**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN -** **Oportunidad**

La Sala advierte que la acción impetrada fue la prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y que la controversia planteada se refirió al supuesto incumplimiento de un contrato que terminó el 30 de mayo de 2006 y fue objeto de liquidación bilateral con salvedades mediante acta suscrita el 31 de agosto de 2006 por la contratista y el 1º de septiembre de 2006 por la contratante, al paso que la demanda se presentó el 20 de agosto de 2008. (…) Así las cosas, se observa que no se encuentra caducada la acción y, por ello, asiste a esta Corporación competencia para su conocimiento en la segunda instancia, que se resuelve mediante esta providencia.

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

Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Sala que cuando la liquidación del contrato se realiza entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tengan cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de las prestaciones surgidas del contrato...” (…) “Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad”.

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

Ha advertido la Sala, adicionalmente, 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. Conforme a lo anterior, se tiene que la liquidación efectuada de común acuerdo por personas capaces de disponer constituye, entonces, un verdadero negocio jurídico bilateral, que tiene, por lo tanto, fuerza vinculante, a menos que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento. Y si bien no se discute la posibilidad de que la liquidación final de un contrato pueda ser aclarada o modificada posteriormente, es claro que para ello se requiere del consentimiento expreso de quienes la suscribieron. En el presente caso, se observa que, un mes después de la suscripción del acta respectiva, el contratista solicitó al Intendente de Arauca que incorporara a ésta última el valor de los reajustes de precios solicitados; sin embargo, la entidad contratante negó la petición. Así las cosas, no se modificaron los términos de la liquidación suscrita sin salvedades el 6 de abril de 1990; las pretensiones del actor, en consecuencia, deben ser negadas.

**MODIFICACIONES DEL CONTRATO -** **Fuerza vinculante**

Se reitera que durante la relación negocial las partes pueden afrontar dificultades relativas a la definición de los alcances y contenido de las prestaciones contraídas con ocasión del negocio jurídico de cara al advenimiento de circunstancias endógenas o exógenas al vínculo obligacional, con la virtualidad de impactar las condiciones técnicas y económicas originalmente estipuladas, inconvenientes que bien pueden solventarse a través de acercamientos de los extremos co-contratantes encauzados a redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su ejecución e instrumentados a través de contratos adicionales o modificatorios. «Es por eso que estos instrumentos deben contener tanto el acuerdo relativo a las modificaciones que habrá de sufrir el alcance y dimensión del objeto contractual como al mecanismo de ajuste dispuesto para cubrir esas alteraciones, dado que resultaría alejado del principio de buena fe contractual que se transara la renegociación en unos términos y luego, al final de la ejecución, se sorprendiera a la contraparte con reclamaciones que se entendían zanjadas».

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO -** **Acta de liquidación - Bilateral - Salvedades - Reclamación judicial - Valor determinado o determinable**

En este orden de ideas, para que la salvedad a un estado financiero sea eficaz debe incluir el ítem o rubro objeto de la reclamación por un valor determinado o determinable, toda vez que, de aceptar lo contrario, el acta de liquidación bilateral en cuanto contienen un estado financiero – y no solo una declaración de argumentos legales- no podría arribar a un saldo cierto para soportar la parte sobre la que existe acuerdo ni a la afectación de una contingencia sobre determinadas partidas por virtud de aquellas reclamaciones concretas que se reservan para la reclamación judicial.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO -** **Acta de liquidación - Bilateral - Salvedades - Reclamación judicial - Improcedencia**

Se reitera que las reclamaciones de la contratista no proceden en contra de lo acordado en los pactos contractuales, toda vez que el contrato y sus modificaciones constituyen una ley para las partes, de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, amén de que en respeto del principio de buena fe, las partes no pueden obrar contra sus propios actos.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO -** **Acta de liquidación - Bilateral - Salvedades - Reclamación judicial - Pretensiones – Congruencia**

Por otra parte, a diferencia de lo que afirmó la apelante, realizado el cotejo del oficio de la interventoría con el texto de la demanda, no se encuentra total correspondencia entre las reclamaciones denegadas y las pretensiones de la demanda, toda vez que estas últimas presentan un espectro más amplio, dado que en los puntos 2, 3 y 4 de la tabla expuesta en la pretensión tercera se relacionan varios conceptos que no se mencionaron en el oficio que sustentó las glosas, como son los sobrecostos financieros, los sobrecostos por mayor longitud de las acometidas y los sobrecostos por las restricciones supuestamente impuestas por la interventoría, los cuales hacen parte de las reclamaciones por desequilibrio económico y, como se ha observado, no se detallaron adecuadamente en las salvedades del acta de liquidación, además de que, por otra parte, fueron negociados los precios de las obras adicionales y la obra extra a través del modificatorio suscrito por la contratista el 24 de abril de 2006 y por EPM el 28 de abril de 2006.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO-**

Bogotá D. C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 05001-23-31-000-2008-01090-01(57385)**

**Actor: COMERCIALIZADORA S. Y E. Y CÍA S.A.**

**Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. – EPM**

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

**Temas**: ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL – las salvedades del acta de liquidación deben ser concretas, determinadas o determinables – la referencia a oficios o comunicaciones en las salvedades del acta de liquidación bilateral debe aceptarse como pertinente para cumplir con el requisito de la especificidad, en caso de que con fundamento en el contenido de los citados documentos sea posible identificar los ítems materia de la salvedad, el motivo o fundamento de la glosa y el valor objeto de la reserva a la reclamación judicial, en forma determinada o determinable - reiteración de jurisprudencia / DICTAMEN PERICIAL – no aportó elementos de juicio sobre las cuestiones materia de las salvedades.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala del Sistema Escrito, el 14 de abril de 2016, mediante la cual se dispuso (se transcribe de forma literal):

“***PRIMERO****.* ***SE DENIEGAN*** *.las súplicas de la demanda instaurada por la sociedad COMERCIALIZADORA S. Y E. Y CIA S.A. contra la EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. de conformidad con las consideraciones que preceden.*

“***SEGUNDO****.* ***SE DECLARA*** *impróspera la excepción por error grave formulada contra el dictamen pericial rendido en el proceso, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.*

“***TERCERO****. Sin condena en costas.*

“***CUARTO****. Ejecutoriada esa decisión,* ***ARCHÍVESE*** *el expediente”[[1]](#footnote-1).*

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

Mediante demanda presentada el 20 de agosto de 2008, la sociedad Comercializadora S. y E. y Cía S.A.[[2]](#footnote-2), en ejercicio de la acción contractual, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (se transcribe de forma literal):

“***PRIMERA****: Que se declare que las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. incumplieron el contrato No. 010123566 suscrito el día 16 de agosto de 2005 por el representante legal de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., y el día 10 de agosto de 2005 por el representante legal de comercializadora S & E y Cía S.A. por no haber cancelado la totalidad de las obras que fueron ejecutadas por el Contratista, y además, por otros hechos ajenos a la responsabilidad del Demandante, tales como la demora en los pagos, la variación de los diseños que generó una mayor longitud de las acometidas y las restricciones impuestas por la interventoría durante la ejecución de las obras, todo lo cual afectó en contra del Demandante el equilibrio de la ecuación económica del contrato, que nunca le fue restablecida, contrato cuyo objeto fue la Construcción, reposición y referenciación de las redes del acueducto, con sus obras complementarias en el circuito Gerona del Área de Distribución Acueducto Zona Centro atendido por las Empresas Públicas de Medellín E.S.P.*

“**SEGUNDA***: Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento del contrato por parte de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., solicitada en el numeral anterior, se declare la terminación del contrato No. 010123566, o en su defecto, se declare que el mismo ya había terminado en virtud del acta de terminación bilateral suscrita con reservas entre las partes el día 1 de septiembre de 2006 y el 31 de agosto de 2006 por el representante legal de la sociedad demandada y el representante legal de la sociedad demandante respectivamente, contrato celebrado entre las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la Comercializadora S & E y Cía S.A., cuyo objeto fue la Construcción reposición y referenciación de las redes de acueducto, con sus obras complementarias en el circuito de Gerona del Área de Distribución Acueducto Zona Centro, atendido por las Empresas Públicas de Medellín E.S.P.*

“***TERCERA*** *Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. a indemnizar, en favor de la sociedad Comercializadora S & E y Cía S.A. el valor de todos los daños y perjuicios de cualquier índole que resulten probados, derivados del incumplimiento del contrato citado en que incurrió la entidad contratante, perjuicios que al momento de presentación de esta demanda se estiman en una suma no inferior a un mil quinientos veintitrés millones ochocientos ochenta y un mil cuatrocientos quince pesos con 44/100 ($1.523’881.415,44), discriminados de la siguiente manera:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *1* | *Obras no pagadas* | *$191’051.188,12* |
| *2* | *Costos financieros por demoras en los pagos:*  | *$17’266.295,70* |
| *3* | *Costos adicionales incurridos por la mayor longitud de las acometidas* | *$585.992.410,70* |
| *4* | *Costos adicionales incurridos por imposición de restricciones no previstas en el contrato*  | *$729’571.520,93* |
|  | ***TOTAL*** | ***$1.523’881.415,44*** |

“***CUARTA****; Que se ordene que sobre las sumas de dinero descritas en el numeral anterior, o sobre las que sean condenadas las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., se deberá reconocer el ajuste establecido en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo o las normas que lo modifiquen, sustituyan o complementen, de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor del DANE, a partir del momento de la indexación que fue tenida en cuenta en el numeral anterior para estimar el valor de la pretensión al momento de la presentación de la demanda, y hasta el momento del pago de la condena.*

“***QUINTA****: Que sobre las sumas de dinero a las que sean condenadas las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., deberán cancelarse intereses moratorios calculados a la tasa prevista en el numeral 3º de la cláusula cuarta del contrato, es decir , al DTF anual más cinco (5) puntos, de manera proporcional al tiempo de retraso en el pago generados desde la* [fecha] *en que debió haberse pagado cada uno de los valores demandados, o desde la fecha que considere pertinente el fallador, hasta que el pago de la condena se haga efectivo.*

“***SEXTA****: Que con base en las condenas proferidas, se realice por parte del fallador la liquidación definitiva del contrato.*

“***SÉPTIMA****: Que a la sentencia se le dé cumplimiento por parte de la Entidad Demandada en los términos establecidos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y las normas que lo complementen, modifiquen o sustituyan.*

“***OCTAVA****: Que se condene en costas a la entidad demandada”*.

**2. Los hechos**

**Síntesis del caso**

Entre EPM y S. y E. se celebró un contrato de obra para la construcción y reposición de las redes del acueducto, el 10 de agosto de 2005; en desarrollo del contrato se presentaron obras adicionales y obras extras; en el acta modificatoria No. 1 las partes acordaron una prórroga del plazo en 30 días, los nuevos precios de las citadas obras y una cláusula de renuncia a reclamaciones posteriores. La obra se entregó al término del contrato, el 30 de mayo de 2006. La contratista solicitó el reconocimiento de nuevas actividades en distintos ítems cuyo pago fue negado por la interventoría. Las partes otorgaron un acta de liquidación bilateral, en la cual la contratista dejó una constancia de salvedades en relación con un oficio de la interventoría y el desequilibrio económico del contrato.

En este proceso la contratista solicitó que se declararan el incumplimiento y el desequilibrio económico del contrato y se condenara a EPM a pagar la indemnización de perjuicios, todo ello, con apoyo en las referidas salvedades.

En el escrito de demanda, la parte actora detalló los siguientes hechos:

**2.1.** Previo el procedimiento de contratación, entre las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. - EPM[[3]](#footnote-3) y la sociedad denominada *COMERCIALIZADORA S. y E. y CÍA S.A.*[[4]](#footnote-4) se celebró el contrato No. 010123566, suscrito el 10 de agosto de 2005 por el representante legal de citada sociedad y el 16 de agosto de 2005 por el representante legal de EPM, el cual tuvo por objeto la construcción, reposición y referenciación de las redes de acueducto, con sus obras complementarias en el circuito de Gerona del área de distribución del acueducto en la zona centro, atendido por E.P.M. en la ciudad de Medellín.

**2.2.** El plazo de ejecución se acordó en 210 días calendario y, por razón de las obras extras y adicionales fue ampliado por 30 días, mediante el acta de modificación suscrita el 28 de abril de 2006, hasta el 30 de mayo de 2006, fecha esta última en la cual se entregaron las obras.

**2.3.** Posteriormente, las partes otorgaron un acta de liquidación bilateral suscrita por la contratista el 31 de agosto de 2006 y por EPM el 1º de septiembre de 2006. En dicha acta la contratista dejó constancia de una reserva expresa en relación con los pagos en discusión.

**2.4.** Según narró la demandante, la entidad interventora del contrato, EPM Bogotá Aguas S.A. E.S.P., impuso a la contratista restricciones no previstas en el pliego de condiciones y obstaculizó la continuidad requerida para los distintos pasos del proceso constructivo.

**2.5**. Agregó que el inicio de la ejecución del contrato fue retardado por EPM, debido a que al suscribirse el acta de inicio de las obras, el 3 de octubre de 2005, no fue posible comenzar la instalación de la tubería, por las dilaciones en el diligenciamiento de los formatos requeridos para el permiso de rotura del pavimento en espacio público.

**2.6.** Además de lo narrado, en el hecho noveno de la demanda[[5]](#footnote-5), la parte actora expuso que otro grupo de factores de desequilibrio económico se originó en las limitaciones de los procedimientos de empalme y las restricciones de los horarios para las denominadas actividades preaisladas, las cuales fueron impuestas por la interventoría mediante los oficios de 11 de noviembre de 2005 y 26 de enero de 2006.

**2.7.** Igualmente, reseñó la suspensión de las actividades de excavación e instalación de tubería, derivadas del retraso en los empalmes, pruebas hidrostáticas, cambios de toma, retiro de afirmado y colocación de carpeta asfáltica, lo cual se originó, a juicio de la demandante, por la restricción desmedida de los horarios impuesta por la interventoría, pese a que la contratista le advirtió en oficio de febrero 15 de 2016 que no era necesario condicionar la iniciación de un tramo a la finalización del anterior, en el cual ya se hubiera instalado la tubería[[6]](#footnote-6).

Indicó que, como consecuencia de los hechos anteriores, sufrió costos adicionales por la imposición de restricciones no previstas en el contrato.

**2.8.** En el hecho undécimo de la demanda se relacionó el aumento desproporcionado de las cantidades de obra referidas a las acometidas domiciliarias. Se hizo notar que en el pliego de condiciones se solicitó cotización sobre 1.456 metros lineales y terminaron siendo 6.610,24 metros lineales de acometidas de las redes domiciliarias, tal como lo advirtió la contratista en el oficio ML 287 de 30 de marzo de 2006, en el cual estimó una afectación equivalente a un mes de trabajo. Por ello, la demandante invocó el desequilibrio económico y, además, destacó que los precios pagados no cubrieron los costos reales en los que tuvo que incurrir como contratista. Igualmente, presentó en la demanda los cuadros de costos de la rotura de las acometidas realizadas, los cuales ascendieron a la suma de $585’992.410, incluyendo una indexación del 12.30%.

**2.9.** En el hecho décimo segundo, la demandante manifestó que reclamó por las actividades ejecutadas y no pagadas, pero la interventoría negó el pago correspondiente y, como consecuencia, no se le aceptó la inclusión de los valores correspondientes en el acta de liquidación, pese a que los mismos se causaron en razón del rediseño ordenado por EPM y por decisiones de la interventoría y de la propia contratante. En este hecho, la demandante detalló los cuadros de cálculo de valores no pagados por concepto de corte, retiro y botada de pavimento, excavaciones, llenos compactados, suministro de concreto de 210 Kg/cm2, uniones de reparación universal en distintos diámetros, válvulas de la compuertas y colocación de tuberías, todo ello por un valor total de $191’051.188, incluyendo en dicho cálculo el monto de la indexación.

**2.10.** Finalmente, la demandante reclamó perjuicios por la demora en los pagos, transcurrida entre la fecha del acta de entrega y la fecha de pago, los cuales liquidó con base en una tasa de interés moratorio del 11.05% efectivo anual, más la indexación del 12.3%, suma que, según la tabla expuesta en la demanda, ascendió a $17’266.296.

**3. Fundamentos de derecho**

La demandante invocó la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política; la violación de los artículos 3, 4-8, 4-9, 5-1, 26, 27, 28 y 50 de la Ley 80 de 1993, referidos a deberes y responsabilidades de las entidades estatales en el cumplimiento del contrato y a la obligación del Estado contratante en cuanto al equilibrio de la ecuación económica del contrato.

De la misma forma, reseñó la violación de las obligaciones contractuales y el deber de reparación de los perjuicios, con fundamento en los artículos 1498, 1602, 1613 y 1614 del Código Civil.

Expuso de manera extensa los conceptos de incumplimiento del contrato y desequilibrio económico del mismo.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** Mediante providencia de 12 de marzo de 2008, el Consejo Superior de la Judicatura dirimió el conflicto de competencia trabado entre el Tribunal Administrativo de Antioquia y el Tribunal Superior de Medellín, indicando la competencia del referido Tribunal Administrativo para conocer de la demanda, por virtud de la Ley 1107 de 2006, en atención a la naturaleza pública de la entidad contratante[[7]](#footnote-7)

**4.2.** El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda mediante auto de 9 de septiembre de 2008[[8]](#footnote-8); el procurador judicial se notificó personalmente el 17 de septiembre de 2008[[9]](#footnote-9) y se corrió traslado a las partes, mediante fijación en lista el 19 de noviembre de 2008[[10]](#footnote-10).

**4.3.** Una vez notificada la demanda y recibida la contestación de la misma, a través del auto proferido el 6 de julio de 2010, complementado por auto de 19 de julio de 2010, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes[[11]](#footnote-11).

**4.4.** Mediante auto de 30 de mayo de 2013 se ordenó la remisión del expediente a los despachos de descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia[[12]](#footnote-12).

**4.5.** El 9 de diciembre de 2013 se presentó el dictamen pericial ordenado en el proceso[[13]](#footnote-13), el cual fue objeto de objeción grave por parte de EPM, en cuanto, a su juicio, el dictamen no aportó nada para resolver la controversia, toda vez la perito se limitó a describir las cifras de los recursos empleados por la contratista[[14]](#footnote-14).

**4.6. Contestación de la demanda**

EPM aceptó como ciertos algunos hechos, pero negó varios de ellos, según se resume a continuación.

**4.6.1.** En relación con la ejecución de los empalmes destacó las consideraciones especiales del pliego de condiciones sobre el trámite de presentación de las denominadas preaisladas, el cual debía ser adelantado por la contratista, pero estaba sometido a la aprobación previa de la interventoría. Destacó que en cada caso la contratista tenía que presentar la planilla con una semana de antelación al aislamiento del tramo afectado por la suspensión del servicio, para efecto de adelantar las obras.

Afirmó que el pliego de condiciones no definió la secuencia de pasos del proceso constructivo, la cual, entonces, estaba bajo la responsabilidad de la contratista.

**4.6.2.** Indicó que la contratista debió presentar una serie de documentos para iniciar la obra y que la demora en autorizar el acta de inicio se debió a que no los tenía listos para la fecha en que se le notificó la aceptación de la oferta.

**4.6.3.** Observó que el permiso de rotura de pavimento se obtuvo cuatro días antes de la fecha prevista, según el cronograma.

Concluyó que los atrasos se presentaron por causas imputables a la contratista.

**4.6.4.** En relación con la gestión de las redes del acueducto advirtió que la contratista conocía que la zona estaba calificada como de impacto alto para efectos del servicio público domiciliario de agua, *“tipo 3”*, según se indicó en las consideraciones especiales del pliego de condiciones. Reseñó el punto 5.20.2.1 del pliego en el cual se especificó la obligación de la contratista de presentar los borradores de los formatos *“con las válvulas correspondientes a la aislada para el empalme”.*

Detalló la realización de las actividades previas correspondientes a las preaisladas y observó que los horarios se fijaron dejando a criterio de la contratista las ejecuciones concretas, puesto que la interventoría indicó que la contratista *“podrá programar”* las actividades. Indicó que en numerosas oportunidades la contratista operó por fuera de los horarios indicados por la interventoría, lo cual comprueba la flexibilidad de la ejecución.

De la misma forma detalló las actividades de empalme, pruebas y cambios de toma, todo lo cual estaba bajo la programación y el control de la contratista.

Por tanto, EPM concluyó que la interventoría no impuso a la contratista una condición de objeto imposible y que la forma como siguió el proceso constructivo se debió a la insuficiencia de recursos por parte de la contratista.

**4.6.5.** Resaltó que la contratista estaba incumpliendo con los criterios de impacto comunitario exigidos en el pliego, para garantizar la continuidad del programa de trabajo y de las inversiones en obra, toda vez que no había pavimentado las brechas, ni realizado las obras previas a la pavimentación, como son los empalmes, las pruebas hidrostáticas y los cambios de tomas.

Observó que la programación presentada por la contratista no tenía previsto traslapos en la ejecución de los tramos y que sus programas de instalación suponían recursos independientes, dado que ofreció proteger la continuidad de la instalación con cuadrillas especiales.

Por todo ello, concluyó que la suspensión de actividades era consecuencia de la falta de recursos disponibles por la contratista y que, contrario a lo que se afirmó en la demanda, no obedeció a supuestas restricciones de la interventoría.

**4.6.6.** Puntualizó que en comunicación del 21 de noviembre de 2005 se ordenó no continuar con la instalación de tubería por cuanto en ese momento se encontraban pendientes actividades de empalme, pruebas, cambio de tomas, retiro de afirmado y colocación de pavimento. Indicó que en sus comunicaciones la interventoría registró el atraso de la ejecución.

Reseñó que la suspensión obedeció a una exigencia de los pliegos de poner en servicio la tubería instalada y no a una limitación impuesta por la interventoría.

**4.6.7.** Por otra parte, EPM aceptó que hubo una variación importante en los metros de las acometidas, los cuales, en realidad pasaron de 1.456 a 6.504,19 metros -y no a 6.610,84 metros como indicó la demandante- empero, advirtió que en los ítems más importantes no se reflejaron incrementos de costos.

De manera importante EPM advirtió una diferencia conceptual en los componentes del precio unitario único, por cuanto la metodología que expuso la contratista en su demanda consideró como base de cálculo el número de metros lineales de las acometidas (método por longitud), pese a que el formulario 4 del pliego de condiciones estableció como unidad de medida -y de pago- el metro cúbico, es decir que, para la cotización del precio, además de las longitudes de la tubería se debía considerar la participación del volumen de excavación. Como consecuencia, EPM resaltó que, si la contratista presentó los análisis de precios sin considerar el costo del volumen removido, ese fue un aspecto que no se determinó en el pliego y que obedeció a su propia decisión.

Concluyó que en el evento de que la contratista hubiera dejado de percibir algún dinero por este concepto, debía ser asumido por esta, bajo su cuenta y riesgo[[15]](#footnote-15).

Agregó que el incremento de la excavación fue del 7%, lo cual se encontró dentro de un porcentaje de variación que no configuró un desequilibrio económico.

Reseñó que el volumen de excavación bajó en algunos ítems, por lo cual se debían calcular las partidas de más y de menos en la variación final de los costos, lo cual demuestra que no se presentó un desequilibrio económico del contrato.

**4.6.8.** En relación con las diferencias entre la excavación manual o mecánica *“en cualquier material y grado de humedad, entre 0m y 2m de profundidad”* para las redes de distribución y de las acometidas, EPM observó que la contratista no solicitó distinción en la estructuración de los precios unitarios de unas y otras redes. Puntualizó que lo pertinente para presentar los precios era considerar los costos de las excavaciones y otras actividades, de acuerdo con los anchos de las zanjas que se suministraron en el pliego de condiciones, según el diámetro de la tubería y las profundidades estimadas, de conformidad con los planos para la construcción y las normas técnicas aplicables.

**4.6.9.** Puntualizó, por ejemplo, que, si se calcula la diferencia entre el volumen previsto para las redes de distribución y el realmente ejecutado, solo se presentaría una disminución en ese ítem del 3.8%.

En forma similar, analizó las variaciones en los ítems de llenos compactados, suministro e instalación de pavimento y retiro y botada de afirmado, en orden a concluir que las variaciones no configuraron un desequilibrio económico.

**4.6.10.** En relación con la obra ejecutada y supuestamente no pagada, afirmó que, revisada la liquidación, se demuestra que toda la obra ejecutada fue pagada. Explicó las variaciones individuales en cada uno de los ítems presupuestados y pagados.

**4.6.11.** Finalmente, se refirió a las obras extras supuestamente no pagadas y puntualizó que los *“encamisados”* de la tubería obedecieron al tipo de unión utilizado por la contratista, los cuales no hubieran sido requeridos en el caso de instalar las uniones de reparación universal. Por otra parte, observó que el transporte de materiales y *“muñecos”* (accesorios) estaba incluido en el precio.

**4.6.12**. En relación con las actividades reclamadas como no incluidas en el ítem de válvulas de las compuertas, indicó que se solicitó cotizar su precio en *“forma unitaria como un todo”* y que en la etapa precontractual la contratista no requirió una discriminación o modificación alguna.

**4.6.13.** Pese a que en la contestación de la demandada EPM manifestó que todas las obras ejecutadas habían sido pagadas, indicó que *“podría”* reconocer algunas actividades relacionadas con las obras ejecutadas, por valores menores, en la siguiente forma:

**i)** Excavación manual o mecánica. Al contestar la demanda EPM discriminó los distintos tramos objeto de las reclamaciones de la demandante por razón de los llenados de las zanjas que la contratista realizó y que la interventoría le ordenó reemplazar.

EPM manifestó que podría reconocer algunos costos correspondientes al frente 3, en aquellos casos en que las pruebas de laboratorio cumplieron con los requisitos de los materiales, pero que la interventoría ordenó reemplazar y que ascendían a un valor de $573.753,30.

**ii)** En el ítem de excavación de roca, EPM indicó que había realizado una oferta en forma extraprocesal para reconocer a la contratista la suma de $572.532,58 por excavación adicional no pagada, pero no le fue aceptada.

**iii)** Cambio de señalización. EPM indicó que podría reconocer como obra extra la suma de $1’566.136, por concepto de suministro e instalación de señales de límite de velocidad, teniendo en cuenta que los avisos se solicitaron con límite de 30 KM y, luego de haberse colocado, el interventor pidió el cambio a 20 KM por virtud de la aplicación del Decreto 1266 de 2002[[16]](#footnote-16).

**iv)** Transporte de *“muñecos”* (accesorios) al laboratorio. Indicó que no había sido previsto este costo en forma separada y, por ello, EPM manifestó que podría reconocer un costo de $11’465.584.

**v)** Suministro, transporte y colocación de tapones. Observó que no se pagaron estas obras por cuanto no había previsto su precio independiente. EPM indicó que podía reconocer 20 tapones a los precios solicitados por la contratista, por valor total de $3’911.788[[17]](#footnote-17).

**vi)** Uniones de reparación universal. EPM afirmó que se podían reconocer las uniones relacionadas con la instalación de tapones que no estaban previstos inicialmente en el contrato, por la suma de $3’769.607,60, de acuerdo con los valores reclamados en la demanda.

**vii)** Transporte y colocación de tubería. EPM observó que en el procedimiento de liquidación, los ítems reclamados por transporte y colocación de tubería no habían sido relacionados por la contratista en el formato correcto, pero indicó que, revisando las actas, se podían entender como ejecutados. Por ello, afirmó que se podía reconocer la suma de $565.918,61.

**viii)** Afirmado o cemento que se tuvo que retirar con motivo del cambio de materiales en el llenado de zanjas. En forma consecuente con lo dispuesto sobre el frente 3, en cuanto al material que se ordenó retirar por la interventoría pero que había cumplido con las especificaciones, EPM indicó que estaría dispuesta a reconocer $287.565,73[[18]](#footnote-18).

**4.7. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala del sistema escrito- profirió sentencia el 14 de abril de 2016, mediante la cual denegó las suplicas de la demanda y declaró no probada la objeción por error grave que se presentó contra el dictamen pericial.

En la primera parte de la sentencia el Tribunal expuso el régimen normativo y jurisprudencial de la liquidación del contrato, el concepto del equilibrio económico y relacionó las pruebas allegadas al proceso.

En el estudio del caso concreto indicó que la cláusula tercera del contrato estimó los precios reajustables y que luego, en el acta de modificación bilateral 1 suscrita el 28 de abril de 2006, se estimaron los valores totales de la obra adicional y de la obra extra en la suma de $391’583.805,44 y se amplió el plazo en 30 días para su realización.

Transcribió la cláusula séptima de dicha acta, en la cual se acordó la “*exoneración de responsabilidades*” sobre el valor de la modificación y se dispuso que los precios pactados cubrían la totalidad de los costos y que con su pago EPM quedaba *“a paz y salvo con El Contratista por estos conceptos tales como como la mayor permanencia en obra, solicitudes de compensación o indemnización en contra de las empresas como consecuencia de lo convenido en el acta de modificación bilateral 1”*.

El Tribunal *a quo* observó que, en virtud de la citada cláusula la contratista renunció a cualquier reclamación relacionada con la obra adicional o con la obra extra a ejecutar.

De otra parte, el Tribunal *a quo* analizó el contenido del acta de liquidación bilateral, suscrita por la contratista el 31 de agosto de 2006 y por EPM el 1º de septiembre de 2006; estimó que la anotación sobre las salvedades era genérica y que no reunía el requisito de concreción de los ítems y valores reclamados.

Para soportar su consideración, el Tribunal *a quo* reiteró la jurisprudencia[[19]](#footnote-19) sobre los requisitos de las salvedades, siendo ellos: **i)** la descripción de los motivos de las glosas; ii) la indicación de la inconformidad señalada de manera expresa, clara, concreta y específica y iii) al menos una breve consideración de los argumentos de índole técnica y jurídica que soporten la salvedad.

Sobre el primer punto de las salvedades, en el cual se reseñó el oficio S-2006-53000-04548 de 3 de agosto de 2006 suscrito por la entidad interventora, contentivo de la negativa al pago de algunas de las actividades ejecutadas, el Tribunal *a quo* observó que no era posible reclamar sobre las obras adicionales o sobre la obra extra por lo siguiente (se transcribe de forma literal):

*“Recuérdese que en este caso, en virtud de la cláusula de exoneración de responsabilidad incluida en el acta de modificación al contrato, quedó sesgada para la sociedad contratista la posibilidad de efectuar reclamaciones respecto de la prórroga del contrato y el valor acordado por obra adicional ejecutada y por ejecutar, y extra a ejecutar. Por ende, debió especificarse que las actividades cuyo reconocimiento de pago se negó no correspondían a los conceptos señalados, y además exponer los motivos por los cuales erró el interventor al negar lo solicitado, así como los que permitían tener como procedente la cancelación de aquellas”[[20]](#footnote-20).*

En cuanto al segundo ítem de las salvedades, mediante el cual se invocó el desequilibrio económico del contrato, la sentencia de primera instancia indicó que la reclamación debió presentarse en la etapa de ejecución del contrato y que, además, en la nota de salvedades no se identificaron los fundamentos que dieron lugar al supuesto desequilibrio económico.

Acerca del tercer ítem de las salvedades, esto es, los perjuicios por la no legalización de la obra, el Tribunal *a quo* indicó que en la nota de salvedades no se identificaron tales perjuicios, ni su monto, ni las razones de inconformidad.

Por otra parte, en relación con el análisis del dictamen pericial, el Tribunal *a quo* estimó que no se configuró el error grave por cuanto el mismo no incurrió en objetos o situaciones distintas de aquellas sobre las que debía versar el peritazgo; no obstante lo cual, el *a quo* decidió apartarse del dictamen por considerar que no ofreció certeza en el punto de las obras ejecutadas y no pagadas y en las razones de la supuesta extemporaneidad en el pago.

Por último, la sentencia de primera instancia resaltó que en el presente proceso la demandante no logró probar el incumplimiento del contrato por parte de la entidad demandada.

**5. El recurso de apelación**

La demandante impugnó la sentencia de primera instancia mediante escrito presentado el 5 de mayo de 2016, en el cual sustentó el recurso correspondiente[[21]](#footnote-21), dentro del término procesal previsto para el efecto.

Fundamentó su apelación en los siguientes argumentos:

La nota de reserva o salvedades sí cumplió con los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, toda vez que en el acta se indicó que la reclamación ya se había anunciado a la interventoría y se refirió de manera expresa al oficio proveniente de la interventoría, mediante el cual se denegó el reconocimiento de pago solicitado por las distintas actividades.

La apelante relacionó las comunicaciones que la contratista remitió a la interventoría, las cuales obraban en el proceso, junto con el oficio identificado en la nota de salvedades, por lo que no era necesario repetir en la nota de salvedades las razones de la reclamación ni las consideraciones de la interventoría, las cuales constaban en los documentos correspondientes y, particularmente, en el oficio identificado en las referidas salvedades al acta de liquidación bilateral.

Afirmó que la reserva realizada en el acta de liquidación bilateral se correspondía con las pretensiones de la demanda y con las comunicaciones en las que se había anunciado la reclamación a la interventoría.

Observó que entre la fecha del oficio S 2006-53000-04548, mediante el cual la interventoría contestó y denegó las solicitudes de la contratista y la fecha de suscripción de las salvedades, solo habían transcurrido unos días; agregó que para ese momento se había hecho un cierre temporal de la contabilidad y estaban pendientes algunas mediciones y cálculos finales, con el fin de precisar los montos de la reclamación.

Por otra parte, argumentó que el otrosí 1 de modificación unilateral se refirió a los valores acordados para la obra ejecutada y por ejecutar y para la obra extra, pero por sustracción de materia no podía referirse a los perjuicios causados por el no pago de determinadas actividades ni por la extemporaneidad de los pagos realizados.

Finalmente, manifestó su inconformidad con la valoración de los testimonios y del dictamen. Observó que las contradicciones entre los testigos se han debido valorar de conformidad con la sana crítica y que el dictamen debió ser apreciado parcialmente, por cuanto las glosas se refirieron a un solo punto.

**6. Actuación en segunda instancia**

El recurso de apelación fue admitido mediante auto de 30 de enero de 2017[[22]](#footnote-22), previo el saneamiento de la eventual nulidad por indebida notificación de la sentencia[[23]](#footnote-23).

Notificado el Ministerio Público, guardó silencio en su oportunidad.

**7. Alegatos en segunda instancia**

**7.1.** EPM solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

**7.2.** La contratista reiteró los argumentos de la apelación y solicitó tener en cuenta los alegatos que presentó en la primera instancia.

**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)** jurisdicción y competencia; **2)** oportunidad en el ejercicio de la acción; **3)** marco legal y contractual del asunto sub júdice de acuerdo con lo que se probó en el proceso, **4)** alcance del acta de liquidación, reiteración de jurisprudencia; **5)** el caso concreto; **6)** cuestión final sobre las afirmaciones condicionadas en la contestación de la demanda; **7)** costas.

**1. Jurisdicción y competencia**

**1.1. Jurisdicción competente**

El contrato No. 010123566 se celebró por Empresas Públicas de Medellín E.S.P., como contratante, siendo esta una empresa de naturaleza oficial, prestadora de servicios públicos domiciliarios[[24]](#footnote-24) .

La Ley 1107 de 26 de diciembre de 2006, vigente para la época de presentación de la demanda[[25]](#footnote-25), reformó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo y reafirmó, como regla general, el criterio orgánico para asignar competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en todas las controversias surgidas en los contratos en que hiciera parte una entidad pública, con independencia del objeto del contrato o del régimen jurídico de la contratación[[26]](#footnote-26).

Lo anterior se dispuso sin perjuicio de establecer en el parágrafo del artículo 2º de la referida Ley 1107 la “vigencia *en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001”.*

Tratándose en este caso de una demanda entablada en vigencia del C.C.A., relacionada con un contrato celebrado por una empresa oficial prestadora de servicios públicos domiciliarios, se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del presente litigio.

Se agrega que esta competencia fue igualmente definida por el Consejo Superior de la Judicatura al dirimir el conflicto de competencia trabado al inicio de este proceso[[27]](#footnote-27).

**1.2. Cuantía**

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión tercera de la demanda, correspondiente a los perjuicios derivados del supuesto incumplimiento[[28]](#footnote-28), considerada a la fecha de la presentación de la demanda, superó el monto equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($248’450.000)[[29]](#footnote-29), exigido de conformidad con la Ley 964 de 2005[[30]](#footnote-30) para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

**2. Oportunidad en el ejercicio de la acción**

La Sala advierte que la acción impetrada fue la prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo[[31]](#footnote-31) y que la controversia planteada se refirió al supuesto incumplimiento de un contrato que terminó el 30 de mayo de 2006 y fue objeto de liquidación bilateral con salvedades mediante acta suscrita el 31 de agosto de 2006 por la contratista y el 1º de septiembre de 2006 por la contratante[[32]](#footnote-32), al paso que la demanda se presentó el 20 de agosto de 2008.

Como consecuencia, de conformidad con el literal c) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término de caducidad de la acción en el presente caso corrió por el lapso de dos años, contados a partir del 1º de septiembre de 2006[[33]](#footnote-33), razón por la cual no operó la caducidad de la acción contractual.

Así las cosas, se observa que no se encuentra caducada la acción y, por ello, asiste a esta Corporación competencia para su conocimiento en la segunda instancia, que se resuelve mediante esta providencia.

**3. Marco legal y contractual del asunto sub júdice**

De conformidad con lo que se encuentra probado en el proceso, se resaltan los siguientes aspectos del contrato *sub júdice:*

**3.1.** El contrato de obra No. 010123566, suscrito por S- y E., obrando como contratista, el 10 de agosto de 2005 y por EPM, el 16 de agosto de 2005, tuvo por objeto la construcción, reposición de las redes de acueducto en el circuito de Gerona, correspondiente al servicio público domiciliario atendido por EPM en la ciudad de Medellín. En la cláusula décima del contrato se incorporaron las denominadas facultades excepcionales de la Ley 80 de 1993, de *“conformidad con la autorización concedida por la Comisión de Agua Potable y Saneamiento Básico”*.[[34]](#footnote-34)

De acuerdo con lo anterior y, tal como se indicó en el pliego de condiciones[[35]](#footnote-35), la contratación se rigió por la Ley 142 de 1994, modificada por la Ley 689 de 2001 en materia de servicios públicos domiciliarios y por la Ley 80 de 1993, en lo expresamente previsto en ella[[36]](#footnote-36).

**3.2.** Es de importancia destacar que el valor del contrato se fijó en la suma de ($2.395’793.858), con “*precios reajustables*”, de acuerdo con lo indicado en la cláusula tercera.

En el pliego de condiciones se evidenció el sistema de precios unitarios fijos y cantidades variables, de manera que los pagos se debían realizar de acuerdo con las actas de obra ejecutada, firmada por ambas partes.

El plazo para el pago de las actas se acordó en 30 días calendario a partir de la fecha de la firma del acta y de la presentación de la factura, de conformidad con el numeral 2, de la cláusula tercera.

**3.3.** En el pliego de condiciones se reguló la posibilidad de obras adicionales sobre los mismos ítems contratados y la de obras extras para aquellas que no figuraran *“en la lista de ítems, cantidades y precios”*[[37]](#footnote-37).

**3.4.** En desarrollo de lo previsto en el pliego de condiciones, mediante el acta de modificación bilateral 1, suscrita el 24 de abril de 2006 por la contratista y el 28 de abril de 2006 por EPM, se documentó la ejecución de la obra adicional *“que se ha y se continuará realizando*”, se acordó la obra extra y se suprimió la obra ordinaria que no sería ejecutada[[38]](#footnote-38). Según se lee en dicha acta, la modificación tuvo lugar por las variaciones que fue necesario realizar en los adoquines, demoliciones, reconstrucción de cunetas, reparaciones de redes y acometidas por valor de $160’207.415,44 y, por otra parte, la obra extra obedeció a la *“reposición de la red que se encontró en mal estado”*[[39]](#footnote-39), la cual se estimó en un valor de $231’376.390, para un total de la modificación adicional al valor del contrato, por la suma de $391’583.805.44[[40]](#footnote-40). El acta se acompañó de las tablas contentivas del detalle de ítems, precios unitarios y cantidades, contenidas en los anexos 1 y 2 del acuerdo de modificación contractual.

En la cláusula cuarta se indicó que los precios de la obra adicional serían reajustados y los de la obra extra no, por cuanto estos últimos fueron negociados a la fecha de la modificación.

Para la realización de las obras, adicional y extra, se amplió el plazo de ejecución en 30 días calendario.

Por último, en el acta de modificación bilateral 1 suscrita en abril de 2006, se introdujo una cláusula de exoneración de responsabilidades, en relación con los precios pactados, así (se transcribe de forma literal):

*“SÉPTIMA. Exoneración de responsabilidades. El contratista declara que con los precios pactados en esta acta se cubren todos los costos directos e indirectos para la correcta ejecución de las obras, incluyendo la administración, los imprevistos, las utilidades, así como lo relacionado con el impacto comunitario y la ampliación del plazo, por lo tanto con el pago de los mismos y la obra que se ejecute. Las Empresas quedan a paz y salvo con El Contratista por estos conceptos y este renuncia a ejercer acción y reclamación por conceptos tales como como la mayor permanencia en obra, solicitudes de compensación o indemnización en contra de las empresas como consecuencia de lo convenido en el acta de modificación bilateral 1”[[41]](#footnote-41).*

**3.5.** Obra en el expediente el acta de liquidación bilateral suscrita el 31 de agosto de 2006 por la contratista y el 1º de septiembre de 2006 por EPM[[42]](#footnote-42).

**3.5.1.** De acuerdo con lo establecido en dicha acta de liquidación del contrato, la obra se entregó el 30 de mayo de 2006.

**3.5.2.** De conformidad con el punto 3 del acta de liquidación bilateral, las partes establecieron el total pendiente de pago por obra ordinaria, obra adicional y obra extra, en la suma de $703’661.144,98, la cual, previas deducciones por materiales, arrojó como suma final a favor de la contratista $702’654.174,22.

**3.5.3.** En el punto 4 del acta de liquidación se estableció la exoneración de responsabilidades en virtud de las obligaciones derivadas del contrato y su finiquito.

**3.5.4.** Se agrega que en la parte final, a continuación de las firmas de los representantes de las partes, la contratista dejó constancia de la siguiente nota de salvedades, la cual suscribió en el mismo cuerpo del acta, con el siguiente contenido, que se transcribe de forma literal:

*“Este documento se suscribe bajo reserva y con el propósito exclusivo de recibir el pago de la obra ejecutada sobre la cual no existe discusión alguna y que, para ser cancelada, requiere de su legalización, en los términos que se expresaron en el oficio No, LV-525 fechado el 25 de julio de 2006 y radicado en EMPRESAS con No. 02318806.*

*“El derecho de petición por la falta de legalización de la obra que se ha de pagar con dicha liquidación y por valor de SETECIENTOS DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CIENTO SETENTA Y CUATRO PESOS CON VEINTIDOS CENTAVOS ($702’654.174,22) m.l., se entiende respondido con este documento, el cual entendemos tienen como finalidad superar la omisión,*

*“En consecuencia la reserva tiene el propósito de que no se pierda el derecho a obtener el pago de las obras ejecutadas que todavía están en discusión entre las partes y a que se surta el procedimiento de discusión entre las partes sobre la reclamación por desequilibrio económico que está en proceso de preparación y que ya ha sido anunciada a la interventoría.*

* *“En primer lugar, la interventoría con oficio No. S-2006-53000-04548 de 2 de Agosto de 2006, ha justificado las razones que la llevan a no reconocer y pagar algunas actividades ejecutadas.*
* *“En segundo lugar, la estimación del desequilibrio económico del contrato y su presentación para discusión ante las EMPRESAS requiere de que haya sido terminado el proceso de acuerdo de la obra ejecutada, lo cual apenas está ocurriendo con la comunicación señalada en la viñeta anterior. A partir de ese instante se ha podido cerrar temporalmente la contabilidad del proyecto y, con base en sus resultados, ha iniciado la solicitud de reconocimiento correspondiente.*
* *“En tercer lugar, se ha causado una serie de perjuicios económicos por la no legalización de la obra en su debida oportunidad, afectación que consideramos no es nuestra responsabilidad, sino de quienes tenían el control financiero de la obra ordenada y ejecutada.*

*“Comercializadora S y E & Cía se ha visto enormemente perjudicada en este contrato y así lo reflejan los resultados contables respectivos, motivo por el cual no se puede actuar irresponsablemente suscribiendo una liquidación bilateral sin reservas, es decir, con una plena exoneración de responsabilidades”[[43]](#footnote-43),*

**3.6.** Obra en el expediente la comunicación LV 221 de 4 de agosto de 2006, mediante la cual el representante legal de la contratista remitió el acta de liquidación recibida el día anterior y expresó la reserva, con el mismo contenido que se transcribió en el acta final allegada a este proceso, de acuerdo con el texto ya transcrito.

**3.7.** De la misma forma, se encontró probado el resumen para liquidación del contrato elaborado por la interventoría con fecha 24 de agosto de 2006, en el cual aparece el detalle de las obras adicionales y las obras extras reconocidas y de los reajustes pendientes de pago a favor de la contratista por la suma de $39’217.265,10[[44]](#footnote-44).

Las pruebas antes relacionadas se tendrán en cuenta para resolver el caso concreto.

**4. Alcance del acta de liquidación, reiteración de jurisprudencia**

En primer lugar, la Sala precisa que, a diferencia de lo que afirma la apelante, la jurisprudencia invocada en la sentencia de primera instancia no corresponde a una postura reciente ni tampoco surgió en forma posterior a los hechos en *el sub – lite.*

Puede citarse, por ejemplo, la sentencia de 6 de agosto de 1998, con ponencia del magistrado Ricardo Hoyos Duque[[45]](#footnote-45) (se transcribe de forma literal):

*“****2. El carácter bilateral de la liquidación por mutuo acuerdo y su incidencia en el contencioso contractual.***

*“(…).*

*“Sobre la incidencia que tiene para los contratantes el acto de liquidación del contrato que da por finiquitada las obligaciones de las partes asumidas en la relación contractual y los pone a paz y salvo, esta Sección ha sido unánime en la determinación de sus alcances:*

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

*‘… La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que definan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquel; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no se hicieron en ese momento’.[[46]](#footnote-46)*

*“Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad”.*

“*(…).*

“*La liquidación de un contrato queda en firme y por lo tanto no puede ser impugnable judicialmente si el acta correspondiente es aceptada y suscrita por las partes, sin salvedad alguna y* ***sólo en la medida en que se hagan  salvedades, el contratista se reserva la posibilidad de reclamar judicialmente****. En las generalidades plasmadas en el acta parcial de obra Nº 5 y final* ***se dejó constancia de la conformidad de las partes con el valor total del contrato y fundamentalmente se dejó constancia del recibo de la obra y la cesación de la responsabilidad del contratista con respecto a la vigilancia de la obra****. A partir de ese momento se trasladó la responsabilidad de la obra a la entidad territorial donde se construyó la misma y con ello se quiere resaltar que* ***era igualmente el momento de la liquidación o en este caso el de recibo de la obra, la oportunidad para que se reclamara cualquier tipo de costos que le hubiere ocasionado al contratista una mayor permanencia en ella vencido el plazo del contrato y ante la anuencia de su contratante a recibirla***” (la negrilla no es del texto).

También, con anterioridad a la fecha en que se celebró el contrato *sub júdice*, la Sección Tercera del Consejo de Estado había identificado la exigencia de que las salvedades al acta de liquidación se expresen en forma concreta, so pena de ineficacia de las mismas, en la siguiente forma (se transcribe en forma literal):

*“Ha advertido la Sala, adicionalmente, 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. Conforme a lo anterior, se tiene que la liquidación efectuada de común acuerdo por personas capaces de disponer constituye, entonces, un verdadero negocio jurídico bilateral, que tiene, por lo tanto, fuerza vinculante, a menos que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento. Y si bien no se discute la posibilidad de que la liquidación final de un contrato pueda ser aclarada o modificada posteriormente, es claro que para ello se requiere del consentimiento expreso de quienes la suscribieron. En el presente caso, se observa que, un mes después de la suscripción del acta respectiva, el contratista solicitó al Intendente de Arauca que incorporara a ésta última el valor de los reajustes de precios solicitados; sin embargo, la entidad contratante negó la petición. Así las cosas, no se modificaron los términos de la liquidación suscrita sin salvedades el 6 de abril de 1990; las pretensiones del actor, en consecuencia, deben ser negadas”[[47]](#footnote-47).*

En el mismo sentido se han pronunciado las distintas Subsecciones de la Sección Tercera[[48]](#footnote-48) del Consejo de Estado, siguiendo la jurisprudencia en relación con la fuerza vinculante de las modificaciones contractuales en vigencia de la Ley 80 de 1993, con independencia de que las mismas se obedezcan a un incumplimiento del contrato o a su desequilibrio económico (se transcribe en forma literal):

*“Se reitera que durante la relación negocial las partes pueden afrontar dificultades relativas a la definición de los alcances y contenido de las prestaciones contraídas con ocasión del negocio jurídico de cara al advenimiento de circunstancias endógenas o exógenas al vínculo obligacional, con la virtualidad de impactar las condiciones técnicas y económicas originalmente estipuladas, inconvenientes que bien pueden solventarse a través de acercamientos de los extremos co-contratantes encauzados a redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su ejecución e instrumentados a través de contratos adicionales o modificatorios.*

*“Es por eso que estos instrumentos deben contener tanto el acuerdo relativo a las modificaciones que habrá de sufrir el alcance y dimensión del objeto contractual como al mecanismo de ajuste dispuesto para cubrir esas alteraciones, dado que resultaría alejado del principio de buena fe contractual[[49]](#footnote-49) que se transara la renegociación en unos términos y luego, al final de la ejecución, se sorprendiera a la contraparte con reclamaciones que se entendían zanjadas’ ”.*

**5. El caso concreto**

El **problema jurídico** que se plantea en esta instancia consiste en determinar si la nota de salvedades incluida en el acta de liquidación bilateral del contrato de No. 010123566 tuvo o no un contenido claro y específico y si el mismo se corresponde con las pretensiones de la demanda. En caso afirmativo, el (segundo) problema jurídico consistirá en definir si se probó el incumplimiento o el desequilibrio económico materia de las salvedades y si hay lugar a la consecuente indemnización de perjuicios.

Como se ha observado en esta providencia, el Tribunal *a quo* estimó que la nota de salvedades era genérica y que, por otra parte, no podía referirse a las obras adicionales y extras teniendo en cuenta la renuncia realizada mediante el acta de modificación No. 1; por su parte, la apelante argumentó que la constancia de salvedades se refirió a las actividades no ejecutadas que fueron reclamadas por la contratista y denegadas de acuerdo con el oficio de la interventoría específicamente citado en dicha constancia.

**5.1. Análisis del requisito de concreción o especificidad de las salvedades al acta de liquidación**

**5.1.1.** La Sala considera que para resolver la apelación es procedente estudiar el contenido del oficio 2- 2005- 53000-0458 de 3 de agosto de 2006 suscrito por la interventoría, el cual fue invocado en la primera viñeta de la constancia de salvedades.

Se advierte que la referencia a oficios o comunicaciones en las salvedades del acta de liquidación bilateral debe aceptarse como pertinente para cumplir con el requisito de la especificidad, en caso de que, con fundamento en el contenido de los citados documentos sea posible identificar los ítems materia de la salvedad, el motivo o fundamento de la glosa y el valor objeto de la reserva a la reclamación judicial, en forma determinada o determinable.

En este caso se observa que, en efecto, dicho oficio se refirió de manera concreta a algunas actividades cuyo pago había sido reclamado por la contratista, el cual fue denegado por la interventoría[[50]](#footnote-50).

A continuación se cita en lo pertinente el contenido del oficio 2- 2005- 53000-0458 de 3 de agosto de 2006, suscrito por la interventoría, el cual fue invocado en la constancia de salvedades (se transcribe de forma literal):

 *“Medellín, 3 de agosto de 2006*

*“Ingeniero*

*HERNÁN DARÍO LONDOÑO R.*

*COMERCIALIZADORA S&E S.A.*

*Calle 74 No. 50 B- 51*

*“ASUNTO: Contrato 010123566*

*“Construcción, reposición y referenciación de las redes de acueducto con sus obras complementarias en el circuito Gerona, del Área Distribución Acueducto Zona Centro, atendido por las empresas Públicas de Medellín E.S.P.*

*Negación de reconocimiento de pago*

*“Ante su solicitud de reconocimiento de pago de unas actividades, hacemos las siguientes precisiones;*

*“A. RECONSTRUCCIÓN DE ANDENES*

*(…).*

*“Esta actividad se debe ejecutar según lo establecido en la especificación general 403 y la particular 403 A2 las cuales contemplan lo siguiente:*

*“(…).*

*“Por todo lo anterior no es procedente la pretensión de la contratista de que se le reconozca adicionalmente andén en concreto donde se construyó andén de granito o en vitrificado. En conclusión, no se acepta y por lo tanto no se reconoce el pago solicitado por la contratista.*

*“B. REEMPLAZO DE LLENOS*

*“(…).*

*“Si el pliego de condiciones establece el término a partir del cual el contratista debe adelantar un reclamo cuando los hechos lo ameritan, al no hacerlo se está renunciando a ese derecho.*

*“Durante el desarrollo del contrato el contratista no se manifestó con respecto al reemplazo de llenos cuyo costo está reclamando. Acorde con el pliego de condiciones su solicitud es extemporánea por lo que no se acepta su pretensión.*

*“C. VÁLVULA AUXILIAR DE HIDRANTES*

*“La especificación particular 703 A “Hidrantes” del pliego de condiciones de la contratación 013904 establece: (…).*

*“(…) b. Cuando el suministro del hidrante lo hace el contratista en el APU se debe incluir el suministro del hidrante, su transporte y colocación y su válvula auxiliar,*

*“Consideramos que este último caso es el que se presenta en esta contratación por cuanto el suministro lo debe hacer el contratista.*

*“De otra parte, lo que el pliego de condiciones dice; “(… cuando se especifique en el formulario de cantidades de obra)” se refiere es al suministro del hidrante y no al de la válvula auxiliar.*

*“Por todo lo anteriormente expuesto no se acepta la pretensión del contratista de que se le reconozca el pago de la válvula auxiliar ya que su costo debió quedar incluido en el APU del hidrante.*

*“D. BASE GRANULAR*

*“La especificación particular 303A1 del pliego de condiciones de la contratación 013904 establece: (…).*

*“(…).*

*“En ningún documento contractual se contempla el pago del volumen del material colocado en la cota inferior de la base granular – cemento y la cota superior de la base granular. Por esta razón no se acepta la pretensión del contratista de que se le reconozca el pago.*

*“E. ACCESORIOS*

*“(…).*

*“Como se puede ver, este ítem no contempla el pago de un niple o una unión para la instalación de los tapones. Si el contratista colocó un niple o una unión para instalar un tapón esto obedeció a su proceso constructivo y no a una exigencia técnica convenida en las especificaciones.*

*“(…).*

*“F. ROTURA DE PAVIMENTO ASFÁLTICO*

*“En esta actividad el contratista considera que la rotura adicional es la diferencia entre el área total pavimentada y el área pavimentada de las brechas. Esto no es cierto (…).*

*“Además hubo áreas que se pavimentaron [porque] se deterioran al excavar, por su mal estado y que no fueron objeto de rotura. También se pavimentaron las áreas que se dañaron por la presencia de rocas (…). Para determinar el área adicional de rotura se debe analizar tramo por tramo pues todas las situaciones no son iguales (…).*

*“La liquidación de la rotura realmente ejecutada se realizó a partir de las medidas tomadas por el encargado del contratista en cada frente y la auxiliar de interventoría. El encargado presenciaba la ejecución de las obras las cuales mediante la jornada laboral.*

*“Por lo anterior no se reconoce el pago solicitado por el contratista.*

*“G.-TUBERIA HD 400 mm*

*“En el análisis de los precios unitarios para el suministro de la tubería HD, 400 mm se le aceptó un desperdicio del 10%. Acorde con esto (…) no es procedente la solicitud de reconocimiento de pago solicitada por el contratista.*

*“H. CONCRETO PARA VACIADO DE ANCLAJES*

*“Al comenzar el contrato, al contratista se le entregó una información relacionada con los accesorios que debían anclarse con concreto. Se establecía en dicha información que los accesorios de 75mm no se anclaban con concreto. Por esto no se reconoce el volumen de concreto que el contratista pretende que se le pague por dichos accesorios.*

*“I. Tubería 100 mm PVC RDE 21.*

*“La cantidad de tubería 100mm PVC RDE 21 el contratista la debió adquirir de acuerdo con los tramos a construir según los planos. Esta evaluación la debió realizar el contratista antes de gestionar el pedido.*

*“Por lo anterior no se le reconoce el pago solicitado por el contratista.*

*“LUIS ZÚÑIGA PINTO*

*Ingeniero Interventor”[[51]](#footnote-51)*

Para completar la comprensión de las salvedades es preciso tener en cuenta las comunicaciones dirigidas por la contratista a la interventoría entre al acuerdo modificatorio de abril de 2006 y la comunicación de la interventoría de agosto 3 de 2006, que precedió la formalización del acta de liquidación, a saber (se transcribe de forma literal):

|  |  |
| --- | --- |
| Comunicación  | Contenido  |
| ML 342 de 27 abril de 2006- Oficio S – 2006 -53000-02576 de 25 de abril | “*De esta manera,* c*uando se han presentado circunstancias como las que nos han preocupado que no sean reconocidas, y cuando es claro que el acta de modificación bilateral No. 1, supone un cumplimiento y su aceptación (la Entidad no se reservó la aplicación de ninguna sanción), no es lógico que simultáneamente continúen discutiéndose multas en este contrato. // Obsérvese que esto significa que la discusión sobre este aspecto ha quedado cerrada* (…)[[52]](#footnote-52)  |
| MG 380 de 1º de junio de 2006 – Obras pendientes | *“Debido a los cambios originados (…) se están generando demoras en la entrega (…) que no son imputables a la contratista. (…) // En la calle 46 Maturín (…). // Desde el 16 de mayo de 2006 se han ejecutado los nichos de investigación…en el circuito orfelinato. //En Maturín con carrera 40 se colocará una reducción de 10’ (…) después de la válvula….// En estas circunstancias se está averiguando la disponibilidad en el mercado de los diferentes materiales (…)[[53]](#footnote-53).* |
| HL 394 del 12 de junio de 2006 – Obras suspendidas | *“A la fecha las obras suspendidas y que no debían realizarse no han sido ejecutadas, por lo tanto cualquier suceso que se presente por esta causa no es responsabilidad de Comercializadora S&E (…)”[[54]](#footnote-54),* |
| HL 402 del 22 de junio de 2006 – Acta de obra ejecutada | *El 20 de mayo de 2006 se cortó la obra ejecutada hasta esa fecha, lo que explica que quedó pendiente de medición y liquidación la obra ejecutada con posterioridad. (…). // De acuerdo con lo que se ha avanzado de este proceso de medición y liquidación ha resultado a la fecha obra contractual por un valor aproximado de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS ($454’000.000) m.l.[[55]](#footnote-55)* |
| HL 403 de 22 de junio de 2006 – “*solicitud de liquidación y pago de suministro, transporte y colocación de válvulas auxiliares de compuerta para el servicio de hidrantes”* | “*En ninguna de las descripciones [del pliego] se hace relación a la inclusión de las válvulas auxiliares[[56]](#footnote-56).* |
| HL 410 de 23 de junio de 2006- “solicitud de liquidación y pago de suministro, transporte y colocación de válvulas auxiliares de compuerta para el servicio de hidrantes” | *“ (…) La norma no admite la interpretación que se le está dando (…)[[57]](#footnote-57)*  |
| HL 428 de 17 de julio de 2006 | “*Solicitud de recibo y pago de tuberías no utilizadas” // (…) materiales que no se usaron por cambios de diseño producidos después de su adquisición …solicitamos el pago (…) caso en el cual haremos entrega de las tuberías señaladas*[[58]](#footnote-58) |
| LV 525 del 25 de julio de 2006 | Derecho de petición solicitud de pago.“*Como Usted ha podido constatar, el vencimiento del plazo de este Contrato llegó con un problema adicional a los que se vivieron durante su ejecución: No existe soporte contractual ni presupuestal para cancelar la obra ejecutada que se adeuda y que se discrimina así* [tabla inserta por valor total de $838’072.253,71)]. *// (…) no podemos esperar a que se produzca la liquidación para (…) obtener al menos la remuneración que está pactada y conciliada entre las partes, es decir la que no tiene ninguna clase de discusión, esto es $640’225.235,24. (tabla inserta por la suma de $640’225.234,24)[[59]](#footnote-59)* |

Con base en la correspondencia relacionada, es evidente que en el oficio de la interventoría invocado en las salvedades sí se puntualizaron las actividades reclamadas, cuyo pago fue negado por la interventoría por las razones que allí se expusieron.

Por otra parte, es acertado considerar que la concreción de las salvedades se completa con las comunicaciones que dieron lugar a ese oficio, dado que en la petición de pago contenida en la comunicación LV 525 del 25 de julio de 2006, también citada en la nota de salvedades, se encuentra una identificación del valor y los conceptos de las partidas reclamadas.

Como consecuencia, la Sala estima que sí hay lugar a estudiar las salvedades a las que se refiere el oficio de la interventoría.

**5.1.2.** No se puede aplicar la misma consideración en relación con el contenido de las viñetas segunda y tercera de las salvedades del acta de liquidación, en las cuales la contratista indicó que había anunciado una reclamación por desequilibrio económico, pero que no la había formalizado y que apenas empezaría a determinar su valor.

Esta carencia del concepto y del valor -o suma determinada o determinable-, hace que la nota de salvedades en materia del desequilibrio económico solo constituya un anuncio indeterminado y que no tenga fuerza vinculante para dejar como glosadas o cuestionadas las partidas aprobadas en la liquidación.

En efecto, la liquidación final del contrato contiene un estado financiero de propósito específico como resultado del cual se establece, al terminar la ejecución del contrato, quién le debe a quién y cuánto le debe.

Por tanto, el estado de liquidación del contrato básicamente compendia una información financiera de cada uno de los ítems relacionados con la ejecución y, en ese contexto, las notas o salvedades al mismo que se expresan sin revelar el rubro afectado y el valor estimado en discusión no tienen la fuerza de desvirtuar el monto de las partidas incluidas en el mismo.

Desde el punto de vista legal, el acta de liquidación bilateral refleja un acuerdo de voluntades sobre los ítems que se reconocen como ejecutados dentro del respectivo contrato y por tratarse de un estado financiero la técnica contable aconsejaría identificar el valor estimado de las correspondientes partidas, de manera que pueda tomarse como base para determinar las obligaciones para las partes respecto de los montos que se relacionan en el acta.

En este orden de ideas, para que la salvedad a un estado financiero sea eficaz debe incluir el ítem o rubro objeto de la reclamación por un valor determinado o determinable, toda vez que, de aceptar lo contrario, el acta de liquidación bilateral en cuanto contienen un estado financiero – y no solo una declaración de argumentos legales- no podría arribar a un saldo cierto para soportar la parte sobre la que existe acuerdo ni a la afectación de una contingencia sobre determinadas partidas por virtud de aquellas reclamaciones concretas que se reservan para la reclamación judicial[[60]](#footnote-60).

Por ello, en materia de las pretensiones del supuesto desequilibrio económico, la Sala reafirma las consideraciones del Tribunal *a quo*, en cuanto a que la constancia de salvedades fue genérica , inclusive la de los perjuicios referidos en la viñeta 3 no fue suficientemente concreta y agrega que en su momento la contratista no determinó los hechos que la originaban ni los conceptos que fijaban su valor, amén de que en la viñeta 2 se refirió a registros contables futuros que realizaría en forma unilateral la parte contratista.

De la misma forma, se advierte que las reclamaciones por desequilibrio económico presentadas en el acta de liquidación no pueden prosperar en el presente proceso en tanto se originaban en hechos anteriores al acta de modificación del contrato y a los precios allí acordados, toda vez que en ese documento, suscrito por la contratista el 24 de abril de 2006, se negociaron los costos de las obras adicionales y de la obra extra a dicha fecha, así como la prórroga del contrato correspondiente.

Se reitera que las reclamaciones de la contratista no proceden en contra de lo acordado en los pactos contractuales, toda vez que el contrato y sus modificaciones constituyen una ley para las partes, de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, amén de que en respeto del principio de buena fe, las partes no pueden obrar contra sus propios actos.

Por otra parte, a diferencia de lo que afirmó la apelante, realizado el cotejo del oficio de la interventoría con el texto de la demanda, no se encuentra total correspondencia entre las reclamaciones denegadas y las pretensiones de la demanda, toda vez que estas últimas presentan un espectro más amplio, dado que en los puntos 2, 3 y 4 de la tabla expuesta en la pretensión tercera se relacionan varios conceptos que no se mencionaron en el oficio que sustentó las glosas, como son los sobrecostos financieros, los sobrecostos por mayor longitud de las acometidas y los sobrecostos por las restricciones supuestamente impuestas por la interventoría, los cuales hacen parte de las reclamaciones por desequilibrio económico y, como se ha observado, no se detallaron adecuadamente en las salvedades del acta de liquidación, además de que, por otra parte, fueron negociados los precios de las obras adicionales y la obra extra a través del modificatorio suscrito por la contratista el 24 de abril de 2006 y por EPM el 28 de abril de 2006.

Finalmente, la supuesta demora en los pagos de las actas con fechas de corte posteriores al acuerdo modificatorio fue objeto de la petición contenida en el oficio LV525 de 26 de julio de 2006, la cual precisamente se negoció en el acta de liquidación bilateral.

Así las cosas, únicamente será objeto de estudio en cuanto a la eventual procedencia del pago, las actividades ejecutadas y no pagadas, posteriores al acuerdo modificatorio suscrito en abril de 2006, en tanto aparezcan en las reclamaciones denegadas por la interventoría.

**5.2. Análisis de las reclamaciones comprendidas en el oficio de la interventoría**

Siguiendo el mismo orden del oficio de 3 de agosto de 2006, se examinan las pruebas para establecer si el acervo probatorio permite desvirtuar la aplicación de las normas técnicas y del pliego de condiciones que fueron invocadas como respaldo de la negativa de la interventoría.

En resumen, las reclamaciones de la contratista se denegaron por las siguientes razones: A. RECONSTRUCCIÓN DE ANDENES: el valor se liquidó de acuerdo con las reglas fijadas para andén en concreto y andén con capa de granito o vitrificado; B. REEMPLAZO DE LLENOS: se rechazó por extemporáneo en relación con el plazo de 30 días para presentar reclamaciones fijado en el pliego de condiciones; C. VÁLVULA AUXILIAR DE HIDRANTES: rechazado por cuanto estaba incluido en el precio, bajo la regla aplicable al suministro del hidrante por parte del contratista; D. BASE GRANULAR: rechazada por cuanto la cota adicional estaba incluida en el precio; E. ACCESORIOS – niple o unión para la instalación de tapones-: rechazado por cuanto estaba incluido en el precio; F. ROTURA DE PAVIMENTO ASFÁLTICO: rechazado por cuanto se reconoció con base en las mediciones realizadas por las partes; G - TUBERIA HD 400 mm: rechazada por cuanto se reconoció el porcentaje de desperdicio; H. CONCRETO PARA VACIADO DE ANCLAJES – rechazado por cuanto no era exigible para los accesorios de 75mm y. I. TUBERÍA 100 MM PVC RDE 21, rechazado por cuanto la cantidad debió adquirirse de acuerdo con los planos.

De acuerdo con las pruebas obrantes en el plenario, incluyendo el dictamen y los testimonios que se analizan más adelante, tal como mencionó el Tribunal *a quo*, en este proceso no se demostró incumplimiento de las reglas del contrato o del pliego de condiciones que la interventoría detalló como apoyo para la liquidación de estas actividades.

Se reafirma que no existen pruebas que permitan desvirtuar los soportes de la negativa de la interventoría y el debido cumplimiento del contrato en la liquidación bilateral.

**5.3. Análisis del dictamen pericial**

Al observar las preguntas formuladas en la solicitud del dictamen, se advierte que el mismo versó, en primer lugar, sobre el ejercicio de liquidación de perjuicios reclamados por la demandante, toda vez que la pregunta 1 se orientó a la revisión de las técnicas de valoración utilizadas en la demanda, así (se transcribe de forma literal):

*“Si el cálculo de los perjuicios realizado en la demanda, se encuentra acorde con las técnicas de valoración de perjuicios. En caso contrario se servirá realizar el cálculo supletorio respectivo. Así mismo deberá actualizar el perjuicio”[[61]](#footnote-61).*

En la pregunta 2, se le pidió a la perito conceptuar acerca de si las obras fueron ejecutadas en los ritmos previstos en el programa de trabajo y en la pregunta 3 se le preguntó sobre la causa que generó la revisión de los diseños. Estos aspectos se refieren a la ejecución del contrato, antes de la negociación del acuerdo modificatorio.

Al responder la pregunta 4 acerca de los pagos, la perito indicó que, según el acta de liquidación, las sumas pendientes de pago, incluidas en el acta, se pagaron el 15 de septiembre de 2006. No se identificó en qué fecha se presentó la factura correspondiente.

En la aclaración y complementación de dictamen, la perito observó que: i) *“es suficiente prueba que la obra extra fue cancelada en el finiquito y como prueba de ello está dicha Acta”*[[62]](#footnote-62) y también aclaró que: ii) utilizó la información de la contratista, toda vez que en la documentación que le fue allegada sobre las actas *“no se encontraron constancias de dichos pagos”[[63]](#footnote-63).*

Al responder la pregunta 5, acerca de las obras ejecutadas y no pagadas, reiteró la tabla presentada por la demandante[[64]](#footnote-64), pero no emitió concepto sobre las discrepancias en cuanto a la inclusión o no de los distintos ítems en el precio unitario pactado.

Al responder la pregunta 6, la perito describió las restricciones impuestas por la interventoría a las que se refirió la demanda.

De acuerdo con el cuestionario y las respuestas del dictamen, aún en el caso de valorar todo el contenido del mismo - como solicitó la apelante-, la Sala llega a la conclusión de que esta prueba no aporta elementos de juicio sobre las salvedades que fueron materia de estudio en la providencia.

En cuanto al plazo para el pago, teniendo en cuenta que el acta de liquidación final se suscribió el 31 de agosto de 2006 por la contratista y el 1º de septiembre de 2006[[65]](#footnote-65), aunque no se conoce la fecha de presentación de la factura, la Sala concluye que el pago se realizó dentro del plazo previsto en el contrato, toda vez que, según el dictamen, dicha acta de pago el 15 de septiembre de 2006.

Se recuerda que el contrato estableció en el numeral 2 de la cláusula cuarta que las actas de pagarían dentro de *“los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de la firma del acta de pago por parte de EL CONTRATISTA y de la interventoría y de la presentación de la factura de cobro con el lleno de los requisitos de rigor”.*

Se agrega que el dictamen no versó sobre la medición del supuesto desbalance financiero, dado que se refirió a aspectos puntuales del incremento de algunas cantidades y no analizó la fórmula que gobernó la ecuación financiera del contrato y el comportamiento de los flujos financieros correspondientes.

**5.4. Análisis de los testimonios**

Mauricio González Pérez, quien laboró como ingeniero residente de la contratista, narró los cambios introducidos por EPM en el diseño de las redes y observó que el pliego de condiciones no era claro en la cotización de los ítems. Contestó que EPM *“debió tener en cuenta posprecios para las actividades que llevan las redes domiciliarias ya que estas generan rendimientos menores y diferentes a las actividades que llevan las redes de distribución*”[[66]](#footnote-66). El testigo afirmó que el motivo que adujo la interventoría para no pagar las obras adicionales fue la falta de dinero; empero observó que no había tenido acceso a los documentos de la negociación de la prórroga.

Miguel Ángel López Lotero, quien se desempeñó como director de obra, narró el aumento de las longitudes de las acometidas; preguntado por la cotización de las actividades de corte y retiro, excavación, llenos compactados en zanjas, suministro o instalación, indicó que se comprendieron en *“un paquete, no fue específicamente separado redes de las acometidas”*[[67]](#footnote-67). Informó que no conoció acerca de los pagos en la liquidación, por cuanto se retiró *“rápido del contrato”* y no participó en la medición de cantidades.

Luis Antonio Zúñiga Pinto, quien se desempeñó como interventor del contrato, indicó que *“la contratista utilizó* [en la preparación del precio unitario] *el metro lineal y no el metro cúbico como se establece en el pliego de condiciones”*[[68]](#footnote-68). Explicó que para la liquidación del contrato *“se contempló la revisión de toda la obra ejecutada, con el fin de conciliar con el contratista, aquella obra que a la fecha no había sido cobrada por el contratista”*; afirmó que el incremento de los metros lineales fue detectado una vez conciliadas las cantidades en el finiquito de cuentas. Explicó que pudo haber subvaloración de las cantidades en el momento de estructurar la licitación. Especificó que el pliego de condiciones no definió las actividades y procedimientos del proceso constructivo; afirmó que no *existió “obra ejecutada y no pagada”*[[69]](#footnote-69). En diligencia del 10 de agosto de 2010, el interventor reconoció los oficios obrantes en el plenario como firmados por él[[70]](#footnote-70).

Hernán Darío Londoño Restrepo, quien dijo conocer los pliegos por cuanto participó en la elaboración de la propuesta por parte de la sociedad contratista, reseñó que la obligación de presentar los diseños era de EPM y que esa entidad los modificó durante la ejecución de la obra. Explicó que “*como el pliego exigía cotizar al mismo precio las actividades de la pregunta anterior* [corte, retiro, excavación, llenado de zanjas, instalación de pavimento] l*os precios unitarios ofertados fueron resultado de la ponderación de la incidencia que esas actividades tenían con respecto a las cantidades*”[[71]](#footnote-71). Especificó que el ítem de la instalación de tuberías para la red de distribución tenía como base el metro lineal. Informó que participó en las actividades de ejecución de la obra desde enero de 2006 y confirmó que *“la ampliación fue de un mes y sí fue de mutuo acuerdo*”[[72]](#footnote-72).

César Mauricio Muñoz Castañeda, ingeniero de EPM, quien afirmó haber realizado los diseños, aceptó que hubo cambios en la ubicación de las tuberías, lo cual incidió en la longitud de las mismas; contestó que las instrucciones de la interventoría sobre las *“preaisladas”* buscaban reducir el impacto negativo de las suspensiones del servicio[[73]](#footnote-73) y que el permiso de rotura se recibió en forma oportuna; que hubo cambios en las cantidades de obra y que las modificaciones de los horarios no estaban expresamente previstas en el pliego de condiciones[[74]](#footnote-74).

De los anteriores testimonios es claro que se presentaron cambios en las cantidades de obra y que fueron negociadas entre las partes, lo cual, según el acervo probatorio, se corresponde con el acta de modificación que las comprendió.

Ninguno de los testigos se refirió a las reclamaciones que desvirtuaban las reglas citadas en el oficio del 3 de agosto de 2006 que llevaron a la negativa del pago por parte de la interventoría.

**6. Cuestión final sobre las afirmaciones condicionadas en la contestación de la demanda**

La Sala advierte que los reconocimientos ofrecidos en la contestación de la demanda por parte del apoderado de EPM no constituyen confesión de la parte demandada, puesto que se refieren a actividades y decisiones de un tercero, en este caso la interventoría, además de que se presentaron mediante el uso de verbos conjugados en modo condicional.

Por otra parte, la sustentación de la apelación delimita la competencia del *ad quem* y, en este caso, la argumentación del recurso no versó sobre los citados contenidos de la contestación de la demanda.

**7. Costas**

De acuerdo con las normas vigentes para el presente proceso, se tiene en cuenta que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas de acuerdo con la conducta de las partes, y, en el *sub lite*, ninguna actuó de forma temeraria, razón por la cual, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

##### F A L L A

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala del Sistema Escrito, el 14 de abril de 2016.

**SEGUNDO: SIN** condena en costas.

**TERCERO**: En firme esta providencia, devuélvase al Tribunal de Origen.

##### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MARIA ADRIANA MARIN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Folio 38, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-1)
2. El nombre se toma del certificado de la Cámara de Comercio allegado por la demandante. En esta providencia se podrá denominar S. y E. o la contratista. [↑](#footnote-ref-2)
3. En adelante se podrá denominar EPM o la contratante. [↑](#footnote-ref-3)
4. El nombre se transcribe de conformidad con el certificado de la Cámara de Comercio de Medellín, Folio 1364, cuaderno 3. En adelante se podrá denominar S. y E. o la contratista. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 1392 cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 1397, cuaderno 3. Hecho 10 de la demanda. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 1372 a 1383, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 1464, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 1464 vuelto, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ibídem. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 2388 y 2390, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 2461, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 2482 a 2499, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 2590 a 2606, cuaderno 6. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 1504, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 1538 cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 1543, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-17)
18. La Sala analizará el alcance de estas afirmaciones en la parte final de esta providencia. [↑](#footnote-ref-18)
19. Citó el expediente 36695, sentencia del 27 de mayo de 2015, Consejero ponente (e): Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 2735, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 2758 a 2766, cuaderno principal, segunda instancia. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folio 284, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folios 272 a 274, cuaderno principal segunda instancia, auto de 26 de octubre de 2016. [↑](#footnote-ref-23)
24. La entidad demandada allegó copia de la gaceta oficial 737, en la cual se publicó el Acuerdo 69 expedido por el Concejo Municipal de Medellín el 23 de diciembre de 1997, mediante el cual se *“transforma el establecimiento público denominado EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN en una Empresa Industrial y Comercial del Estado”,* bajo el nombre de *EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P*.*,* cuyo objeto social es *“la prestación de servicios públicos domiciliarios”* (artículos 1 y 2).Folios 1229 y 1230, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-24)
25. 20 de agosto de 2008. [↑](#footnote-ref-25)
26. “***Artículo 1°.****El artículo*[*82*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6543#82)*del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:*

*"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias* ***y litigios originados en la actividad de las entidades públicas*** *incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley*” (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-26)
27. Providencia de 12 de marzo de 2008, folios 1372 a 1383, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-27)
28. La estimación razonada de la cuantía que presentó la demandante (folio 1461, cuaderno 3), ascendió a $1.523’881.415,44. [↑](#footnote-ref-28)
29. De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente del año 2008 ($496.900), toda vez que la demanda se presentó el 20 de agosto de 2008 y el recurso de apelación se interpuso el 3 de mayo de 2016. [↑](#footnote-ref-29)
30. De acuerdo con el escrito que obra en los folios 2758 a 2766, cuaderno principal de la segunda instancia, el recurso de apelación se interpuso el 5 de mayo de 2016. [↑](#footnote-ref-30)
31. *“Artículo**87 C.C.A. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios* ***y que se hagan otras declaraciones y condenas****”* (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-31)
32. Folio 2348, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-32)
33. “*c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta*”. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 521 a 524, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folio 6, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-35)
36. Ley 142 de 1994. “*Artículo 31. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública,* ***salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.***

*“Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás****. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa****. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo”* (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-36)
37. Folio 132 cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-37)
38. Folio 525, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-38)
39. Ibídem. [↑](#footnote-ref-39)
40. Folio 526, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-40)
41. Folio 526, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-41)
42. Folios 534 a 536, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-42)
43. Folio 536 vuelto, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-43)
44. Folio 543, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-44)
45. Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, sentencia del 6 de agosto de 1998, radicación número: 54001-23-31-000-1998-10496-01(10496), actor: Caudex Vitelio Peñaranda Osorio, demandado: departamento de Norte de Santander / Denegó las pretensiones de la demanda / contrato de construcción de un tanque de almacenamiento e instalación de la tubería para la línea de conducción del municipio de Cáchira, con contrato de obras adicionales (D 222 de 1983)**.** [↑](#footnote-ref-45)
46. Cita original de la sentencia: “*Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente Sentencia de abril 10 de 1997. Expediente 10.608. Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández”.* [↑](#footnote-ref-46)
47. Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia de 16 de febrero de 2001, Radicación número: 11689, actor: Jorge Alberto Ramírez Espinosa, demandado: departamento de Arauca, contrato de construcción del Puente “Matecaña” / denegó las pretensiones de la demanda. [↑](#footnote-ref-47)
48. 1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, sentencia de 12 de octubre de 2017, radicación Número: 25000-23-26-000-2000-00079-02(37322), Actor: Isrex (94) Ltd. (Isrex Colombia Ltda.). demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional; *2.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección C Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 27 de enero de 2016, radicación: 88001-23-31-000-2011-00021-01 (54.415), Actor: Orbita Arquitectura e Ingeniería Ltda. (Hoy S.A.) y C&C Arquitectura e Ingeniería S.A., Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, asunto: acción de controversias contractuales (sentencia); 3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A Consejero ponente (e): Hernán Andrade Rincón, sentencia de 2 de julio 2015, radicación 68001231500019961131101 (34518); actor: Julio Antonio Rubiano Saldaña, demandado: Empresa Colombiana de Petróleos “Ecopetrol”¸ acción contractual (Oleoducto La Cira – Infantas – negociación de precios); 4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 2 de diciembre de 2015, radicación 470012331000200100660 01 (36285), actor: Consultores Constructores Asociados Limitada, demandado: Departamento del Magdalena¸ acción: contractual (desequilibrio alegado en etapa de liquidación); 5. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2016, radicación: 17001233100020080013801 (47336), actor: Constructora Castilla y otros, demandado: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales – INFI-MANIZALES, acción: contractual; 6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 19 de abril de 2018, RADICACIÓN: 13001233300020130004801 (54590), actor: Clam Ingenieros Ltda, demandado: Fondo Rotatorio de la Policía- Ministerio de Defensa – La Nación, medio de control: controversias contractuales (Ley 1437 de 2011- C.P.A.C.A.). Desequilibrio económico, oportunidad de las reclamaciones – deniega pretensiones. [↑](#footnote-ref-48)
49. Cita original de la sentencia: *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. ‘No solo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violentan los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de las reclamaciones respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización , sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. . recuérdese que la aplicación de la buen fe en materia negocial implica para las partes la observancia la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para remitir la realización de los efectos finales buscados en el contrato”.* [↑](#footnote-ref-49)
50. Folios 2091 a 2099, cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-50)
51. Folios 2091 a 2099 cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-51)
52. Folio 1091, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-52)
53. Folio 1093, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-53)
54. Folio 1094, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-54)
55. Folio 1095, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-55)
56. Folio 1099, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-56)
57. Folio 1100, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-57)
58. Folio 1102, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-58)
59. Folios 1103 a 1105, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-59)
60. En la jurisprudencia vigente, esta Corporación ha tratado el requisito de la concreción de las salvedades y de las partidas objeto de reclamación como un asunto básicamente de carácter legal, y pocas veces ha entrado en la lectura del estado financiero de liquidación. No obstante, el acta de liquidación bilateral debe contener un balance o cuenta final de liquidación que es básicamente un documento de carácter financiero y técnico. Por ello, lo que se propone en esta providencia es avanzar en la exigencia de la precisión financiera -y no simplemente argumentativa- de las razones y el contenido de las glosas a la liquidación del contrato. Sin embargo, en el caso *sub lite*, la concreción de las salvedades de las viñetas 2 y 3 no se logró desde el concepto mismo que fue expuesto, de manera que en todo caso las salvedades deben ser rechazadas, aun sin las exigencias de valor propias de una glosa a los estados financieros. [↑](#footnote-ref-60)
61. Folio 2496, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-61)
62. Folio 2570. Cuaderno 6, aclaración al punto 4 [↑](#footnote-ref-62)
63. Folio 2571, cuaderno 6, aclaración al punto 5. [↑](#footnote-ref-63)
64. Folio 2497, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-64)
65. Folio 536, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-65)
66. Folio 2404 cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-66)
67. Folio 2408, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-67)
68. Folio 2414, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-68)
69. Folio 2419, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-69)
70. Folio 2421, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-70)
71. Folio 2433, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-71)
72. Folio 2435, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-72)
73. Folio 2440, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-73)
74. Folio 2439, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-74)