

ACTA DE LIQUIDACIÓN – Constancia de salvedades

En primer lugar es necesario precisar que para tener éxito en las pretensiones de la demanda, es requisito sine quanon que las partes hayan dejado constancia expresa, en el acta de liquidación del contrato, de las inconformidades que pudieron resultar durante su ejecución [...] las salvedades que se consignen en el acta de liquidación tendrán como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar en el futuro ante la autoridad judicial el cumplimiento de aquellas obligaciones que a su juicio hubieren quedado pendientes o impagadas durante la ejecución del contrato, razón por la cual deben ser claras y concretas

ACTA DE LIQUIDACIÓN – Objeciones – Salvedades – Deben constar de forma clara

Ha de entenderse que la exigencia de que en el acta de liquidación bilateral se consignen de manera clara y concreta las salvedades u objeciones - como presupuesto del petitum de una eventual demanda- hace referencia a aquellos hechos o situaciones que se conocían o que, razonablemente, se podían conocer al momento de suscribir el acta, toda vez que tal exigencia no se presenta cuando se trata de formular reclamaciones respecto de circunstancias posteriores, desconocidas o imposibles de conocer al momento de suscribir el acta. [...] resulta importante aclarar en esta ocasión, como anteriormente lo ha hecho la Sala, que las observaciones o salvedades a la liquidación bilateral no se constituyen en un requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción, pero sí resultan ser un presupuesto de orden material en el marco de la legitimación en la causa por activa, en orden a lograr la prosperidad de las pretensiones

DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Modificación de circunstancias – Incidencia en los costos del contrato

La Jurisprudencia de esta Sala ha sido reiterativa en afirmar “que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso. Aplicando el postulado anterior al caso de autos, se tiene que en este caso, tal como lo entendió el a-quo, no existe en el proceso ninguna prueba que acredite este perjuicio, ni siquiera obra copia de certificación alguna que por lo menos indique la cantidad de maquinarias y personal que dispuso el contratista para el cumplimiento de su obligación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00924-01(24162)

Actor: CONSORCIO SUMAPAZ

Demandado: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA Y OTROS

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el diez (10) de septiembre de 2002, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la acción contractual de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

Mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 20 de abril de 1999¹, el Consorcio Sumapaz - conformado por las firmas Fahesa Asesorar y Construir Ltda., y el Ingeniero Oscar Fernández Torrente -, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, formuló demanda en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá – Fondo de Desarrollo Local de Sumapaz – Alcaldía Local de Sumapaz, con el objeto se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. - *“Declarar que entre la Alcaldía Local de Sumapaz – Fondo de Desarrollo Local – Distrito Capital de Santafé de Bogotá y el Consorcio Sumapaz, conformado por la firma Fahesa Asesorar y Construir Ltda., y el Ingeniero Oscar Fernández Torrente, se celebró el Contrato de Obra Pública No 050-FDLS-97, suscrito el día 29 de diciembre de 1997, sometido al régimen de contratación estatal, ejecutado en su totalidad por el consorcio contratista.*

1.2.- *Que como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad del Acta de Liquidación Final del Contrato, suscrita el 22 de enero de 1999, dentro del Contrato de Obra Pública No 050-FDLS-97, entre la entre la Alcaldía Local de Sumapaz – Fondo de Desarrollo Local – Distrito Capital de Santafé de Bogotá y el Consorcio Sumapaz, entre la Alcaldía Local de Sumapaz – Fondo de Desarrollo Local – Distrito Capital de Santafé de Bogotá y el Consorcio Sumapaz, con observaciones presentadas por el Consorcio al momento de su firma, en relación*

¹ Folios 5 a 22. C. 1.-

con su inconformidad atinente a situaciones de hecho imputables a la administración, que originaron durante su ejecución alteraciones de la ecuación financiera, en perjuicio del consorcio constructor, y que la administración se ha negado sistemáticamente a reconocer.

1.3.- En forma consecucional, se condene a la entidad contratante, a cancelar a la demandante, la suma de \$ 437.978.481.00 (valor que ha de ser actualizado al momento de la sentencia y pago definitivo), por concepto de las obligaciones económicas derivadas del contrato No 050-FLDS 97, que son la resultante de la alteración financiera del contrato, por causas imputables a la entidad contratante, a título de indemnización de perjuicios, definidos en el numeral 3º y siguientes del capítulo de hechos del escrito de demanda.

1.4.- Las anteriores sumas, deberán ser canceladas por la entidad demandada, en la forma y términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

Los demandantes narraron en síntesis, los siguientes hechos:

2.1. La Alcaldía Local de Sumapaz por intermedio del Fondo de Desarrollo Local, abrió la licitación No 002-1997 para la construcción de las vías San Juan – el Toldo – San Antonio – Santo Domingo – Capitolio y la pavimentación de la vía Chisacá – San Juan, en la localidad de Sumapaz.

2.2. La licitación en referencia le fue adjudicada al Consorcio Sumapaz, conformado por las firmas Fahesa Asesorar – Construir Ltda., y Oscar Fernández Torrente.

2.3. El 29 de diciembre de 1997, la Alcaldía Local de Sumapaz – Fondo de Desarrollo Local de Sumapaz y el Consorcio Sumapaz, suscribieron el contrato de obra pública No 050-FDLS 97, por valor de \$ 223.314.847.50, y un plazo de 120 días.

2.4. El 22 de enero de 1999, las partes suscribieron el acta de liquidación del contrato. Según la parte actora, en el acta de liquidación del contrato la parte actora dejó unas observaciones sobre su inconformidad en el proceso contractual,

indicando que durante el tiempo de ejecución del contrato se “originaron alteraciones de la ecuación financiera en perjuicio del consorcio constructor”, tales como: “Sobreacarreo de materiales, modificación sustancial de las cantidades de obra tales como recebo compactado, conformación de terraplenes y transporte de material de excavación y/o derrumbes. Stand by y sobrecostos por equipos y por personal. Sobrecostos por permanencia.”

2.5. Igualmente afirma que, el consorcio contratista se vio afectado por el rompimiento del equilibrio financiero del contrato de obra mencionado, alegando como razones de este hecho, supuestas deficiencias en el proceso licitatorio por falta de especificación y claridad en los diseños, precisión en los pliegos de condiciones, mayor permanencia del contratista en la obra, modificación en las cantidades de obras ejecutadas, entre otros factores.

3.- Actuación Procesal

3.1.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, por auto de 18 de mayo de 1999,² admite la demanda, dispone la notificación personal al señor Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá y al Agente del Ministerio Público, ordena la fijación en lista y reconoce personería al apoderado judicial de la parte demandante.

3.2.- Por auto de fecha 16 de diciembre de 1999³, se abre el periodo probatorio y el 17 de octubre de 2001, se corre traslado a las partes para que aleguen de conclusión.⁴

3.2.1.- La parte demandante en escrito presentado el 02 de noviembre de 2001⁵, alega de conclusión diciendo que “(...) *Obran en el expediente los documentos y medios probatorios necesarios para demostrar a cabalidad la actitud diligente asumida por el contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, así como el incumplimiento de la entidad demandada, en su obligación de elaborar los estudios técnicos necesarios para la correcta ejecución del contrato No 050-FDLS 97, así como en su función de mantener la equivalencia de condiciones en la*

² Folio 25. C. 1.

³ Folios 43 y 44, ib.

⁴ Folio 89, ib.

⁵ Folios 90 a 94, ib.

ejecución del contrato, lo cual acarrió la producción de cuantiosos perjuicios al contratista en razón a la actitud negligente e imprudente de la administración.

En efecto, vemos como los peritos determinaron, con base en el estudio realizado a los documentos obrantes en el expediente, las causas que generaron los sobrecostos (Sobreacarreo de agregados para el concreto; Sobrecostos en equipos por disminución de cantidades de recebo y terraplenes; Sobrecostos en equipos por disminución de acarreos; Pérdida por inactividad de personal; pérdida por inactividad y mayor permanencia de equipos) y la mayor permanencia, injustificados para el contratista en la obra, así como los efectos que estas circunstancias generaron para el presupuesto programado por el contratista en la oferta inicialmente presentada, para concluir el valor real y actual de los perjuicios causados a la sociedad demandante en la ejecución de dicho contrato.

“(...)”

3.2.2.- La parte demandada guardó silencio.

4. Contestación de la demanda

Oportunamente la entidad demandada, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda. Con relación a los hechos aceptó unos y negó constarle otros, los cuales deben ser probados por el actor. Considera la parte demandada, entre otras razones, que *“...en el caso que nos ocupa...se surtió normalmente el proceso de liquidación, el cual culminó con la firma del acta correspondiente por las partes involucradas en el Contrato y por el Interventor Externo. En el acta de liquidación...se hicieron constar de manera concluyente todos los aspectos que son propios y pertinentes a ese tipo de diligencias, tales como: Valor del contrato, plazo, fecha de iniciación, prórrogas concedidas, fecha de terminación, pólizas de garantías, anotando sus vigencias, y, lo más importante para el caso que nos ocupa, el balance económico, contable o financiero del contrato.*

Este último aspecto quedó concluyentemente establecido, comoquiera que se tuvieron en cuenta todos los aspectos pertinentes, como fueron la consolidación de las actas parciales, los ajustes a que hubo lugar y, finalmente, en el punto 5º se

totalizó el Balance del Contrato, consagrando una NOTA que reza textualmente: “El valor adeudado al contratista a la fecha de la presente acta es la suma de \$ 33.346.651.31.

El contratista mencionó a manera de observaciones o motivos de inconformidad con la liquidación, una serie de ítems a los que en manera alguna asignó valores y que hoy motivan su demanda...”⁶.

5.- La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “B”, en sentencia proferida el 10 de septiembre de 2002⁷, denegó las pretensiones de la demanda.

El a quo, luego de relatar los antecedentes del proceso, de analizar el material probatorio existente en el proceso, fundamenta su fallo diciendo que “(...) *En su primera pretensión, la parte actora solicita que “se declare que entre la Alcaldía Local de Sumapaz – Fondo de Desarrollo Local de Sumapaz – Distrito Capital de Santafé de Bogotá, y el Consorcio Sumapaz...se celebró el contrato de obra pública No 050-FDLS-97...”*, pretensión que resulta a todas luces ineficaz o innecesaria, pues no se discute y no hay duda alguna respecto a la relación contractual que existió...tal como se constata fácilmente con el escrito del referido contrato obrante a folios 1 a 11 del cuaderno de pruebas.

“(...)

2.1. Sobreacarreo de material:...es preciso indicar, que si bien es cierto este factor no fue señalado en el pliego de condiciones, corresponde al proponente contratista incluir este factor dentro de los precios ofrecidos a la Administración, así como ubicar dentro del estudio previo a la ejecución de las obras, las fuentes de materiales cercanas a estas, previendo los costos que representaba su transporte o compra.

⁶ Folios 35 a 39, ib.

⁷ Folios 102 a 111. C. 2ª instancia.

Debe indicarse también, que con la sola presentación de su propuesta, se presumía que el consorcio demandante conocía el escenario de los trabajos, que había examinado completamente los diferentes documentos de la licitación...por lo tanto, no puede ahora excusarse la parte actora en su propia negligencia y falta de planeación, estudios y costos adecuados, para reclamar por los posibles desfases que pudieron presentarse en el desarrollo de las obras, por el transporte o acarreo de los materiales requeridos para la ejecución del proyecto.

2.2 Modificaciones sustanciales de las cantidades de obra:...Para resolver, se tiene que al expediente no se allegaron las actas parciales y final de la obra, para que se pudiera constatar la real disminución de las cantidades de obra, señaladas en la demanda, con respecto a las especificadas en el contrato, pues sólo se aportó el acta de liquidación final, en la cual no se señalaron las cantidades de obra efectivamente realizadas por el contratista, sino únicamente el valor de las actas parciales y finales de obra; carga procesal que competía al actor.

“(...)

2.3. Stand By y sobrecostos por equipos, personal y permanencia:...Si bien es cierto, el contrato en comento fue prorrogado por un término de 45 días según lo convenido por las partes, lo que pudo generar seguramente parálisis y mayor tiempo de utilización de la maquinaria y el personal dispuestos para la ejecución de las obras, no existe dentro del proceso prueba que demuestren los costos que este posible Stand By hubiere ocasionado al contratista.

El dictamen pericial que se practicó a solicitud del actor, simplemente se apegó a la información suministrada por la parte actora, realizando un cálculo sobre las cifras y los datos que indicó la parte interesada en la prueba, sin tomar en cuenta el libro de obra, certificaciones de interventoría, o los documentos y correspondencia que cruzaron las partes durante la ejecución del proyecto, por lo que el concepto de los peritos no puede ser tenido en cuenta para avaluar los

supuestos perjuicios por la parálisis de maquinaria y personal residente...no existe en el proceso ninguna prueba que acredite este perjuicio, ni siquiera obra copia de certificación alguna que por lo menos indique la cantidad de maquinarias y personal que dispuso el contratista para el cumplimiento de sus obligaciones...”.

6.- El recurso de apelación.

El 18 de septiembre agosto de 2002, la parte demandante interpone el recurso de apelación y lo sustenta previo traslado para la sustentación, el 04 de abril de 2003⁸, a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

La parte actora fundamenta el recurso, alegando que “(...) el a quo desconoce o por lo menos mal interpreta tanto la prueba Documental, cuanto la pericial que obra en el proceso, toda vez que de su análisis hermenéutico se aprecia con claridad el perjuicio ocasionado al Consorcio Sumapaz y su magnitud, aspectos que extrañó el Juzgador y por ende profirió sentencia desfavorable al demandante.

Tal como será objeto de nuestras alegaciones de instancia, las observaciones dejadas en el acta de liquidación han sido sustentadas durante el curso del proceso, y el soporte de su veracidad obra documentalmente por lo que extrañamos el mínimo esfuerzo hermenéutico realizado y la rapidez con que se afirma que no existe la tan preciada prueba.

“(..)

Frente al primer punto, considera el a quo, que era carga comercial del Contratista investigar la ubicación de las fuentes de materiales, desconociendo o mejor, ignorando los documentos licitatorios, incluida la oferta del consorcio que represento, en donde de manera clara y categórica se le advierte a la Administración, que ante el vacío de los documentos licitatorios y ante su silencio en la etapa de aclaración de pliegos, el oferente asume lógicamente, que los materiales serian encontrados en los alrededores de las obras.

“(..)

⁸ Folios 113, 122 a 126. c. 2ª instancia.

En cuanto a los gastos por mayor permanencia de administración, personal y equipos, el a quo, a más de desconocer de bulto el contenido de la prueba pericial, omite aplicar el principio de la prevalencia de la verdad real en cuanto al daño causado, toda vez que desconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre mayor permanencia y la posibilidad de liquidar, por lo menos los costos de administración con base en el A.I.U. de la propuesta durante el termino en que el contrato estuvo suspendido por causas no imputables al contratista.

En cuanto a la mayor permanencia de los equipos, desconoce también él a quo, el listado de maquinarias mínimo que como parte de la consonancia de la oferta con los Pliegos de Condiciones, debió permanecer indefectiblemente durante toda la ejecución de la obra y por tanto en ausencia de requerimiento del Interventor sobre el particular, habrá de presumirse que todas las máquinas, cuya relación se encuentra anexa a la oferta aceptada por el Distrito en las condiciones allí establecidas, estuvieron presentes en la obra durante el término de suspensión, causando lo que se llama el Stand By de equipos.

Por último, desconoce también el hecho probado, de que los equipos fueron puestos a disposición de la obra, para ejecutar determinadas cantidades predeterminadas con la oferta, y que al iniciar la ejecución, por causas no imputables al contratista, algunas de las obras a realizar con dichos equipos ya habían sido realizadas, lo cual generó un desequilibrio en cuanto a su menor amortización, lo cual en Derecho, el Contratista no está obligado a soportar.

“(…)

7. Actuación en segunda instancia.

7.1. El recurso fue admitido el 29 de abril de 2003⁹ y luego por auto de 30 de mayo del mismo año se ordenó correr traslado a las partes para alegar,¹⁰ término dentro de cual la parte demandante el día 3 de julio de 2003 alega de conclusión,¹¹ reiterando se tengan en cuenta las razones expuestas en el libelo de contestación de demanda y en los alegatos de primera instancia.

⁹ Folio 128.C. 2a instancia.

¹⁰ Folio 130, ib.

¹¹ Folios 131 a 142, ib.

7.2. La parte demandada el día 27 de enero de 2003 alega de conclusión,¹² insistiendo se tenga en cuenta lo manifestado en el documento que sustenta el recurso de apelación, y agrega entre otras razones que “...*Obra en el expediente una prueba pericial adicionada, aclarada y no objetada por el demandado, donde a su manera, los Peritos determinan el daño sufrido por la demandante y si su dictamen coincide con las manifestaciones del Consorcio. A nuestro juicio, lo único que ello implica, es que el daño solicitado por nosotros si tiene fundamento en opinión de los Peritos y por ese solo hecho (el acuerdo de criterio) no puede ser descartado como un elemento auxiliar para la condena que ordene el restablecimiento del derecho vulnerado.*

“(...)

Consideramos que si en consideración del a quo, los Peritos no consultaron la Bitácora, esto no es óbice para que con base en la propia documental, suficiente por demás, hayan podido determinar que en efecto hubo un sobreacarreo cuantitativo en los materiales pétreos, cuyo ítem no estaba contemplado en los pliegos...”

8.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia apelada será confirmada por esta Sala, pero por las razones que se expondrán a continuación, para lo cual se hace necesario estudiar, los siguientes aspectos: 8.1. Competencia; 8.2. Hechos probados; 8.3. El tema de la constancia dejada en el acta de liquidación bilateral de los contratos estatales, como condición de éxito de las pretensiones de la demanda; y, finalmente, 8.4. Se aplicará el análisis anterior al caso concreto.

8.1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia, toda vez que el valor de las pretensiones por concepto de perjuicios, se estimó en la suma de \$ 437.978.481.00 y la cuantía que se requería para la época de presentación de la demanda en acción de controversias contractuales – 20 de

¹² Folios 177 a 180, ib.

abril de 1999¹³ – para que el asunto fuera susceptible del recurso de apelación, era de \$ 18.850.000.00

8.2. Hechos probados

En el proceso se encuentran probados los siguientes hechos relevantes para la litis, como son:

8.2.1. El contrato de obra pública No 050 –FDLS97¹⁴, celebrado el 29 de diciembre de 1997, entre la Alcaldía Local de Sumapaz y el Consorcio Sumapaz – integrado por la sociedad Fahesa Asesorar y Construir Ltda., y Oscar Fernández Torrente -, resultante de la adjudicación de la Licitación pública No 002 de 1997¹⁵- cuyo objeto era “el mantenimiento y construcción de las vías San Juan – El Toldo – San Antonio, Santo Domingo – Capitolio y la pavimentación de la vía Chisacá – San Juan de acuerdo al cuadro de cantidades y precios unitarios siguientes:...”..

8.2.1.1 En la Cláusula Quinta del contrato se acordó el plazo de ejecución del contrato, será de Ciento Veinte (120) días -contados a partir de la firma del Acta de iniciación¹⁶- previo perfeccionamiento, cumplidos los requisitos para su ejecución.

8.2.1.2. Copia del “Otrosí¹⁷” al contrato de obra pública 050 –FDLS -97, suscrito por las partes el 29 de abril de 1998, en donde se consigna que *“El presente aclara que el tiempo de duración del contrato es de cuatro (4) meses, así: Un mes de ajuste y estudios previos, Dos meses de ejecución de las obras (de acuerdo a la propuesta presentada por el contratista) y, la liquidación y pago, para un plazo total de cuatro (4) meses. PARAGRAFO 1.- El contratista acepta las condiciones estipuladas en esta aclaración y lo mismo que las demás cláusulas estipuladas en el cuerpo del contrato.”* :

¹³ Folio 22. C. 1.

¹⁴ Folios 1 a 11. C. pruebas.

¹⁵ Folios 12 a 109, ib.

¹⁶ Acta que se suscribe el 30 de abril de 1998. Folio 181. C. pruebas.

¹⁷ Folio 178, ib.

8.2.2. El documento de constitución del consorcio¹⁸, en el cual se indica, entre otras cosas, que el representante del consorcio es el ingeniero José Clímaco Salgado O.

8.2.3. Copia de la prórroga¹⁹ del contrato de obra pública suscrita por las partes contratantes el 28 de julio de 1998, en 45 días más, contados a partir del 30 de agosto de 1998, *“por consiguiente la fecha de terminación de ejecución de las obras será el 14 de septiembre y la fecha límite para la liquidación y pago será por consiguiente el 14 de octubre de 1998, de conformidad con la petición hecha por el contratista y aceptada por el Fondo dado el intenso invierno que azota la zona. PARAGRAFO 1. El Contratista acepta las condiciones estipuladas en esta aclaración (PRORROGA), lo mismo que las demás cláusulas estipuladas en el cuerpo del contrato...”*.

8.2.4. Acta de liquidación bilateral²⁰, de 22 de enero de 1999, suscrita por la partes del contrato, en la cual se da cuenta detallada de la ejecución del mismo –tales como: Objeto, valor del contrato inicial, plazo inicial, prórroga, fecha de terminación, balance de actas, valor de actas parciales, ajustes efectuados, balance del contrato, e indicándose que “el valor adeudado al contratista a la fecha de la presente acta es la suma de \$ 33.346.651.31, el cual se cancelará dentro de los 45 días calendarios siguientes a la fecha de la presente acta.” Como aspecto adicional, e importante, en el numeral 7 de la misma se consigna lo siguiente:

“7. OBSERVACIONES DEL CONTRATISTA: El contratista manifiesta que suscribe la presente acta bilateral, haciendo las siguientes observaciones que constituyen motivo de inconformidad puestos que las mismas originaron alteraciones de la ecuación financiera en perjuicio del consorcio constructor.

- Sobreacarreo de materiales.
- Modificación sustancial de las cantidades de obra tales como recebo compactado, conformación de terraplenes y transporte de material de excavación y/o derrumbes.
- Stand By y sobrecostos por equipos.
- Stand By y sobrecostos por personal.

¹⁸ Folios 2 y 3. C. 1.

¹⁹ Folio 182. C. pruebas.

²⁰ Folios 110 a 114., ib.

- Sobrecostos por permanencia.

8.- OBSERVACIONES DEL FONDO DE DESARROLLO LOCAL. Manifiesta el Fondo de Desarrollo Local así mismo, que igualmente suscribe la presente acta de liquidación dejando constancia que no se encuentra de acuerdo con las observaciones presentadas por el Consorcio Sumapaz en el numeral anterior”.

8.2.5. Constan también sendas comunicaciones²¹ suscritas por el representante legal del Consorcio Sumapaz, fechadas 10 de noviembre de 1997, y dirigidas al Alcalde Local de Sumapaz y a la Abogada Asesora – Secretaria de Gobierno Distrital de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, en donde se solicita aclaración a algunos puntos de los pliegos de las licitaciones públicas 002 y 003 de 1997 y el suministro de alguna otra información necesaria para la buena presentación de la propuesta.

8.2.6. Copias de las adendas números 1 y 2 de las licitaciones públicas 001, 002, 003 y 0004, las cuales se originaron “atendiendo las inquietudes de los interesados en la Licitaciones en cuestión” y la segunda “atendiendo las solicitudes de aclaración y ampliación de algunas de las especificaciones técnicas de construcción de las licitaciones en cuestión.

8.2.7. Copia de la comunicación suscrita por el representante legal del Consorcio Sumapaz, el 05 de diciembre de 1997, dirigida a la Subsecretaria de Asuntos Locales y Participación Ciudadana y a la Secretaria de Gobierno Distrital de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá²², en donde se formulan algunas observaciones al informe de evaluación de las propuestas.

8.2.8. Copia del organigrama y planificación²³ que utilizaría el Consorcio Sumapaz, para la construcción de la obra pública consignada en la licitación pública No 002.

²¹ Folios 116 a 118 y 120 a 122., ib.

²² Folios 124 a 127. C. pruebas.

²³ Folios 128 a 139, ib.

8.2.9. Copia del Libro de obra del Contrato No 050, en las cuales se consigna, entre otros aspectos lo siguiente: *“...En la Unión es necesario traer maquinaria para perfilar la vía...No tiene personal laborando en ningún frente. Es urgente empezar las obras para aprovechar el verano...Junio 9/98. Vía urbana la Unión. Estado del tiempo seco. No se está trabajando. No hay personal...Junio 12/98. En el día de hoy se labora en la vía así: Una retro, una volqueta, un maestro, un ayudante...Junio 24/98. Vía San Juan – El Toldo. La Retroexcavadora continúa varada...En la Unión se está terminando excavación, debe nivelarse y compactar con volquetas...”*²⁴

8.3. Constancia dejada en el acta de liquidación bilateral de los contratos estatales, como condición de éxito de las pretensiones de la demanda.

En primer lugar es necesario precisar que para tener éxito en las pretensiones de la demanda, es requisito sine qua non que las partes hayan dejado constancia expresa, en el acta de liquidación del contrato, de las inconformidades que pudieron resultar durante su ejecución, tal como la Jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación lo ha señalado en distintas oportunidades. Al respecto ha afirmado esta Corporación:

*“... El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él. ...”*²⁵

Quiere decir lo anterior que si la liquidación ha sido suscrita con salvedades y en ese mismo momento, que es la oportunidad para objetarla, alguna de las partes

²⁴ Folios 146, 148 y 149, ib.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de junio 22 de 1995, expediente No. 9965, M.P. Daniel Suárez Hernández.

presenta reparos a la misma, por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta, debe manifestar con claridad que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que precisamente hubiese sido motivo de inconformidad²⁶, pero únicamente respecto de los temas puntuales materia de discrepancia que quedaron consignados en ella.

“Como puede observarse en la etapa de liquidación de un contrato, las partes deben dejar sentado en acta sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, es ese el momento del contrato, en el cual la parte adquiere legitimación para reclamar en vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del petitum de una eventual demanda. Por el contrario la parte que no deje anotada en el acta de liquidación final, la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la considere en esa vía, NUNCA PODRA pretenderlas judicialmente. Lo que se traslada al proceso judicial son las pretensiones que la contraparte del contrato no acepte reconocer”.

“(…)

“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 tenga cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato...

“La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes constituye un acto de autonomía privada de aquellas que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas

²⁶ En la actualidad, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, el contratista particular tiene derecho a dejar las constancias a que haya lugar. Según el inciso final de esta norma: “Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral sólo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”.

recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo.

“La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquél; 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 hicieron en ese momento”.²⁷

Así, pues las salvedades que se consignent en el acta de liquidación tendrán como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar en el futuro ante la autoridad judicial el cumplimiento de aquellas obligaciones que a su juicio hubieren quedado pendientes o impagadas durante la ejecución del contrato, razón por la cual deben ser claras y concretas. A propósito del preciso alcance que corresponde a las salvedades o reservas que respecto de una liquidación bilateral formula alguna de las partes del contrato, la Jurisprudencia de esta Corporación ha advertido *“(...) que las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera, su inclusión resulta ineficaz.”²⁸*

La Jurisprudencia de la Sala ha precisado el asunto en los siguientes términos:

“(...) para efectos de poder acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es requisito indispensable que las partes hayan dejado constancia expresa, en el acta de liquidación del contrato, de las inconformidades que pudieron resultar durante su ejecución, tal como esta Sala lo ha señalado en reiteradas ocasiones (...). Ahora bien, la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las

²⁷ Sentencia del 10 de abril de 1997, exp. 10.608. Posición reiterada en la sentencia de 20 de noviembre de 2003, exp. 15.308.

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión del contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero sí debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad (...).

Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica, que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista; tal conducta impide la claridad necesaria en la conclusión de la relación negocial –bien porque las partes están de acuerdo en forma plena, o bien porque subsisten diferencias entre ellas.²⁹

Como ha precisado la Sala, ha de entenderse que la exigencia de que en el acta de liquidación bilateral se consignen de manera clara y concreta las salvedades u objeciones - como presupuesto del petitum de una eventual demanda- hace referencia a aquellos hechos o situaciones que se conocían o que, razonablemente, se podían conocer al momento de suscribir el acta, toda vez que tal exigencia no se presenta cuando se trata de formular reclamaciones respecto de circunstancias posteriores, desconocidas o imposibles de conocer al momento de suscribir el acta; así lo ha sostenido la Jurisprudencia de la Corporación:

“No obstante la anterior tesis, que sin duda tiene sentada y consolidada esta Sala, en el caso concreto no tiene aplicación ni incidencia, y menos puede constituir el fundamento de la decisión, puesto que, según se precisará en esta ocasión, las observaciones que procede realizar en el acta son aquellas que reflejan el estado en que quedan las partes, luego de la ejecución del contrato y que se derivan del mismo.

“Lo anterior porque no puede perderse de vista que la causa de las reclamaciones del contratista surgieron con posterioridad a la ejecución del contrato, e incluso a

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2005. Expediente 14.113. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

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

la firma del acta de liquidación, de tal manera que, en la práctica era imposible que el actor consignara observaciones relativas a situaciones que ni siquiera se habían presentado, esto es, las relativas a la negativa del Departamento a recibir la maquinaria usada para la explotación del material, lo cual, como es obvio, debía ocurrir luego de agotarse el objeto contractual.

“En este orden de ideas, es correcto afirmar, como lo ha hecho esta Sala, que:

“i) Para demandar es necesario que las partes hayan dejado constancias en el acta de liquidación, si ésta se hizo de manera bilateral. Esta exigencia de procedibilidad de la acción contractual es exigible también del Estado, no sólo del contratista.

“Sin embargo, este supuesto tiene un matiz que lo hace razonable. Para exigir que las partes no se puedan demandar mutuamente, los hechos que sirven de fundamento a la reclamación debieron existir a más tardar para el momento de la suscripción del acta de liquidación, o proyectarse desde allí hacia el futuro, de manera que se pueda suponer que ellas realmente están disponiendo de sus derechos y obligaciones de manera clara y libre.

“Pero si la causa de la reclamación o demanda obedece a circunstancias posteriores y desconocidas para las partes, al momento de firmar el acta, es lógico que puedan reclamarse jurisdiccionalmente los derechos en su favor, pues en tal caso desaparece el fundamento que ha dado la Sala para prohibir lo contrario, es decir, que allí no se afectaría el principio de la buena fe contractual, con la cual deben actuar las mismas al momento de acordar los términos de la culminación del negocio, pues no existiendo tema o materia sobre la cual disponer –renuncia o reclamo-, mal podría exigirse una conducta distinta.

“Así, por ejemplo, es claro que un problema de estabilidad en la obra lo podrá exigir la entidad estatal del contratista después de suscrita el acta de liquidación, pues si al momento de firmarla los bienes se comportaban técnicamente bien no habría razón para dejar constando que estaban mal. Pero si un año después falla la obra, es perfectamente posible que se haga el reclamo judicial, sin que el acuerdo de entrega a satisfacción exonere al contratista de la ocurrencia de hechos posteriores que lo hagan responsable de sus actos.

“Del mismo modo aplica la solución si la situación es la inversa. Es decir, sirviéndose del caso concreto, si el contratista recibe un daño del Estado, por un hecho posterior al acta de liquidación bilateral, debe permitírsele reclamarlo. De lo contrario se negaría silenciosamente el derecho de acceso a la administración de justicia. Es el caso de la demora del Departamento en la recepción de las máquinas. En tal situación, si la entrega no se hizo al momento de la liquidación, sino después, ¿por qué razón se debía reclamar por un daño que no existía ni era previsible que ocurriera?

“Otra cosa sería si en este proceso el contratista reclamara el pago de arrendamiento de un predio y de los salarios del celador que cuidaba la máquina, por un período anterior al acta de liquidación, evento en el cual el contratista debió dejar constando este hecho en el acta. Sin embargo, en el caso concreto se reclama por el período subsiguiente a dicha fecha, porque el Departamento no recibió la maquinaria, y esto no se lo esperaba el contratista, según su versión de los hechos.

“ii) De otro lado, si la liquidación del contrato fue unilateral, el contratista queda en libertad de reclamar por cualquier inconformidad que tenga con ocasión de la ejecución del negocio.

“No obstante, la entidad pública no puede actuar del mismo modo, pues ella, al haber tenido el privilegio de liquidar, queda atada a sus planteamientos, de manera que no puede, posteriormente, agregar reclamos al contratista que no consten en el acto administrativo expedido, debiendo ceñirse a lo dicho en éste.

“iii) Si el negocio no se liquidó, ni bilateral ni unilateralmente, las partes pueden demandarse mutuamente, con absoluta libertad en la materia, pues ninguna restricción opera en este supuesto.

“En conclusión, aplicadas las anteriores ideas al caso concreto, le asiste la razón al recurrente por cuanto este no podía ser el motivo por el cual a quo negara las súplicas de la demanda. Por el contrario, sí era posible demandar como se hizo, de manera que la Sala revocará la decisión, por las razones expuestas.”³⁰

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de marzo 5 de 2008, Expediente 16850, M.P. Enrique Gil Botero.

Ahora bien, resulta importante aclarar en esta ocasión, como anteriormente lo ha hecho la Sala, que las observaciones o salvedades a la liquidación bilateral no se constituyen en un requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción, pero sí resultan ser un presupuesto de orden material en el marco de la legitimación en la causa por activa, en orden a lograr la prosperidad de las pretensiones³¹; al respecto ha sostenido la Corporación:

“Sin alterar la validez de la Jurisprudencia citada, es importante aclarar que la liquidación bilateral no se constituye en un requisito para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; no se trata de una condición para el ejercicio del derecho de acción, por cuanto la Constitución Política garantiza el acceso a la Administración de Justicia en las condiciones establecidas por la ley y, en este caso, la ley no ha señalado las salvedades formuladas al acta de liquidación bilateral como requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción; se trata entonces de un presupuesto de orden material, dentro del marco de la legitimación en la causa por activa, el cual incide de manera directa y puntual en la prosperidad de las pretensiones formuladas.

“Así pues, cuando las partes de un contrato, bien sea estatal o administrativo, suscriben liquidaciones bilaterales, la posibilidad de que prosperen las pretensiones formuladas está condicionada por la suscripción del acta respectiva con observaciones o salvedades, las cuales deberán identificar claramente la disconformidad para con el respectivo texto; en el evento en el cual sólo se formulen observaciones genéricas, que no identifiquen claramente la reclamación, sin bien será posible formular la respectiva demanda, ora Contencioso Administrativa ora arbitral, no será posible que la jurisdicción resuelva favorablemente las pretensiones.”³²

8.4. El caso concreto.

El acta de liquidación del contrato de fecha 22 de enero de 1999, suscrita por las partes del contrato, contiene entre otros aspectos lo siguiente:

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, Sentencia de 31 de marzo de 2011, expediente 16246, M.P. Hernán Andrade Rincón.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de mayo 20 de 2009, Expediente 16976, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

“7. OBSERVACIONES DEL CONTRATISTA: *El contratista manifiesta que suscribe la presente acta bilateral, haciendo las siguientes observaciones que constituyen motivo de inconformidad puestos que las mismas originaron alteraciones de la ecuación financiera en perjuicio del consorcio constructor.*

- Sobreacarreo de materiales.
- Modificación sustancial de las cantidades de obra tales como recebo compactado, conformación de terraplenes y transporte de material de excavación y/o derrumbes.
- Stand By y sobrecostos por equipos.
- Stand By y sobrecostos por personal.
- Sobrecostos por permanencia.

Con fundamento en las ideas anteriormente analizadas, resulta evidente que la constancia dejada por el consorcio contratista no tiene la potencialidad de satisfacer las exigencias ya establecidas por la jurisprudencia de esta Sala - constancias expresas y concretas sobre el tema objeto de diferencia-, para efectos del éxito de las pretensiones.

En casos como lo que hoy es objeto de estudio la condición para reclamar ante la jurisdicción contenciosa, la constituye las constancias o salvedades dejadas en el acta de liquidación bilateral del contrato.

Es claro que si el actor quedó inconforme por Sobreacarreo de materiales, modificación sustancial de las cantidades de obra tales como recebo compactado, conformación de terraplenes y transporte de material de excavación y/o derrumbes, Stand By y sobrecostos por equipos, Stand By y sobrecostos por personal, Sobrecostos por permanencia, porque no se le reconoció todo lo que a su juicio se le debía, debió expresarlo así de modo claro, preciso y concreto, estableciendo, si no las cantidades o valores, sí los hechos de los cuales derivaba su descontento por cada rubro.

Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación abstracta, que no se precise claramente la razón de ser de la

salvedad del contratista; lo que la hace a todas luces insuficientes y por lo mismo ineficaz para el éxito de las pretensiones de la demanda.

Se alega en la demanda por la sociedad contratista que durante la ejecución del contrato se presentaron graves deficiencias, traducidas en los perjuicios que reclama, porque según ella tales hechos hicieron imposible la ejecución del objeto contractual, en lo que toca con las especificaciones técnicas, que su representada asumió de manera voluntaria, lo que originó una alteración de la Ecuación Financiera del Contrato, tales como: Sobreacarreo de materiales pétreos; drástica disminución de las cantidades de obra, que insidieron notablemente sobre el costo del Equipo puesto en obra, Stand By de personal, Stand By de Equipo por falta de definición del Interventor. Eventos sobre los cuales edifica un incumplimiento contractual imputable a la entidad demandada y el rompimiento económico del contrato en desmedro de sus intereses patrimoniales.

Sin embargo en el acta de liquidación del contrato, como ya se indicó, se hacen referencia a algunas observaciones dejadas por el Contratista, que para la Sala dicha constancia corresponde a una manifestación genérica o abstracta, en la medida que no especifica de manera clara y concreta el fundamento de los extracostos alegados.

En consecuencia, la forma en que se dejó consignada la salvedad por parte de sociedad contratista, no constituye una inconformidad cierta, puesto que no corresponde a **constancias expresas y concretas sobre el tema objeto de diferencia** – lo que a su turno impide que las pretensiones formuladas por la parte actora puedan prosperar.

Las reclamaciones que hoy formula la sociedad contratista en la demanda, debieron ser un claro reflejo de las observaciones consignadas en el acta de liquidación, lo cual no aconteció así, porque en la referida acta no se consignó de manera clara y concisa esos aspectos, pues sólo a partir de las manifestaciones de inconformidad que en ese sentido se hubiesen expresado, se abriría la posibilidad para que las pretensiones tuviesen éxito por vía judicial. Las diferencias que surjan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del petitum de una eventual demanda.

Además, en el hipotético caso y en gracia de discusión que las observaciones consignadas en el acta de liquidación por el Contratista, tuviesen eficacia plena, fuesen completa, tampoco se puede desconocer, que la Jurisprudencia de esta Sala ha sido reiterativa en afirmar “que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, **es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas**, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso.³³

Aplicando el postulado anterior al caso de autos, se tiene que en este caso, tal como lo entendió el *a-quo*, no existe en el proceso ninguna prueba que acredite este perjuicio, ni siquiera obra copia de certificación alguna que por lo menos indique la cantidad de maquinarias y personal que dispuso el contratista para el cumplimiento de su obligación. Y la prueba reina que pretende hacer valer el contratista – la cual omitió el pago de los honorarios a los peritos³⁴ -, es la prueba pericial obrante a folios 1 a 12 y 22 a 34 del cuaderno de prueba pericial, la cual desestimó el *a quo*, al considerar que los expertos simplemente se apegaron a la información suministrada por la parte actora, realizando un cálculo sobre las cifras y los datos que indicó la parte interesada en la prueba, sin tomar en cuenta el libro de obra, certificaciones de interventoría o los documentos y correspondencia que cruzaron las partes durante la ejecución del proyecto; siendo el tema de la valoración dada al dictamen pericial por parte del juez de primer grado, uno de los puntos centrales como materia de inconformidad por la demandante, la Sala no encuentra que dicha valoración esté desfasada. En efecto: era obligación del Tribunal entrar en el estudio de dicho medio de convicción, de manera íntegra y conforme a los principios que gobiernan la crítica de la prueba, sin estar limitado únicamente a los planteamientos propuestos por el recurrente.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³⁴ Folios 71, 80, 82, 87, 96, 99 y 100. C. 1.

Bajo esta óptica, no puede decirse que el Tribunal hubiese hecho una indebida valoración de la citada prueba, como lo pretende el demandante, basta leer el dictamen rendido por los expertos Julio Ordoñez Castillo y Rafael Silva Valenzuela, para concluir que la prueba contiene soportes ciertamente precarios, como que ningún elemento técnico o científico sirvió de base para justificar las inferencias de los peritos, lo cual denota que en la elaboración de ese justiprecio se desatendieron las exigencias del numeral 6º del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil, que propenden porque el dictamen sea *“claro, preciso y detallado”* y explique *“los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones”*.

Así, por ejemplo, los auxiliares de la justicia no explican qué metodología desarrollaron para justificar los montos determinados en el acápite que denominan “RECLAMACIÓN”. En ese sentido, el referido dictamen carece de las condiciones legales mínimas para que pueda ser tenido como un concepto especializado y susceptible de consideración, habida cuenta que está basado principalmente en afirmaciones generales, imprecisas y carentes de contenido, sin que, por lo demás, se hubieran producido específicamente los exámenes o investigaciones necesarios para su producción y mucho menos se explicaron los fundamentos técnicos, científicos o artísticos sobre los que fueron edificadas las mismas., por lo que la Sala se abstiene de atribuirle eficacia probatoria, tal como lo dispuso el Tribunal de instancia.

En efecto, el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la “prueba pericial” como un medio para verificar hechos que interesan al proceso y que requieran conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Así, entonces, la prueba pericial busca aportar al proceso elementos de juicio ajenos al saber jurídico que se requieren para resolver la controversia jurídica sometida a decisión del juez o tribunal.

De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, la prueba pericial se caracteriza por: i) expresar conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas, pero bajo ningún punto sobre aspectos jurídicos (artículo 236, numeral 1º), pues es evidente que el juez no requiere apoyo en la disciplina que le es propia; ii) quien lo emite no expresa hechos, sino conceptos técnicos relevantes en el proceso.

Así las cosas, se concluye que la orfandad probatoria en este caso impide estudiar el contenido y alcance de los soportes documentales aportados por la parte actora y por ende establecer si resultan acertadas o no sus afirmaciones tendientes a demostrar que durante la ejecución del contrato y por causas imputables a la entidad demandada se rompió el equilibrio económico del contrato.

El análisis que antecede resulta suficiente para concluir que la parte demandante incumplió con la carga procesal de la prueba, onus probando al que se refiere el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “.....*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...*”, omisión que dejó huérfanos de prueba los fundamentos de sus pretensiones, lo cual conlleva necesariamente a que la sentencia de primera instancia sea confirmada.

Finalmente otro argumento para no acceder a las pretensiones de la demanda, consiste en que la liquidación bilateral es un negocio jurídico y las causales de nulidad son las de todo acto de esa naturaleza. El no reconocimiento de sobre costos no puede alegarse o no estructura causal de nulidad del contrato, en este caso de la liquidación bilateral.

9. Condena en costas.

No hay condena en costas a la parte actora, porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a su imposición, cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso no se

vislumbra que aquella hubiese actuado de esa manera, no se hará condena alguna en ese sentido.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "B" el 10 de septiembre de 2002, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

TERCERO: Sin condena en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente de Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ