA).

1.1.2. El pliego de la convocatoria y sus documentos anexos, como las respuestas a las observaciones de los proponentes y el Adendo No. 3, establecieron unas reglas claras sobre quién asumiría las obras de urbanismo, los plazos para la construcción y subrogación ante la Corporación de Ahorro y Vivienda, y la selección de los adjudicatarios, en función de las cuales COINSA presentó propuesta considerando que “con base única y exclusivamente en los pliegos se tenía, un plazo máximo de ocho (8) meses, tiempo en el cual se ejecutaría la totalidad del contrato, teniendo en cuenta además que la CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR emprendería y coordinaría por su cuenta y riesgo unas obras de urbanismo y además garantizaría el mercado en un plazo máximo de ocho (8) meses”.

Igualmente, en la propuesta económica presentada por la actora, se tuvieron en cuenta los ítems de “Impuestos, Seguros y Garantías, Notariales, Corrección monetaria e intereses que eran muy inferiores a lo que realmente se presentó durante la ejecución”.

1.1.3. Mediante Resolución No. 388 de mayo de 1997 se adjudicó a COINSA la construcción de 450 viviendas; en consecuencia, suscribió con la entidad demandada el contrato de obra pública por el sistema de cofinanciación No. 9706-043, en cuya cláusula segunda se destaca dentro de las obligaciones de la contratante “3. Entregar, o autorizar al contratista a más tardar dentro de los tres (3) días calendario siguientes, según sea el caso, el 60% de cada cuota inicial…” y en su cláusula décima octava se estipuló que integrarían el contrato la correspondencia pertinente cruzada entre las partes y por ello antes de acudir a la interpretación unilateral debían las partes remitirse “al pliego de la licitación 002-III-97, adendos y anexos que se hayan efectuado durante el transcurso de ésta, la propuesta y los documentos, anexos presentados por el contratista” y la promesa de venta celebrada con los adjudicatarios.

1.1.4. Las condiciones de la ejecución fueron diferentes a lo previsto en el pliego y el contrato, en síntesis, porque: (i) luego de presentada la oferta se expidieron las Leyes 383 de 1997 y 488 de 1998 que incrementaron la tarifa del impuesto de timbre, primero a 1% y luego al 1,5%; (ii) la entidad contratante tuvo “serios problemas financieros” que le impidieron desarrollar las obras de urbanismo; (iii) se presentaron diferencias con los diseños y mayores obras; y (iv) no se vendían las unidades de vivienda, según consta en la bitácora y las actas de comité de obra.

1.1.5. Las circunstancias aludidas obligaron a la entidad demandada a suscribir otrosíes al contrato inicial el 30 de abril, 3 de junio, 31 de agosto y 14 de diciembre de 1998, que igualmente demuestran “una serie de incumplimientos y desequilibrios”.

1.1.6. Sumado a lo anterior, a partir de febrero de 1998 se incrementaron las tasas de interés, lo que incidió en los créditos.

1.1.7. El mayor tiempo de ejecución del contrato por causas ajenas al contratista implicó sobrecostos, como: (i) desde el 12 de septiembre de 1997 al 15 de marzo de 1999 se mantuvo el personal con prestaciones sociales; y (ii) elementos y utensilios con alto costo de oportunidad y lucro cesante, porque la actora no pudo destinarlos a otra actividad.

1.1.8. La extensión del plazo de duración de la obra generó “un inusitado cambio en los costos financieros, tasas de interés, corrección monetaria, DTF, entre otros, que definitivamente implicaron sobrecostos financieros no esperados al momento de presentarse la propuesta, como se puede establecer de la mera comparación entre la propuesta del CONSORCIO CONYVI S.A. JORGE ENRIQUE VALENCIA OCHO que fue la escogida como modelo y los verdaderos costos cobrados por las instituciones Financieras”.

1.1.9. La Caja de la Vivienda Popular no entregó los recursos a que estaba obligada, lo que le implicó al contratista “adquirir una serie de préstamos e incluso una serie de sobregiros con los bancos”.

1.1.10. Se creó el impuesto del 2x1000, que no existía al momento de presentar la oferta y por cuyo concepto el contratista pagó $2.810.059.

1.1.11. El aumento del tiempo del proyecto implicó incremento de costos de construcción de las casas y el urbanismo.

1.1.12. La Caja de la Vivienda Popular de Manizales cobró “a mayor valor los lotes que le vendió al contratista”, pues en el pliego, el contrato y las escrituras públicas 1266 de 7 de octubre de 1997, 1089 de 14 de julio de 1998, 648 de 31 de agosto de 1999, 1619 de 30 de diciembre de 1997 y 1429 de 24 de noviembre de 1997 otorgadas en la Notaría Única del Círculo de Villamaría (Caldas) y la escritura pública 1211 de 15 de octubre de 1998 de la Notaría Única de Neira (Caldas) “siempre se dijo que los lotes eran por valor de UN MILLÓN DE PESOS ($1’000.000,oo) MONEDA CORRIENTE, y sin embargo se le descontó un mayor valor”, de un millón trescientos setenta y cuatro mil seiscientos pesos ($1.374.600) por lote, para un mayor valor cobrado por cincuenta y un millones trescientos cincuenta y tres mil cuatrocientos pesos ($51.353.400).

1.1.13. El otrosí No. 1 de 3 de junio de 1998 no se pagó oportunamente, lo que generó intereses al 3% mensual, por once millones ciento treinta y un mil quinientos noventa y tres pesos ($11.131.593).

1.1.14. No obstante que al actor se le adjudicó la construcción de 450 viviendas, unilateralmente la Caja demandada no le permitió construir 33 casas, causándole otro daño equivalente a veinticuatro millones ochocientos veinticuatro mil ochocientos ochenta pesos con 1 centavo ($24.824.880,01).

1.1.15. Se presentaron también obras adicionales que no fueron pagadas, como el afirmado de andenes y acometidas eléctricas para las casas, que estimó en la demanda en cincuenta y cinco millones ciento noventa mil trescientos ochenta y nueve pesos ($55.190.389).

1.1.16. La Caja de la Vivienda Popular de Manizales reconoció a la sociedad demandante un valor muy inferior a aquél por el que vendió las casas construidas.

1.1.17. La entidad demandante no reconoció al contratista “los gastos que debió asumir por conceptos de Escrituración, Registro e Impuesto de Renta, Industria y Comercio, Bonos de Seguridad, pues se entendía como una mayor utilidad para el Contratista”.

1.1.18. La entidad demandante, mediante el oficio G-403, “sin mayores argumentos niega todo”, acto que no fue notificado y tampoco no se permitió el ejercicio de la vía gubernativa, no obstante, notificándose por conducta concluyente de dicha comunicación, el 19 de mayo de 1999 la COINSA presentó petición, que no fue contestada.

1.1.19. El contrato terminó el 28 de mayo de 2000. La demandante pidió “en numerosas ocasiones” liquidarlo “haciendo a su vez una serie importante de consideraciones a tener en cuenta en la liquidación”.

1.1.20. El 14 de noviembre de 2000 suscribió acta de liquidación “más por la presión de la situación económica, que por estar de acuerdo” en la que dejó la siguiente constancia:

“*Las partes dejan expresa constancia de que no se llegó a acuerdo alguno con respecto a las siguientes reclamaciones:*

*1. mayor permanencia en obra*

*2. Incremento de costos de Construcción*

*3. Incremento de costos financieros*

*4. Impuesto de 2 por 1000*

*5. Sobrecosto en impuesto de timbre*

*6. Mayor valor descontado por la caja de la Vivienda popular en el valor de los lotes vendidos al contratista.*

*7 Indemnización por la no construcción de la Totalidad de las viviendas.*

*8. Cobro de acometidas eléctricas de casa de 21.50 M2 y de la subbase de los andenes.*

*9. Sobrecosto causado por el mayor valor de venta ordenada por la Caja de la Vivienda Popular a su favor por encima del valor a pagar al Contratista.*

*10. Lucro cesante de la formaleta”*.

1.1.21. Finaliza aduciendo que la Caja de la Vivienda Popular de Manizales incumplió el contrato, se rompió el equilibrio económico de este y obligó a la empresa al estado de liquidación en el que está.

**1.2. Pretensiones**

Con base en los anteriores hechos, la demandante planteó las siguientes pretensiones:

*1.1 Que se declare la NULIDAD del Acto Administrativo contenido en el OFICIO G-403 del 19 de abril de 1999, suscrito por el Gerente de la CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR, mediante el cual resuelve un Derecho de Petición presentado por la SOCIEDAD* ***“CONSTRUIR INGENIERÍA S.A. COINSA”****, el 8 de febrero de 1999.*

*1.2. Que se reliquide el Contrato de obra Pública Cofinanciado Nro. 9706-043.*

*1.3. Que se declare el INCUMPLIMIENTO de la CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR de Manizales, del Contrato de Obra Pública Cofinanciado No. 9706-043, celebrado con la SOCIEDAD* ***“CONSTRUIR INGENIERÍA S.A. COINSA”****.*

*1.4. Que se reconozca el ROMPIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL en el Contrato de Obra Pública Cofinanciado No. 9706-043 del 11 de junio de 1997.*

*2. Que como consecuencia de las anteriores NULIDADES Y DECLARACIONES, se condena a la* ***CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR****, a reconocer las siguientes sumas de dinero:*

***2.1. PRINCIPAL:***

*2.1.1. Que se ordene, como en efecto se hace, la liquidación final del contrato Nro. 9706-042, celebrado entre LA CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR y LA SOCIEDAD “****CONSTRUIR INGENIERÍA S.A. COINSA:***

*2.1.1.1. POR MAYOR PERMANENCIA EN OBRA*

 *2.1.1.1. Sobrecosto de Administración $266.665.292,oo*

 *2.1.1.2. Lucro Cesante $50.887.200,oo*

*2.1.1.2. INCREMENTO DE COSTO*

 *2.1.1.2.1. En casas $25.031.342,oo*

 *2.1.1.2.2. En obras de urbanismo $23.887.414,oo*

*2.1.1.3. SOBRECOSTO FINANCIERO $62.437.900,08*

*2.1.1.4. EL 2X 1000 $2.810.059,oo*

*2.1.1.5. MAYOR VALOR COBRADO EN LOS LOTES $51.353.400,oo*

*2.1.1.6. INTERÉS POR NO PAGO OPORTUNO DE*

 *ACTA DE OTRO SI DEL 3 DE JUNIO DE 1998 $11.131.593,oo*

*2.1.1.7. INDEMNIZACIÓN QUINTA ETAPA $24.824.880,01*

*2.1.1.8. OBRAS ADICIONALES SIN PAGO*

 *2.1.1.8.1. Afirmado de Andenes $12.219.622,oo*

 *2.1.1.8.2. Acom Elect. de Casas de 21.5 $42.970.767,oo*

*2.1.1.9. MAYORES VALORES DE VENTAS*

 *EN LAS CASAS A FAVOR C.V.P. $187.581.710,oo*

*3. Que se liquiden intereses de mora sobre lo adeudado desde el momento en que dicte sentencia hasta el pago efectivo.*

*4. Que se condene al pago de costas a la Entidad demandada.*

*5. Que se disponga el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo* (folios 476 y 477 cuaderno primera instancia)*.*

**1.3. Contestación de la demanda**

La Caja de la Vivienda Popular de Manizales al contestar la demanda controvirtió los hechos y formuló como excepción de mérito la que denominó “cobro de lo no debido”, porque las circunstancias ocurridas en la ejecución del contrato no son imputables a dicha entidad, “pues las prórrogas o plazos que ocurrieron en el devenir de la ejecución del contrato fueron acordados por las partes, que en muchos de los casos fueron concesiones generosas” de la entidad estatal, pues los otrosíes se suscribieron porque “la ampliación de los plazos la solicitó el contratista” (folios 586 a 605 cuaderno primera instancia).

 **1.4. Concepto del Ministerio Público**

El Ministerio Público conceptuó en la primera instancia en el sentido de pedir que se denieguen las pretensiones de la demanda, salvo en lo relacionado con la pretensión del reconocimiento y pago de 2x1000, porque la actora “en ningún momento probó que esas situaciones que él califica como extraordinarias o imprevistas no **fueron contempladas en su propuesta**”.

**1.5. Alegatos de conclusión**

La parte actora rememoró el contenido de la demanda y arguyó que se probó que la Caja de la Vivienda Popular de Manizales abrió la convocatoria en cuestión y respondería por la venta o subrogación de las viviendas, porque así lo dio a entender; que hubo mayor estadía en obra según las bitácoras o libros de obra, los otrosíes y las actas de comité; el alza de los intereses es un hecho notorio; que los testimonios prueban las irregularidades acontecidas en la ejecución del contrato.

La parte demandada igualmente repasó lo alegado en su contestación; alegó que los riesgos deben ser compartidos; el contratista incurrió en mal manejo de los negocios; que no es aplicable la teoría de la imprevisión porque las dificultades ocurridas en desarrollo del contrato “no se debieron solo a la voluntad de la Caja de la Vivienda Popular sin ser las circunstancias que lo originaron ajenas al contratista”; el cambio de planteamiento urbanístico se debió a la topografía del terreno, al que todos los proponentes tuvieron posibilidad de acceder en la convocatoria; que al contratista le fue cancelado todo, “lo que no hizo se compensó con otras obras”; y que no es posible reconocer el sobrecosto porque implicaría enriquecimiento sin justa causa; y finalmente que el contratista incumplió, lo que no entiende, porque “al no ejecutar en su totalidad el contrato en los términos pactados, éste ose demandar y pretenda que le reconozcan dineros por cuestiones en las cuales tienen igual o más culpa que la parte demandada”.

**1.6. La sentencia apelada**

El Tribunal Administrativo de Caldas consideró que “se evidenció la deficiente planeación, seguimiento y organización por parte de la CAJA para llevar a cabo el contrato” y durante su ejecución no se aplicó el artículo 27 de la Ley 80 de 1993; que “cuando se pretendió liquidar el contrato de común acuerdo, ello no fue posible, según se desprende de la copia del acta correspondiente aportada al proceso (folios 407 a 413, cuaderno 1B).

Solo tuvo en cuenta los valores “que de devienen del ius variandi o sea de la necesidad de modificaciones impuestas por el contratante de la obra Caja de la vivienda Popular del Municipio, y de su incumplimiento que generó una mayor estadía en la obra y como consecuencia mayores costos que debieron ser asumidos por el contratista COINSA, exceptuando los impuestos a los cuales la Sala ya se ha referido; concluyendo que no son considerados para restablecer el equilibrio de la ecuación del contrato”; redujo, por equidad, la indemnización por lucro cesante por la imposibilidad de construir todas las casas; negó la pretensión relativa a la diferencia en el valor de venta de los lotes, porque el contratista aceptó el nuevo valor “sin haberlo objetado”; desestimó también la pretensión de reconocimiento de obras adicionales, salvo las instalaciones eléctricas exceptuadas del contrato “o sea las eléctricas dentro de las casas” que si reconoció (folios 1133 a 1189 cuaderno principal).

**1.8. El recurso de apelación**

Dentro de la oportunidad procesal, la Caja de la Vivienda Popular de Manizales interpuso y sustentó el recurso de apelación. Sustenta su inconformidad en cuestionar que la naturaleza del contrato no es de obra, sino de compraventa, porque la entidad demandada promociona planes de vivienda “es una labor social, esa es su ganancia, ya que no recibe contraprestación o utilidad económica por su intermediación, sino que simplemente vende el lote de terreno. Luego, es una completa injusticia que si ocurren anormalidades en la ejecución de la obra que otros realizan, sea la Caja quien tenga que asumir los costos de esas irregularidades de su propio peculio”; el dinero de los beneficiarios de los subsidios “simplemente son entregados por la Caja al constructor, pues las normas no permiten que la Entidad descuente el valor del lote, sino que el desembolso se hace DIRECTAMENTE al vendedor, éste a su vez transfiere a la Caja el precio del lote del terreno”; razón por la cual la venta no constituye lucro para la entidad; los gastos de escrituración y registro son a cargo de vendedor y comprador de las casas; en cuanto al precio del contrato en cuestión, “la Caja no está sufragando gasto alguno por la construcción de la obra, ni por la enajenación, ni aún por la interventoría. Por el contrario, es el Contratista quien debe pagar a la Caja el valor de los lotes y pagar al interventor sus honorarios. La Entidad simplemente traslada al contratista las cuotas iniciales”, por tanto la construcción es por cuenta y riesgo del contratista; y finaliza señalando que la entidad tomó las medidas necesarias para mantener las condiciones económicas el contrato, “prueba de ello son los numerosos otro sí en los que se aceptaban los pedimentos del demandante” (folios 1200 a 1209).

**II. CONSIDERACIONES**

Previo a resolver el presente asunto, se hará un análisis de los presupuestos procesales (i), de las excepciones planteadas (ii) y se formulará el problema jurídico (iii). Posteriormente, se identificarán los hechos probados (iv) con el fin de determinar si hay lugar a dar paso a las pretensiones (v).

**I. Presupuestos procesales**

**1. Jurisdicción y competencia**

De conformidad con el artículo 82 del C.C.A., modificado por la ley 1107 de 2006, para que la jurisdicción administrativa conozca de un asunto debe verificarse que una de las partes del litigio o controversia sea de naturaleza pública. En este caso, se tiene que la entidad demandada y apelante es una entidad estatal: la Caja de la Vivienda Popular de Manizales.

**2. Competencia**

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, puesto que el numeral 1º del artículo 129 del C.C.A., con las modificaciones del artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 1º de la Ley 954 de 2005, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos.

**3. Caducidad**

El contrato terminó el 28 de mayo de 2000 y el acta de liquidación bilateral se suscribió el 14 de noviembre de 2000 (folios 407 a 413 cuaderno primera instancia), mientras que la demanda se presentó el 19 de abril de 2001; por tanto, la demanda se ejerció oportunamente, dentro del término previsto para ello por el artículo 136 del C.C.A.

**4. Legitimación en la causa**

La legitimación en la causa por activa aparece demostrada en el plenario, porque la empresa COINSA celebró el contrato en cuestión, lo que permite tenerla como legitimada en cuanto a sus pretensiones.

**5. Salvedades a la liquidación del contrato**

El precedente de esta Corporación ha precisado que para que las pretensiones dentro de la acción de controversias contractuales puedan ser acogidas favorablemente es requisito que el contratista hubiere planteado salvedades claras, concretas y específicas al acta de liquidación.

No cualquier constancia, manifestación o afirmación constituye una salvedad que válidamente permita que el contratista más adelante cuestione el acta de liquidación bilateral a la que concurrió, si así fuera entonces ninguna utilidad tendría este corte final de cuentas de un contrato[[1]](#footnote-1):

*Reitera la Sala que las salvedades dejadas en el acta de liquidación bilateral tienen como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar en el futuro ante la autoridad judicial el cumplimiento de obligaciones que considera quedaron pendientes durante la ejecución del contrato, razón por la cual deben ser claras y concretas. A propósito del preciso alcance que corresponde a las salvedades o reservas que respecto de una liquidación bilateral formula alguna de las partes del contrato, la Jurisprudencia de esta Corporación ha advertido “(…) que las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera, su inclusión resulta ineficaz.”[[2]](#footnote-2). La Sala ha precisado el asunto en los siguientes términos:*

*“(…) para efectos de poder acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es requisito indispensable que las partes hayan dejado constancia expresa, en el acta de liquidación del contrato, de las inconformidades que pudieron resultar durante su ejecución, tal como esta Sala lo ha señalado en reiteradas ocasiones (…). Ahora bien, la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión del contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero sí debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad (…). Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica, que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista; tal conducta impide la claridad necesaria en la conclusión de la relación negocial –bien porque las partes están de acuerdo en forma plena, o bien porque subsisten diferencias entre ellas[[3]](#footnote-3).*

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

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

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

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

*“NOTA: NO ACEPTAMOS NI RECONOCEMOS LA CLAUSULA CUARTA Y QUINTA[[4]](#footnote-4) Y ADICIONALMENTE NOS RESERVAMOS EL DERECHO DE RECLAMAR POR VIA JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL LO CORRESPONDIENTE AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO”.*

*Encuentra la Sala que la salvedad dejada por el contratista en el acta de liquidación bilateral del contrato No. 095 de 1985, se refiere de manera genérica a la posibilidad de reclamar por vía judicial lo “correspondiente al reconocimiento y pago de la ecuación económica del contrato”, sin que se hubiesen precisado siquiera las causas y motivos que ocasionaron el supuesto rompimiento del equilibrio financiero del contrato en mención, presupuesto que, como se indicó anteriormente, resultaba necesario satisfacer para que pudieran resolverse favorablemente las pretensiones de la demanda.*

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

Ahora bien, la circunstancia de que en el recurso de apelación planteado por la Caja de la Vivienda Popular de Manizales no se hubiere abordado este punto no impide que la Sala se pronuncie al respecto de forma oficiosa en tanto y en cuanto es un factor de procedibilidad de las pretensiones, en virtud de lo previsto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, que consagra la facultad – deber del juzgador de declarar probada cualquier excepción de fondo que así apareciere en el proceso aun cuando no hubiere sido alegada, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa sustancial, por su carácter renunciable precisamente [[5]](#footnote-5).

El 14 de noviembre de 2000 las partes firmaron acta de liquidación bilateral, suscrita por el Gerente, la Directora Técnica, el Subgerente General y el Coordinador del Departamento Financiero y por el representante legal de COINSA S.A., en la que consta lo siguiente:

Las partes dejan expresa constancia de que no se llegó a acuerdo alguno con respecto a las siguientes reclamaciones:

1. Mayor permanencia en obra

2. Incremento de costos de construcción

3. Incremento de costos financieros

4. Impuesto de 2 por 1000

5. Sobrecosto en impuesto de timbre

6. Mayor valor descontado por la caja de la Vivienda popular en el valor de los lotes vendidos al contratista.

7. Indemnización por la no construcción de la Totalidad de las viviendas.

8. Cobro de acometidas eléctricas de casa de 21.50 M2 y de la subbase de los andenes.

9. Sobrecosto causado por el mayor valor de venta ordenada por la Caja de la Vivienda Popular a su favor por encima del valor a pagar al contratista.

10. Lucro cesante de la formaleta.

Hacen parte integral de la presente acta los siguientes documentos:

* Comunicación del representante legal de COINSA, Ingeniero RICARDO SPAGGIARI VASQUEZ de fecha 25 de junio de 1.999.
* Liquidación final financiera suscrita por el Doctor LUIS GERMAN ECHEVERRI GIRALDO de Septiembre 28 de 2.000.
* Cuenta de cobro por concepto de gastos de escrituración y celaduría presentada por el Ingeniero RICARDO SPAGGIARI V.

El acta de liquidación contiene como anexo un documento denominado “Relación de cuadros correspondiente a la liquidación del contrato cofinanciado 9706-043 de la Constructora COINSA S.A.”.

En el caso de la especie, si bien la “constancia de que no se llegó a acuerdo alguno” por parte de COINSA respecto del acta de liquidación bilateral no es un dechado de técnica, lo cierto es que se puede colegir que existió inconformidad de la empresa demandante sobre (1) mayor tiempo de permanencia en obra, (2) incremento de costos de construcción, (3) incremento de costos financieros, (4) impuesto de 2 por 1000, (5) sobrecosto en impuesto de timbre, (6) mayor valor descontado por la caja de la Vivienda popular en el valor de los lotes vendidos al contratista, (7) indemnización por la no construcción de la Totalidad de las viviendas, (8) cobro de acometidas eléctricas de casa de 21.50 M2 y de la subbase de los andenes, (9) sobrecosto causado por el mayor valor de venta ordenada por la Caja de la Vivienda Popular a su favor por encima del valor a pagar al contratista, y (10) lucro cesante de la formaleta.

El precedente de esta Corporación ha entendido por salvedades genéricas aquellas que “*no dan cuenta de lo que se pretende ni de las razones o motivos que conducen a la reclamación”* [[6]](#footnote-6), pero lo cierto es que no existe una fórmula sacramental para plantear salvedades al acta de liquidación bilateral de un contrato estatal, amén de que los principios de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política, y de prevalencia de la intención de los contratantes, previsto en el artículo 1618 del Código Civil, aplicables tanto a los contratos civiles como mercantiles, y naturalmente también a la contratación estatal [[7]](#footnote-7).

Ahora, si bien la manifestación de inconformidad respecto al acta de liquidación bilateral planteada por la empresa demandante supera el análisis relativo a si se trata o no de una salvedad genérica, lo cierto es que corresponde al actor probar la causa o de su razón de ser de dicha “constancia”, amén de que debe corresponderse con las pretensiones y la *causa petendi* de la demanda, lo que se abordará más adelante.

**II. Las excepciones planteadas**

Tal como se reseñó en el acápite de la contestación de la demanda, la Caja de la Vivienda Popular de Manizales formuló la excepción de “cobro de lo no debido”, que será abordada conjuntamente con el estudio de fondo del problema jurídico, porque está íntimamente relacionada con las resultas del proceso.

**III. Problema jurídico**

¿La Caja de la Vivienda Popular de Manizales debe indemnizar a Construir Ingeniería S.A. (COINSA) por los valores pretendidos por el presunto incumplimiento, imprevistos, obras adicionales y mayor tiempo de permanencia en obra con ocasión del contrato de obra pública por el sistema de cofinanciado No. 9706-043, a pesar de haber suscrito acta de liquidación bilateral del mismo?

**IV. Hechos probados**

Antes que otra cosa, debe señalarse que las pruebas allegadas al proceso se hicieron en debida forma; de conformidad con las mismas, se tienen acreditados los siguientes hechos:

1. Las partes celebraron el contrato de obra pública por el sistema cofinanciado No. 9706-043, del cual se aportó la póliza única de cumplimiento y la constancia de pago del impuesto de timbre.

2. Las partes suscribieron igualmente el acta convenio suspensión firma de contrato licitación 002-III-97 Urbanización Bosques del Norte de 4 de junio de 1997; otrosíes al contrato firmados el 13 de junio de 1997, 30 de abril, 3 y 24 de junio de 1998 (*ibídem*, folios 412 a 435); y aclaración al otrosí de 4 de diciembre de 1998 suscrito el día 7 subsiguiente (*ibídem*, folio 437).

3. Las partes firmaron acta de liquidación bilateral el 14 de noviembre de 2000, suscrita por el Gerente, la Directora Técnica, el Subgerente General y el Coordinador del Departamento Financiero y por el representante legal de COINSA S.A., donde aparece la constancia de ausencia de acuerdo en relación con los 10 puntos referidos líneas atrás.

4. El acta de liquidación contiene como anexo un documento denominado “Relación de cuadros correspondiente a la liquidación del contrato cofinanciado 9706-043 de la Constructora COINSA S.A.”., cuyo contenido es el siguiente:

La primera información que contiene es el “cuadro de liquidación total de valores contractuales de la IV etapa Bosques del Norte”, que contiene unos ítems, número de viviendas, valor unitario, subtotal y total (folio 410 cuaderno primera instancia).

La segunda tabla, denominada “valores pagados en actas de avance de obra en la IV etapa (identificando como crédito al constructor y pago de cuotas iniciales” contiene información acerca del acta y fecha de pago, valor pagado y “valor invertido viviendas” (folio 411, *ibídem*).

5. Está igualmente probado que las partes suscribieron modificaciones contractuales, u *otrosíes:* (i) el 13 de junio de 1997 sobre la cláusula décima primera relativa a las garantías (folios 412 y 413, *ibídem*); (ii) el 30 de abril de 1998 mediante el cual ampliaron el plazo del contrato estipulado en la cláusula quinta en 60 días calendario (folios 414 a 417, *ibídem*); (iii) el 3 de junio de 1998 sobre obras de urbanismo y las necesarias para la terminación de las etapas I, II y III (folios 421 a 425, *ibídem*); (iv) el 24 de junio del mismo año, a través del cual las partes ampliaron el plazo del contrato en 62 días calendario y cambiaron la forma de pago para incluir un anticipo del 30% a favor del contratista y a solicitud suya respecto del otrosí inmediatamente anterior (folios 426 a 429, *ibídem*); (v) el 7 de diciembre de 1998 suscribieron aclaración del otrosí firmado el 3 de junio antecedente, en el sentido de precisar que el ítem 12 (sumidero con desarenador, 2 rejas) estaba repetido por error de impresión; (vi) el 31 de agosto de 1998 con el fin de ampliar de plazo en 111 días; (vii) el 4 de diciembre de 1998 para ampliar de nuevo el plazo en 75 días, se compensaron obras a ejecutadas por las partes y se contemplaron obras adicionales por valor de 54.327.597.12; (viii) el 12 de marzo de 1999 que prorrogó de nuevo del plazo en 180 días; (ix) el 3 de septiembre de 1999 – ampliación de plazo por 166 días; (x) el 11 de noviembre de 1999 – donde se establece que la Caja de Vivienda Popular realizaría obras que corresponderían al contratista y obras del contratista que compensarían el costo de las obras a realizar por la Caja de Vivienda Popular ; (xi) el 24 de febrero de 2000 cuyo objeto fue la ampliación del plazo por 30 días.

En todos los documentos citados las partes indicaron que las cláusulas contractuales no modificadas en ellos, permanecerían vigentes.

**V. El caso concreto**

5.1. Para la Sala, si bien la constancia de las inconformidades frente al acta de liquidación bilateral no puede tenerse como salvedad genérica, lo que, en principio, permite que las pretensiones sean estudiadas; lo cierto es que la actora no cumplió con su carga probatoria.

La Sección Tercera de esta Corporación ha considerado la carga de la prueba como una “*(i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadernamiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que desplieguen en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y / o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo”* [[8]](#footnote-8).

5.2. En efecto, es precedente de esta Corporación que el reclamo de perjuicios ligados a modificaciones contractuales requiere del contratista que oportunamente reclame respecto a los efectos económicos de ampliaciones o ajustes al objeto del contrato:

En relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato[[9]](#footnote-9).

En oportunidad más reciente, precisó otra de las Subsecciones de la Sección Tercera sobre la oportunidad de las reclamaciones[[10]](#footnote-10):

Ahora, independientemente de que se haya generado un desequilibrio económico del contrato con ocasión del incumplimiento de las obligaciones negociales de la demandada, para la Sala es claro que para que sea procedente su restablecimiento, se encuentra en cabeza de quien lo pretende demostrar que la alteración económica del contrato es grave, que se sale de toda previsión y que no está comprendida dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato que deban ser asumidos por el contratista.

Adicional a lo anterior debe cumplir con el requisito de oportunidad, es decir debe presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes, dentro de las oportunidades que en el ejercicio de la actividad contractual ha tenido para reestablecer el equilibrio económico que se ha visto roto, esto es, al momento de suscribir acuerdos como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc. y debe presentarlas ante la entidad contratante y no únicamente ante la entidad interventora y guardar silencio al momento de suscribir los respectivos acuerdos con la administración.

Y es que si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen ante la entidad contratante al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

“En este horizonte, cada parte del negocio se hace responsable de aquello a lo que se compromete, y así mismo, mientras nuevas circunstancias no alteren el acuerdo, se considera que contiene en sí su propio reequilibrio financiero.” [[11]](#footnote-11)

Esta postura tiene fundamento en el principio de buena fe que debe informar la ejecución de todo contrato, consagrado expresamente en el artículo 1603 del Código Civil que prevé “*los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”*, en el artículo 871 del Código de Comercio que dispone “*los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*.

Este principio de buena fe es también aplicable al contrato estatal, expresamente el numeral 2º del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 consagra que los contratistas “*obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales”* y el artículo 28 *ibídem* dispone que “*en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”*.

Sin duda alguna, el contratista que concurre a modificar el plazo o alcance del contrato sin siquiera musitar algo acerca de las consecuencias económicas de ello, para luego, cuando termina el contrato, sorprender a la administración con reclamaciones originadas en esa manifestación de voluntad, no obra conforme a la lealtad y a los postulados de la buena fe.

Ha señalado esta Corporación, por ejemplo, que “*si durante la ejecución del contrato el contratista no ha solicitado el reconocimiento de eventuales sobrecostos como efecto de una suspensión ni ha manifestado reproche alguno en este sentido a la hora de acordar las suspensiones, no puede, con posterioridad a la finalización del contrato, solicitar indemnizaciones*”[[12]](#footnote-12).

Y ha sostenido frente a la reclamación de sobrecostos derivados de ampliaciones de plazo lo siguiente:

En relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato[[13]](#footnote-13).

5.3. En el caso de ahora, la Sala echa de menos una prueba que, al menos en principio, permita deducir que COINSA advirtió a la Caja de la Vivienda Popular de Manizales sobre las consecuencias económicas de las modificaciones al contrato de cofinanciación No. 9706-043.

5.4. Es más, por si la falta de prueba de que el contratista reclamó oportunamente fuese poco – que no lo es -, en el caso de ahora aparece probado todo lo contrario, es decir, que la empresa actora sólo pidió prever un anticipo del 30% respecto al otrosí suscrito el 3 de junio de 1998 mediante el cual ajustaron las obras de urbanismo y otras adicionales para la terminación de las etapas I, II y III.

En efecto, en el otrosí adiado el 3 de junio de 1998 las partes manifestaron:

B) Que en dicho contrato, tanto como en el pliego de condiciones quedó estipulado que las partes contratantes se obligaban a ejecutar algunas obras de urbanismo.

C) Que esas obras de urbanismo que se obligan a ejecutar las partes contratantes son las siguientes: Por parte de la Contratante CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR: Redes de acueducto, alcantarillado, teléfonos, luminarias de alumbrado público, perfilado de vías y la pavimentación de las vías semipeatonales. Por parte del Contratista COINSA S.A. las redes eléctricas, pavimentación de todas las vías excepto las semipeatonales, sardineles y sumideros simples.

D) En virtud al convenio que la CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR celebrar con la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. CHEC, en relación con la construcción de las líneas de transmisión desde la subestación Peralonso hasta la Urbanización Bosques del Norte, además de la contratación de la instalación de las redes eléctricas internas de la urbanización con contratistas particulares; el constructor se obligó a entonces ejecutar otras obras de urbanismo que compensaran económicamente la inversión hecha por la CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR. Por lo anterior se hace necesario efectuar mediante el presente otrosí los resúmenes de las obras ejecutadas por el contratista que hacen parte de la compensación por la construcción de las redes eléctricas ejecutadas a través de la CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR y el reconocimiento para el pago de las obras adicionales, requeridas para completar el urbanismo de las primeras tres etapas (… folio 421 cuaderno primera instancia).

El 24 de junio subsiguiente, las partes nuevamente suscribieron otrosí ampliando el plazo del contrato en 62 días calendario y la forma de pago, oportunidad en que consideraron:

F: Que el día 3 de junio de 1998 se celebró un nuevo otrosí al pluricitado contrato consistente, en primer término, en la compensación de costos de obras, realizadas por las partes contratantes, y en segundo término con la autorización al contratista para que ejecute todas aquellas obras que faltan para la terminación de las etapas V, II y III que deberán ser ejecutadas [sic] por la Caja de la Vivienda Popular.

G:- Que en el prementado otrosí se estableció en la cláusula quinta que el valor de las obras previstas para la terminación de las citadas etapas de la urbanización Bosques del Norte se pagaría al contratista mediante actas parciales de avance de obra a los precios unitarios pactados en ese otrosí y según las cantidades realmente ejecutadas y entregadas a satisfacción de la interventoría de la Caja de la Vivienda Popular.

H:- Que en reunión efectuada el día 23 de junio hogaño, en la Gerencia de la entidad con los constructores de la referida urbanización, solicitaron que se les girara un anticipo equivalente al treinta por ciento (30%) del valor de las obras a ejcutar [sic] por cada constructor.

I:- Que la Caja de la Vivienda Popular una vez analizada la solicitud formulada por los constructores de la urbanización Bosques del Norte la consideró viable; por lo que procedió entonces a aceptarla.

J:- Que por lo anteriormente expuesto se procede en primer término a adicionar el plazo del contrato de obra por el sistema cofinanciado Nro 9706-043 en sesenta y dos (62) días calendario; y en segundo término a modificar la clausula quinta del preanotado otrosí (folios 426 y 427 cuaderno primera instancia).

De manera que COINSA no sólo tuvo, sino que efectivamente la ejerció pero sólo en cuanto a que pidió un anticipo del 30%, la oportunidad de manifestarse frente al contenido de la modificación contractual sobre las obras de urbanismo y los ítems adicionales.

Por si existiese al menos un resquicio de duda, nótese que el 7 de diciembre de 1998, es decir, más de un (1) año de haber suscrito el otrosí en cuestión, las partes suscribieron una aclaración para precisar que el ítem 12 estaba repetido, lo que atribuyeron a yerro de impresión.

Y en el otrosí del 4 de diciembre del mismo año, las partes acordaron que se le reconocerían obras adicionales por valor de $54.327.597.12 sin que el contratista plasmara inconformidad.

5.5. Si un lapso como el comentado por la Sala no es suficiente para que un contratista note los alegados efectos económicos perjudiciales que le implicó una modificación contractual, eso sólo indica que, o estos no existieron, o fueron aceptados por el contratista, o no son imputables exclusivamente a la administración como se pretende, sino que ocurrieron también por la desidia o descuido de la empresa actora.

La parte actora alega que presentó oficios en distintas ocasiones a la accionada con el fin de que le fueran reconocidos los aparentes sobrecostos soportados en la ejecución del contrato.

Sin embargo, nótese que en los diferentes otrosíes al contrato las partes acordaron modificaciones a su relación negocial sin que la hoy actora plasmara reclamación alguna relacionada con las salvedades consignadas en el acta de liquidación. Al contrario, en ellos se estipuló que las cláusulas no modificadas permanecerían vigentes.

Este análisis probatorio permite a la Sala concluir que la apelación está llamada a abrirse paso, porque no existían fundamentos para declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio G-403 de 19 de abril de 1999 suscrito por el Gerente de la Caja de la Vivienda Popular mediante el cual resolvió su petición de reliquidar el contrato de cofinanciación No. 9706-043, como tampoco había lugar a declarar el incumplimiento de la entidad pública demandada.

Por estas razones, lo procedente es revocar la sentencia apelada y negar la totalidad de pretensiones de la demanda.

No hay lugar a la imposición de costas, por la prosperidad de la alzada y a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

**FALLA**

**PRIMERO:** **REVOCAR** la sentencia del 9 de noviembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

**SEGUNDO: NEGAR** la totalidad de pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Presidente

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

 Magistrada Magistrado

 (Salva voto)

**CONSEJO DE ESTADO**

1. **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**
2. **SECCIÓN TERCERA**
3. **SUBSECCIÓN B**
4. **Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**
5. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número:** 17001-23-31-000-2001-00363-01(33613)

**Actor: CONSTRUIR INGENIERÍA S.A. (COINSA)**

**Demandado: CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR DE MANIZALES**

1. **Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**
2. **SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**
3. Con el debido respeto, expongo a continuación las razones que me llevaron a salvar el voto, en cuanto no comparto la decisión de negar las pretensiones, fundada la posición mayoritaria en i) el desconocimiento de las salvedades incorporadas en la liquidación bilateral por considerarlas extemporáneas y iii) la culpa que por ese hecho se le endilgó a la actora.
4. 1. En efecto, en la decisión de la que disiento, si bien se puso de presente que la actora convino en la liquidación bilateral del contrato dejando a salvo las reclamaciones objeto de la litis, se concluyó que, en cuanto las mismas no se incorporaron en los otrosíes suscritos entre las partes, resulta contrario a la buena fe, además de constitutivo de culpa eximente de responsabilidad, que en la liquidación del contrato la contratista reclame el restablecimiento del equilibrio económico por hechos o circunstancias sobre las que guardó silencio durante la ejecución.
5. 2. Asimismo, se reiteró el criterio mayoritario en el sentido que "...si durante la ejecución del- contrato el contratista no ha solicitado el reconocimiento de eventuales sobrecostos como efecto de una suspensión ni ha manifestado reproche alguno en este sentido a la hora de acordar las suspensiones, no puede,
6. con posterioridad a la finalización del contrato, solicitar indemnizaciones", sostenido en la decisión del 29 de abril de 2015[[14]](#footnote-14), que no comparto porque pasa por alto la reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera y el ordenamiento.
7. 3. Como lo puse de presente en aquella oportunidad, conforme con la reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera, en cuanto finiquita la relación contractual, en la liquidación deben formularse y decidirse todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución —se destaca-:
8. Sobre el objetivo de la liquidación final de los contratos de la administración y la oportunidad para formular las reclamaciones pendientes, la jurisprudencia señala:
9. "La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado queda después de cumplida la ejecución de aquél; que **allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato V por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes**. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento[[15]](#footnote-15)".
10. 4. La buena fe no puede entenderse como un padecimiento contractual que se pueda imponer al contratista, al punto de atribuirle la renuncia a sus derechos por no haberlos reclamado antes de la liquidación final, Por el contrario, en cuanto gobierna a las partes desde las tratativas preliminares hasta el momento en que las partes se declaran a paz y salvo, lo que se acompasa con la buena fe tiene que ver con que la liquidación final se sujete al objeto de ese negocio bilateral, en el que se comprende la formulación y decisión de todas reclamaciones a que dio lugar la ejecución contractual.
11. De donde, lo que desdice de la buena fe contractual es que se imponga al contratista la renuncia a sus derechos o se le defraude la confianza legitimada por el ordenamiento a cuyo tenor en la liquidación del contrato se pueden reclamar y decidir todas las reclamaciones originadas en la ejecución, bajo el entendido que por su silencio se finiquitaron durante la ejecución asuntos propios de la liquidación final, como lo entiende la posición de la que disiento.
12. En ese orden, no podía pasarse por alto que, conforme con la reiterada jurisprudencia de la Corporación, i) el restablecimiento del equilibrio económico, además de los derechos del contratista, sirve a los fines del interés general gestionados a través del contrato estatal y ii) lo que se acompasa con la buena fe tiene que ver con que, atendiendo a los deberes de colaboración con los fines estatales que el ordenamiento le impone y las potestades excepcionales dispuestas para la eficacia de esos fines, el contratista se avenga a modificaciones contractuales con la esperanza de poder ejecutar el objeto sin renunciar a la utilidad o, incluso, someterse a las condiciones impuestas por la administración guiado por la confianza en que la entidad estatal, sujeta al principio de legalidad, no lo defraudará en los derechos que el ordenamiento le garantiza, como el restablecimiento del equilibrio económico.
13. Así lo ha señalado esta Sala —se destaca-:
14. La buena fe contractual y el principio de colaboración debidos entre las partes. permiten inferir que el contratista convino en esa modificación con la aspiración de llevar a término el objeto y obtener la utilidad esperada del negocia pues, para entonces, esa prórroga constituía una conducta aislada, de la que no era posible prever la cadena de hechos imputables a la entidad contratante que posteriormente alteraron el equilibrio económico afectando al contratista (.. .).
15. Para la Sala, la doble subordinación a la que quedó sometido el contratista, en tanto dependía enteramente de que la contratante dispusiera del espacio físico y la logística necesaria para recibir los elementos contratados y, en consecuencia, le pagara el precio, sumada a las potestades excepcionales pactadas, demuestran una efectiva posición dominante en cabeza de la (contratante), situación que le exigía actuar con estricta observancia de la buena fe contractual, sin imponer condiciones inequitativas o abusivas a su contratista.).
16. En este tipo de relaciones como la que ocupa la atención de la Sala, en que no es posible predicar la plena igualdad de las partes, es claro que el contratista se somete a las condiciones impuestas por parte de la administración, guiado por la confianza plena de que, en tanto se trata de una entidad pública regida por el principio de legalidad y el respeto de los derechos ajenos, no le defraudará los suyos. Esta situación exige que i) la entidad contratante actúe con total eficacia de la buena fe protegiendo la confianza y derechos legítimos del contratista y ii) que el juez valore con rigor el cumplimiento de ese deber de cara a mantener incólume la confianza en que se funda el equilibrio de la relación contractual[[16]](#footnote-16).
17. 5. La Ley 80 de 1993 no sanciona el silencio del contratista durante la ejecución con la extinción del derecho a que se restablezca el equilibrio económico del contrato, como lo entiende la posición de la que disiento. Por el contrario, aunado a que el mantenimiento de la ecuación contractual es un imperativo legal que gravita sobre la entidad contratante (art. 4º, num. 8º), el restablecimiento opera ex lege, esto es, sin que para ello se requiera que las partes lo hayan pactado o que el contratista lo haya reclamado o dejado a salvo su derecho al celebrar el contrato (art. 27).
18. Regla que no se desvirtúa por el hecho que durante la ejecución las partes convengan en la modificación del contrato, porque i) las modificaciones, aun siendo posteriores a los hechos sobrevinientes que dan origen al restablecimiento, no rompen la unidad del contrato y el objeto contratado, razón por la que no es dable entender que para que proceda el restablecimiento no es necesario convenirlo al celebrar el contrato, empero sí al convenir en su modificación y ii) los otrosíes suscritos con el objeto restablecer el equilibrio económico no pueden entenderse como el finiquito del contrato, porque esto solamente resulta posible a partir del balance final que deberá seguir a la ejecución total realizada durante la vigencia del contrato y que dará cuenta del mantenimiento o desequilibrio de la ecuación contractual.
19. Ahora, no se desconoce que las partes no pueden volverse contra lo acordado en aras de restablecer el equilibrio económico roto durante la ejecución, empero, de ello no se sigue que toda modificación contractual lleva implícito el mantenimiento de la ecuación contractual por el hecho de no haberse reclamado el restablecimiento, como lo entiende la posición mayoritaria de la que disiento, máxime cuando en el sub judice quedó, establecido que los otrosíes suscritos entre las partes no tuvieron como objeto decidir reclamaciones sobre el restablecimiento del equilibrio económico, roto por los mismos hechos sobre los que versan las salvedades consignadas por el contratista en la liquidación, objeto de esta
20. 6. Establecido que a la actora le asistía el derecho a reclamar en sede judicial los asuntos no decididos en la liquidación bilateral, como dan cuenta de ello las salvedades consignadas por el contratista, lo procedente tenía que ver con acometer el estudio del desequilibrio invocado en la causa petendi y no decidir las pretensiones con fundamento en la renuncia al restablecimiento, como se hizo en la decisión de la que me aparto.
21. Fecha ut supra.
22. **STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**
23. **Consejera de Estado**
1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 13 de abril de 2016, exp. 33373, C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2005. Expediente 14.113. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Desde tiempo atrás la Jurisprudencia de la Sala ha sostenido esta posición. Así, en Sentencia del 16 de octubre de 1980, Expediente 1960, con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo, afirmó lo siguiente*: “Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado (…). Como se ve, la Administración liquida, luego de la presentación de ciertos documentos por el contratista y aún sin éstos, de oficio; y a éste no le quedan sino estas salidas: a) firmar en señal de aceptación, sin reclamos u observaciones. Aquí el acta será definitiva y no podrá impugnarse jurisdiccionalmente; b) firmar con salvedades o reclamos que se pueden hacer en el mismo texto del acta de liquidación o en escrito separado; y c) negarse a firmar, precisamente por tener reparos. En las dos hipótesis precedentes el desacuerdo (…) podrá impugnarse judicialmente.”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. *“CUARTA: En virtud de lo anterior, el CONTRATISTA renuncia expresamente a cualquier tipo de acción de carácter judicial o administrativo que pueda generarse del presente contrato objeto de liquidación.*

*QUINTA: Que las partes se declaran a paz y salvo, una vez sea cancelado el saldo restante, previas las siguientes deducciones”.* [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 20 de octubre de 2014, exp. 27777, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 13 de abril de 2016, exp. 33373, C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2014, exp. 48489, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 18499, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2015, exp. 48947, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 9 de mayo de 2012, expediente 22087. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 29202. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080 C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-13)
14. Cfr. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, ponente Ramiro Pazos Guerrero, expediente 29202, [↑](#footnote-ref-14)
15. Sentencias de abril 10 de 1997, expediente 10608 y de marzo 9 de 1998, expediente 11101, M.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-15)
16. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 24 de mayo de 2012, ponente Stella Conto Díaz del Castillo, radicación 25000232600019950141801 (18.931). [↑](#footnote-ref-16)