

CONTRATO ESTATAL – Acción de controversias contractuales – Nulidad – Liquidación unilateral

[...][L]o cierto es que ante la existencia del acto administrativo de liquidación unilateral, era necesario que se demandara, desde luego con el lleno de los requisitos legales, la nulidad de dicho acto administrativo; en caso contrario, la acción resulta improcedente por ineptitud formal. Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que una vez liquidado unilateralmente el contrato, sólo es viable su controversia a través de la solicitud de nulidad de los actos administrativos que la hubieran adoptado. En ese sentido, esta Sección ha puntualizado: una vez media el acto de liquidación unilateral la única forma de controvertir aspectos relacionados con la celebración o ejecución del contrato estatal es mediante el levantamiento del velo de legalidad de que goza el acto administrativo que contiene la misma, circunstancia que torna exigente, como lo ha señalado esta Corporación, la formulación de la causa petendi y el fundamento jurídico de la responsabilidad, pues será requisito sine qua non deprecar la declaratoria de ilegalidad total o parcial del acto que contiene la liquidación así como la indicación y el desarrollo del concepto de la violación en el que se apoya la censura respectiva. [...]

Como lo ha expresado la Jurisprudencia de esta Subsección, la exigencia de demandar y probar la nulidad de la liquidación unilateral no se trata de un asunto meramente formal: No es un asunto meramente formal que la Jurisprudencia y la doctrina adviertan al contratista que demanda la reparación del perjuicio derivado de un contrato ya liquidado, el deber de invocar en la demanda misma la nulidad del acto de liquidación y el de sustentar la causa de tal nulidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-1998-01473-01(25253)

Actor: CONSORCIO GUILLERMO CUBILLOS TINOCO - EXCAVACIONES BOGOTA Y CIA. LTDA.

Demandado: GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 21 de mayo de 2003, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda¹.

¹ Folios 226 a 245 del cuaderno del Consejo de Estado.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 15 de mayo de 1998, el señor Guillermo Cubillos Tinoco, actuando en nombre del Consorcio conformado por él y por la sociedad EXCAVACIONES BOGOTÁ CIA. LTDA., en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERO.- Que son nulas las Resoluciones números 01831 del 12 de Noviembre de 1996, No. 00221 del 21 de Febrero/97, por la cual se confirmó la Resolución No. 01831 del 12 de Noviembre de 1996 y la No. 02396 del 13 de Noviembre de 1997, proferidas por los señores Gobernadores de Cundinamarca en su momento Señor CARLOS ALBERTO FERRO SOLAMILLA (E) y DAVID ALJURE respectivamente, mediante la cual se declaró el siniestro de incumplimiento en la obra objeto del contrato SOP.16.95 y A SOP.02.96, suscrito entre el Departamento de Cundinamarca - Secretaría de obras Públicas y GUILLERMO CUBILLOS TINOCO EXCAVACIONES BOGOTA Y CIA. LTDA, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 80.353.135 de Madrid (Cund) Representante Legal del Consorcio GUILLERMO CUBILLOS TINOCO EXCAVACIONES BOGOTA Y CIA LTDA. y los perjuicios causados con ocasión del siniestro por un valor de OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA OCHO (sic) MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$849.648.299.50) y la Liquidación Unilateral del Contrato SOP-16-95.

SEGUNDO.- Que a manera de restablecimiento de los derechos conculcados al Consorcio GUILLERMO CUBILLOS TINOCO EXCAVACIONES BOGOTA Y CIA. LTDA., se declare que la Gobernación de Cundinamarca Secretaría de Obras Públicas incumplió el contrato No. SOP-16-95 y Adicional A.SOP-02-96 y que en desarrollo del mismo ocurrieron sucesos que alteraron su equilibrio económico, técnico y financiero, de modo que la liquidación de dicho contrato debe incluir las compensaciones correspondientes a favor del Consorcio GUILLERMO CUBILLOS TINOCO EXCAVACIONES BOGOTA Y CIA. LTDA.

TERCERO.- Que se liquide judicialmente el contrato SOP-16-95 y su adicional A.SOP-02-96 y a modo de condena, se incluya dentro de dicha liquidación judicial del contrato, en favor del consorcio GUILLERMO CUBILLOS TINOCO EXCAVACIONES BOGOTA Y CIA. LTDA., el valor actualizado de la indemnización a que tiene derecho como compensación integral de los perjuicios y sobrecostos sufridos en desarrollo del mismo contrato bien por el incumplimiento de la Gobernación de Cundinamarca Secretaría de Obras Públicas, bien por la ocurrencia de los sucesos que alteraron su equilibrio, técnico y financiero.

CUARTO.- Que dentro de la liquidación del contrato se reconozca a favor del consorcio GUILLERMO CUBILLOS TINOCO EXCAVACIONES BOGOTA Y CIA. LTDA., intereses moratorios sobre las compensaciones que la Gobernación de Cundinamarca Secretaría de Obras Públicas dejó de incluir en los actos acusados para el período comprendido entre la época en que se debía haber producido la liquidación por vía administrativa a la terminación de la obra.

QUINTO.- Que la Gobernación de Cundinamarca Secretaría de Obras Públicas debe dar cumplimiento a la sentencia dentro del término de Treinta días (30) contados a partir de la fecha en que la providencia le sea notificada.

SEXTO.- Que la GOBERNACION DE CUNDINAMARCA SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS debe pagar a favor de mis Representados intereses comerciales sobre la cantidad líquida reconocida durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del fallo, e intereses moratorios después de dicho término.

SEPTIMO.- Que la sentencia se comunique en los términos del Código Contencioso Administrativo.

OCTAVO.- Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la GOBERNACION DE CUNDINAMARCA - SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS a pagar al Consorcio 'GUILLERMO CUBILLOS TINOCO EXCAVACIONES BOGOTA Y CIA. LTDA.', y en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, el monto actualizado de esos daños y perjuicios, que en la fecha ascienden a una suma en ningún caso inferior al valor en la fecha del día 30 de Julio de 1996, de (\$250.000.000)

NOVENO.- Que las cantidades que constituyan el monto indemnizatorio, se actualicen en su cuantía teniendo en consideración la pérdida del poder de compra del peso colombiano al momento de la expedición del proveído definitivo, a fin de que se compensen los efectos de esa pérdida del poder adquisitivo del dinero (inflación) entre la época de causación del daño y la fecha del fallo final y definitivo.

DECIMO.- Que, si no se pudiere establecer de otra manera y con los elementos de convicción que obren en autos, para indemnizar el lucro cesante se condene a la GOBERNACION DE CUNDINAMARCA a pagar intereses sobre el valor del daño emergente actualizado, para el período comprendido entre la época de causación del daño y la fecha de la sentencia, a la tasa que se determine como aquella que compense plenamente el perjuicio consistente en no haber recibido en la oportunidad prevista los ingresos provenientes de la ejecución del contrato y de la aplicación total de sus cláusulas y, en consecuencia, en no haber podido dar a dichos dineros una destinación productiva.

DECIMO PRIMERO.- Que la GOBERNACION DE CUNDINAMARCA - SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS pagará a la sociedad demandante, intereses comerciales sobre las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria, e intereses moratorias (sic) después de ese término, tal como lo prescribe el artículo (sic) 177 del C.C.A.”

2. Los hechos.

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

- Que la GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA - SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS adelantó una licitación pública con el propósito de seleccionar al contratista que efectuaría la construcción y la pavimentación de la carretera Los Patios - La Calera - Guasca - Gachetá - Ubalá y Variante Guasca y que, mediante Resolución No. 0093 del 4 de octubre de 1995, al consorcio demandante le fue adjudicado el contrato por un valor inicial de \$849'648.299.50.
- Que el 14 de septiembre de 1995, las partes suscribieron el contrato de obra No. SOP-16-95, adicionado por el contrato No. A-SOP-02-96 del 22 de abril de 1996, cuyo objeto se debía ejecutar “de acuerdo con los planos y especificaciones suministradas (sic) por la Secretaría de Obras de Cundinamarca, a los precios unitarios y en los términos que señale este contrato de conformidad con los términos de contratación y la propuesta presentada por el contratista, que forman parte integrante del presente contrato”; el término de duración acordado fue de 6 meses, contados a partir

de su perfeccionamiento y se pactó un plazo de ejecución de 6 meses, contados desde la fecha de suscripción del acta de iniciación de obras.

- Que mediante escrito presentado a la entidad el 14 de febrero de 1996, el contratista solicitó una prórroga de 60 días calendario, a partir de la fecha de finalización de la obra -7 de mayo de 1996-, en razón de las constantes lluvias presentadas en los meses anteriores, las cuales afectaron el curso normal de los trabajos, petición que fue resuelta positivamente y documentada mediante acuerdo bilateral de prórroga a la cláusula quinta del contrato *“vigencia del contrato y plazo de ejecución de la obra”*.
- Que el contratista, mediante escrito de fecha 7 de junio de 1996, solicitó a la interventoría la suspensión del contrato por un término de 30 días *“debido al fuerte invierno que se ha venido presentando en la región durante los meses de abril, mayo y los primeros días del mes de junio, se ha afectado notoriamente el desarrollo de los trabajos, lo que nos impidió dar cumplimiento con el programa de obra pactado con la interventoría”*, por lo que, mediante Acta No. 1 del 18 de junio de 1996, procedieron de común acuerdo a suspender el contrato SOP-16-95, a partir de esa fecha y hasta el 18 de julio del mismo año.
- Que el 18 de julio de 1996, el representante legal del consorcio solicitó nuevamente una prórroga de 30 días calendario, que se contarían a partir del 7 de agosto de 1996, debido a las fuertes lluvias que dificultaban el desarrollo de las obras, petición que fue justificada por la interventoría del contrato, pero sin recibir respuesta alguna por parte de la entidad demandada.
- Que mediante petición de fecha 30 de julio de 1996, el representante legal del consorcio solicitó a la Gobernadora de Cundinamarca el reconocimiento y pago de la suma de \$ 250'000.000.00, por concepto de desequilibrio económico del contrato causado en contra del contratista por el *“mayor valor del transporte y otros costos generados por los cambios suscitados en desarrollo del contrato”*, petición que sólo fue resuelta negativamente meses después mediante comunicación No. 00787 de 12 de noviembre de 1996.
- Que el día 7 de agosto de 1996 se firmó el acta de recibo final de obra y posterior a ello, en reiteradas comunicaciones de ese año, el representante del consorcio adjudicatario le manifestó a la Secretaría de Obras Públicas de la

Gobernación de Cundinamarca que se había realizado una petición de prórroga del contrato -18 de julio de 1996- sin que a la fecha se hubiera recibido respuesta alguna.

- Que en razón de la falta de pago oportuno de la entidad de las cuentas de cobro del contratista, no se pudo concluir con el 100% de la obra, lo cual le había generado una situación de iliquidez al consorcio, que frenó las obras a ejecutar y ocasionó un desequilibrio económico del contrato por el sobre costo de la base granular y su transporte, aumentado además por las condiciones atmosféricas presentadas durante la ejecución del contrato, situaciones todas estas imprevistas y ajenas a la voluntad del consorcio contratista.
- Que el 21 de octubre del mismo año se realizó un acta de liquidación de mutuo acuerdo, no obstante, la misma no se firmó.
- Que mediante Resolución No. 01831 de 12 de noviembre de 1996 la Secretaría de Obras de la Gobernación de Cundinamarca declaró el siniestro de incumplimiento e hizo efectiva la póliza del contrato SOP-16-95 por un valor de \$ 84'964.830.00, decisión sobre la que se interpuso recurso de reposición que posteriormente fue resuelto negativamente mediante Resolución No. 00221 de 21 de febrero de 1997, a través de la cual se confirmaron todas y cada una de las partes de la Resolución No. 01831 de 12 de noviembre de 1996.
- Que mediante Resolución No. 02396 del 13 de noviembre "de 1197 (sic)", la Gobernación de Cundinamarca liquidó unilateralmente el contrato SOP-16-95.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Afirmó la parte actora que la GOBERNACION DE CUNDINAMARCA - SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS al incumplir con el contrato No. SOP-16-95 y su adicional AD-SOP-02-96 vulneró los artículos 2, 3, 58, 82, 86, 89 y 287 de la Constitución Nacional, la Ley 80 de 1993, los artículos 1602, 1603, 1608, 1613, 1614 y siguientes del Código Civil, así como también la cláusula número 2 del contrato suscrito en sus parágrafos 1 y 2, toda vez que con el actuar de la entidad demandada se transgredieron sus deberes de buena fe, protección, seriedad, diligencia y colaboración, pues la demora en los pagos por parte de la

demandada, los mayores costos asumidos por el contratista y la ampliación de los plazos inicialmente pactados generaron una ruptura en el equilibrio económico y financiero del contrato en tanto que éste no recibió ninguna compensación por ello a fin de mantener indemne la ganancia contemplada en la propuesta. Al respecto afirmó lo siguiente:

“Pues en el presente caso se tiene que la GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA ha transgredido los deberes de seriedad, diligencia y colaboración para que el convenio se instrumentalizara en el término previsto en los pliegos, amén de no haber colaborado con EL CONSORCIO ‘GUILLERMO CUBILLOS TINOCO EXCAVACIONES BOGOTA Y CIA. LTDA.’ para que en el término del Contrato SOP.16.95 se cumpliera a cabalidad, conducta que implicaba de su parte cumplir con sus obligaciones adquiridas desde el mismo momento de expedir la resolución de adjudicación del contrato con la firma contratista.

(...).

El incumplimiento de la GOBERNACION DE CUNDINAMARCA - SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS, trajo consigo mayores costos y ampliaciones del plazo inicialmente previsto y la disminución de la utilidad que aspiraba a reportar EL CONSORCIO (...), generando en consecuencia, la ruptura del equilibrio de cargas y beneficios que debía existir entre [las partes] en el contrato SOP.16.95 y su adicional A-SOP-02.96, toda vez que esta, pese haber permanecido durante varios meses más en las obras no recibió las sumas necesarias que compensaran los gastos de maquinaria, personal, materiales en que había incurrido en dicho término y que debía recibir a fin de mantener indemne la ganancia contemplada en su propuesta.”²

4. Actuación procesal.

La demanda presentada el 15 de mayo de 1998³, fue admitida mediante auto de 4 de junio de 1998⁴ y notificada al Ministerio Público el día 19 de esos mismos mes y año⁵ y al “representante legal de la Gobernación de Cundinamarca” el 19 de enero de 1999⁶.

Posteriormente, luego de una petición formulada por el apoderado de la parte demandada, el 26 de abril de 1999⁷, en el sentido de llamar en garantía a la Compañía Aseguradora del contrato objeto de litigio, mediante auto calendarado 23 de marzo de 2000⁸ se resolvió adicionar el auto admisorio de la demanda y vincular como litisconsorte de la parte activa a la Compañía de Seguros del Estado S.A., siendo ésta notificada el 19 de diciembre de 2000⁹.

² Folios 31 y 32 del cuaderno 3.

³ Folios 7 a 43 del cuaderno 2.

⁴ Folio 46 del cuaderno de 2.

⁵ Folio 46 del cuaderno 2.

⁶ Folio 47 del cuaderno 2.

⁷ Cuaderno 4.

⁸ Folio 69 del cuaderno 2.

⁹ Folio 71 del cuaderno 2.

5. Contestación de la demanda.

Mediante escrito presentado el 26 de abril de 1999¹⁰, el Departamento de Cundinamarca dio respuesta a la demanda para solicitar que se despacharan negativamente las pretensiones, al mismo tiempo que solicitó que se anule la resolución por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato, con el propósito de que se declare el incumplimiento de la contratista, todo ello con los argumentos que se resumen a continuación, seguido a lo cual propuso las excepciones de *“falta de legitimación para reclamar e incumplimiento del contrato”*.

Señaló que la demanda se sustentó en dos puntos: el primero, las intensas lluvias de la región donde se ejecutaba la obra y la segunda, la distancia entre este lugar y el sitio en el cual se encontraba ubicada la cantera en la que debía recogerse el material requerido.

Respecto del primero, sostuvo que el Consejo de Estado no ha reconocido a dicho fenómeno como un factor de desequilibrio en los contratos y expresó que el contratista no dejó salvedad alguna en las prórrogas realizadas al contrato, que le indicaran que este fenómeno le generara un mayor costo, como sí lo viene a solicitar luego de haber incumplido con sus obligaciones, violando el principio de buena fe de la relación contractual; en cuanto al segundo elemento, manifestó que en el pliego de condiciones no se estableció que el material de afirmado hubiera de recolectarse en una cantera ubicada a una distancia de 3 ó 4 kilómetros del sitio de ejecución de las obras, sino en una que se hallara ubicada en la región.

5.1. Demanda de reconvención.

El Departamento de Cundinamarca, mediante escrito presentado el 26 de abril de 1998¹¹, presentó demanda de reconvención en la cual solicitó que *“se declare la nulidad de la Resolución No. 01831 del 12 de noviembre de 1996 proferida por la GOBERNACION DE CUNDINAMARCA, mediante la cual se declara el siniestro, y se hace efectiva una póliza por la cual y [de aquella mediante la cual] se liquida unilateralmente el contrato SOP-16-95 y SOP-02-96”*, celebrados entre la EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA - SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS y el Consorcio Guillermo Cubillos Tinoco - Excavaciones Bogotá y CIA. LTDA., con

¹⁰ Folios 61 a 65 del cuaderno 2.

¹¹ Folios 1 a 5 del cuaderno 3.

el propósito de que, en su lugar, se liquide judicialmente el contrato y se declare el incumplimiento de la contratista.

El Tribunal Administrativo *a quo*, mediante auto de 8 de julio de 1999¹² rechazó la demanda de reconvención presentada, por haber operado el fenómeno de la caducidad de la acción.

6. Decreto de pruebas.

Mediante auto calendado el 13 de marzo de 2001¹³ se abrió el proceso a pruebas, se aceptaron como tales los documentos aportados con la demanda y con la contestación de la misma, se decretó el dictamen pericial solicitado por la parte actora y, a su vez, se decretó la recepción de los testimonios de los señores Álvaro Fontalvo, Alberto Arias, Helber Parra, Víctor Bonilla, Fabio Corredor Zamora y Milton Garzón, además de la declaración juramentada del Gobernador de Cundinamarca, acerca de la ocurrencia de los hechos afirmados en la demanda.

7. Alegatos de conclusión.

Una vez vencido el término probatorio, mediante auto del 14 de mayo de 2002¹⁴, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiese su concepto. Las partes, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, presentaron sus respectivos alegatos de conclusión.

La parte demandada afirmó que los motivos que dieron como resultado la expedición de la Resolución No. 01831 de 12 de noviembre de 1996, fueron los reiterados incumplimientos por parte del contratista, señalados por la interventoría del contrato, tales como *“el atraso significativo en el programa de trabajo e inversiones, la desorganización de la obra generada por la falta de recursos reflejado en la falta de materiales y obra, el retiro de los equipos de pavimentación sin previo consentimiento de la interventoría, la falta de continuidad en la ejecución de la obra, además de que el contratista era consciente del atraso de la obra”* y -

¹² Folio 7 del cuaderno 3.

¹³ Folio 75 del cuaderno 2.

¹⁴ Folio 110 del cuaderno 2.

sobretudo- el abandono de la obra, de la cual se retiraron los equipos y el personal.

También manifestó, en respuesta a los hechos descritos en la demanda, que fue la propia interventoría, actuando de conformidad con su obligación, quien le solicitó a la entidad contratante la aplicación de las multas respectivas y la liquidación del contrato por el incumplimiento del contratista, por lo que era clara la inobservancia de las obligaciones que éste tenía a su cargo; de igual forma, reiteró que no se había presentado un desequilibrio económico del contrato, dado que todas las situaciones que llevaron al incumplimiento por parte del contratista se debieron a su falta de previsión, las cuales no resultaban imputables en ningún caso a la entidad contratante, quien fue la que finalmente resultó más afectada.

Por su parte, la demandante reafirmó lo dicho en la demanda y concluyó que durante todo el proceso quedó clara tanto la veracidad de los hechos en ella plasmados, como las inclemencias del tiempo que ocasionaron sobre costos en la obra a cargo del contratista y, unido a ello, la actitud omisiva de la Secretaría de Obras Públicas de la Gobernación de Cundinamarca que ocasionó el incumplimiento del contrato de obra No. SOP-16-95, produjo el desequilibrio económico del mismo y, por ende, perjudicó al consorcio contratista.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público guardó silencio en esta instancia.

9. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante sentencia proferida el 21 de mayo de 2003, despachó negativamente las pretensiones de la demanda.

Como sustento de su decisión, el *a quo* señaló que en cuanto a la solicitud de nulidad de la Resolución No. 01831 de 12 de noviembre de 1996 y de la Resolución No. 00221 del 21 de febrero 1997, la parte actora, pese a que en el escrito contentivo de la demanda efectuó una relación de normas, no formuló ningún cargo preciso de violación de las mismas.

Consideró el Tribunal que la causal de nulidad a analizar sería la de falsa motivación, en tanto que, según el consorcio demandante, la Secretaría de Obras Públicas de la Gobernación de Cundinamarca carecía de razones para declarar el incumplimiento del contrato en mención, por cuanto la demora en su ejecución se debió a un hecho no previsible, las condiciones atmosféricas del lugar, así como a la falta de pago oportuno por parte de la entidad demandada, hechos éstos que no encontró la Sala acreditados y que se quedaron como meras afirmaciones sin sustento probatorio alguno.

Respecto del segundo cargo, según el cual se ocasionó un detrimento patrimonial al contratista en tanto se produjo un sobrecosto con el acarreo del material base granular de un lugar diferente al inicialmente pactado, consideró el *a quo* que no se presentó rompimiento alguno de la ecuación financiera del contrato, pues no se encontró probada ninguna de las causas señaladas por la jurisprudencia para su existencia, pues en el presente caso *“para la determinación del valor del posible desequilibrio económico se allegó como única prueba un dictamen pericial en el que los auxiliares de la justicia, de profesión ingenieros, responden el cuestionamiento formulado por el actor y proceden a calcular el sobrecosto por obra ejecutada y no pagada”*.

Adicionalmente, sostuvo el *a quo* que de haberse presentado el alegado desequilibrio, no se logró su acreditación dentro del proceso, por lo que la Sala, pese a encontrar que la mayor distancia en el acarreo del material granular podría haber generado un sobrecosto, encontró que *“el demandante no demostró la colocación de ese material, contrario a ello, toda la prueba dice que la base granular inicial fue retirada pero que no se colocó la sustituta y es en ese momento cuando se abandonan los trabajos”*.

Por último, agregó el Tribunal *a quo* que en el *“acta de liquidación bilateral”* el contratista no hizo ninguna observación respecto del posible sobrecosto producido por el cambio en la base granular y únicamente reconoció que el saldo a deber en su contra era la suma de \$ 10'000.000, valor registrado en la resolución final de liquidación.

10. El recurso de apelación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia y como razones de su inconformidad señaló que el *a quo* no tuvo en cuenta las alteraciones que dieron origen al desequilibrio económico, técnico y financiero del contrato, que en ningún caso fueron imputables al contratista y que, por el contrario, se encontraban a cargo de la entidad demandada, pues su incumplimiento trajo mayores costos y ampliaciones del plazo inicialmente pactado, con una disminución de la utilidad que aspiraba a obtener el consorcio, toda vez que éste permaneció varios meses más en la obra y no recibió compensación alguna por los gastos de personal, de maquinaria y de materiales, con el fin de mantener indemne la ganancia contemplada en su propuesta.

Adujo que el contrato No. SOP-16-95 y su adicional ASOP-02-96 todavía no se han liquidado, por lo que se requiere de liquidación judicial y que se hagan los reconocimientos respectivos, por cuanto los testimonios rendidos en el proceso y el dictamen pericial confirman plenamente los hechos de la demanda.

Finalmente, afirmó que con la decisión de primera instancia se vulneró la ley y si ésta se mantiene constituiría una denegación de justicia, al no haber tenido en cuenta todas las circunstancias que originaron la falsa motivación en el acto impugnado.

Como corolario de lo anterior solicitó que se revoque la decisión y que, en consecuencia, se acceda a todas y cada una de las súplicas de la demanda.

11. Actuación de segunda instancia.

El recurso presentado el 28 de mayo de 2003¹⁵ y posteriormente sustentando el 5 de septiembre de 2003¹⁶, fue admitido por esta Corporación mediante auto de 19 de septiembre de 2003¹⁷; ejecutoriado éste, mediante proveído de 10 de octubre de 2003¹⁸, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que, si lo consideraba pertinente, rindiera su concepto.

La parte demandada, dentro de sus alegatos de conclusión, reafirmó lo dicho durante todas sus intervenciones respecto de la inexistencia de incumplimiento por

¹⁵ Folio 249 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁶ Folios 258 a 263 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁷ Folio 266 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁸ Folio 268 del cuaderno del Consejo de Estado.

parte de la entidad demandada y del incumplimiento por parte del contratista, así como de la no ocurrencia del rompimiento del equilibrio económico del contrato; adicionalmente afirmó que dentro de este proceso se le endilgó responsabilidad a la Gobernación de Cundinamarca y no al Departamento de Cundinamarca, el cual, como parte del contrato, constituye el centro de imputación jurídica, que no la Gobernación de Cundinamarca, lo que debe conducir a que se profiera un fallo inhibitorio.

Agregó la demandada que un principio fundamental del proceso administrativo es el de justicia rogada, por lo cual el examen que se haga en contra de determinados actos administrativos debe llevarse a cabo de forma concreta frente a los cargos que expresamente determine la parte demandante, no pudiendo el fallador realizar consideraciones adicionales o deducir lo que se pide en la demanda, encontrándose el fallador limitado al concepto de violación formulado, sin que pueda de forma alguna realizar ejercicios interpretativos e inferir cargos no propuestos expresamente, tal y como -aseguró- acontece en el presente caso, pues como lo advierte el *a quo* los cargos de la demanda no se determinaron concretamente.

De otro lado, la parte actora reiteró lo dicho en la demanda y en la sustentación del recurso de apelación y resaltó las razones por las cuales considera que se generó un incumplimiento por parte de la entidad demandada, una falsa motivación en su declaratoria de incumplimiento y las razones que en su concepto generaron un rompimiento del equilibrio económico del contrato.

El Ministerio Público guardó silencio en esta instancia.

II. CONSIDERACIONES.

Para desatar el presente conflicto judicial la Sala analizará los siguientes aspectos: a) la competencia del Consejo de Estado; b) Cuestiones previas: la legitimación en la causa de las partes y el objeto del recurso de apelación y, c) las pruebas recaudadas y su valor probatorio; d) el asunto sometido a examen.

1. Competencia.

Dado que el litigio del cual se ocupa la Sala en esta oportunidad se originó en un contrato estatal¹⁹, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75²⁰ de la Ley 80 de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, y, por tanto, al haberse adoptado un criterio orgánico en la ley, serán considerados contratos estatales todos aquellos que celebren las entidades que gocen de esa misma naturaleza. En tal sentido se ha pronunciado esta Sala:

*“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.**”²¹ (Negrilla fuera del texto)*

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, como lo es en este caso el Departamento de Cundinamarca, por contera habrá de concluirse que los contratos que el mismo celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable²².

¹⁹ Pese que la demanda fue dirigida contra la “Gobernación de Cundinamarca”, el Contrato estatal SOP-16-95 objeto de litigio, fue celebrado entre el Departamento de Cundinamarca, entidad estatal, legalmente representado en la época de su celebración por la Doctora Leonor Serrano de Camargo gobernadora del Departamento y el Consorcio Guillermo Cubillos Tinoco Excavaciones y Cia. Ltda., representado por el señor Guillermo Cubillos Tinoco.

²⁰ Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”*

²¹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa. Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

²² Afirmación que encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato, según este artículo, *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)*

Esta competencia se mantuvo con la expedición de la Ley 1437 de 2011 que en su artículo 104, numeral 2º, preceptuó que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos *“relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”*.

Adicionalmente se señala que esta Corporación es competente en segunda instancia, en tanto la pretensión mayor ascendió a la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$849'648.299.50), suma que para la fecha de la presentación de la demanda resulta ser superior a la entonces legalmente exigida para tramitar el proceso en dos instancias: \$18'850.000 (Decreto 597 de 1988).

2. Cuestiones previas.

2.1. La parte demandante.

En el presente caso la demanda fue presentada por el señor Guillermo Cubillos Tinoco, a través de apoderado judicial, en calidad de representante del Consorcio Guillermo Cubillos Tinoco - Excavaciones Bogotá y Cía. Ltda., y a nombre de este Consorcio.

Con independencia de los debates existentes respecto de la capacidad procesal de los consorcios, se tiene que la Sección Tercera de esta Corporación ha venido sosteniendo desde tiempo atrás que hay lugar a predicar la configuración de un litisconsorcio necesario respecto de los consorcios y de las uniones temporales, en tanto éstos no tienen la calidad de personas jurídicas, de tal manera que el litigio debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que hubieren intervenido en la relación contractual²³.

También ha sostenido la Sala que si bien los consorcios y las uniones temporales carecen de capacidad procesal, sus miembros, a través de mandato, bien pueden otorgar a su representante poder para representarlos para todos los efectos. Así discurrió sobre este tópico:

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 27651, auto del 7 de diciembre de 2005. M.P. Dr. Alier Hernández Enríquez.

“Por consiguiente, cabe precisar que aun cuando no es posible reconocer que los consorcios y uniones temporales tienen capacidad procesal, ello no es óbice para que en el propio documento de constitución del consorcio o de unión temporal o en otro independiente a éste se confiera al representante del consorcio o unión temporal el mandato especial de representarlos judicialmente, mediante el otorgamiento de precisas o amplias facultades que impliquen interponer las acciones judiciales correspondientes y representar a los integrantes en juicio en las controversias que se susciten a propósito de la presentación, adjudicación, celebración y ejecución del contrato estatal; es decir, nada obsta para que en el documento consorcial o de unión se consignen facultades al representante para todas las actuaciones extrajudiciales o judiciales que giren en torno del contrato.”²⁴

En la providencia acabada de citar, se dejó sentado que en el documento de constitución de la Unión Temporal se expresó que la representación lo sería *“para todos los efectos legales”*, por lo cual entendió que éste podía ejercer la representación tanto ante la Administración como ante la Jurisdicción. En efecto, expresó lo siguiente:

“Bajo la anterior orientación jurídica, la Sala observa que, precisamente, la situación descrita fue la que se presentó en este caso, dado que a folios 592 a 594 del cuaderno principal obra copia auténtica del documento de conformación de la Unión Temporal Administración de Recursos Urbanos UT-ARU en el que sus integrantes manifiestan en el mandato conferido sin restricción de ninguna índole y en forma amplia que designan ‘...como representante de la Unión Temporal para todos los efectos legales al Señor LUIS EDUARDO GONZALEZ...’-Subraya la Sala-, quien en tal condición constituyó mediante memorial apoderado judicial para la defensa de los intereses de los miembros de la Unión Temporal en el presente proceso, en el que por vía de acción popular se discute el contrato del cual es ésta parte y que se encontraba en ejecución al momento de interponer aquella, por lo que habrá de entenderse para los efectos judiciales que los mismos se encuentran debidamente representados en el sub lite. (...).

“Norma que traída al caso permite colegir que en el mandato respecto de este negocio en particular se encuentra la facultad de representación judicial, por los términos del acto jurídico en que le fue confiado al mandatario. En efecto, para la Sala la expresión “...para todos los efectos legales...”, utilizada por los miembros de la Unión Temporal, está indicando que por voluntad de los contrayentes de ese negocio jurídico de colaboración (artículos 1618 y ss. del C.C.), la representación de los mismos en relación con los intereses del contrato en los ámbitos judicial o extrajudicial recae en el señor “LUIS EDUARDO GONZALEZ”, dado que esas son las dos esferas “legales” en las que se desenvuelve el contrato en el mundo jurídico.”²⁵

En este caso, el señor Guillermo Cubillos Tinoco fue nombrado como su representante por los miembros del consorcio, mediante documento que se aportó a la licitación y del cual se extrae el siguiente aparte:

*“4. El representante Legal del consorcio es: GUILLERMO CUBILLOS TINOCO, identificado con c.c. No. 80.353.135 de Madrid (Cund) quien está expresamente facultado para firmar y representar la propuesta y en caso de salir favorecido con la adjudicación, **para firmar el contrato y tomar todas las determinaciones que fueran necesarias al respecto, con amplias y suficientes facultades.**” (Negrilla añadidas)*

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, agosto 15 de 2007, radicado AP- 76001-23-31-000-2005-05632-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, agosto 15 de 2007, radicado AP- 76001-23-31-000-2005-05632-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Si bien para el ponente de esta providencia los consorcios y las uniones temporales pueden comparecer a través de sus representantes, por disposición del propio legislador, al margen de la discusión que sobre el tema se presenta en la Sala de Sección y, desde luego, respetando la posición mayoritaria de aquella Sala, se encuentra que, en este caso concreto, el representante recibió *amplias y suficientes facultades* y fue autorizado por los miembros del consorcio para *tomar todas las determinaciones que fueran necesarias* respecto del contrato; así pues, interpreta la Sala que dentro de esas determinaciones relacionadas con el contrato suscrito, perfectamente cabe aquella de demandar a la entidad contratante, en razón de lo cual, en el caso *sub examine* no se presenta una indebida representación de los integrantes del consorcio, por lo cual, no se advierte causal alguna de nulidad procesal -artículo 140 del C. de P.C.- que inhiba a la Sala de estudiar y decidir de fondo el *sub lite*.

2.2. La legitimación en la causa de la parte demandada.

La parte actora, además de solicitar la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales la entidad contratante declaró el incumplimiento del contrato SOP-16-95 y su adicional A.SOP-02-96 y de aquella por medio de la cual los liquidó de forma unilateral, pretendió con la demanda la declaratoria de incumplimiento de la “*Gobernación de Cundinamarca*”.

Además de que interpuso demanda de reconvención en contra del consorcio demandante, el Departamento de Cundinamarca contestó la demanda y durante el proceso se asumió como parte.

Según se expresó, la entidad demandada, mediante el escrito contentivo de los alegatos de conclusión presentado en esta instancia, sostuvo que dentro de este proceso se le endilgó responsabilidad a la Gobernación de Cundinamarca y no al Departamento de Cundinamarca, por lo cual debía proferirse un fallo inhibitorio, dado que el centro de imputación jurídica, como parte del contrato, era el Departamento de Cundinamarca y no la Gobernación.

En efecto, el contrato ahora cuestionado se celebró entre el Departamento de Cundinamarca y el consorcio demandante, lo que, en principio, conllevaría a la negación de las pretensiones por falta de legitimación en la causa, tanto material como procesal, de la Gobernación de Cundinamarca; sin embargo, como se

desprende de las diversas actuaciones surtidas por el Departamento de Cundinamarca a lo largo del proceso, esta entidad entendió que ella era la demandada y como tal se comportó.

Así pues, para la Sala resulta claro que, en este caso, la demanda se dirigió en contra del Departamento de Cundinamarca y por ello no resulta de recibo el argumento expuesto por la entidad en el último momento, a través del escrito contentivo de los alegatos de conclusión presentados en esta instancia, el que resulta contrario a las actuaciones surtidas por la propia entidad a lo largo del proceso y considera la Sala que su acatamiento podría constituirse en una denegación de justicia que resultaría contraria a las prescripciones de la carta política.

2.3. Objeto del recurso de apelación.

Resulta necesario precisar que el recurso de apelación formulado por la parte actora contra el fallo de primera instancia se encuentra dirigido a cuestionar la decisión del a quo, en tanto consideró que éste no tuvo en cuenta las circunstancias que dieron origen al desequilibrio económico, técnico y financiero del contrato, las cuales no resultaban imputables al consorcio contratista.

En relación con la liquidación unilateral sostuvo que el contrato No. SOP-16-95 y su adicional ASOP-02-96 aún no se habían liquidado, por lo cual requieren de liquidación judicial, en la cual se hagan los reconocimientos a los cuales tiene derecho la contratista, según lo probado en el proceso.

Este último argumento planteado en el recurso de apelación no se expuso en la demanda, en la cual se pidió, entre otras pretensiones, la declaratoria de nulidad del acto administrativo por medio del cual se liquidó el contrato, así pues, la Sala no emitirá pronunciamiento alguno.

Conviene recordar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial -en este caso la que contiene una sentencia-, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior

jerarquía funcional que decida sobre los aspectos que se plantean ante la segunda instancia.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia.

Esta Sección ha delimitado el estudio del recurso de alzada a los motivos de inconformidad expresados por el recurrente, como se expresa en el siguiente pronunciamiento:

“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”²⁶.

3. Las pruebas aportadas al proceso.

Los siguientes documentos, debidamente decretados como pruebas, se allegaron al proceso, razón por la cual serán valorados como pruebas válidas²⁷:

- Documentos contentivos del procedimiento administrativo de selección²⁸.
- Acuerdo mediante el cual se conformó el consorcio Guillermo Cubillos Tinoco Excavaciones y Cía. Ltda.²⁹.
- Propuesta presentada por el consorcio Guillermo Cubillos Tinoco - Excavaciones y Cía. Ltda.³⁰.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de abril de 2009, Exp. 32.800, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁷ Si bien algunos de los documentos se allegaron al proceso en copia simple, serán tenidos en cuenta como pruebas válidas, dado que permanecieron en el expediente a lo largo del proceso y respecto de los mismos se surtió el derecho de contradicción, de conformidad con lo decidido en la Sentencia de Unificación de la Sala de la Sección Tercera de fecha 28 de agosto de 2013, expediente 25022, que así discurrió:

“(…), se advierte que el proceso penal fue aportado con la demanda en copia simple, circunstancia que, prima facie, haría invalorable los medios de convicción que allí reposan, no obstante, conforme a los lineamientos legales y jurisprudenciales recientes²⁷, se reconocerá valor a la prueba documental que si bien se encuentra en fotocopia, respecto de la misma se surtió el principio de contradicción.”

²⁸ 104 a 132 y 135 a 201 del cuaderno 5 de pruebas.

²⁹ Folio 408 a 409 cuaderno 7 de pruebas

- Resolución No. 0395 de 31 de agosto de 1995 mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública SOP-14-95³¹.
- Certificación de la aprobación de las garantías del contrato SOP-16-95 por parte del Departamento de Cundinamarca³².
- Contrato de obra No. SOP-16-95³³.
- Acta de iniciación de obra del contrato SOP-16-95 de fecha 7 de noviembre de 1995³⁴.
- Contrato adicional No. ASOP-02-96 de 22 de abril de 1996³⁵.
- Acta de comparecencia y requerimiento al contratista para que cumpla con la ejecución del contrato de fecha 8 de mayo de 1996³⁶.
- Acuerdo bilateral de prórroga de la cláusula quinta del contrato SOP-16-95 de fecha 13 de mayo de 1996³⁷.
- Solicitud del consorcio a la demandada de que le sean reconocidas y pagadas las sumas adeudadas en razón del desequilibrio económico del contrato³⁸.
- Acta No. 1 de suspensión temporal del contrato SOP-16-95 y ampliación de su vigencia, de 18 de junio de 1996³⁹.
- Constancia de reunión realizada por las partes y la interventoría del contrato, en la cual se estudió la posibilidad de liquidar el contrato suscrito, en virtud de las pocas condiciones económicas y la baja capacidad operativa de la firma contratista⁴⁰.

³⁰ Folio 406 a 541 del cuaderno 7 de pruebas

³¹ Folio 133 a 135 cuaderno de pruebas 5.

³² Folio 94 cuaderno de pruebas 5

³³ Folio 116 a 120 cuaderno 5 de pruebas.

³⁴ Folio 88 cuaderno de pruebas 5

³⁵ Folio 356 a 357 cuaderno 5 de pruebas.

³⁶ Folio 66 cuaderno 5 de pruebas.

³⁷ Folio 57 a 58 cuaderno 5 de pruebas.

³⁸ Folio 76 a 79 cuaderno 5 de pruebas.

³⁹ Folio 327 a 328 cuaderno de pruebas 5

⁴⁰ Folio 15 a 16 del cuaderno 5 de pruebas.

- Oficio No. 000787 de 12 de noviembre de 1996 emanado del Secretario de Vías del Departamento de Cundinamarca y dirigido al representante del consorcio, a través del cual le negó la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato⁴¹.
- Resolución número 01831 de 12 de noviembre de 1996, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contratista y se impuso una multa⁴².
- Recurso de reposición contra la Resolución No. 01831 de 12 de noviembre 1996, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contratista y se impuso una multa⁴³.
- Resolución No. 00221 de 21 de febrero de 1997, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 01831 de 12 de noviembre de 1996⁴⁴.
- Edicto de notificación de la Resolución No. 00221 de 21 de febrero de 1997⁴⁵.
- Resolución No. 02396 de 13 de noviembre de 1997, emanada del Gobernador de Cundinamarca, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato SOP-16-95⁴⁶.
- Informe del estado de la obra elaborado por la interventoría del contrato, de fecha 9 de enero de 1997, en el que expresó que ésta había sido abandonada por el contratista desde el 18 de agosto de 1996⁴⁷.
- Constancia de la no asistencia del representante legal del consorcio para suscribir el acta de liquidación bilateral del contrato SOP-16-95 de fecha 13 de mayo de 1997⁴⁸.
- Poder otorgado por el Representante del consorcio Guillermo Cubillos Tinoco Excavaciones Bogotá y Cía. Ltda.⁴⁹.

⁴¹ Folio 5 a 7 cuaderno 5 de pruebas.

⁴² Folio 338 a 343 cuaderno 5 de pruebas.

⁴³ Folio 312 a 318 cuaderno 5 de pruebas.

⁴⁴ Folio 283 a 289 cuaderno 5 de pruebas.

⁴⁵ Folio 269 cuaderno 5 de pruebas.

⁴⁶ Folio 242 a 246 cuaderno 5 de pruebas.

⁴⁷ Folio 344 a 345 cuaderno 5 de pruebas.

⁴⁸ Folio 267 cuaderno 5 de pruebas.

3.4 Prueba testimonial.

El Tribunal Administrativo a quo, recibió los testimonios de los señores Helver Parra Rodríguez, Milton Hugo Garzón y Alberto Arias Salazar⁵⁰.

3.5 Prueba pericial:

Dictamen pericial rendido por los peritos Hernán Hermida Izquierdo y Hermes García Blanco⁵¹.

4. El asunto sometido a examen.

4.1. Los fundamentos de derecho de las pretensiones.

Como se ha mencionado, en el presente caso se solicitó la nulidad de las Resoluciones números 01831, del 12 de noviembre de 1996 y 00221 del 21 de febrero de 1997, mediante las cuales se declaró y se confirmó, respectivamente, la declaratoria de incumplimiento de los contratos SOP.16.95 y A SOP.02.96; también se pidió la declaratoria de nulidad de la Resolución número 02396, por medio de la cual la entidad liquidó unilateralmente los mencionados contratos; adicionalmente solicitó la declaratoria de incumplimiento de la entidad y la respectiva indemnización de perjuicios.

En cuanto a las pretensiones relativas a la anulación de los actos administrativos demandados, resultaba imperativa la necesidad de citar por parte del demandante, en su escrito de demanda, tanto las normas que consideraba violadas como el concepto de su violación, de conformidad con los dictados del numeral 4 del artículo 37 del C.C.A., vigente para la época de presentación de la demanda.

Respecto de la necesidad de indicar las normas violadas y concretar el concepto de la violación, la doctrina ha expresado lo siguiente:

“[en] el actual código administrativo (adoptado mediante el dec. 01 de 1984), (...) empezó a distinguirse la fundamentación jurídica en función de la clase de acción intentada; o sea, en las de impugnación o de reclamación. Esto se desprende del nl. 4 del art. 137 del c.c.a., que a la letra dice:

⁴⁹ Folio 1 a 2 del cuaderno de Consejo de Estado.

⁵⁰ Folio 629 a 636 del cuaderno 7 de pruebas.

⁵¹ Cuaderno 6 de pruebas.

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

[...]

“4) Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”. (negritas fuera del texto)

“Como se infiere de esta norma, de ella se extraen las dos perspectivas mencionadas y esa fue la intención del legislador. En primer término, hace la apertura hacia el postulado *iura novit curia* de aplicación general para todas las acciones contencioso administrativas de reclamación; y en segundo, la regla de justicia rogada para las dos impugnaciones de actos administrativos; con la obligatoriedad para éstas de la cita de las normas infringidas y del concepto de violación, como presupuesto condicionante de la competencia funcional del juzgador.

(...)

“(…) hoy sigue vigente la exigencia de la cita de la normatividad que se estima infringida, con el concepto de violación correspondiente, como requisito de toda demanda en la cual esté involucrado un acto administrativo cuya nulidad se pretende, sea de carácter general o particular; ya que el actor, so pena del rechazo de la misma, deberá someterse al formalismo de la ley, lo que en el fondo se traducirá en un fallo de “legalidad restringida”, circunscrito a lo que el actor voluntariamente enunció en su demanda. Se habla de “legalidad restringida”, concepto no querido por el legislador, y que no armoniza con la filosofía que debe orientar en un Estado de Derecho el ejercicio de las acciones públicas; en las que se busca primordialmente el mantenimiento del orden jurídico abstracto y no la satisfacción de intereses particulares.

(...)

“Con todo, se observa que el rigor que se da frente a las acciones que giran en torno a los actos administrativos se quiebra en el actual código en relación con las demandas propias de las acciones de reclamación, puesto que en éstas el requisito “fundamentación jurídica” se cumplirá simplemente “indicando los fundamentos de derecho de las pretensiones”, sin ningún formalismo especial.

“En otras palabras, en estas acciones, vgr. las de reparación directa, algunas contractuales, las de repetición y las de rango constitucional (tutela, cumplimiento, populares, de grupo, desinvestidura de Congresistas), como señala la doctrina, ese requisito no difiere del exigido en el código de procedimiento civil para las controversias que se siguen ante la justicia ordinaria (art. 75 ord. 7 del c. de p. c.); en el cual, tal como sucede con el enunciado inicial del nl. 4 del art. 137 del c.c.a., (los fundamentos de derecho de las pretensiones), ha dicho que basta que el actor haga la explicación de sus razones jurídicas, con cierta libertad, apoyado en citas de la doctrina o de la jurisprudencia, en el enunciado simple de la ley, o en conceptos de juristas especializados, etc. para que se tenga como satisfecho dicho requisito.

“Aunque parezca un poco exagerado, en la fundamentación jurídica de estas demandas, como las que se ventilan ante la jurisdicción civil, tiene mayor importancia la formulación misma de los hechos que hace el actor, que la normatividad que quiere éste que se le aplique. Porque en estas acciones el juez aplicará el derecho en función de los hechos debidamente probados que lo permiten. Al fin de cuentas, aquí juega el principio *iura novit curia*, según el cual el juez conoce la ley vigente y deberá aplicarla así no haya sido invocada por la parte demandante en el libelo. Por eso se entiende también que en estas mismas acciones el juez maneje, implícitamente, el postulado: **“Dadme los hechos que yo os daré el derecho”**. Frente a estas demandas de reclamación, la cosa juzgada, como se verá luego, también es similar a la que se da frente a las sentencias de la justicia ordinaria.”⁵²

⁵² BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Medellín: Editorial Señal Editora. 2009. Pág. 278-281.

La jurisprudencia de la Sala se ha referido al tema en los términos que *in extensum* se transcriben a continuación, dada la pertinencia de incluir el concepto de violación en los casos en que se requiere demandar la nulidad de los actos:

“I. La acción intentada. - Es claro que la acción que se ejerció con los propósitos definidos en las pretensiones es de naturaleza contractual, es decir, de aquellos que consagra el art. 87 del C.C.A.; se constata, igualmente, que, en la demanda, se acumularon dos clases de pretensiones, perfectamente acumulables, a saber: Las dos primeras tendientes a dejar sin validez las resoluciones 17422/91 y 3017/92, expedidas por el Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por cuya virtud se declaró el incumplimiento del contrato No. 7189 que tenía celebrado con la Sociedad demandante, se ordenó su liquidación y se dispuso hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (pretensión primera) y a que se declarase que la actora no estaba en la obligación de hacer pago alguno en razón de dicha cláusula o a que se ordenase la devolución de cuanto hubiere pagado por ese concepto (pretensión segunda).

“Las dos siguientes persiguen que se declare la responsabilidad del Fondo Aeronáutico Nacional en cuanto, al no contar con las obras preliminares necesarias, el contratista debió prolongar la ejecución de la obra en 9.1/2 meses (pretensión tercera), circunstancia que supuso sobrecostos que está reclamando en la demanda (pretensión cuarta).

“Es importante precisar los dos bloques de pretensiones por cuanto obedecen a causas distintas: las dos primeras se originan en un acto administrativo unilateral de naturaleza contractual mientras que las dos últimas tienen su fuente en hechos que la demandante imputa al demandado.

“Ese motivo-en cuanto a la demanda concierne-determina que la exigencia del ordinal cuarto del art. 137 del C.C.A. se cumpla de manera diferente, según que la pretensión tenga origen en actos administrativos o en hechos de las partes.

“En efecto, si las pretensiones toman como fundamento los hechos de las partes, la carga procesal del actor quedará satisfecha con la simple invocación de los fundamentos de derecho, pues, en esta materia tiene pleno vigor el principio conocido como iura novit curia, según el cual, es deber del juez la aplicación de las normas que corresponda para los hechos que le presentan las partes y que se prueban en el proceso.

“Más exigente es la tarea del demandante cuando de la impugnación de actos administrativos unilaterales, se trata.

“En ese evento deberá indicar las normas que estima violadas y el concepto de su violación, exigencia que se estima normal si se considera que el juez administrativo, en principio, no ejerce un control general de legalidad del acto administrativo institución que, por lo demás, está revestida de ciertos privilegios tales como las presunciones de legalidad y de veracidad que, si bien son desvirtuables, dicha tarea corresponde al actor para lo cual debe establecer las normas con las cuales desea que el Juez confronte el acto cuestionado y las razones de incompatibilidad que encuentra entre los extremos a compararse.

“Este marco conceptual previo resulta indispensable para la solución de este caso, por cuanto en el sub lite, la sociedad actora desistió de las pretensiones tercera y cuarta, razón por la cual el proceso quedó reducido a la petición de nulidad de las resoluciones No. 17422 del 27 de septiembre de 1991 y 3017 del 31 de marzo de 1992, por medio de las cuales el Director del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil declaró el incumplimiento del contrato No. 7189 de 1990 suscrito entre las partes e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, y a los restablecimientos solicitados por el actor según quedó descrito antes para las pretensiones primera y segunda.

“II. Tal ocurrencia significó que la pretensión se concretó a la impugnación de un acto administrativo contractual con la reparación o restablecimiento consiguiente.

“Lo dicho no desvirtúa por supuesto, la naturaleza de la acción intentada, pues, como de tiempo atrás, lo han sostenido la doctrina y la jurisprudencia nacionales, la acción

procedente frente a los actos contractuales, que se expiden con posterioridad a la celebración del contrato, es la contractual prevista por el art. 87 del C.C.A.

“La misma concepción fue acogida por la ley 80 de 1993 (art. 77) y por la ley 446 de 1998 (art. 32).

“Sin embargo, la circunstancia de que el acto administrativo impugnado tenga carácter contractual y que la acción incoada revista idéntica naturaleza no significa que resulte inaplicable la exigencia contenida en el ordinal 4º del art. 137 del C.C.A. que prescribe:

‘Art. 137. Contenido de la demanda.-Toda demanda ... contendrá:

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

“III. Obsérvese que, en cuanto a esta providencia interesa, la disposición contiene dos partes perfectamente definidas como se dejó establecido al comienzo de estas consideraciones.

“La primera, vale decir, la atinente a ‘los fundamentos de derecho de las pretensiones’, es una exigencia genérica que cumple el actor con la simple mención de los mismos pues, por virtud de la aplicación del *lura novit curia*, será el Juez el encargado de proveer el derecho aplicable.

“Este precepto tiene cabida cuando quiera que, con las pretensiones, no se impugnan actos administrativos unilaterales porque, de ser así, será menester que el actor determine las normas que, estima violadas y el concepto de violación, razones estas con las cuales cree que puede desvirtuar las pretensiones de legalidad y veracidad que amparan el acto.

“(…)

“No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha dicho que, entrándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el Juez Administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.⁵³

“Se hacen estas precisiones, porque en el sub examine, la demandante afirma que se transgredieron los artículos 6º de la ley 19 de 1982, 20 y 21 del Decreto 222 de 1983, normas que hacían referencia a la modificación de los contratos en razón del interés público, su modificación unilateral y el desistimiento de los mismos. Es claro que estas disposiciones, tal y como lo advierte el Juez de primera instancia, constituían fundamento de derecho suficiente de las pretensiones tercera y cuarta, relacionadas con el reconocimiento del sobrecosto por mayor permanencia en la obra, de las cuales desistió el actor, pero jamás de las peticiones primera y segunda (relativas a la nulidad de los actos acusados), que, de esta manera, quedaron sin fundamento de derecho, pues las disposiciones arriba mencionadas nada tienen que ver con la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que motivó los actos acusados.

“(…)

“Como lo advierte el Tribunal, ‘el fallador carece de elementos de juicio que le permitan confrontar el acto con las disposiciones legales pertinentes para establecer así la posible violación de las mismas que desvirtúe la presunción de legalidad, lo cual conduce a un fallo inhibitorio, por encontrarse probada la excepción de ineptitud formal de la demanda’.

“Más aún: de no haberse operado el desistimiento de las pretensiones tercera y cuarta, es decir, si, en este momento final del proceso, debiera el fallador pronunciarse sobre la totalidad de la demanda, no hay duda de que debería resolver en el fondo dichas pretensiones porque, respecto de ellas, se cumplía plenamente la exigencia procesal

⁵³ Cita original de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre 16 de 1999, radicado 12242, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: Sentencia de constitucionalidad C-197, abril 7 de 1999.

indicada, pero abstenerse de hacerlo respecto de las dos primeras dado que el juzgador nunca pudo saber del porqué de la impugnación.”⁵⁴ (negrillas por fuera del original)

La jurisprudencia de la Corporación se ha pronunciado acerca de la importancia de hacer expreso el concepto de violación de los actos administrativos demandados, como un mecanismo para preservar los principios de congruencia, de defensa y de contradicción:

“A pesar de que también se impugnaron las demás normas del acto acusado la Sala no las analizará, en la medida en que no se explicó el concepto de su violación. No puede el juzgador-sin infringir sus competencias-entrar a evaluar la eventual violación de normas superiores que no fueron indicadas como violadas junto con su respectivo concepto de violación, tal y como lo ordena el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A.

*“La disposición en cita debe tomarse conjuntamente con el **principio de congruencia** previsto en el artículo 170 eiusdem y desarrollo del principio general del derecho procesal de **consonancia**⁵⁵, contenido en artículo 305 del C. de P. C., modificado por el artículo 1º numeral 135 del decreto 2282 de 1989, por cuya virtud, la decisión final del juzgador debe resultar armónica y concordante con las pretensiones formuladas en la demanda, pues en toda decisión que ponga fin a un litigio debe existir una rigurosa adecuación entre lo pedido y lo resuelto, o lo que es igual, una perfecta simetría entre el objeto de la controversia y la decisión judicial que le pone fin a la misma.⁵⁶*

*“El numeral 4º del artículo 137 del C.C.A. a cuyo tenor '[c]uando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación' prevé sin duda un **presupuesto formal de la demanda**, exigencia normativa que, como ha señalado la jurisprudencia, al mismo tiempo demarca para el demandado el terreno de su defensa y delimita los estrictos y precisos términos del problema jurídico puesto en conocimiento del juzgador y, por ende, el campo de decisión del mismo⁵⁷.*

“(…)

*“Por manera que en el terreno de la justicia administrativa, orientada por el **principio dispositivo**, el juzgador-tal y como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia-requiere para hacer su pronunciamiento de la individualización de las peticiones anulatorias, debidamente apoyadas en las razones de derecho contentivas del concepto de la violación que a juicio del actor conduzcan a la invalidación del acto administrativo atacado. En otras palabras, el fallador está impedido para estudiar temas y para pronunciarse sobre puntos que no fueron planteados y sustentados por el actor, en el escrito de demanda⁵⁸.*

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre 16 de 1999, radicado 12242, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁵⁵ Cita original de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 7 de 2009, radicado 18509, C.P. Ruth Stella Correa Palacio: Imperativo legal, como anota Devis Echandía, relacionado con el debido proceso (art. 29 C.N.) y el valor de la cosa juzgada. (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I, Decimotercera edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994, p. 57).

⁵⁶ Cita original de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 7 de 2009, radicado 18509, C.P. Ruth Stella Correa Palacio: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Auto de 16 de marzo de 2005, Rad. 27921, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁷ Cita original de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 7 de 2009, radicado 18509, C.P. Ruth Stella Correa Palacio: Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia del 30 de julio de 1993, Exp. 2262, C.P. Yesid Rojas Serrano y SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de junio de 2000, Rad. 11121, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁵⁸ Cita original de Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia 12 de septiembre de 1996, Rad. 3580, C.P. Manuel S. Urueta.

“En tal virtud, en tratándose de las acciones que tienen por objeto ejercer un control de legalidad de los actos administrativos, el accionante al formular la causa petendi tiene la carga procesal ineludible de enunciar en forma puntual y específica las normas que estima infringidas lo mismo que el concepto de la violación, habida consideración que el control asignado al contencioso administrativo no reviste, en estos casos, un carácter general, sino que, por el contrario, se encuentra estrictamente delimitado por los aspectos que el actor le solicite sean revisados.

“O lo que es igual, la demanda demarca el debate judicial y-por contera-el juez no está facultado para estudiar preceptos diferentes de aquellos que se adujeron en la demanda, de no ser así, ha dicho la jurisprudencia ‘se violaría el derecho constitucional de defensa y contradicción que ampara a todo demandado, al resolver el conflicto con base en un punto de derecho que no fue invocado ni debatido’⁵⁹.

“De cuanto antecede se concluye que la Sala no hará pronunciamiento alguno de fondo en torno de los demás preceptos del decreto acusado y por lo mismo se inhibirá parcialmente por inepta demanda⁶⁰.”

En el texto de la demanda de la cual se ocupa la Sala en esta oportunidad se observa una relación de normas que la parte actora consideró vulneradas, todas ellas relacionadas con la declaratoria de incumplimiento, sin que se hubiere hecho expreso el concepto de violación y en cuanto a la Resolución 02396 de noviembre 13 de 1997, por medio de la cual la entidad liquidó unilateralmente los contratos, además de que no se indicaron las normas que se habrían vulnerado, tampoco se expresó concepto alguno de violación.

Así pues, aunque se lograren deducir cargos de ilegalidad respecto de los actos administrativos contentivos de la declaratoria de incumplimiento, como lo hizo el Tribunal Administrativo a quo, se encuentra que la legalidad del acto administrativo por medio del cual los contratos celebrados fueron liquidados de manera unilateral, se mantiene incólume, sin que resulte legalmente posible entrar a revisar las reclamaciones solicitadas por el actor, por cuanto la validez de las decisiones contenidas en la liquidación, si bien fue cuestionada, no se esgrimieron las normas y el concepto de violación, en los cuales debía sustentarse su ilegalidad.

4.2. Improcedencia de la acción contractual que persigue la nulidad de actos administrativos expedidos con ocasión de la ejecución del contrato o la declaración autónoma del incumplimiento cuando existe un acto administrativo de liquidación unilateral del contrato.

⁵⁹ Cita original de Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 17 de agosto de 2000, Rad. 12640, C.P. Alier Hernández Enríquez.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 7 de 2009, radicado 18509, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Como antes se expresó, la validez de las decisiones contenidas en la liquidación no fue cuestionada, en tanto no se expusieron las normas y las razones por las cuales el acto administrativo se encontraría viciado de nulidad; así pues, no resulta jurídicamente viable para el contratista, que de tal manera ha de entenderse se debe atener a la validez del acto de liquidación, entrar a cuestionar actos administrativos expedidos antes de la liquidación, como tampoco invocar el incumplimiento del contrato como pretensión autónoma cuando la entidad pública contratante ha liquidado unilateralmente el negocio jurídico.

Una vez la entidad pública contratante liquida de forma unilateral el contrato, según lo definido por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, resulta necesario buscar la anulación del acto administrativo de liquidación, so pena de que la acción devenga improcedente por ineptitud formal de la misma.

En el caso *sub examine*, aunque la parte actora solicitó la nulidad de los actos administrativos contentivos de la declaratoria de incumplimiento y también que se declare el incumplimiento del contrato, lo cierto es que ante la existencia del acto administrativo de liquidación unilateral, era necesario que se demandara, desde luego con el lleno de los requisitos legales, la nulidad de dicho acto administrativo; en caso contrario, la acción resulta improcedente por ineptitud formal.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que una vez liquidado unilateralmente el contrato, sólo es viable su controversia a través de la solicitud de nulidad de los actos administrativos que la hubieran adoptado. En ese sentido, esta Sección ha puntualizado:

“(...) una vez media el acto de liquidación unilateral la única forma de controvertir aspectos relacionados con la celebración o ejecución del contrato estatal es mediante el levantamiento del velo de legalidad de que goza el acto administrativo que contiene la misma, circunstancia que torna exigente, como lo ha señalado esta Corporación, la formulación de la causa petendi y el fundamento jurídico de la responsabilidad, pues será requisito sine qua non deprecar la declaratoria de ilegalidad total o parcial del acto que contiene la liquidación así como la indicación y el desarrollo del concepto de la violación en el que se apoya la censura respectiva.”⁶¹

Con igual fundamento, en anterior providencia la Sala ya había sostenido⁶²:

“Se hace el recuento precedente para entender el sentido de los siguientes hitos jurisprudenciales ya reiterados:

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010; Consejero ponente: Enrique Gil Botero; Radicación número: 16941.

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de septiembre de 1998; Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández; Radicación número: 11617.

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

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

c) Si el acta se suscribe con salvedades, el debate jurisdiccional será posible, pero sólo en lo que fue materia de desacuerdo. En este evento, no habrá que pedir la nulidad del acta respectiva. Se entiende sí que en lo que no hubo desacuerdo el acta permanecerá intangible.

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

Como lo ha expresado la Jurisprudencia de esta Subsección, la exigencia de demandar y probar la nulidad de la liquidación unilateral no se trata de un asunto meramente formal:

“No es un asunto meramente formal que la Jurisprudencia y la doctrina adviertan al contratista que demanda la reparación del perjuicio derivado de un contrato ya liquidado, el deber de invocar en la demanda misma la nulidad del acto de liquidación y el de sustentar la causa de tal nulidad. En el punto siguiente de esta sentencia se especificará en detalle el fundamento conceptual de esta Jurisprudencia, pero no sobra pronunciarse sobre el acervo probatorio evaluado, para corroborar la importancia de esta posición en la administración de justicia sobre el Contrato 1099 cuyo incumplimiento se demandó. Sucede en este caso que en la liquidación del contrato se generó un saldo a favor de la Administración por valor de \$43'498.404 suma que, según el acta, debía reembolsar el contratista por concepto de anticipo por amortizar. Como el contratista demandante enfocó su acción a exigir en forma autónoma un perjuicio por la terminación del contrato, obtuvo un dictamen pericial del perjuicio, -al que la Sala se refiere para este propósito sin entrar a especificar las falencias probatorias advertidas en los recibos de caja utilizados como fuentes documentales del cálculo- en la suma de \$50'556.050, dictamen en el que los peritos de acuerdo con el cuestionario que se les impone dentro del marco procesal, no incluyen el análisis de las cifras del acta de la liquidación y el efecto financiero del anticipo no invertido en obra, del que gozó el contratista. De esta manera, si el Tribunal estimara apta la demanda presentada sobre el incumplimiento contractual sin incluir el acto de liquidación del contrato, y diera curso a una decisión, tendría que limitarse a la causa petendi planteada por el accionante, caso en el cual escindiría la realidad financiera del contrato de obra cuya controversia evalúa y llegaría a administrar justicia prevaleciendo la pretensión del accionante, que con su acción, limitaría al Juzgador para conocer y pronunciarse sobre la situación contractual en forma integral. Por ello, no debe permitirse la autonomía de la acción contractual de incumplimiento cuando existe un acto administrativo de liquidación unilateral del contrato.

“Sobre el análisis de las pruebas incorporadas al proceso se confirma claramente cómo la pretensión incompleta del accionante encasilla la acción del Tribunal y por ende viola el derecho de defensa de la Administración demandada. Así las cosas, para la Sala resulta totalmente pertinente declarar la ineptitud de la demanda, como lo hizo el Tribunal.”⁶³

Así pues, dado que la parte actora no cumplió con el requisito de demandar en debida forma el acto administrativo contentivo de la liquidación unilateral, la Sala

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de noviembre 7 de 2012, Expediente 25915, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

revocará la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo a quo y, en su lugar, declarará la ineptitud sustantiva de la demanda.

5. Costas.

Dado que para el momento en que se dicta el presente fallo el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna actuó de esa forma, 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: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día 21 de mayo de 2003, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineptitud sustantiva de la demanda.

TERCERO: INHIBIRSE para tomar decisión de fondo.

CUARTO: Sin condena en costas.

En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA