

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Objeto – Trámite

Entre la Corporación Nacional de Turismo de Colombia y el ingeniero Antonio Sumoza Torres se suscribió el Contrato de Obra Pública No. 037 de 1989, el 21 de diciembre de 1989, previa licitación pública nacional y adjudicación favorable al contratista, de conformidad con el Decreto-ley 222 de 1983. [...] El contrato No. 037 de 1989 tuvo por objeto la ejecución de obras de ampliación del Hotel Santamar, ubicado en el municipio de Santa Marta, Corregimiento de Gaira, Departamento del Magdalena; su valor inicial fue de \$185'705.413,02 y el plazo pactado fue de nueve (9) meses a partir del acta de iniciación. [...] La Corporación no cumplió en tiempo con la obligación de obtener la licencia de construcción necesaria para la obra, lo cual le correspondía como dueña de la misma y el 11 de mayo de 1990 la Secretaria de Obras Públicas del Municipio de Santa Marta, ordenó al contratista suspender la obra, señalándole que adelantaba una construcción al margen de la Ley 09 de 1989 [...] Según informó el demandante, la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, a través del Interventor, solicitó al contratista encargarse de los trámites de obtención de la licencia, la cual obtuvo el 31 de mayo de 1990 mediante Resolución No. 061 expedida por la Oficina de Planeación Municipal, habiéndose ocasionado una paralización de la obra durante 20 días [...] Mediante comunicación del 2 de marzo de 1990 el demandante informó al Interventor la necesidad de obras adicionales no previstas en el Pliego de Condiciones, por considerarlas «prioritarias y previas» para la ejecución del objeto contractual y obtuvo la firma del contrato adicional No. 1, el día 11 de junio de 1990, por la suma de \$5'191.295,81, 101 días después de su solicitud

SOBRECOSTOS – Obras adicionales – Obras complementarias – Contratista – Nulidad – Incumplimiento

A la fecha de la firma del contrato adicional No. 2 el contratista había financiado el proyecto por un valor de \$50'287.972,54, debido a la ausencia del anticipo en el respectivo contrato adicional [...] La Corporación no solo negó la ampliación de plazo requerida para las obras adicionales ordenadas por ella, sino que decidió dar por terminado el contrato, con fecha 22 de agosto de 1991 y dispuso liquidarlo [...] El proyecto de acta de liquidación fue objetado por funcionarios de la Corporación y sólo hasta que el contratista fue citado a reunión del 24 de junio de 1992, las partes llegaron a unos acuerdos para determinar a través de sus delegados el descuento de las obras sin respaldo contractual y enviar la información a las partes para su análisis. [...] El 11 de febrero de 1993, habiendo trascurrido 100 días de silencio por parte de la Corporación, el ingeniero Antonio Sumoza Torres fue citado a notificarse de la Resolución No. 021 de 1993, por la cual se declaró el incumplimiento del contrato 037/89 y se ordenó hacer efectivas las pólizas de seguro otorgadas para amparar la inversión del anticipo y el cumplimiento del contrato, decisión que se le notificó al contratista el 19 de febrero de 1993. [...] El 21 de mayo de 1993 el contratista se notificó de la mencionada resolución, entregó constancia de su desacuerdo por la liquidación del contrato y advirtió que la misma fue realizada solamente con base en la suma arrojada en la diligencia de inspección de obras, la cual a su juicio no se refirió a la liquidación del contrato sino a la verificación del cumplimiento del contratista frente a la ejecución de obra contratada.

INEPTITUD DE LA DEMANDA – Nulidad – Incumplimiento – Inexistencia – No opero

La Sala debe considerar que el demandante no solicitó la nulidad de la Resolución No. 060 de 1993 mediante la cual se liquidó en forma unilateral el Contrato de Obra Pública No. 037 de 1989, toda vez que la jurisprudencia vigente advierte acerca de la ineptitud en que incurre la demanda impetrada cuando se pretende obtener la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato estatal si el mismo ha sido objeto de esa clase de liquidación y se demanda únicamente el incumplimiento del contrato sin haber solicitado la declaratoria de nulidad del correspondiente acto administrativo de liquidación [...] se impone al demandante la carga de identificar en las pretensiones de la demanda el acto administrativo cuyos efectos pretende retirar del mundo jurídico, además de que la norma en cita exige que en relación con el acto administrativo acusado el demandante identifique las normas violadas y el concepto de dicha violación [...] en el presente caso la Sala observa que la falta de pretensión concreta sobre la nulidad del acto de liquidación del contrato No. 037 de 1989 no da lugar a la ineptitud de la demanda toda vez que el demandante sí invocó la irregularidad del acto de liquidación, presentó el concepto de violación y además se allegó al proceso el respectivo acto de liquidación y se debatió sobre el mismo [...] aunque en el petitum de la demanda el demandante no deprecó la nulidad de la Resolución No. 060 de 1993, por la cual se realizó la liquidación del contrato No. 037, ni solicitó su revocatoria, se advierte que pidió la declaración de incumplimiento contractual y la «adición» de la liquidación del contrato, de lo cual se desprende que el demandante si incorporó el acto de liquidación del contrato estatal como acto acusado dentro de la acción contractual

CONTRATO DE OBRA PUBLICA – Decreto Ley 222 de 1983 - Precio global – Modificaciones – Equidad real – Oferta – Calidad y cantidad – Presupuesto – Alza

Se tiene que las normas aplicables para el contrato No. 037/89 son las contenidas en el Decreto-ley 222 de 1983 el cual constituyó el Estatuto de Contratación Administrativa vigente tanto para la fecha firma del contrato como para la época de su liquidación, teniendo en cuenta que la Ley 80 de 1993, contentiva del nuevo régimen de contratación estatal, empezó a regir el 1 de enero de 1994 y su artículo 81 derogó el citado Decreto-ley [...] el valor del contrato en la modalidad de precio global, puede sufrir modificaciones o ajustes, con origen en el contrato mismo por aplicación de los ajustes pactados o previa modificación de la obra contratada, por la vía de la modificación contractual [...] El ajuste de precios corresponde a una cláusula contractual que se puede establecer con el fin de reconocer el cambio de valor que presentan los bienes y el dinero con el paso del tiempo. El derecho a pactar estos reajustes de precio ha existido en la regulación del contrato de obra, bien con base en una norma específica, como el artículo 86 del Decreto-ley 222 de 1983 o como desarrollo de los mecanismos de ajuste y revisión de precios previstos en la Ley 80 de 1993, en virtud del cual las partes pueden acordar fórmulas de ajuste dentro del contrato estatal [...] La cláusula de ajuste de precios se justifica como mecanismo para asegurar la equidad real de las prestaciones entre las partes, toda vez que en la etapa precontractual el contratista presenta su oferta de precio con base en un presupuesto de costos, estimando los precios al momento de la propuesta y claramente se entiende que esos costos presupuestados sufrirán variaciones respecto de la fecha de ejecución y pago de la obra contratada, de manera que la Ley permite que las partes acuerden la fórmula de ajuste, cuya aplicación no implica una modificación al contrato estatal sino que se realiza en desarrollo del mismo [...] se ha reconocido que al momento mismo de la ejecución del contrato pueden advertirse o registrarse circunstancias ajenas al control de las partes que justifiquen variar la calidad o cantidad de los materiales, para adecuar la obra a las necesidades reales y conseguir la debida ejecución de la misma, lo cual puede dar lugar a la modificación del contrato mediante la adición de obra o del plazo contractual

ADICION A CONTRATO ESTATAL - Requisitos – Escrito – Limites

La exigencia del acuerdo escrito previo como una condición ad substantiam actus para la modificación al contrato estatal, siguiendo respecto de la modificación contractual la misma formalidad que se exige para la existencia del contrato administrativo o estatal, según el caso [...] Un límite legal definido en el valor de la adición, que como se citó en las normas aplicables a este caso estaba fijado en el 50% del valor ajustado del contrato [...] La identidad sustancial de objeto contractual. Este requisito del contrato adicional se desprende tanto de la regulación de la contratación pública, en su momento de las normas sobre contratos adicionales y accesorios fijados en el Decreto-ley 222 de 1983, como en el caso del contrato No. 037/89, se plasmó en una cláusula contractual, cuyo incumplimiento se discute.

CARGA DE LA PRUEBA – Incumplimiento – Indemnización de perjuicios – Cumplimiento tardío – Reiteración jurisprudencial

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido prolífica en reiterar que por aplicación de los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, la parte que alega el hecho del incumplimiento contractual debe probarlo y sólo con base en las pruebas regulares y oportunamente allegadas al proceso, podrá obtener la decisión judicial por la que acude a la administración de justicia. [...] Respecto de la indemnización de perjuicios, en términos de los artículos 1613 y 1615 del Código Civil, contenidos en el régimen de obligaciones aplicables al objeto del contrato administrativo, se establece que dicha indemnización de perjuicios puede provenir: i) de no haberse cumplido la obligación, ii) de haberse cumplido imperfectamente, o iii) de haberse retardado su incumplimiento. A su vez, las normas en cita prescriben que la indemnización de perjuicios se adeuda: a) desde que el deudor se ha constituido en mora, o, b) si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

LIQUIDACION DEL CONTRATO – Derechos pecuniarios – Elementos del contrato – Documento – Liquidación unilateral

La liquidación del contrato estatal se entiende en forma genérica como la etapa final de la relación contractual y hace relación tanto al trámite o procedimiento para establecer las cuentas finales como al acto mismo de finiquito de cuentas del respectivo contrato. [...] dado que la liquidación como procedimiento tiene la finalidad de finiquitar las cuentas contractuales, lo natural es que el acto de liquidación se dé en forma bilateral, como un acuerdo de voluntades de ambas partes, como bilateral es el contrato mismo, pero de no ser posible, la Administración Pública tiene el poder y el deber de expedir el acto de liquidación del contrato en forma unilateral [...] se agrega

que en el acto de liquidación bilateral pueden coexistir tanto cuentas definidas de mutuo acuerdo entre las partes como aquellas respecto de las cuales se han hecho constar salvedades o desacuerdos, los cuales deben ser puntuales y concretos, como lo ha hecho notar la Sección Tercera del Consejo de Estado y deben ser planteadas con toda precisión en el acto mismo de la liquidación bilateral, salvo que las objeciones provengan de hechos que no se conocían al momento de suscribir el acta de liquidación bilateral.

ETAPA DE LIQUIDACION – Condiciones espacio temporales – Procedimiento – Conciliación administrativa

En relación con las condiciones espacio temporales de la liquidación de los contratos de Derecho Público, la regulación permite inferir que el procedimiento administrativo se inicia una vez termina el contrato [...] el procedimiento de liquidación previsto en la ley da cabida a un escenario de conciliación y negociación respecto de las cuentas finales del contrato, dentro del cual es viable desplegar tanto la conciliación administrativa como el contrato de transacción, siendo útil observar que este último no necesariamente tiene que surtir el procedimiento de la conciliación, toda vez que la conciliación fue instituida como un mecanismo de resolución de conflictos sometido a los procedimientos y la aprobación que establece el estatuto de conciliación [...] para el análisis de la viabilidad legal de la transacción las partes han de tener presente que no pueden transigir sobre un derecho ajeno o inexistente, según dispone el artículo 2475 del Código Civil [...] Igualmente tratándose de un contrato estatal, la transacción debe constar por escrito, de acuerdo con lo que ha observado la jurisprudencia del Consejo de Estado en forma reiterada

CONTRATO DE TRANSACCION – Derechos ajenos – Incumplimiento – No efectos – No capacidad – Capacidad Negocial

En el caso sub lite se trata de una liquidación de carácter unilateral, en la cual el demandante manifestó que no se tuvieron en cuenta las cifras de los acuerdos previos a los que habría llegado el particular contratista con el interventor del contrato acerca de las cuentas que reconocería la Corporación contratante por su supuesto incumplimiento, las cuales alegó que posteriormente fueron desconocidas en el acta de liquidación unilateral expedida por el representante de la Corporación. [...] se debe tener presente que en la etapa del liquidación del contrato procede la transacción pero el representante de la Administración Pública que la acuerde debe tener capacidad negociadora para transigir en nombre de la entidad contratante, toda vez que los funcionarios públicos sólo pueden actuar dentro del marco de sus funciones, como lo establece la propia Constitución Política en su artículo 121

REAJUSTE DE ACTAS CONTRACTUALES – Liquidación – Existencia – Improcedente

La Sala no comparte las consideraciones del Tribunal a quo y revocará la decisión de primera instancia, toda vez que ni en el contrato ni en acuerdo alguno existió obligación de reconocer y pagar los ajustes que reclamó el demandante y, por el contrario, en el contrato No. 037 existió una fórmula específica para liquidar los reajustes que corresponde a la aplicada en el acto de liquidación y en presente proceso obra prueba del pago completo de la obra ejecutada y sus ajustes

CLAUSULA CONTRACTUAL DE REAJUSTE – Inmodificable – Acto de liquidación

La citada cláusula contractual fue clara y de acuerdo con su texto la fórmula correcta para calcular los reajustes sobre el valor de la obra correspondió a los índices establecidos para el mes en que ha debido ejecutarse tal como se aplicó en el acto de liquidación en el caso sub iudice, al paso que el demandante pretendió que se le aplicaran los índices de ajustes de una fecha posterior, la cual se encontró por fuera del plazo contractual de entrega y para cuyo reconocimiento no existe soporte legal ni fáctico alguno [...] los documentos referidos por el demandante como actas de obra No. 10 y No. 11 y las actas de reajuste respectivas no aparecen firmados por la entidad contratante, de manera que en realidad fueron proyectos o propuestas de actas, que lógicamente no tuvieron la potencialidad de modificar el contrato ni pasaron de ser alternativas de ajuste propuestas por el contratista en el escenario de las actuaciones de liquidación, de manera que tales documentos no constituyen soporte para generar el derecho a cobrar ajustes de precio con base en los índices establecidos con fechas diferentes a las que exigió el contrato, que eran los índices vigentes para la época en que la obra debió ser ejecutada dentro del cronograma contractual y no los índices de las fechas que propuso el demandante. [...] el valor de la condena de primera instancia solamente correspondió a las diferencias por ajuste de precios -las cuales por

carecer de soporte contractual serán revocadas- y en el caso sub iudice no existe diferencia acerca de las cifras de obra ejecutada y reconocida en el acto de liquidación.

MOROSIDAD DE ENTIDAD CONTRATANTE – Término – Inexistencia – No procede

El contratista se presentó a la diligencia de inspección de obras y sólo allí las partes, de manera conjunta verificaron el estado y determinaron el valor de las obras pendientes de legalización y recibo, al paso que no existieron con anterioridad a tales diligencias actas de esa obra debidamente aprobadas, ni constancia de entrega de la misma, ni tampoco constancias de la oferta de entrega de obra que habría debido presentar el contratista cuando terminó el plazo contractual. De esta manera no se encontró prueba alguna de la morosidad de la entidad contratante en recibir y pagar las obras finales, ni el vencimiento de plazo alguno a su cargo, de manera que no existe base para liquidar intereses moratorios sobre el valor de tales obras.

GASTOS EXTRACONTABLES – Ineficacia probatoria – No existencia

Los gastos extracontables no se entienden probados a favor de las pretensiones del demandante, cuando se advierte que los comprobantes de egreso no tuvieron la debida correspondencia con los asientos contables y sobre los mismos no se acreditaron los soportes correspondientes a los respectivos comprobantes, toda vez que la ley comercial dispone como sanción para el comerciante la ineficacia probatoria, de manera que el comerciante no puede alegar en su favor el contenido de comprobantes que presenta sin la debida correspondencia con los asientos en sus libros. Importa advertir que como regla general los libros de contabilidad constituyen un principio de prueba para el contratista que tienen la calidad de comerciante y se les reconoce su importancia frente a los deberes del comerciante con el Estado y la comunidad en general.

LIBROS DE CONTABILIDAD – Requisito – Acreditación – Ineficacia probatoria – Improcedente

Otra situación probatoria regulada en la ley en forma diferente a la mencionada en el artículo 70 del Código de Comercio es la prevista los artículos 57, 58 y 59 del mismo Código que contemplan el caso de los libros de contabilidad alterados, con espacios para facilitar intercalaciones, borrados o tachados, y el evento de los asientos contables que se encuentran sin la debida correspondencia en los comprobantes de respaldo, siendo esto último lo que se encontró probado en el sub lite, tal como se hizo constar por los peritos con base en la diligencia de inspección judicial practicada a la contabilidad del demandante, quien exhibió al margen de su contabilidad registrada, diversos comprobantes de egreso no incluidos en su contabilidad, sin los soportes respectivos y de acuerdo con la normativa del Código de Comercio se debe aplicar la sanción para el comerciante de la ineficacia probatoria de lo que pretende acreditar a su favor, de manera que en este caso no se admite al demandante probar como perjuicios los egresos no registrados en la contabilidad por otro medio de prueba distinto y por ello la Sala no puede aceptar los comprobantes así entregados por el demandante por lo cual se abstendrá de considerarlos como base para acreditar un eventual perjuicio.

PERJUICIOS MORALES – Prueba idónea – Contrato de obra – Perjuicio moral

Acerca del daño moral que se alega originado en la pérdida de un bien patrimonial, la Jurisprudencia del Consejo de Estado hace varios años modificó su antigua postura y reconoció la posibilidad de reclamar frente al Estado el daño moral causado por la pérdida de bienes o derechos materiales, frente a lo cual ha sostenido en forma reiterada que el daño moral por la pérdida patrimonial debe ser demostrado con pruebas fehacientes. [...] los peritos concluyeron que como no hubo incumplimiento del contrato, se afectó el buen nombre del profesional, por la pérdida del prestigio y su dificultad para poder contratar con el Gobierno. La Sala se apartará de la conclusión de los peritos, por cuanto no se debe confundir el perjuicio moral con la pérdida o afectación económica sufrida por el contratista –además de que no obra prueba alguna de ésta última – toda vez que no se demostró que las decisiones de la Corporación hubieran afectado la capacidad del demandante para relacionarse o desempeñarse profesionalmente como presumieron los peritos y se advierte que el incumplimiento del contrato inicialmente decretado no privó al contratista de la capacidad de contratación, puesto que ni siquiera alcanzó firmeza para ser fijado como una causa de perjuicio material y menos aún como fuente de daño moral.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 47001-23-31-000-1993-03570-01(17431)

Actor: ANTONIO SUMOZA TORRES

Demandado: CORPORACION NACIONAL DE TURISMO DE COLOMBIA

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL

Conoce la Sala los recursos de apelación presentados por las partes del proceso contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el veintiséis (26) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999), mediante la cual se dispuso:

“1º) Declarar que la Corporación Nacional de Turismo incumplió el contrato No. 037 de 1.989, celebrado con el ingeniero Antonio Sumoza Torres, en cuanto no reconoció, y por lo tanto no pagó, al contratista la totalidad de los valores ajustados de las actas 10 y 11.

2º) En consecuencia, condénase a la Corporación Nacional de Turismo, o a quien sus derechos y obligaciones represente, a pagar al ingeniero señor Antonio Sumoza Torres la suma total de \$16.360.941,09 debidamente indexados, según se explicó al final del aparte 4 de los anteriores considerandos.

3º). La suma líquida correspondiente a la anterior condena devengará intereses moratorios desde el día siguiente a la ejecutoria de ésta providencia.

4º) Niéganse las demás pretensiones de la demanda.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 2 de julio de 1.993 por intermedio de apoderada judicial, el ingeniero Antonio Sumoza Torres, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (folios 3 a 40 cuaderno 1), solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra la Corporación Nacional de Turismo de Colombia¹:

“1. Que se declare que la CORPORACIÓN NACIONAL DE TURISMO DE COLOMBIA incumplió el contrato No. 037 de 1989 en cuanto no reconoció al contratista la remuneración debida por la cantidad real de obra ejecutada más los reajustes pactados y los perjuicios causados al contratista y reconocidos por la Corporación, en la liquidación unilateral que irregularmente le dio al contrato, por las razones de hecho y de derecho que se exponen en esta demanda.

2. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se ordene a la CORPORACIÓN NACIONAL DE TURISMO DE COLOMBIA adicionar la liquidación del contrato No. 037/89 realizada en forma unilateral por la Corporación en el artículo 4º de la Resolución No. 060/93, siguiendo los trámites previstos en la Ley, con los valores realmente debidos al contratista.

3. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento y del reconocimiento de los valores realmente debidos al contratista, se condene a la CORPORACIÓN NACIONAL DE TURISMO DE COLOMBIA a reconocer y pagar al contratista ANTONIO SUMOZA TORRES, todos los perjuicios materiales y morales derivados del incumplimiento del contrato 037/89 declarado por sentencia, cuya configuración y ocurrencia se verifiquen en el proceso, en la práctica de pruebas que se solicitan en esta demanda – ACAPITE DE PRUEBAS -, de conformidad con los hechos que en su realización resulten probados y de los conceptos establecidos en la relación que de ellos se hace en el acápite correspondiente a las CONSIDERACIONES DE DERECHO – PERJUICIOS SUFRIDOS POR EL CONTRATISTA, con la correspondiente actualización e intereses moratorios.”

2. Los hechos.

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

2.1. Entre la Corporación Nacional de Turismo de Colombia y el ingeniero Antonio Sumoza Torres se suscribió el Contrato de Obra Pública No. 037 de

¹ Empresa Industrial y Comercial del Estado creada por el Decreto Extraordinario No. 2700 de 1968.

1989, el 21 de diciembre de 1989, previa licitación pública nacional y adjudicación favorable al contratista, de conformidad con el Decreto-ley 222 de 1983.

2.2. El contrato No. 037 de 1989 tuvo por objeto la ejecución de obras de ampliación del Hotel Santamar, ubicado en el municipio de Santa Marta, Corregimiento de Gaira, Departamento del Magdalena; su valor inicial fue de \$185'705.413,02 y el plazo pactado fue de nueve (9) meses a partir del acta de iniciación.

2.3. La Corporación no cumplió en tiempo con la obligación de obtener la licencia de construcción necesaria para la obra, lo cual le correspondía como dueña de la misma y el 11 de mayo de 1990 la Secretaria de Obras Públicas del Municipio de Santa Marta, ordenó al contratista suspender la obra, señalándole que adelantaba una construcción al margen de la Ley 09 de 1989.

2.4. Según informó el demandante, la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, a través del Interventor, solicitó al contratista encargarse de los trámites de obtención de la licencia, la cual obtuvo el 31 de mayo de 1990 mediante Resolución No. 061 expedida por la Oficina de Planeación Municipal, habiéndose ocasionado una paralización de la obra durante 20 días.

2.5. Mediante comunicación del 2 de marzo de 1990 el demandante informó al Interventor la necesidad de obras adicionales no previstas en el Pliego de Condiciones, por considerarlas "prioritarias y previas" para la ejecución del objeto contractual y obtuvo la firma del contrato adicional No. 1, el día 11 de junio de 1990, por la suma de \$5'191.295,81, 101 días después de su solicitud.

2.6. En las consideraciones del Contrato Adicional No. 1 la Corporación Nacional de Turismo de Colombia hizo constar que las obras objeto de la respectiva adición no se cotizaron en la propuesta del contratista por omisiones de los proyectistas que elaboraron los diseños y otras obras, por ser imposibles de prever.

2.7. Según narra el demandante, teniendo en cuenta la prioridad de las obras adicionales, la Corporación le ordenó iniciar las mismas en forma inmediata a

su solicitud de 2 de marzo de 1990, por lo cual tuvo que financiarlas, costo que no se le reconoció en el contrato adicional No. 1.

2.8. Mediante comunicación de 30 de julio de 1990 el contratista sometió a la Corporación otras nuevas obras adicionales y complementarias aprobadas por el interventor, por la suma de \$126'895.219, 76.

2.9. Mediante comunicaciones de febrero 6, marzo 2, agosto 24 y septiembre 5 de 1990, el contratista solicitó una definición sobre el sistema de conducción de agua fría – aire acondicionado- y puso en conocimiento de la Corporación los atrasos por dicha indefinición; esta definición, según manifestó el demandante, solo se dio en la bitácora de octubre 8 de 1990.

2.10. La nueva solicitud de obras adicionales fue aceptada parcialmente con la firma del contrato adicional No. 2 de octubre 2 de 1.990, por la suma de \$45'096.676,73 en el cual se pactó un plazo adicional de 5 meses, sin anticipo para las nuevas obras.

2.11. De acuerdo con los hechos relacionados en la demanda, a la fecha de la firma del contrato adicional No. 2 el contratista había financiado el proyecto por un valor de \$50'287.972,54, debido a la ausencia del anticipo en el respectivo contrato adicional.

2.12. El 13 de noviembre de 1990 las partes firmaron un otrosí aclaratorio y modificadorio de la segunda adición al contrato 037/89, en el cual se modificaron algunos de los ítems de obra.

2.13. Para las obras relacionadas con el sistema de aire acondicionado referidas en el otrosí aclaratorio del 13 de noviembre de 1990, el contratista recibió las especificaciones técnicas solamente hasta el 8 de abril de 1991, cinco (5) meses después de la firma del otrosí aclaratorio.

2.14. Una vez ejecutada la obra relacionada con el sistema de agua caliente y la tubería de agua fría para aire acondicionado, el contratista citó varias veces a la Corporación para las pruebas, las cuales solo pudieron iniciarse 83 días después de que el contratista comunicó su disposición para ello.

2.15. Según narró el demandante, la Corporación exigió al contratista la ejecución inmediata de nuevas obras necesarias, distintas de las previstas en los contratos adicionales, a las cuales el contratista procedió en aras de la buena fe contractual y contando con la aprobación de la interventoría e igualmente fue necesaria la construcción de obras adicionales que solicitó la Corporación para la adecuación de la *suite* del Hotel Santamar.

2.16. El 28 de febrero de 1991 se suscribió por las partes el contrato adicional No.3, considerando la necesidad de ejecución de mayores cantidades de obra previstas en la propuesta inicial, a través del cual se adicionó el valor del contrato en la suma de \$ 58'674.857 y el plazo contractual se amplió hasta el 31 de julio de 1991.

2.17. Nuevamente incurrió la Corporación en mora y paralización adicional del contrato por el término de un mes hasta el 15 de mayo de 1991, fecha en la que se definieron por la Gerencia de la Corporación los colores y pisos de la Suite.

2.18. Afirmó el demandante que la Corporación incurrió en mora en la contratación de obras que fueron requeridas por la interventoría en repetidas ocasiones, causando con ello una parálisis total del proyecto por el lapso de un 1 año y 15 días.

2.19. El 22 de julio de 1991 el contratista solicitó una nueva ampliación de plazo para atender las modificaciones de la Suite, la cual contó con el visto bueno de la interventoría, no obstante la modificación del plazo contractual fue negada extemporáneamente según se le comunicó por el interventor mediante comunicación del 5 de octubre de 1991, cuando ya se habían ejecutado muchas de las obras ordenadas.

2.20. La Corporación solo entregó al contratista los planos de la reforma a la Suite, a través de la interventoría el 15 de agosto 1991.

2.21. La Corporación no solo negó la ampliación de plazo requerida para las obras adicionales ordenadas por ella, sino que decidió dar por terminado el contrato, con fecha 22 de agosto de 1991 y dispuso liquidarlo.

2.22. El 25 de febrero de 1992, atendiendo la citación de la Corporación, se reunieron los representantes de las partes a verificar el inventario de las cantidades de obra ejecutada y completar la información para proceder a la liquidación del contrato como resultado de lo cual se elaboró el proyecto de acta final de liquidación.

2.23. El proyecto de acta de liquidación fue objetado por funcionarios de la Corporación y sólo hasta que el contratista fue citado a reunión del 24 de junio de 1992, las partes llegaron a unos acuerdos para determinar a través de sus delegados el descuento de las obras sin respaldo contractual y enviar la información a las partes para su análisis.

2.24. Estos acuerdos fueron desconocidos por el delegado de la Corporación y después de interminables reuniones se llegó a un segundo proyecto de acuerdo de acta de liquidación que el contratista envió a la Corporación con comunicación del 19 de agosto de 1992.

2.25. El 29 de agosto de 1992 surgió otro obstáculo a la liquidación, por la comunicación de Aire Caribe Ltda., contratista responsable de la instalación de los equipos de aire acondicionado en la cual, sin razón alguna, puesto que la obra si había sido ejecutada por el contratista Antonio Sumoza Torres, informó que encontraron aproximadamente unos 100 metros de tubería para aire acondicionado sin recubrir.

2.26. El 11 de febrero de 1993, habiendo trascurrido 100 días de silencio por parte de la Corporación, el ingeniero Antonio Sumoza Torres fue citado a notificarse de la Resolución No. 021 de 1993, por la cual se declaró el incumplimiento del contrato 037/89 y se ordenó hacer efectivas las pólizas de seguro otorgadas para amparar la inversión del anticipo y el cumplimiento del contrato, decisión que se le notificó al contratista el 19 de febrero de 1993.

2.27. El 4 de marzo de 1993 el contratista interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 021.

2.28. Por otra parte, la Corporación Nacional de Turismo de Colombia profirió los autos de marzo 11 y marzo 17 de 1993, decretando pruebas solicitadas por la compañía de seguros CONFIANZA.

2.29. El 25 de marzo de 1993 se llevó a cabo la diligencia de inspección de obras con la presencia del contratista, en cumplimiento de lo ordenado en las providencias referidas. En el acta de la diligencia respectiva la aseguradora invocó que el contrato No. 037/89 puede tenerse por cumplido teniendo en cuenta el valor total de obra ejecutada y presentó las cifras de balance final de liquidación con un saldo a favor de la contratista, por la suma de \$19'787.347,62.

2.30. El 20 de mayo de 1993, mediante Resolución No. 60 la Corporación resolvió el recurso de reposición, revocó el incumplimiento decretado y liquidó el contrato en forma unilateral, acogiendo los valores consignados en el acta de inspección de obra citada.

2.31. El 21 de mayo de 1993 el contratista se notificó de la mencionada resolución, entregó constancia de su desacuerdo por la liquidación del contrato y advirtió que la misma fue realizada solamente con base en la suma arrojada en la diligencia de inspección de obras, la cual a su juicio no se refirió a la liquidación del contrato sino a la verificación del cumplimiento del contratista frente a la ejecución de obra contratada.

3. Actuación procesal.

3.1. El Tribunal Administrativo del Magdalena admitió la demanda por auto del 21 de julio de 1993. (Folio 138 cuaderno principal).

3.2. La apoderada del demandante presentó adición a la demanda el 23 de julio de 1993 con el fin de aportar el anexo A, que contiene la discriminación de los perjuicios que se reclaman (folio 133 a 136 cuaderno principal), la cual fue admitida por auto del 24 de septiembre de 1993.

3.3. El 10 de mayo de 1994 se llevó a cabo la audiencia de conciliación que terminó sin acuerdo entre las partes.

3.4. Se ordenó la práctica de pruebas mediante auto de 20 de mayo de 1994, modificado por auto de 6 de julio de 1994; el Tribunal *a quo* decretó los testimonios solicitados por las partes, la inspección judicial con exhibición de

documentos e intervención de peritos contables solicitada por la parte demandada, así como ordenó el dictamen por medio de peritos expertos en evaluación comercial de empresas para determinar el perjuicio comercial de la declaratoria de incumplimiento del contrato, solicitado por la parte demandante y negó otra prueba pericial pedida por la misma parte demandante con el concurso de ingenieros o arquitectos, por cuanto esta última solicitud no cumplió con la determinación concreta de las cuestiones sobre las cuales debía versar la prueba. (Folio 160 a 166 cuaderno principal).

3.5. Contestación de la demanda.

En la contestación a la demanda la Corporación Nacional de Turismo de Colombia negó el incumplimiento contractual de su parte y se opuso a la pretensión de adicionar la liquidación del contrato.

Afirmó que el anticipo se entregó en debida forma, previos los descuentos de ley, el día 10 de enero de 1990, fecha en que se suscribió el acta de iniciación de obra, de manera que el plazo inicial del contrato fijado en 9 meses, vencía el 10 de octubre de 1990.

Acerca de la primera adición del contrato, con fecha a 11 de junio de 1990, precisó que en esa oportunidad no se acordó una ampliación de plazo, toda vez que el contratista no advirtió que se daban circunstancias que impedían el cumplimiento oportuno, lo cual ha debido poner de presente si era el caso, en atención al principio de la buena fé.

En relación con la adición No. 2 suscrita el 2 de octubre de 1990, indicó que las partes llegaron a un acuerdo acerca cuáles eran las obras adicionales que se requerían, su valor y la ampliación del plazo del contrato por 5 meses más.

Acerca de la tercera ampliación del contrato suscrita el 28 de febrero de 1991, anotó que las partes acordaron ampliar el plazo hasta el 31 de julio de 1991, fecha en la cual el contratista se comprometió a entregar la obra.

Respecto de la circunstancia de haber adelantado obras que no estaban respaldadas en el contrato, indicó que la Corporación en ningún momento exigió al contratista la ejecución de obras no contratadas y advirtió que nadie

puede beneficiarse de su propia culpa, además de que la simple solicitud del contratista para realizar obras adicionales no implicaba obligatoriedad de la Corporación para contratarlas.

Negó que la contratación de obras adicionales constituyera la causa de algún perjuicio económico al contratista y al contrario afirmó que fue notorio el interés del contratista en la celebración de contratos adicionales.

Observó que no tuvo lugar la terminación unilateral del contrato por parte de la Corporación y que el plazo del contrato se venció, lo que es algo sustancialmente distinto. Agregó que en el acto liquidatorio contenido en la Resolución 060 de 20 de mayo de 1993, la Corporación tomó las cifras que fueron aceptadas de mutuo acuerdo en la diligencia de inspección de obras.

Acerca de la partida por concepto de obras reclamadas por \$13'712.921.95, indicó que las obras por este valor fueron tenidas en cuenta en la inspección de obras, en la cual se cuantificaron todas las obras ejecutadas y se determinó el valor total de obra ejecutada incluyendo los valores de las actas No. 10 y 11 y todos sus reajustes y advirtió que en el acta de inspección de obras se llegó al saldo total de \$19'787.347 a favor del contratista, cifra establecida de común acuerdo, que fue cancelada a favor del contratista de conformidad.

La Corporación presentó la excepción que denominó inexistencia de incumplimiento, la cual hizo consistir en que pagó la totalidad del valor del contrato y sus adicionales y advirtió que cuando no accedió a prorrogar nuevamente el plazo del contrato, éste se venció y al contratista le faltaban algunas obras de manera que fue él quien entró en mora.

3.6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En la primera instancia, ambas partes presentaron sus alegatos de conclusión y el Ministerio Público guardó silencio en su oportunidad.

La parte demandante reiteró las suplicas de la demanda y acerca del valor reclamado precisó que las Actas No. 10 y 11 se presentaron por primera vez en febrero 2 de 1992 y su pago sólo fue reconocido hasta mayo 20 de 1993, en la Resolución N0. 060 de 1993, pero sin estimar o pagar el reajuste

correspondiente a esa fecha, por lo cual alegó la parte demandante que debe cuantificarse el reajuste de las actas hasta la fecha de su pago.

Por otra parte, destacó que de acuerdo con memorando de agosto 15 de 1990 emanado del interventor, las obras adicionales eran necesarias para el cumplimiento del objeto, no obstante lo cual la Administración demoró las autorizaciones paralizando al contratista, con lo cual acusó un grave perjuicio por mora administrativa.

Finalmente, la parte demandante insistió en la apreciación de las cifras presentadas en el Anexo A de la demanda que contiene la liquidación de perjuicios, realizada por el demandante.

La entidad demandada alegó que se debe tener en cuenta el acta de inspección de obras en la cual se realizó la valoración de todas las obras ejecutadas, que se hizo de común acuerdo por las partes y arrojó un valor total de obras ejecutadas por la suma de \$294'161.367, 84, partiendo de la cual se llegó al balance final del contrato y la determinación del saldo a favor del contratista.

Concluyó que es infundada la afirmación del demandante en el sentido de que no se le reconocieron la totalidad de los reajustes pactados, toda vez que estaban incluidos en las Actas que se tuvieron como base para la valoración de obras.

3.7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo del Magdalena profirió sentencia condenatoria el 26 de julio de 1999, cuya parte resolutive ya ha sido citada al inicio de esta providencia.

El Tribunal *a quo* se apoyó en las siguientes consideraciones:

“Hasta ahora, de los considerandos de la Resolución 060 de 20 de mayo de 1993 que se comenta y por haberlo así reconocido en ella la propia Corporación Nacional de Turismo, queda demostrado que el contratista señor Antonio Sumoza Torres no incumplió el contrato 037 de 1.989 y que todo lo ejecutado por él en desarrollo del contrato, luego de solicitar la cuarta adición

del mismo debe tenerse por realizado como si, en efecto hubiera suscrito ese cuarto contrato adicional.”

(...)

“Como ya se expresó no obran las Actas de Reajustes de las Actas de la 1 a la 9, en la forma como aparece en las Actas de Reajustes 10 y 11, no pudiéndose saber si aquellos reajustes fueron hechos como los de las Actas 10 y 11. Sin embargo el reajuste de éstas últimas en la forma como las ha presentado el demandante no ha sido materia de mayor oposición por la demandada, quien simplemente ha manifestado que tales actas fueron reconocidas con sus reajustes por la Corporación. Por estas consideraciones, considera el Tribunal que los reajustes deben efectuarse como los presenta el contratista.”

Para efecto de fijar el valor de la condena, el Tribunal *a quo* tomó los valores de las Actas de reajuste No. 10 y 11 presentadas por el contratista con la demanda, con los índices de Camacol de marzo de 1993² y realizó el descuento de los montos reconocidos por la Corporación en la Resolución No. 060 de 1993, con lo cual estableció la diferencia de \$16'360.914,06, suma a cuyo pago condenó a la Corporación.

3.8. Pruebas en segunda instancia

La parte actora solicitó la práctica de pruebas que fueron decretadas en primera instancia y no practicadas en la misma por hechos ajenos a su intervención, petición a la cual se accedió por el Consejo de Estado mediante auto del 11 de mayo de 2.000 providencia en la que decretó el testimonio del arquitecto Ramiro Correa Gómez, citado por haberse desempeñado como interventor en una parte de la ejecución contractual, así como ordenó el dictamen de peritos expertos en evaluación de empresas.

Acercas de la prueba testimonial la parte actora desistió, por encontrar que el arquitecto estaba residenciado fuera del país, al paso que la prueba pericial fue practicada.

3.9. Los recursos de apelación.

² Según se observa en el folio 102 y 110 del cuaderno principal.

Las partes impugnaron la sentencia de primera instancia, sustentando sus recursos dentro de los términos procesales previstos para el efecto.

3.9.1. El demandante alegó que el Tribunal *a quo* ha debido reconocer intereses del 12% anual, de acuerdo con el artículo 4 de la ley 80 de 1993, con base en los valores incorporados en las Actas No. 10 y 11, desde la fecha en que tales actas fueron presentadas por el contratista a la Corporación, teniendo en cuenta que dentro de las pretensiones de la demanda se deprecó el pago de intereses moratorios además de la indexación.

Igualmente observó que el Tribunal *a quo* no incluyó en la condena por concepto de perjuicios los valores completos de las actas No. 10 y 11, según Anexo A de la demanda, ni tampoco consideró las pretensiones acerca de los conceptos de mayor permanencia en obra, financiación de obra no reconocida por la Corporación, los perjuicios por la mora administrativa en la obligación de liquidar el contrato, en todo lo cual se violó el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que el Tribunal *a quo* no se pronunció sobre la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Finalmente, el actor alegó el derecho al reconocimiento de indemnización por perjuicios morales por cuanto se vio prácticamente paralizado en el ejercicio de su profesión durante el largo tiempo que se tomó la Corporación para resolver el recurso de reposición y por la declaratoria de incumplimiento del contrato que profirió en la Resolución 021 de 29 de enero de 1993, en forma ilegal y contraria a derecho.

3.9.2. El apoderado de la entidad demandada, en la presentación del recurso de apelación, compareció en representación de La Nación Ministerio de Desarrollo Económico, como entidad que asumió los asuntos relacionados con la Corporación Nacional de Turismo, liquidada de acuerdo con el Decreto 1671 de 1997 y, posteriormente, para la fecha de los alegatos de conclusión informó la parte demandada acerca de la fusión del Ministerio de Desarrollo Económico con el Ministerio de Comercio Exterior, ordenada por la Ley 790 de 2002 y la estructuración unificada de las funciones de las dos entidades, bajo el nuevo MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO, de conformidad con el Decreto-ley 210 de 2003, en cuyo nombre presentó el apoderado los alegatos correspondientes.

Se detuvo en la actuación administrativa mediante la cual se adelantó la diligencia de inspección de obras el 25 de marzo de 1993 e hizo notar que de los valores adeudados por concepto de obras se descontó el monto de los anticipos recibidos, con base en lo cual se llegó a la compensación y conciliación de cuentas, la cual arrojó la suma de \$19'787.347,62 a favor del constructor, suma que fue recibida a satisfacción por el citado contratista.

Observó que la Corporación no dio por terminado unilateralmente el contrato, sino que en realidad el plazo pactado en la última adición del contrato venció y procedió a la liquidación del mismo con base en el acto liquidatorio que quedó contenido en la Resolución No. 060 de mayo 20 de 1993, el cual se basó en los valores del acta de inspección de obras ya mencionada.

Destacó la contradicción de la sentencia de primera instancia en cuanto a que el Tribunal *a quo* reconoció la existencia, acuerdo y suscripción de la liquidación del contrato, pero de otra parte consideró que la Corporación no reconoció los valores de reajuste de las actas No. 10 y 11, los cuales sí fueron incluidos y compensados en la forma en que aparece en las cuentas finales del contrato que se establecieron con base en todas las obras ejecutadas, sus adiciones y reajustes y de mutuo acuerdo de las partes acerca de las cifras, contenidas en el acta de inspección de obras de 25 de marzo de 1999.

Finalmente, la entidad demandada solicitó al Consejo de Estado apartarse de las conclusiones del peritazgo presentado en segunda instancia, teniendo en cuenta dos aspectos: **i)** los perjuicios materiales se establecieron por los peritos financieros con base en la suma de la condena de primera instancia, sin fundamento legal alguno para que se pueda declarar aquella suma como valor del perjuicio, ni para proyectar el lucro cesante y los intereses correspondientes sobre la misma y **ii)** el peritazgo concluyó acerca del perjuicio moral objetivado que por su naturaleza no podía ser evaluado por los peritos.

3.9.3. El **Ministerio Público** guardó silencio en su oportunidad.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **2)** la falta de pretensión concreta sobre la nulidad del acto de liquidación del contrato; **3)** las pruebas aportadas al proceso; **4)** normas violadas y concepto de violación; **5)** los ajustes y adiciones en el contrato de obra pública; **6)** la carga de la prueba del incumplimiento contractual; **7)** el procedimiento de liquidación y el acto de liquidación; **8)** el caso concreto y **9)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado.

El contrato sobre el cual versa la presente controversia corresponde a un contrato de obra pública celebrado por la Corporación Nacional de Turismo de Colombia el 21 de diciembre de 1989, siendo ésta última una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, sujeta a las normas del Decreto-ley 222 de 1983 relativas a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación.

El Decreto-ley 222 de 1983 clasificó los distintos contratos que podían celebrar las entidades públicas en Contratos Administrativos y Contratos de Derecho Privado de la Administración (artículo 16); en cuanto a los primeros dispuso su sometimiento a las normas contenidas en el referido estatuto, mientras que para los segundos estableció que, salvo lo dispuesto expresamente en el mismo Decreto, les serían aplicables las normas del Derecho Privado. El contrato de obra pública fue incluido dentro de la primera clasificación como Contrato Administrativo, razón por la cual, en sus efectos, se hallaba sujeto a todas las disposiciones del estatuto contractual de la Nación y sus controversias serían resueltas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (artículo 17).

En este sentido se advierte que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del litigio entablado en relación con el contrato 037 de 1989 en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto-ley 222 de 1983, vigente para la fecha de celebración del aludido contrato 037, normativa en el cual se dispuso lo siguiente:

“Artículo 17. De la jurisdicción competente. La calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contencioso

administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la justicia ordinaria.

Parágrafo. *No obstante, la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad.”*

Por su parte el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, vigente para el momento en que se presentó la demanda³, contempló la viabilidad de la acción contractual tanto para las controversias en relación con los contratos calificados como administrativos –como el caso del contrato 037- al igual que para aquellos contratos de derecho privado con cláusula de caducidad administrativa, la cual se encontraba igualmente presente en el contrato citado.

A título ilustrativo se menciona que con posterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993 la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado sobre su competencia para conocer de las controversias originadas en contratos celebrados por *entidades estatales*, así:

“Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este 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.”**⁴ (Negrilla fuera del texto).*

³ La demanda se instauró el 2 de julio de 1993, en vigencia del artículo 87 del CCA, subrogado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, que disponía: “ARTICULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones.”

“De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.”

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.”⁵

Por otra parte, en el presente proceso, según consta en auto de 3 de febrero del año 2000, el Consejo de Estado verificó y confirmó la competencia para conocer del asunto en segunda instancia, de acuerdo con la cuantía de las pretensiones exigida para que el proceso contractual instaurado en el año de 1993 tuviera dos instancias. (Folios 402 y 403 cuaderno 4)

2. La falta de pretensión concreta sobre la nulidad del acto de liquidación del contrato.

En forma preliminar, antes de proceder al estudio de fondo en el presente recurso de apelación, la Sala debe considerar que el demandante no solicitó la nulidad de la Resolución No. 060 de 1993 mediante la cual se liquidó en forma unilateral el Contrato de Obra Pública No. 037 de 1989, toda vez que la jurisprudencia vigente advierte acerca de la ineptitud en que incurre la demanda impetrada cuando se pretende obtener la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato estatal si el mismo ha sido objeto de esa clase de liquidación y se demanda únicamente el incumplimiento del contrato sin haber solicitado la declaratoria de nulidad del correspondiente acto administrativo de liquidación.

La jurisprudencia aludida se funda en que la demanda enmarca el debate procesal y con base en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo se impone al demandante la carga de identificar en las pretensiones de la

⁴ 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.

⁵ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, radicado 8500123310002000001980, expediente 20.968, Demandante: Luis Carlos Pérez Barrera, Demandado Caja Nacional de Previsión.

demanda el acto administrativo cuyos efectos pretende retirar del mundo jurídico, además de que la norma en cita exige que en relación con el acto administrativo acusado el demandante identifique las normas violadas y el concepto de dicha violación.⁶

No obstante, en el presente caso la Sala observa que la falta de pretensión concreta sobre la nulidad del acto de liquidación del contrato No. 037 de 1989 no da lugar a la ineptitud de la demanda toda vez que el demandante sí invocó la irregularidad del acto de liquidación, presentó el concepto de violación y además se allegó al proceso el respectivo acto de liquidación y se debatió sobre el mismo.

En efecto, la liquidación unilateral del contrato No. 037 de 1989 fue referida en las pretensiones primera y segunda de la demanda, aunque no se citó el número de la Resolución que dispuso la liquidación unilateral ni se invocó expresamente su nulidad, toda vez que en ellas se solicitó la declaratoria de incumplimiento del contrato con fundamento en la “*liquidación irregular*” y se acudió a presentar además de la pretensión de incumplimiento del contrato, la pretensión de “*adición*” de la liquidación, con el fin de obtener la condena al pago de las sumas no incluidas en el aludido acto de liquidación.

Por otra parte, en el concepto de violación el demandante invocó y argumentó expresamente la transgresión del artículo 289 del Decreto-ley 222 de 1983 que se refirió concretamente al contenido del acto de liquidación del contrato, amén de que la Resolución No. 060 de 1993, contentiva del acto de liquidación del contrato fue allegada al proceso en copia autorizada por la Corporación Nacional de Turismo y su contenido fue ampliamente debatido entre las partes.

De cuanto antecede se concluye que el Tribunal *a quo* procedió correctamente al asumir el estudio de fondo de las pretensiones, incluyendo en el mismo, además del incumplimiento del Contrato de Obra No. 037 de 1989, la pretendida ilegalidad del acto de liquidación unilateral, con lo cual cumplió con

⁶ En este sentido se citan las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: sentencia de 17 de agosto de 2000, radicación 12640, C.P. Alíer Hernández Enríquez; sentencia de octubre 7 de 2009, radicado 18509, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Sección Tercera Subsección A: sentencia de 7 de noviembre de 2012, expediente No.25.915, radicación No. 440012331000200000293 01, actor: Laureano Quintero Gómez, demandado: Instituto Nacional de Vías –INVIAS–.

su deber de evitar la sentencia inhibitoria de conformidad con el numeral 4 del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil y protegió equitativamente el derecho de acceso a la administración de justicia del demandante, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política y el derecho de defensa y contradicción de la Corporación demandada, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política.

Así pues se reitera que aunque en el *petitum* de la demanda el demandante no deprecó la nulidad de la Resolución No. 060 de 1993, por la cual se realizó la liquidación del contrato No. 037, ni solicitó su revocatoria, se advierte que pidió la declaración de incumplimiento contractual y la “adición” de la liquidación del contrato, de lo cual se desprende que el demandante si incorporó el acto de liquidación del contrato estatal como acto acusado dentro de la acción contractual, tal como lo permite el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo⁷ para este tipo de acción y que atacó el valor fijado para las cuentas a su favor dentro del acto de liquidación, sobre lo cual, por otra parte, se defendió la entidad demandada, se practicaron y debatieron las respectivas pruebas, con todo lo cual se concluye suficientemente acerca de la competencia de la Sala para conocer de fondo tanto sobre el acto de liquidación del contrato No. 037/89 como sobre el incumplimiento contractual, amén de encontrar que la acción contractual se entabló dentro del plazo de dos (2) años, a partir del acto de liquidación del contrato, en los términos establecidos en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo acerca de la caducidad de la acción contractual y, por lo tanto, se encuentra oportunamente impetrada.

Aclarado este punto la Sala continúa con el estudio del recurso de apelación formulado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 26 de julio de 1999.

3. Las pruebas aportadas al proceso.

3.1. Documentos aportados por la parte demandante, en original o copia autenticada.

La parte demandante aportó los siguientes documentos originales o

⁷ Acción de controversias contractuales.

autenticados ante Notario, los cuales se tendrán en cuenta como prueba, de acuerdo con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil:

3.1.1. Copia autenticada de la comunicación 0045 de agosto 19 de 1992, radicada en la Corporación Nacional de Turismo de Colombia el 20 de agosto de 1992, en la cual el demandante se refirió a la liquidación del contrato No. 037/89 y enumeró los conceptos que en su opinión ameritaban un reconocimiento de perjuicios dentro de tal liquidación.

3.1.2. Carta radicada el 21 de mayo de 1993 ante la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, suscrita por el ingeniero Antonio Sumoza Torres, (folios 79 a 128 cuaderno principal), en la cual se refirió a la liquidación contenida en la Resolución No. 060 de 1993, relacionó los incumplimientos a cargo de la Corporación y solicitó anexar con destino al acta de liquidación, los siguientes documentos: **i)** acta No. 10 por valor de \$7'707.214,05, y acta de reajuste del acta No. 10 por valor de \$9'369.120,63 (folios 91 a 103 cuaderno principal); **ii)** acta No. 11 por valor de \$13'712.921,95 (folios 104 a 108 cuaderno principal) y acta de reajuste al acta No. 11 por valor de \$16'669.839,31 (folios 109 a 111, cuaderno principal). Las sumas citadas por valor total de las actas No 10 y 11 con sus correspondientes reajustes acumulan un valor de \$47'459.095,94. Las anteriores actas presentan los cálculos de reajuste de precios con base en los índices de marzo de 1993, están elaboradas para fecha de firma de 18 de mayo de 1993 y aparecen suscritas por Antonio Sumoza Torres sin firma del delegado de la Corporación; **ii)** una relación de costos que el contratista consideró que se debían incluir en la liquidación, la cual contiene el balance de *“lucros”* por 114 días, a razón de un *“valor total por mes según propuesta”*, más costos de personal *“laborando en tareas de liquidación del contrato desde agosto 26/91 hasta la fecha de liquidación aproximadamente mayo de 1993”*, otros costos de *“arriendos servicio campero”*, a lo cual agregó los reajustes y el valor de AIU, con lo cual concluyó este anexo con un valor total liquidado a favor del contratista de \$145'642.024.

Se observa que la parte actora aportó como anexo A de la demanda, otra relación de *“lucros”* actualizada en la cual involucró además de los ítems por concepto de las actas No. 10 y No. 11 con sus reajustes, el valor de honorarios y costos por obtención de licencia, costos de traslado del ingeniero asesor de la compañía aseguradora para la atención de la inspección judicial, por todo lo

cual el demandante liquidó en el citado anexo A de la demanda, la suma de total de \$169'044.079,56 (folios 127 y 128, cuaderno principal).

3.2. Fueron debidamente aportados, en copia autorizada por la Secretaría General de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, los siguientes documentos que obran en el cuaderno 6 del expediente, los cuales se tendrán y valorarán como pruebas válidas de acuerdo con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil:

3.2.1. Contrato Administrativo de Obra Pública No. 037 suscrito el 2 de diciembre de 1989.

A continuación se transcriben las principales disposiciones de este contrato:

“CLÁUSULA PRIMERA.- Objeto: EL CONTRATISTA se obliga para con la CORPORACIÓN a la ejecución de obras de ampliación del HOTEL SANTAMAR, ubicado en Santa Marta, corregimiento de Gaira, Departamento de Magdalena, de acuerdo con la propuesta presentada por el mismo, el día 11 de Diciembre de 1.989, la cual forma parte integral del presente contrato.

CLAUSULA SEGUNDA.- Duración: El término total de duración del presente contrato será de nueve (9) meses, contados a partir de la fecha del acta de iniciación de obra, que será la misma fecha de pago del anticipo.

CLAUSULA TERCERA.- Valor: El valor total del presente contrato será de \$185'705.413,02.

CLAUSULA CUARTA.- Forma de Pago: Un anticipo del 40% del valor total del contrato, o sea la suma de \$74'282.165,21, el cual se cancelará una vez perfeccionado el contrato y se amortizará deduciéndolo del valor de las cuentas de cobro parciales que presente el CONTRATISTA, hasta cubrirlo en su totalidad. El saldo del valor se pagará contra la presentación de cuentas de cobro, de acuerdo con los recibos parciales de obra que consten en las actas.

CLÁUSULA QUINTA.- Obligaciones del Contratista: En ejecución del presente contrato el contratista deberá: a) Utilizar los materiales y elementos relacionados en los planos, proyectos y especificaciones de obra aprobados por la Corporación y especificados en la propuesta, cumpliendo estrictamente con las condiciones de calidad, cantidad y demás referencias descritas en los mismos. (...) d) Realizar las obras en el plazo convenido y efectuar las entregas en las fechas y condiciones acordadas. e) Abstenerse de ejecutar obras

adicionales y/o mayores cantidades de obra que no estén previamente autorizadas por escrito por el interventor con el visto bueno de la Subgerencia de Desarrollo de la CORPORACIÓN y que no estén respaldadas por un contrato adicional, de tal manera que se puedan identificar claramente la obra o labor requerida y establecer su costo y plazo de ejecución. Las obras o materiales objeto de la adición deberán estar reseñadas en la propuesta original para efectos de no incurrir en la modificación del objeto contractual, salvo cuando se trate de los contratos contemplados en el artículo 114 del Decreto 222 de 1.983. En el caso que el contratista viole la anterior disposición por su cuenta y costa correrán la totalidad de los gastos y pagos que de estos hechos se deriven sin que haya lugar a interponer acción alguna contra la Corporación.

CLÁUSULA SEXTA.- Obligaciones de la Corporación: Durante la vigencia del presente contrato, la CORPORACION asumirá las obligaciones que se relacionan a continuación: a) Pagar las cuentas que presente EL CONTRATISTA para la cancelación de las diferentes cuotas que se hubieren pactado en la cláusula cuarta. b) Las demás obligaciones que del presente contrato se deriven.

CLÁUSULA OCTAVA.- Reajustes: El valor básico del Acta de Obra Ejecutada se ajustará en el porcentaje que resulte de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$PR = (I1 \text{ MOr/ MOo} + I2 \text{ CEr/CEo} + I3 \text{ Hlr/Hlo} + I4 \text{ MAr/ Mao} + I5 \text{ AMr/ Amo} + I6 \text{ LAr/ Lao} + I7 \text{ Er/IEo} + I8 \text{ ISr/ISo} + : I9 \text{ CMCr/CMCo})$$

Los anteriores símbolos tienen los siguientes significados PR: valor reajustado PO = valor del acta, coeficientes básicos para la aplicación de la fórmula de reajuste y serán deducidos del presupuesto básico aprobado para este contrato y para su aplicación deberá llevar el visto bueno de la CORPORACION mediante la elaboración del acta, MO: valor mano de obra, CE: valor del cemento, HI: valor del acero de refuerzo. MA: valor madera, AM: valor agregado minerales, LA: valor ladrillo, IE: valor instalaciones eléctricas, IS: valor Instalaciones sanitarias, CMC: demás elementos no considerados en los ítems anteriores.

Las relaciones:

MOr/ MOo; CEr/CEo; Hlr/Hlo; MAr/ MAo; AMr/ AMo; LAr/ LAo; IEr/IEo; ISr/ISo; CMCr/CMCo

Es (sic) igual a la que exista periódicamente entre los valores de la mano de obra, los materiales, el mes del reajuste de precios y las existentes a la fecha de la presentación de la propuesta según las publicaciones de Camacol Seccional Santa Marta.

PARÁGRAFO I: En cualquier circunstancia, para liquidar los

reajustes se confrontará el valor de la obra ejecutada con el cronograma de obras verificando su cumplimiento. Si de tal verificación se establece que el contratista ejecutó la obra por menos cantidad y valor previsto en el citado cronograma, la obra ejecutada en la fecha prevista, se reajustará con los índices establecidos para el mes en que ha debido ejecutarse y no podrá acumularse para el mes posterior. Si el valor ejecutado es mayor al programado, el reajuste se aplicará con base en el índice del mes en que se ejecutó.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA.- Adiciones, Modificaciones y Prórrogas: Cualquier adición en valor o plazo del presente contrato, deberá hacerse mediante suscripción de un contrato adicional oportunamente.

CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA.- Liquidación: Terminado el contrato por cualquiera de los motivos en él previstos o cumplido a cabalidad su objeto, se procederá a su liquidación conforme a lo dispuesto en los artículos 287 y siguientes del Decreto 222 de 1.983, liquidación esta que se constituye en requisito solemne y previo para la cancelación total de su valor.”

3.2.2. Primera Adición al Contrato No. 037/89, suscrita por las partes el 11 de junio de 1990, por valor total de \$5'191.295.81 incluido AIU de 22.5%, en cuya cláusula primera se identificaron las siguientes obras adicionales de la ampliación del Hotel Santamar: 1) construcción de dos cajas de inspección; 2) demolición de una caja de inspección; 3) excavación para instalar el tanque de agua; 4) construcción de un tanque en concreto con sus accesorios; 5) acero de refuerzo por 2.300 kilogramos; 6) conexión del tanque del Centro de Recepciones con el tanque del hotel; 7) demolición subterránea para la colocación de la tubería referida en el punto anterior y 8) instalación de las bombas en el sitio definitivo. (Folio 52, 53 y 54, cuaderno 6). A esta adición se anexaron las constancias de publicación del contrato adicional y constancia de revisión de la Contraloría General de la República sobre el mismo, sin observaciones.

3.2.3. Segunda Adición al Contrato No. 037/89, suscrita por las partes el 3 de octubre de 1990, por valor total de \$45'096.676,73 incluido AIU de 22.5%, en cuya cláusula primera se identificó el objeto que consistió en ejecutar mayores cantidades de obra y obras adicionales así como se acordó suprimir algunos ítems. En este documento las partes adicionaron el plazo del contrato hasta el 28 de febrero de 1991. A esta adición se anexaron las constancias de

publicación del contrato adicional y constancia de revisión de la Contraloría General de la República sobre el mismo, sin observaciones.

3.2.4. Memorando 12564 de 3 de octubre de 1990 de la Directora Jurídica de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, en el cual informó a la Subgerencia de Desarrollo acerca del visto bueno para la solicitud de modificación al contrato No. 037/89 por la suma de \$45'096.676,73, e indicó la imposibilidad jurídica para la adición del rubro solicitado para carpintería de madera y observó que de acuerdo con la legislación no se configuró o tipificó para esta adición la celebración de contrato accesorio. (Folio 69, cuaderno 6).

3.2.5. Otrosí No. 1 aclaratorio y modificatorio de la segunda adición al contrato 037/89, suscrito el 13 de noviembre de 1990, el cual tuvo por objeto modificar las cantidades de obra y obras adicionales previstas en la segunda adición. (Folio 72 y 73, cuaderno 6).

3.2.6. Tercera adición y otrosí al contrato 037/89, suscrita el 28 de febrero de 1991, con el fin de acordar mayores cantidades de obra en los siguientes ítems: acabados muros, acabados pisos, carpintería de madera, dotación y equipos, instalaciones eléctricas y comunicaciones, tableros e interruptores automáticos, teléfonos, acometidas, alambrado de acometidas en conductor de cobre, instalaciones hidrosanitarias. De acuerdo con este documento consta que se adicionó el valor del contrato en la suma de \$58'674.857 y el plazo se amplió hasta el 31 de julio de 1991. A esta adición se anexaron los documentos de póliza de seguro, pago de publicación del contrato adicional y constancia de revisión de la Contraloría General de la República sobre el mismo, sin observaciones. (Folio 113, cuaderno 6).

3.2.7. Otrosí a la tercera adición al contrato 037/89, suscrito el 21 de marzo de 1991, con el objeto de aclarar la cláusula quinta de la tercera adición al contrato en relación con la constitución de la póliza de seguro.

3.2.8. Aclaración a la tercera adición del contrato 037/89, suscrita el 18 de abril de 1991, con el objeto de establecer que el valor total de la tercera adición fue la suma de \$58'618.760 y el valor total del contrato ascendió a la suma de \$294'612.145,56 y, en consecuencia, se dispuso que el mayor valor pagado se descontaría del saldo a favor del contratista. (Folio 107 y 108 cuaderno 6).

3.2.9. Comunicación No. 3240 de 26 de marzo de 1991, dirigida al ingeniero Antonio Sumoza Torres por el Director de la Oficina Jurídica de la Corporación, en la cual se refiere al requerimiento de una póliza para amparar el anticipo autorizado para el tercer adicional del contrato. (Folios 105 y 106 cuaderno 6).

3.2.10. Resolución No. 021 de 29 de enero de 1993, por la cual la Corporación Nacional de Turismo de Colombia resolvió:

“ARTICULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el señor ANTONIO SUMOZA TORRES por razón del contrato No.037/89, celebrado con la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, conforme a la parte motiva de esta providencia.

(...)

ARTICULO QUINTO: Proceder, una vez ejecutoriada la presente providencia, a la liquidación final del contrato en donde se incluya el valor de la sanción pecuniaria y los valores por concepto de daños y perjuicios causados a la Corporación, así mismo, tomar posesión de las obras en el estado en que se encuentren.”

Esta Resolución fue aportada por la Corporación con constancia de la notificación personal de 19 de febrero de 1993 realizada al ingeniero Antonio Sumoza Torres.

3.2.11. Proyecto de acta de liquidación del contrato 037 de 1989 sin firma de las partes, elaborado para firma con fecha 15 de marzo de 1993 en el cual se relacionó la suma total de \$31'098.180.95 por concepto de actas No. 10 y 11 y sus reajustes (folios 109 a 114, cuaderno 6).

Acerca de este documento es importante observar que los valores de reajuste de las actas mencionadas aparecen calculados con base en los índices finales de Camacol para agosto de 1991, al paso que en los proyectos de las actas actualizadas por el demandante para firma a mayo 18 de 1993, los reajustes se establecieron con referencia a los índices de marzo de 1993, lo cual explica la diferencia del valor de los reajustes en la suma de \$16'360.878,99 en relación con los documentos descritos en el punto 2.1 de las pruebas mencionadas en la presente relación, en los cuales, como ya se mencionó, el valor total de las actas citadas y sus reajustes ascendió a de \$47'459.095,94. (Folios 124 y 125,

cuaderno principal).

3.2.12. Copia autenticada de la diligencia de inspección a las obras del Hotel Santamar, de fecha 25 de marzo de 1993, presentada por la Corporación con la firma de quienes estuvieron presentes en la diligencia: el apoderado de la aseguradora CONFIANZA, Antonio Sumoza Torres, contratista, el arquitecto residente, el Director Seccional de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia y la Delegada de la Oficina Jurídica de la entidad contratante.

3.2.13. Resolución No. 060 de 20 de mayo de 1993, expedida por el Gerente de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición, se revocó la Resolución No. 021 de 29 de enero de 2003, se ordenó compensar las mayores y menores cantidades de obra y, por lo tanto, se reconoció un pago a favor del contratista por la suma de \$19'787.348.

Igualmente, en el artículo cuarto de la aludida Resolución No. 060, la Corporación Nacional de Turismo de Colombia dispuso:

“TENER como documento de liquidación del contrato, el contenido en este acto administrativo, el cual arroja en favor del contratista el valor de \$19'787.348 y que cubre el excedente del costo que demandó la obra ejecutada por el Ingeniero Antonio Sumoza Torres.”

Esta resolución se aportó por la Corporación con nota original de notificación personal a Antonio Sumoza Torres realizada el 21 de mayo de 1993, en la que se hizo constar que contra la misma procedía el recurso de reposición.

En la parte motiva de la Resolución No. 060, dentro del ítem titulado *acervo probatorio*, se relacionan las cuentas presentadas por la Compañía Aseguradora en cuanto a los anticipos recibidos por el contratista por la suma total de \$97'752.108,01 y la amortización de anticipos en obra ejecutada por la suma de \$86'633.650,59 lo cual arrojó un valor pendiente de amortizar de \$11'118.457,42 a favor de la Corporación.

A continuación, la Resolución citada contiene la compensación del anterior saldo con las cuentas pendientes de pago por concepto de las actas No. 10 y 11 y sus reajustes, los cuales se establecieron en la siguiente forma:

“ACTA No. 10	\$7'707.214,05
ACTA No. 11 (obras ejecutadas y no legalizadas)	\$13'712.921,95
REAJUSTE ACTA No. 10	\$3'482.273,45
REAJUSTE ACTA No. 11	\$6.195.772,40
TOTAL SUMAS A FAVOR DEL CONTRATISTA ⁸	\$31.098.180,95”

“Balance Final.”

a)	Saldo a favor del contratista:	\$31'098.180,95
b)	Saldo a favor de la Corporación por concepto de anticipos no amortizados:	\$11'118.457,42
	Saldo final a favor del contratista:	\$19'787.347,62”

En las consideraciones de la Resolución No. 060 consta la siguiente:

“Por tanto, el despacho considera que la prueba básica para evacuar el recurso es la inspección efectuada sobre las obras que el contratista dijo haber ejecutado sin respaldo contractual que como ya se dijo, basado en la confianza que la entidad le proporcionó al crearle la expectativa de suscribirse un contrato adicional para amparar dichas obras, evidentemente necesarias y que no daban tregua a paralizar su ejecución. En orden a lo expuesto del contenido del acta levantada en la diligencia aludida se desprende la existencia de unas obras que no fueron amparadas ni con el contrato principal ni con adiciones, pero que beneficiaron el predio de propiedad de la Corporación y mal puede la entidad contratante entrar a sacarle fruto al trabajo del

⁸ Valor que coincide con el primer proyecto de acta de liquidación, en referencia con los índices de reajuste a agosto de 1991.

*contratista, en deterioro del derecho que a éste le asiste para reclamar su pago si desde luego puede verse que el recurrente pudo obrar de buena fe, esto es con la anuencia del interventor del momento quien era el facultado para objetarlas y desde luego impedir la ejecución en el instante mismo de la acometida*⁹.

3.3. Otras pruebas.

3.3.1. Interrogatorio de parte del ingeniero Antonio Sumoza Torres (folio 205 a 212, cuaderno principal), en el cual afirmó que la entrega del anticipo se realizó el 10 de enero de 1990; pero el inmueble le fue entregado sólo hasta el 19 de enero de 1990; indicó que los contratos adicionales obedecieron a obras necesarias que fueron debidamente identificadas con los respectivos soportes y reiteró los hechos de la demanda en cuanto que no se le entregaron oportunamente las especificaciones del aire acondicionado para acometer la obra en los tiempos requeridos. Finalmente, afirmó que sí cumplió el contrato para lo cual se soportó en la decisión de la Corporación contenida en la Resolución No. 060.

3.3.2. Testimonio del señor Luis Ignacio Diazgranados Villareal (folios 218 a 220, cuaderno principal), quien rindió declaración en relación con los hechos conocidos en su condición de Director de la Seccional Santa Marta de la Corporación para la época de inicio del contrato No. 037/97 y aportó los siguientes documentos acerca del trámite de la licencia de construcción, en los cuales se apoyó el testigo para destacar el cumplimiento oportuno de las responsabilidades a cargo de la Corporación en relación con la licencia de construcción:

3.3.2.1. Copia de la comunicación 102-1-209 suscrita por el Director Seccional de la Corporación Nacional de Turismo dirigido al Departamento Planeación Municipal, con fecha agosto 9 de 1989, en la cual solicitó el visto bueno para la ampliación del hotel Santamar y anexó la relación de planos presentados para aprobación. (Folio 230 a 233 cuaderno principal).

3.3.2.2. Copia de la comunicación 102 – 1 de agosto 9 de 1989 en la cual el Director Seccional de la Corporación Nacional de Turismo informó del proyecto

⁹ Folio 146, cuaderno 6.

de ampliación del Hotel Santamar al Departamento de Planeación Municipal y solicitó expedir la demarcación respectiva. (Folio 229 cuaderno principal).

3.3.2.3. Copia del acta de iniciación de obra suscrita en Bogotá, con fecha de inicio de enero 10 de 1990.

3.3.2.4. Copia de la solicitud de licencia de construcción de ampliación del Hotel Santamar, de fecha enero 23 de 1990, suscrita por el Director Seccional de la Corporación Nacional de Turismo y por el contratista, dirigida a la oficina de Planeación Municipal de Santa Marta (folio 234, cuaderno principal).

3.3.2.5. Copia simple de la Resolución 061 de 31 de mayo de 1990 expedida por el Departamento Administrativo de Planeación Municipal, por la cual se otorgó la licencia de construcción para construir un edificio de 4 pisos constituido por 48 habitaciones, para ampliación del hotel (folios 238 y 239, cuaderno principal).

3.3.2.6. Fax del Concepto Técnico de fecha 15 de agosto de 1990 que contiene las apreciaciones acerca de las obras adicionales, presentado en el trámite de la solicitud del ingeniero Antonio Sumoza en el contrato 037/89, rendido por el Profesional de Ingeniería de la Corporación Nacional de Turismo. (Folios 225 a 228, cuaderno principal).

En relación con el testimonio del arquitecto Luis Ignacio Diazgranados la apoderada del demandante radicó memorial en el que dejó constancia que no eran ciertas las afirmaciones en cuanto a que el testigo no tuvo participación alguna en las obras adicionales, toda vez que hizo notar que el mismo testigo suscribió junto con el contratista el formato de análisis de precios que el contratista anexó con la solicitud que presentó a la Corporación el agosto 20 de 1990 para obtener la aprobación de la obra adicional¹⁰.

3.3.3. Testimonio del señor Eduardo Padilla Cormane, interventor de obras de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia para 1991 y 1992, quien manifestó haber sido informado del proyecto que tenía la Corporación de modificación de la suite y aportó el plano correspondiente, el cual fue agregado

¹⁰ Segunda adición.

al expediente por disposición del Despacho. Por otra parte, manifestó que en su opinión la liquidación del contrato No. 037 quedó en suspenso porque no hubo acuerdo en la forma de hacer la liquidación y establecer los descuentos, según se dio cuenta el testigo en una reunión de 28 de febrero de 1992. (Folios 240 a 246, cuaderno principal).

3.3.4. Testimonio del señor Carlos Augusto Socarrás Zúñiga, quien rindió declaración sobre los hechos que le constaron como Director de la Corporación Nacional de Turismo Seccional Santa Marta (folio 253 a 255). El testigo manifestó que verificó el estado de algunas obras sin terminar en el contrato No. 037 de 1989, entre otras la obra de los clósets, según dejó constancia en la diligencia de 1 de febrero de 1993, en la cual participó. Para soportar lo anterior aportó el siguiente documento, que fue allegado al expediente: copia simple del acta de toma de posesión de las obras objeto del contrato 037/89 de 1º de febrero de 1993, con firma del entonces Director Seccional, el Auditor Interno y la asistente de la oficina jurídica de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia. (Folio 256 cuaderno principal).

3.3.5. Testimonio de la doctora Eloísa Barreto Landínez, abogada de la Corporación de Turismo de Colombia, en el cual se refirió a la liquidación del contrato No. 037 y explicó lo siguiente:

“El señor Sumoza nos presentó un presupuesto o un valor apreciable en dinero por las obras adicionales que no estaban cubiertas por ningún contrato, recuerdo que en ese documento que él nos presentó la mayor cantidad de obra tenía un valor superior al que en últimas se le canceló, pero él debió restar a ese valor lo de los clósets porque estaban mal hechos, por lo que llegó a un acuerdo con la subgerencia de desarrollo y el interventor no recibía la obra por el valor contratado (closets del hotel), lo que reconoció el señor Sumoza por lo cual él solamente cobró el 50% del valor de esos clósets que ya se le había cancelado y el 50% restante nos los descontó del valor de la obra adicional.” (Folio 105, cuaderno 4).

3.3.6. Testimonio del señor Aurelio Jiménez Fernández, Gerente de la sociedad Aire Caribe Limitada, contratista del sistema de aire acondicionado, quien manifestó que *“cuando empezamos a realizar los trabajos encontramos con sorpresa que las tuberías no estaban debidamente aisladas”* lo cual dio lugar a la suspensión del contrato de aire acondicionado para que el contratista de la obra civil solucionara los problemas. Aportó copia simple del acta de

suspensión de la obra del contrato 076/91, que fue allegada al expediente, firmada por Aurelio Jiménez en condición de contratista y el interventor del citado contrato con fecha 21 de septiembre (sin año) en la cual se dejó constancia de la suspensión del contrato 076/91 por dos conceptos: la falta de energía de arranque en el edificio y que *“los contratistas de obra civil dejaron algunos tramos de tubería de agua helada sin barrera de vapor y tramos sin aislamiento.”* (Folio 354, cuaderno principal).

3.3.7. Testimonio de la doctora Alba Mary Sánchez, abogada asesora de la Corporación, quien manifestó que participó en el trámite de la tercera adición al contrato No.037 e indicó que:

“(…) yo proyecté una resolución que declaraba la caducidad del contrato teniendo en cuenta que había un vencimiento próximo y según informe de la oficina donde estaba el doctor Méndez –construcciones e interventoría – no iba ni a la mitad de las obras inicialmente pactadas, yo presenté el proyecto pero nunca supe qué pasó porque yo salí de esa oficina.” (folios 110 a 115, cuaderno 4).

3.3.8. Testimonio del señor Carlos Proenza Lanao, Gerente de la Corporación a partir de agosto de 1.990, quien manifestó que tuvo conocimiento de dificultades, prórrogas y obras mal ejecutadas que le impidieron a entregar la obra a la ciudad; no obstante no pudo precisar algún incumplimiento en detalle por cuanto manifestó que este aspecto le correspondía al Subgerente de Construcciones. (Folio 122 y 123, cuaderno 4).

3.3.9. Testimonio del señor Hollman Mauricio Lugo, ingeniero civil de la Dirección de Construcciones de la Corporación para la época en que se firmó el contrato 037/89, quien manifestó que únicamente le correspondió recibir las actas que suscribían el interventor y el contratista. (Folio 135 a 137, cuaderno 4).

3.3.10. Testimonio de la doctora Alina Ochoa, asesora jurídica de la Corporación hasta el 31 de diciembre de 1990, quien dio cuenta de una solicitud de adición al contrato por \$8´000.000 que se presentó con el concepto del interventor, la cual fue negada por la asesora jurídica con memorando del mismo 31 de diciembre de 1.990 por considerar que no había lugar a contratar las obras adicionales propuestas, por cuanto las mismas no estaban

contempladas en la propuesta inicial ni eran absolutamente indispensables. El memorando respectivo se anexó al expediente. (Folio 140 a 142 cuaderno 4).

3.3.11. Dictamen pericial.

Los peritos contadores públicos, Miguel Ponzón Deluque y Hugo Ramos Gámez presentaron su dictamen con fecha septiembre 6 de 1995 y anexaron la contabilidad en los libros registrados por el demandante y la prueba de la matrícula mercantil No. 22688 realizada por el demandante, de acuerdo con certificación expedida por la Cámara de Comercio de Santa Marta. (Folio 67 cuaderno 2).

Igualmente, los peritos anexaron las actas de entrega parcial de obra, desde la número 1 de fecha 22 de febrero de 1990, hasta el acta número 9, de fecha 28 de mayo de 1991, recabadas en la diligencia de inspección judicial.

A solicitud de ambas partes, el Tribunal *a quo* ordenó la aclaración al dictamen, la cual se presentó por los peritos el 15 de noviembre de 1995 quienes, atendiendo los requerimientos del Despacho, conceptuaron en esa oportunidad lo siguiente:

“Revisado el valor del contrato más los reajustes pactados al mismo y confrontados los valores pagados por la C.N.T., al señor SUMOZA, estos valores coinciden, es decir, lo pagado satisface lo contratado más reajustes.

Sin embargo el señor ANTONIO SUMOZA T, puso a nuestra consideración los comprobantes de Pago y Compromisos adquiridos por él e imputables, según su concepto; al contrato No. 037 con la C.N.T. por valor de \$79'596.723,14; pero dichos documentos no se hallan registrados en los libros principales examinados por nosotros (adjuntamos fotocopias auténticas de dichos documentos), consideramos competencia del Tribunal su aceptación o no.” (Folio 103, cuaderno 2).

Los referidos comprobantes de egreso anexos a la aclaración del dictamen, obran en el cuaderno 5, con autenticación ante notario de fecha 27 de octubre de 1995 y corresponden a los siguientes egresos: pagos a favor del señor Jairo Amor arquitecto residente; pagos de sueldos y prestaciones al señor Jorge Montalvo, almacenista; pagos de sueldos y prestaciones al señor Antonio Sumoza como Director del Proyecto; pagos de servicios de aseo y celaduría a

la señora Marlene Ruíz; pagos de suministros de tubería PVC para la barrera de vapor, para el óptimo funcionamiento de los equipos de aire acondicionado, realizados al ingeniero Julio Sierra Alvarez, contratista del suministro de instalación de tuberías de agua fría del sistema de aire acondicionado; pago de prima de seguro a favor de CONFIANZA S.A.; pagos por pintura y colocación de teja a favor del señor José Manuel Henríquez y pago por concepto de mano de obra a favor del señor Manuel Saballet.

3.3.12. Copias simples.

El demandante aportó otros documentos en fotocopia simple, que obran en los cuadernos No. 2, 3 y 7 a 14¹¹ del expediente, acerca de los cuales la Sala advierte que no constituyen documentos probatorios con el lleno de los requisitos establecidos en el Estatuto Procesal Civil, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo¹² señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Por ello es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.¹³, los documentos pueden aportarse

¹¹ Documentos de la licitación pública No. 02 de 1989, descripción de las especificaciones generales de construcción del Hotel Santamar; acta No. 2 de entrega del lote de fecha 19 de enero de 1990, requerimiento de información dirigido a la Corporación de fecha 6 de 1990; comunicación radicada el 1 de agosto de 1990, para consideración de obras adicionales con formato de análisis de precios unitarios; comunicación de 2 de marzo de 1990 en la cual presenta al interventor los análisis de precios para la consideración de obras adicionales; folios de la bitácora de obra de octubre 8 de 1990 sobre la definición del sistema de aire acondicionado: informe de 25 de mayo de 1990 sobre las inquietudes planteadas por el contratista de la parte eléctrica; acta de iniciación de obras de la tercera adición al contrato de fecha 26 de marzo de 1991 con constancia del entrega del cheque por el anticipo; comunicación de marzo 18 de 1991 en la cual solicitó el reconocimiento del anticipo para la tercera adición del contrato o que se le otorgue una cuarta adición; comunicación de abril 5 de 1991, en la cual presentó un recuento histórico del contrato al Gerente de la Corporación; comunicación de agosto 13 de 1991 dirigida al interventor con el anexo de mayores cantidades de obra y obras adicionales; comunicación de octubre 3 de 1991 suscrita por el interventor Eduardo Padilla Cormane en la cual informó al contratista la negativa de la Corporación a autorizar adiciones al contrato y la decisión de estimar vencido el contrato desde el 22 de agosto de 1991 así como las instrucciones de la Corporación para hacer un inventario de obras y proceder a la liquidación del contrato; comunicación del demandante Antonio Sumoza de fecha octubre 7 de 1991 en la cual se refirió a la decisión de no conceder la prórroga del contrato y estimar por terminado el contrato el 22 de agosto de 1991; comunicaciones de agosto 19 de 1992 con las cuales el ingeniero Antonio Sumoza entregó los proyectos de actas propuestos para proceder a la liquidación del contrato, para ser firmados con fecha 15 de julio de 1992, en cuyos anexos se observa que los reajustes se calcularon en ese proyecto con base en el índice final de agosto de 1991 (folios cuaderno 7 folios 324 a 362) y enumeró las demoras que a su juicio le daban derecho a incluir en la liquidación los perjuicios y escrito del recurso de reposición presentado contra la Resolución 021 de 1993, con fecha 4 de marzo de 1993.

¹² Artículo 168 C.C.A.: "PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de *prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.*"

al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez (artículo 264 C. de P.C.¹⁴), salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P. C.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., vigente para la fecha de la apertura de pruebas en el presente proceso¹⁵, éste se reputará auténtico en los

¹³ Artículo 253, C. de P. C.: “Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”

¹⁴ “Artículo 264.- Alcance Probatorio. Los documentos públicos hacen fé de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza.”

¹⁵ No sobra advertir que el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010, a cuyo tenor:

“En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.”

De esta manera, las copias de los documentos privados elaborados por las partes que concurren a un proceso judicial se presumen auténticos bajo el nuevo régimen probatorio de acuerdo con la ley 1395 de 2010. No así las copias de los documentos públicos, con respecto a las cuales se requieren la autorización del funcionario público o la autenticación notarial de acuerdo con el artículo 254 del C.P.C. ya citado.

El artículo 11 de la Ley 1395 de 2010 aplica en forma inmediata, a partir de su vigencia, julio 12 de 2010, por lo cual en cada caso se debe tener en cuenta la fecha en que fue decretada la respectiva prueba de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de agosto 17 de 2012 que dispone:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos,

siguientes casos: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso. La Sala advierte que el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que acaba de invocar para el análisis de las copias de documentos privados, corresponde al texto vigente para la fecha del auto que decretó las pruebas en el presente proceso.

En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

*“El artículo 25 citado se refiere a los **“documentos”** y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.*

“Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuviesen iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

*“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”*

De acuerdo con lo anterior, acerca de las copias simples se tendrá en cuenta el pronunciamiento reiterado de la presente Subsección, en cuanto no constituyen prueba idónea de acuerdo con los dictados de los artículos 168 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, no obstante lo cual los hechos respectivos serán valorados dentro del asunto *sub-lite* en contexto con lo que se acredite mediante las otras pruebas debidamente aportadas al proceso.

4. Normas violadas y concepto de violación

El demandante invocó el incumplimiento del contrato de obra No. 037, por encontrar la violación de las siguientes normas: los artículos 1602 y 1618 del Código Civil y el artículo 7 de la Ley 19 de 1982, haciendo consistir el incumplimiento en que la Corporación Nacional de Turismo de Colombia desconoció la voluntad de las partes; los artículos 58 y 66 del Decreto-ley 222 de 1983 de acuerdo con los cuales la aludida Corporación debió concederle la adición contractual y proveer las apropiaciones presupuestales correspondientes para amparar la totalidad de la obra que le había sido solicitada y, finalmente, el demandante invocó la violación del artículo 289 del Decreto-ley 222 de 1983 en cuanto al acto de liquidación del contrato por cuanto la Corporación ha debido incluir los montos liquidados por el contratista, de acuerdo con lo acordado en las reuniones entre las partes y con las cuentas de liquidación presentadas por el contratista a la Corporación.

A continuación se incorporan las normas citadas por el demandante para facilitar su análisis posterior:

Ley 19 de 1982.

“Artículo 7º: Los contratos de obras se ejecutarán con estricta sujeción a las cláusulas del contrato, al proyecto que le sirve de base y a las instrucciones de la entidad contratante dadas para el mejor cumplimiento del contrato. Durante el desarrollo de las obras y hasta que tenga lugar la recepción definitiva el contratista es responsable de las fallas que en la construcción

se adviertan, sin perjuicio de la responsabilidad a que se refiere el artículo 2060 del Código Civil.”

Decreto ley 222 de 1983.

“Artículo 58. De los contratos adicionales. *Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional.*

Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relaciones con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías.

Serán requisitos para que pueda iniciarse la ejecución del contrato, la adición y prórroga de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes.

Los contratos de interventoría, administración delegada, y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo.

Las adiciones deberán publicarse en el Diario Oficial.

En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas.

Parágrafo. *Los contratos de empréstito distintos a los créditos de proveedores, no se someterán a lo dispuesto en este artículo.*

(...)

Artículo 66. De la sujeción a las apropiaciones presupuestales. *En todo contrato que afecte el presupuesto deberá estipularse precisamente que la entrega de las sumas de dinero a que la entidad contratante queda obligada, se subordina a las apropiaciones que de las mismas se hagan en los respectivos presupuestos.*

La entidad contratante se comprometerá a incluir las partidas necesarias en su proyecto o proyectos anuales de gastos.

(...)

Artículo 289. Del contenido de la liquidación. *Las diligencias de liquidación, que siempre constarán en actas, determinarán*

las sumas de dinero que haya recibido el Contratista y la ejecución de la prestación a su cargo.

Con base en dichas actas se determinarán las obligaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar, o las indemnizaciones a favor del Contratista, si a ello hubiere lugar, todo de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato.

Si no hubiere acuerdo para liquidar un contrato, se tendrá por firme la liquidación presentada por la entidad contratante, la cual se expedirá mediante resolución motivada que estará sujeta a los recursos ordinarios por la vía gubernativa.

El acta final de liquidación, que deberá ser aprobada por el jefe de la entidad contratante, si él no hubiere intervenido, presta mérito ejecutivo ante la jurisdicción coactiva contra el Contratista y su garante en cuanto de ella resultaren obligaciones económicas a su cargo.”

5. Los ajustes y adiciones en el contrato de obra pública.

En primer lugar ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con los dictados del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, el contrato No.037/89 se rige por la ley vigente al momento de su celebración:

“ARTÍCULO 38. *En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.*

Exceptúanse de esta disposición:

- 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y*
- 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido.”*

En consecuencia, se tiene que las normas aplicables para el contrato No. 037/89 son las contenidas en el Decreto-ley 222 de 1983 el cual constituyó el Estatuto de Contratación Administrativa vigente tanto para la fecha firma del contrato como para la época de su liquidación, teniendo en cuenta que la Ley 80 de 1993, contentiva del nuevo régimen de contratación estatal, empezó a regir el 1 de enero de 1994 y su artículo 81 derogó el citado Decreto-ley.

Ahora bien, la definición del contrato de obra pública y su forma de pago fueron establecidas en el Decreto- ley 222 de 1983 de la siguiente manera:

“Artículo 81. Del objeto de los contratos de obras públicas.

Son contratos de obras públicas los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público.

Artículo 82. De las formas de pago en los contratos de obra.

Según la forma de pago, los contratos de obra se celebran:

- 1. Por un precio global.*
- 2. Por precios unitarios, determinando en monto de la inversión.*
- 3. Por el sistema de administración delegada.*
- 4. Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y*
- 5. Mediante el otorgamiento de concesiones.”*

Se observa ahora que en el caso del contrato de obra pública No.037/89 se pactó un precio global, de conformidad con lo previsto en el artículo 88 del Decreto-ley 222 de 1983, así como se establecieron los ajustes del precio, en desarrollo de lo permitido en el artículo 86 de la misma normativa, a cuyo tenor:

“Artículo 88. De la definición del contrato a precio global.

Los contratos a precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos.”

Artículo 86. De la revisión de precios. *En los contratos celebrados a precio global o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.*

Cuando ello fuere posible, la revisión se efectuará mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato en la forma que lo determine el reglamento.

En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuere matemática.

“Las revisiones se consignarán en actas que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquél en que se pague la obra ejecutada, cuando ésta corresponda al menos a la cuota parte del plan de trabajo previsto en el contrato:”

Igualmente, para este análisis normativo resulta importante citar las reglas acerca del contrato adicional y del contrato accesorio de obra pública, contenidas en el Decreto-ley 222 de 1983:

“Artículo 58. De los contratos adicionales. *Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional.*

(...)

En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas.

“Artículo 114. De la definición de los contratos accesorios de obras públicas. *Se tendrá por contratos accesorios de obras públicas los que deben celebrarse para la debida ejecución de otro contrato que aparece como principal. En ningún caso el valor del contrato accesorio podrá ser superior al del principal. Podrá prescindirse del trámite de la licitación pública en los contratos accesorios y disponerse que sean realizados por los contratistas principales o por cuenta de ellos, o por otros contratistas.”*

Como puede advertirse del conjunto de disposiciones legales relacionadas con la regulación del precio del contrato de obra pública, el valor del contrato en la modalidad de precio global, puede sufrir modificaciones o ajustes, con origen en el contrato mismo por aplicación de los ajustes pactados o previa modificación de la obra contratada, por la vía de la modificación contractual, en la forma como se describe a continuación:

- i) El ajuste de precios corresponde a una cláusula contractual que se puede establecer con el fin de reconocer el cambio de valor que presentan los bienes y el dinero con el paso del tiempo. El derecho a pactar estos reajustes de precio ha existido en la regulación del contrato de obra, bien con base en una norma específica, como el

artículo 86 del Decreto-ley 222 de 1983¹⁶ o como desarrollo de los mecanismos de ajuste y revisión de precios previstos en la Ley 80 de 1993, en virtud del cual las partes pueden acordar fórmulas de ajuste dentro del contrato estatal.¹⁷

La cláusula de ajuste de precios se justifica como mecanismo para asegurar la equidad real de las prestaciones entre las partes, toda vez que en la etapa precontractual el contratista presenta su oferta de precio con base en un presupuesto de costos, estimando los precios al momento de la propuesta y claramente se entiende que esos costos presupuestados sufrirán variaciones respecto de la fecha de ejecución y pago de la obra contratada, de manera que la Ley permite que las partes acuerden la fórmula de ajuste, cuya aplicación no implica una modificación al contrato estatal sino que se realiza en desarrollo del mismo.

- ii) Tratándose del contrato de obra a precio global, la modificación de la obra contratada, bien sea en la cantidad o en sus especificaciones, incide en el valor del contrato pactado y por lo tanto debe incorporarse al contrato mediante una modificación contractual, que tiene por objeto precisamente incluir los nuevos ítems o cantidades para la ejecución de la misma obra y la determinación de su valor, con la consecuencia de una adición al precio del contrato.

La adición del valor del contrato ha sido permitida por la ley de contratación estatal con unos límites en cuanto al objeto y valor de la adición, así como en el procedimiento de la modificación contractual, lo cual va de la mano con el principio de la planeación y la normativa relacionada con la ejecución del presupuesto público, toda vez que la adición del contrato debe constituir una situación excepcional si se tiene en cuenta que antes de la contratación la entidad estatal debió definir la obra y las apropiaciones presupuestales

¹⁶ Igualmente previsto desde la Ley 4 de 1964.

¹⁷ “La figura del reajuste de precios es una medida preventiva frente a una situación previsible, que puede afectar el resultado económico final del contrato en contra de cualquiera de las partes, y que se soluciona mediante la inclusión en el mismo de la respectiva cláusula de reajuste, normalmente mediante una fórmula matemática.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, 29 de febrero de 2012, Radicación número: 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371), actor: SOCIEDAD LARIOS ASOCIADOS LTDA., Demandado: INPEC .

requeridas y a la vez, el proponente que decidió participar en el proceso contractual, estudió y definió una oferta de precio de acuerdo con el análisis de sus costos, en forma tal que el objeto y el precio así definidos y acordados, no deberían sufrir variaciones atípicas dentro un escenario normal de ejecución.

No obstante, si bien se exige que los presupuestos públicos asignados a una contratación se basen en estudios previos que permitan estimar la totalidad de los ítems de obra y sus valores, sin variaciones de importancia y se espera también que el contratista presente la oferta con base en el análisis de todos los costos en que deberá incurrir para cumplir con el contrato, asumiendo por lo tanto un álea normal de ejecución contractual, se ha reconocido que al momento mismo de la ejecución del contrato pueden advertirse o registrarse circunstancias ajenas al control de las partes que justifiquen variar la calidad o cantidad de los materiales, para adecuar la obra a las necesidades reales y conseguir la debida ejecución de la misma, lo cual puede dar lugar a la modificación del contrato mediante la adición de obra o del plazo contractual.

Pues bien, en este contexto, las normas de contratación pública han sido estrictas en los requisitos para realizar una adición al contrato estatal y en particular han establecido:

- La exigencia del acuerdo escrito previo como una condición *ad substantiam actus* para la modificación al contrato estatal, siguiendo respecto de la modificación contractual la misma formalidad que se exige para la existencia del contrato administrativo o estatal, según el caso. En este punto se recuerda que tanto el Decreto-ley 150 de 1976, como el Decreto-ley 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993 establecieron el requisito solemne del escrito para el contrato, al punto que bajo la legislación vigente la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterada en manifestar que el escrito contentivo del objeto y la contraprestación constituye uno de los elementos de existencia del contrato, asunto que igualmente aplica a la modificación del contrato.
- Un límite legal definido en el valor de la adición, que como se citó en las normas aplicables a este caso estaba fijado en el 50% del valor ajustado del contrato.

- La identidad sustancial de objeto contractual. Este requisito del contrato adicional se desprende tanto de la regulación de la contratación pública, en su momento de las normas sobre contratos adicionales y accesorios fijados en el Decreto-ley 222 de 1983, como en el caso del contrato No. 037/89, se plasmó en una cláusula contractual, cuyo incumplimiento se discute¹⁸.

6. La carga de la prueba del incumplimiento contractual.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido prolífica en reiterar que por aplicación de los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, la parte que alega el hecho del incumplimiento contractual debe probarlo y sóloamente con base en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podrá obtener la decisión judicial por la que acude a la administración de justicia.

Tratándose de la demanda encaminada a obtener la indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación contractual, hay lugar a precisar que de conformidad con el artículo 1757 del Código Civil, la parte que alega el incumplimiento de una obligación contractual debe acreditar la existencia de la obligación, salvo que tal obligación derive su existencia de una Ley que la consagre¹⁹, además de su incumplimiento.

Respecto de la indemnización de perjuicios, en términos de los artículos 1613 y 1615 del Código Civil, contenidos en el régimen de obligaciones aplicables al objeto del contrato administrativo²⁰, se establece que dicha indemnización de perjuicios puede provenir: **i)** de no haberse cumplido la obligación, **ii)** de haberse cumplido imperfectamente, o **iii)** de haberse retardado su incumplimiento. A su vez, las normas en cita prescriben que la indemnización

¹⁸ Obligaciones del Contratista: “ e) *Abstenerse de ejecutar obras adicionales y/o mayores cantidades de obra que no estén previamente autorizadas por escrito por el interventor con el visto bueno de la Subgerencia de Desarrollo de la CORPORACIÓN y que no estén respaldadas por un contrato adicional, de tal manera que se puedan identificar claramente la obra o labor requerida y establecer su costo y plazo de ejecución. Las obras o materiales objeto de la adición deberán estar reseñadas en la propuesta original para efectos de no incurrir en la modificación del objeto contractual, salvo cuando se trate de los contratos contemplados en el artículo 114 del Decreto 222 de 1.983.*”

¹⁹ Las obligaciones establecida en la ley no requieren prueba toda vez que Ley de alcance nacional no requiere prueba de acuerdo con el régimen del estatuto procesal civil que exige prueba de normas de alcance no nacional y leyes extranjeras. (art. 188 del C.P.C.)

²⁰ Decreto ley 222 de 1983: Artículo 15. Del consentimiento, objeto y causa. Los requisitos de consentimiento valido, objeto y causa lícitos se regirán por las normas que sobre la materia establecen el Código Civil y disposiciones complementarias.

de perjuicios se adeuda: a) desde que el deudor se ha constituido en mora, o, b) si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

La Sala acudirá a esta normativa para evaluar la prueba de los incumplimientos alegados por la parte demandante dentro del *sub-lite*, en relación con las obligaciones del contrato de obra No. 037 de 1997.

7. El procedimiento de liquidación y el acto de liquidación.

7.1. Debido proceso.

Dado que una de las pretensiones del demandante en su escrito de demanda, consiste en obtener la adición de la liquidación del contrato de obra No. 037, con fundamento en que se presentaron irregularidades en dicha liquidación, por no haberle reconocido todos los valores a que tenía derecho, se impone la necesidad de ubicar el contexto legal de esta súplica.

La *liquidación* del contrato estatal se entiende en forma genérica como la etapa final de la relación contractual y hace relación tanto al trámite o procedimiento para establecer las cuentas finales como al acto mismo de finiquito de cuentas del respectivo contrato.

A título puramente ilustrativo cabe revisar la exposición de motivos presentada por el Gobierno respecto del proyecto que dio lugar a la expedición de la que finalmente se convirtió en la Ley 80, contentiva del régimen de contratación estatal actualmente vigente y, bueno es precisarlo, no aplicable al contrato que ahora se examina, oportunidad en la cual se realizó una descripción del procedimiento o trámite de liquidación del contrato, de la siguiente manera:

“La liquidación es el procedimiento a través del cual una vez concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas con el fin de establecer si se encuentra o no a paz y salvo por todo concepto relacionado con su ejecución

Como lo ha sostenido reiteradamente la Jurisprudencia, se trata de un trámite cuyo objetivo primordial consiste en establecer quién le debe a quién, qué o cuánto le debe y por qué se lo debe todo lo cual, como es apenas obvio procede con posterioridad a la terminación del contrato.”

Así las cosas es claro entonces que cabe diferenciar entre éste procedimiento administrativo de liquidación y el acto administrativo de liquidación del contrato, dado que este último es el que contiene la manifestación de la voluntad directa y reflexivamente encaminada a establecer el balance final de las cuentas del contrato, en el cual se define el valor de la posición acreedora o deudora de las partes como resultado final de la ejecución contractual y se ordenan los pagos a que hubiere lugar.

En cuanto al procedimiento administrativo de liquidación, se tiene que la ley establece la oportunidad en que se debe proceder a ello y para el caso del Contrato No. 037 de 1989, el artículo 287 del Decreto - ley 222 de 1983, dispuso:

***“Artículo 287. De los casos en que procede la liquidación.
Deberá procederse a la liquidación de los contratos en los siguientes casos:***

- 1. Cuando se haya ejecutoriado la providencia que declaró la caducidad.*
- 2. Cuando las partes den por terminado el contrato por mutuo acuerdo, lo cual podrá hacerse en todos los casos en que tal determinación no implique renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la entidad contratante.*
- 3. Cuando se haya ejecutoriado la providencia judicial que lo declaró nulo.*
- 4. Cuando la autoridad competente lo declare terminado unilateralmente conforme al artículo 19 del presente estatuto.*

Además de los casos señalados, y si a ello hubiere lugar, los contratos de suministros y de obras públicas deberán liquidarse una vez que se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas de los mismos.”

A su turno, la Ley 80 de 1993, contentiva del régimen de contratación estatal²¹, hizo referencia a la *etapa de liquidación* del contrato que debe surtir en el caso de los contratos de tracto sucesivo y reguló su ocurrencia y contenido en su artículo 60.

²¹ El Decreto-ley 222 de 1983 para la época del caso sub lite derogado por la Ley 80 de 1993, en su artículo 60 y 61.

En las actuaciones administrativas orientadas a expedir el acto de liquidación del contrato estatal se aplican las normas generales del procedimiento administrativo y, por lo tanto, los principios constitucionales del debido proceso, en particular el derecho de audiencia y contradicción del contratista, así como el derecho a conocer las pruebas decretadas y participar en la práctica de las mismas, de manera que para el caso del acto de liquidación, se debe tener presente que no puede surgir de plano, sin la debida motivación y el proceso de conciliación de cuentas para establecer el balance final del respectivo contrato, con la participación del contratista, sin perjuicio de la potestad que asiste a la Administración para definir finalmente la liquidación de manera unilateral²² a través de un típico acto administrativo.

Dentro de ese contexto, dado que la liquidación como procedimiento tiene la finalidad de finiquitar las cuentas contractuales, lo natural es que el acto de liquidación se dé en forma bilateral, como un acuerdo de voluntades de ambas partes, como bilateral es el contrato mismo, pero de no ser posible, la Administración Pública tiene el poder y el deber de expedir el acto de liquidación del contrato en forma unilateral.

Por otra parte, se agrega que en el acto de liquidación bilateral pueden coexistir tanto cuentas definidas de mutuo acuerdo entre las partes como aquellas respecto de las cuales se han hecho constar salvedades o desacuerdos, los cuales deben ser puntuales y concretos, como lo ha hecho notar la Sección Tercera del Consejo de Estado²³ y deben ser planteadas con toda precisión en el acto mismo de la liquidación bilateral, salvo que las objeciones provengan de hechos que no se conocían al momento de suscribir el acta de liquidación bilateral, según se lee en la sentencia que se cita a continuación:

²² Acerca del debido proceso pueden verse: la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. 17 de abril de 2013, Expediente No.: 20.618, Radicación: 250002326000199704857 01, Actor: Gerardo Palacios Osma, Demandado: Corporación La Candelaria. y con mayor detalle la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 de Octubre de 2012, Radicación: 85001233100020000041 01, expediente: 23.400, Actor: Hernán Guzmán Chacón, Demandado: Municipio de Tauramena.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, 31 de Marzo de 2011, radicación Número: 68001-23-15-000-1997-00942-01(16246), actor: Ever Alfonso Suarez Lagos, demandado: Empresa Colombiana de Petróleos.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 de Octubre de 2012, Radicación: 85001233100020000041 01, expediente: 23.400, Actor: Hernán Guzmán Chacón, Demandado: Municipio De Tauramena

“Así pues, 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. 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.”²⁴.

(...)

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.”

Por último se agrega que, como regla general, una vez expedido el acto de liquidación, no es procedente demandar únicamente el incumplimiento del contrato para obtener el reconocimiento de los eventuales perjuicios derivados del mismo, puesto que para alcanzar la prosperidad o estimación de las pretensiones acerca de resarcimiento del incumplimiento contractual, el acto de liquidación en el cual no se haya contemplado el mismo, debe ser retirado en sus efectos del mundo jurídico si se pretende desconocer la decisión en él contenida, así como si se busca la inclusión de nuevas cuentas a cargo de alguno de los contratantes que hagan variar el resultado final de las mismas, toda vez que, como se ha explicado, el contenido del acto de liquidación establece un saldo final de la ejecución contractual que proviene de las obligaciones recíprocas de ambas partes, de donde como regla general no puede sustraerse el acto de liquidación de la pretensión de incumplimiento

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

contractual y del debate procesal acerca del mismo, en tanto la obligación supuestamente incumplida incida en el valor del saldo final de la liquidación.²⁵

7.2. Condiciones espacio temporales de la etapa de liquidación.

En relación con las condiciones espacio temporales de la liquidación de los contratos de Derecho Público, la regulación permite inferir que el procedimiento administrativo se inicia una vez termina el contrato, por cualquiera de las modalidades posibles, circunstancia que constituye un presupuesto para emprender las actuaciones de liquidación.

Acerca de la liquidación cuando el contrato terminó por el cumplimiento o ejecución del objeto contractual, el Decreto-ley 222 de 1983 estableció que la liquidación de los contratos de obra pública tendría lugar *“una vez que se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas de los mismos”*.

Por otra parte, en relación con los contratos celebrados en vigencia del aludido Decreto-ley 222 de 1983, el Consejo de Estado evaluó el marco legal aplicable al plazo para adelantar la liquidación del contrato estatal y advirtió lo siguiente:

“Ahora bien, en cuanto corresponde a la oportunidad o el plazo establecido para la realización o adopción de la liquidación de un contrato de la Administración, dentro del marco normativo aplicable de manera particular al caso concreto que aquí se examina, importa destacar que el Decreto-ley 222 de 1983 no precisó tiempo alguno dentro del cual debía agotarse dicha etapa, vacío legal que fue satisfecho por vía jurisprudencial cuyos lineamientos fueron recogidos posteriormente por la Ley 80 de 1993, en sus artículos 60 y 61, normas que posteriormente complementó la Ley 446 de 1998 mediante lo dispuesto en su artículo 44, numeral 10, letras b), c) y d). Inicialmente la Jurisprudencia señaló un término de cuatro (4) meses, contados desde la terminación del contrato; más tarde precisó que el procedimiento para la liquidación del contrato debía cumplirse en un plazo de seis (6) meses, así: cuatro (4) meses para la liquidación por mutuo acuerdo y dos (2) para efectuar la liquidación de manera unilateral, por parte de la Administración. También señaló la jurisprudencia que aunque el término para adelantar la liquidación no era perentorio, vale decir que bajo esa normatividad no se perdía la competencia

²⁵ La regla general comentada se aplicó, por ejemplo, en el siguiente caso: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 7 de noviembre de 2012, Expediente No. 25.915, Radicación No. 440012331000200000293 01 actor: Laureano Quintero Gómez, demandado: Instituto Nacional de Vías –INVIAS–.

*para liquidar el contrato a pesar de que hubieren transcurrido los referidos seis (6) meses siguientes al vencimiento del plazo contractual, dicha "facultad subsiste sólo durante los dos años siguientes al vencimiento de esa obligación, que no es otro que el término de caducidad para el ejercicio de la acción contractual."*²⁶

7.3. Alcance del procedimiento de liquidación del contrato: limitaciones de la transacción y de la compensación de cuentas.

Tal como se ha señalado, las actuaciones dentro del procedimiento de liquidación del contrato de obra tienen por fin establecer las sumas recibidas y las obras ejecutadas y definir el valor de la posición deudora o acreedora que resulta del mismo, para lo cual es posible que se despliegue la actividad negocial de las partes, en relación con derechos u obligaciones recíprocas.

Sobre el particular dispuso el artículo 289 del Decreto ley 222 de 1983:

*"Artículo 289. **Del contenido de la liquidación.** Las diligencias de liquidación, que siempre constarán en actas, determinarán las sumas de dinero que haya recibido el Contratista y la ejecución de la prestación a su cargo.*

Con base en dichas actas se determinarán las obligaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar, o las indemnizaciones a favor del Contratista, si a ello hubiere lugar, todo de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato."

Por su parte la Ley 80 de 1993 se refirió en forma más general a las actividades en la etapa de liquidación del contrato y al contenido del acta de liquidación, así:

"También en esta etapa las partes acordarán los ajustes y revisiones y reconocimiento a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, las conciliaciones y las transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo"

De conformidad con lo anterior, es fácil advertir que el procedimiento de liquidación previsto en la ley da cabida a un escenario de conciliación y

²⁶ Consejo de Estado. Sala de Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 26 de Mayo de 2010, radicación Número: 05001-23-26-000-1988-05756-01(18606), actor: Construcciones Y Equipos S.A., Demandado: Municipio de Medellín.

negociación respecto de las cuentas finales del contrato, dentro del cual es viable desplegar tanto la conciliación administrativa como el contrato de transacción, siendo útil observar que este último no necesariamente tiene que surtir el procedimiento de la conciliación, toda vez que la conciliación fue instituida como un mecanismo de resolución de conflictos sometido a los procedimientos y la aprobación que establece el estatuto de conciliación²⁷, con cuya expedición no se derogó ni se sustituyó la institución de la transacción, prevista como un acuerdo de carácter contractual en el artículo 2469 del Código Civil y, adicionalmente, como un modo de extinción de las obligaciones, según las voces del artículo 1625 ibídem, en los cuales se dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 2469 La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”

No obstante, para el análisis de la viabilidad legal de la transacción las partes han de tener presente que no pueden transigir sobre un derecho ajeno o inexistente, según dispone el artículo 2475 del Código Civil:

“ARTICULO 2475: No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen.”

Igualmente tratándose de un contrato estatal, la transacción debe constar por escrito, de acuerdo con lo que ha observado la jurisprudencia del Consejo de Estado en forma reiterada²⁸:

“En esta perspectiva, el Consejo de Estado, con base en la normativa civil, ha considerado que la transacción es un contrato²⁹ y no ha dudado en la procedencia de las transacciones bajo el imperio de las normas civiles por parte de entidades estatales, con la sola diferencia de que en materia de contratación estatal el contrato es solemne y no consensual, lo que implica que la ausencia del documento escrito conlleva a

²⁷ En su momento para los hechos de este proceso se encontraba vigente la Ley 23 de 1991, posteriormente modificada por la Ley 446 de 1998 y la Ley 640 de 2001.

²⁸ En relación con el alcance de la transacción dentro de la etapa de liquidación véase la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, 29 de mayo de 2013, Radicación: 68001231500019971253901, expediente: 25.971, actor: Sociedad Beltrán Pinzón y Cía. S. A., demandado: Área Metropolitana de Bucaramanga.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de marzo de 1998, exp. 11911, M.P. Daniel Suarez Hernández.

que se miren como no celebrados³⁰; además debe ser suscrito por quien tenga la representación legal de la entidad, quien es el único que tiene la competencia para vincularla contractualmente y debe cumplir con las formalidades previstas en la ley para su procedencia, entre ellas la autorizaciones de ley.”³¹

En este punto se debe tener presente que la Sala no desconoce los dictados del artículo 218 del Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con el cual dentro del proceso judicial los representantes de la Nación requieren autorización expresa del Gobierno Nacional para terminar el litigio judicial por transacción, como igualmente se exige a los apoderados judiciales de las demás entidades públicas el requisito de la autorización expresa de los representantes de tales entidades para formalizar la transacción, pero se advierte aquí que tal normativa se refiere explícitamente al escenario del proceso judicial.

En el caso sub lite se trata de una liquidación de carácter unilateral, en la cual el demandante manifestó que no se tuvieron en cuenta las cifras de los acuerdos previos a los que habría llegado el particular contratista con el interventor del contrato acerca de las cuentas que reconocería la Corporación contratante por su supuesto incumplimiento, las cuales alegó que posteriormente fueron desconocidas en el acta de liquidación unilateral expedida por el representante de la Corporación.

La Sala reitera que no se desconoce la posibilidad de acuerdos de transacción en la etapa de liquidación del contrato estatal, pero advierte que tales acuerdos también deben cumplir con el requisito de la competencia y poder suficiente de los funcionarios que las realizan y por ello, aunque la transacción acerca de las cuentas en el escenario de la etapa de liquidación por fuera del proceso judicial no requiere del permiso especial a que se refiere el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo, se debe tener presente que en la etapa del liquidación del contrato procede la transacción pero el representante de la Administración Pública que la acuerde debe tener capacidad negociadora para transigir en nombre de la entidad contratante, toda vez que los funcionarios

³⁰ Los artículos 18 y 39 del decreto ley 150 de 1976, 26 y 51 del decreto ley 222 de 1983 y 41 de la ley 80 de 1993 -según el caso-, han impuesto, perentoriamente y por regla general, la solemnidad del escrito para instrumentar la relación jurídico contractual, constituyéndose así en requisito *ad substantiam actus* y *ad probationem*. Vid. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de noviembre de 2006, exp. 16855, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de febrero de 2011, exp. 28.281, Ruth Stella Correa Palacio.

públicos sólo pueden actuar dentro del marco de sus funciones, como lo establece la propia Constitución Política en su artículo 121.

Por otra parte, resulta importante agregar que en la determinación de las obligaciones recíprocas para la liquidación del contrato estatal es viable el acuerdo de compensación de las cuentas acreedoras y deudoras, bien sea como parte del contrato de transacción para precaver un eventual litigio o solamente incluido en el acto de liquidación, como modo de extinguir las obligaciones de acuerdo con lo definido en el artículo 1714 del Código Civil, con el siguiente alcance:

“ARTICULO 1714. Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.”

Acerca de la compensación de cuentas como modo de extinguir las obligaciones, se tiene que el Código Civil establece su ocurrencia por ministerio de la ley en los casos y con los requisitos establecidos en el artículo 1715 del citado Código y, por lo tanto, la aludida compensación bien puede incorporarse como parte del acto bilateral de liquidación o ser declarada por la entidad contratante en el acto unilateral de liquidación del contrato, de acuerdo con los límites que la propia ley impone.

La norma legal en cita dispone:

“ARTICULO 1715. La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:

1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.

2.) Que ambas deudas sean líquidas; y

3.) Que ambas sean actualmente exigibles.

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.”

También ha de recordarse que la compensación de cuentas no procede en presencia de los eventos de intervención forzosa administrativa ni con violación

de los derechos del principio de la “*par condicio creditorum*” frente a terceros acreedores dentro de procesos de carácter concursal³², tal como lo ha observado la jurisprudencia de la Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

Por último, se agrega que la compensación como parte del acto administrativo de liquidación, está sometida a los requisitos legales del mismo, por ejemplo en cuanto a la competencia de las partes y la licitud de su objeto³³.

8. El caso concreto.

8.1. Las cuentas por concepto de reajuste de precio se liquidan de acuerdo con la fórmula acordada en el contrato.

Según se desprende del material probatorio, los recursos de apelación que ocupan la atención de la Sala dentro de la acción contractual impetrada se refieren, en primer lugar, a la reclamación por concepto del *valor de los reajustes* de las actas No. 10 y No. 11 que el Tribunal *a quo* reconoció por la suma de \$16.360.941,09 y, en segundo lugar, a las pretensiones para el reconocimiento de perjuicios por otros hechos que se han relacionado en la demanda como causa del incumplimiento del contrato.

En relación con lo primero, la suma mencionada corresponde a la diferencia entre el saldo que arrojó el balance final del contrato de obra pública No. 037/89 contenido en la Resolución No. 060 de 1993 de la Corporación Nacional de

³² “La Corte Constitucional, al definir la exequibilidad del artículo 301 del estatuto orgánico para el sistema financiero, en sentencia C -429/00, consideró lo siguiente: *Para esta Corte, una compensación anterior al proceso liquidatorio que operase en forma automática y por vía general, resulta constitucionalmente inaceptable, pues, ciertamente, si se permitiera que, en esa hipótesis a través de la compensación, el acreedor de una entidad liquidada recibiera la satisfacción de su crédito, éste no entraría al prorrato a que están sujetos los otros acreedores, y ello constituiría una verdadera injusticia frente a los demás acreedores, quienes sí están obligados a hacerse parte en el proceso concursal, para poder obtener el pago de sus acreencias.*

En el mismo sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido: *Por lo expuesto la Sala considera que si bien el trámite de la solicitud de devolución y/o compensación debe ajustarse a las normas tributarias, la toma de posesión de bienes y haberes a causa de una decisión de la administración no puede desconocerse, pues el proceso de liquidación forzosa se rige por sus normas especiales; así las deudas fiscales vigentes a la fecha de su iniciación debían ser reclamadas dentro del proceso liquidatorio y no compensadas con el saldo a favor consolidado con posterioridad al inicio del mencionado proceso, por lo que procede la devolución de los valores pagados en exceso que no fueron objeto de requerimiento especial.”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente, María Inés Ortiz Barbosa, 3 de marzo de 2005, Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00781-01(13880), Actor: Banco Andino Colombia S.A., en Liquidación-

³³ Las cuentas que por ley están sometidas a una destinación específica no pueden ser compensadas sino dentro del objeto legalmente permitido.

Turismo de Colombia, en el cual se tuvo en cuenta el valor del reajuste de las actas No. 10 y No. 11 calculado en referencia con el índice de ajuste vigente para agosto de 1991, mes siguiente a la terminación del plazo contractual, al paso que el actor solicitó reconocer el valor de las actas ajustadas que entregó con las salvedades cuando le fue notificado el acto de liquidación, en las cuales utilizó los índices finales vigentes a marzo de 1993, más de un año después de la terminación del plazo contractual, mes que corresponde a la diligencia de inspección de obras decretada como prueba dentro del trámite que precedió al acto de liquidación proferido unilateralmente por la Corporación demandada.

El Tribunal *a quo* accedió a las pretensiones del demandante, por considerar que la obra correspondiente fue ejecutada, que no existió prueba para desestimar el valor de las actas de reajuste y que no hubo mayor oposición de la entidad demandada en este punto.

La Sala no comparte las consideraciones del Tribunal *a quo* y revocará la decisión de primera instancia, toda vez que ni en el contrato ni en acuerdo alguno existió obligación de reconocer y pagar los ajustes que reclamó el demandante y, por el contrario, en el contrato No. 037 existió una fórmula específica para liquidar los reajustes que corresponde a la aplicada en el acto de liquidación y en presente proceso obra prueba del pago completo de la obra ejecutada y sus ajustes tal como se explica a continuación:

- i) El derecho al reajuste se pactó en el contrato con base en la aplicación de los índices correspondientes a la fecha en que la obra debió ser ejecutada.**

El párrafo primero de la cláusula octava del Contrato No. 037 estableció

“PARAGRAFO I.- En cualquier circunstancia, para liquidar los reajustes se confrontará el valor de la obra ejecutada con el cronograma de obras verificando su cumplimiento. Si de tal verificación se establece que el contratista ejecutó la obra por menos cantidad y valor previsto en el citado cronograma, la obra ejecutada en la fecha prevista, se reajustará con los índices establecidos para el mes en que ha debido ejecutarse y no podrá acumularse para el mes posterior.” (La subraya no es del texto).

La citada cláusula contractual fue clara y de acuerdo con su texto la fórmula correcta para calcular los reajustes sobre el valor de la obra correspondió a los

índices establecidos para el mes en que ha debido ejecutarse tal como se aplicó en el acto de liquidación en el caso *sub judice*, al paso que el demandante pretendió que se le aplicaran los índices de ajustes de una fecha posterior, la cual se encontró por fuera del plazo contractual de entrega y para cuyo reconocimiento no existe soporte legal ni fáctico alguno.

En el debate *sub lite*, los documentos referidos por el demandante como actas de obra No. 10 y No. 11 y las actas de reajuste respectivas no aparecen firmados por la entidad contratante, de manera que en realidad fueron *proyectos* o *propuestas* de actas, que lógicamente no tuvieron la potencialidad de modificar el contrato ni pasaron de ser alternativas de ajuste propuestas por el contratista en el escenario de las actuaciones de liquidación, de manera que tales documentos no constituyen soporte para generar el derecho a cobrar ajustes de precio con base en los índices establecidos con fechas diferentes a las que exigió el contrato, que eran los índices vigentes para la época en que la obra debió ser ejecutada dentro del cronograma contractual y no los índices de las fechas que propuso el demandante.

En este sentido resulta correcta y ajustada al contrato la aplicación de los índices de ajuste utilizados para establecer el balance final del contrato contenido en la Resolución No. 60 de 1993, tomando la fecha en que debió suceder la ejecución contractual.

En el mismo orden de ideas se observa que la fórmula contenida en la cláusula de ajuste de precios del contrato No. 037/89 respetó la disposición prevista en su momento en el Decreto-ley 222 de 1983, en la cual se reguló el ajuste en relación con la cuota de obra ejecutada en el *cronograma o plan de trabajo contractual*, así:

“Las revisiones se consignarán en actas que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquél en que se pague la obra ejecutada, cuando ésta corresponda al menos a la cuota parte del plan de trabajo previsto en el contrato.” (La subraya no es del texto)

Finalmente se agrega que el valor reclamado por el contratista -que fue erróneamente reconocido en la sentencia de primera instancia- no tenía soporte contractual y tampoco se probó el acuerdo sobre las cifras que alegó el demandante, pues un compromiso de reconocer esas sumas sólo hubiera

podido derivar de un acuerdo de transacción formalizado en el escenario de liquidación del contrato, el cual tampoco ocurrió ni existe prueba en tal sentido, toda vez que requería cumplir con la formalidad escrita que la ley establece para los acuerdos contractuales en la reglamentación de la contratación estatal y provenir del funcionario competente para comprometer a la entidad en tal sentido.

Reitera la Sala que el valor de la condena de primera instancia solamente correspondió a las diferencias por *ajuste* de precios -las cuales por carecer de soporte contractual serán revocadas- y en el caso *sub judice* no existe diferencia acerca de las cifras de obra ejecutada y reconocida en el acto de liquidación.

- ii) La segunda razón por la cual se aparta la Sala de las consideraciones del Tribunal *a quo* radica en que *sí* existió prueba para desestimar el valor de los proyectos de actas de ajuste, teniendo en cuenta que el dictamen de los peritos contables concluyó que el valor total de obra ejecutada estaba totalmente pagado incluyendo los reajustes y además -a diferencia de lo que afirmó el Tribunal a quo- sí se presentó una oposición consistente por parte de la entidad demandada en cuanto indicó desde el primer momento que en las cifras del acto de liquidación se encontraba contenida la totalidad de los reajustes, asunto que sostuvo en la contestación de la demanda y reiteró en sus alegatos de primera instancia.

8.2. No procede reconocer intereses de mora cuando no se demuestra la obligación vencida.

Se ha planteado por el demandante que existieron unas obras adelantadas sin soporte contractual, cuyo valor vino a reconocerse en el acto de liquidación, sobre el cual solicitó además de la indexación de los valores adeudados, intereses moratorios desde la fecha en que presentó las cuentas en el escenario de liquidación del contrato.

En el presente proceso quedó establecido que la entrega de las obras finales sólo se realizó hasta que la entidad contratante tomó posesión de las mismas y verificó en diligencia del 1 de febrero de 1993 su estado, dado que aún para esa

fecha, cuando había transcurrido más de un año de la terminación del plazo contractual, algunas de las obras no se encontraron a satisfacción de la entidad contratante e igualmente se acreditó en el proceso que el 25 de marzo del mismo año, el contratista se presentó a la diligencia de inspección de obras y sólo allí las partes, de manera conjunta verificaron el estado y determinaron el valor de las obras pendientes de legalización y recibo, al paso que no existieron con anterioridad a tales diligencias actas de esa obra debidamente aprobadas, ni constancia de entrega de la misma, ni tampoco constancias de la oferta de entrega de obra que habría debido presentar el contratista cuando terminó el plazo contractual.

De esta manera no se encontró prueba alguna de la morosidad de la entidad contratante en recibir y pagar las obras finales, ni el vencimiento de plazo alguno a su cargo, de manera que no existe base para liquidar intereses moratorios sobre el valor de tales obras.

Adicionalmente en relación con las obras ejecutadas sin soporte contractual, el contratista no puede alegar mora en los plazos del contrato o de la ley, cuando tales obras no tenían origen contractual y menos aun cuando en este asunto ni siquiera se demostró que la entidad contratante hubiera requerido su ejecución, sino más bien que el contratista propuso una cuarta adición contractual que nunca le fue aprobada, de manera que la Corporación demandada nunca estuvo en mora de recibir la obra correspondiente y de pagarla, y que ya dentro de la etapa de liquidación recibió del contratista la obra ejecutada sin contrato, decidió reconocer su valor y procedió a su pago, mediante compensación y cancelación efectiva del saldo que quedó, después de la aludida compensación, a favor del contratista, tal como se observa en el acto mismo de la liquidación.

Se recuerda que el Consejo de Estado ha advertido que la mora en el pago de obras debe ser probada por el demandante, así:

“No se necesita mayor esfuerzo para rechazar esta pretensión, y confirmar la sentencia, porque no hay prueba de la mora, a sabiendas de que estaba a cargo de la parte que la reclama. De hecho, en el expediente sólo obran algunas “Actas de recibo de obra” –ni siquiera todas- pero se desconoce la fecha del pago y si se cumplieron o no los requisitos para hacerlo. Entre otras cosas, el dictamen pericial, indispensable para analizar este aspecto técnico-jurídico, señaló que “el valor solicitado, no lo podemos calcular porque no pudimos conseguir los certificados

de pago ni los índices para el cálculo de los reajustes del IDU, estos documentos le fueron solicitados al demandante en varias ocasiones, pero no fue posible que atendiera nuestra petición". En estos, por falta de prueba de los hechos, se confirmará esta decisión de la sentencia apelada."³⁴

Por otra parte se tiene en cuenta que para efectos del balance final del contrato contenido en la Resolución No. 060 de 1993 se establecieron las cuentas a cargo de ambas partes y en relación con el anticipo no amortizado en obra se identificó un saldo a cargo del contratista que fue compensado con el valor de obra ejecutada establecido con base en la propia determinación de los ítems y las cifras presentadas por el contratista en la diligencia de inspección de obras, de manera que tampoco se puede invocar para este caso la mora de la entidad contratante, cuando a su vez el contratista tenía a su cargo la obligación de devolver la suma en su poder por concepto de anticipo no amortizado y que por la vía de la compensación de cuentas la obligación de pagar las obras se extinguió por el monto del valor compensado, todo lo cual permite concluir que tampoco hay lugar a liquidar intereses sobre obligaciones que fueron extinguidas.

8.3. Otras reclamaciones por perjuicios

Acerca de los otros conceptos reclamados por el demandante en el recurso de apelación, por perjuicios que no fueron evaluados ni reconocidos en la sentencia de primera instancia, la Sala observa lo siguiente:

8.3.1. Ineficacia probatoria de los gastos extracontables alegados por el demandante en su favor cuando no existe la debida correspondencia con los asientos y comprobantes de la contabilidad del comerciante.

Acerca de los comprobantes de egreso extracontables aportados como base del alegado perjuicio por concepto de gastos en la etapa de liquidación del Contrato No. 037 se advierte lo siguiente:

- i) El contratista se matriculó como comerciante en la Cámara de Comercio de Santa Marta, según obra en el proceso con la prueba del registro

³⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, octubre 19 de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1992-7954-01(18082) actor: Anibal Franco Gómez, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano-IDU - referencia: contractual

mercantil correspondiente, de manera que su calidad de comerciante se encontró probada, pese a los argumentos de su apoderado en cuanto a que en realidad no era un comerciante sino un profesional en ejercicio de su actividad no comercial. De lo anterior se tiene que el demandante se encontraba sometido a las obligaciones del comerciante, entre ellas la de llevar contabilidad en libros debidamente inscritos en el registro mercantil de acuerdo con los mandatos de los artículos 48 y 59 del Código de Comercio.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha recordado la función pública del Registro Mercantil como prueba idónea de los actos y contratos inscritos, así:

“En primer lugar, debe recordarse que las sociedades comerciales están sujetas a las normas del Código de Comercio, cuyo Título III reguló lo concerniente al Registro Mercantil, el cual tiene por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad (art. 26); dicho Registro Mercantil corresponde a una función pública que le fue atribuida a las cámaras de comercio por el legislador (art. 27) y en él debe inscribirse, entre otras actuaciones, la designación de los representantes legales de las sociedades y su remoción (art. 28, num. 9º), disponiendo así mismo el estatuto comercial, que “(...) los actos y documentos sujetos a registro no producirán efectos respecto de terceros sino a partir de la fecha de su inscripción” (art. 29, numeral 4) y que “Toda inscripción se probará con certificado expedido por la respectiva cámara de comercio o mediante inspección judicial practicada en el registro mercantil” (art. 30)³⁵

Por lo anterior, en este caso, en materia de la prueba de los gastos para soportar un eventual perjuicio, la Sala acude al dictamen sobre la ejecución del contrato presentado con base en la contabilidad del demandante y se acoge al concepto de los peritos en cuanto que todos los gastos del contrato de obra causados en la contabilidad registrada del demandante se encontraron cubiertos.

- ii) Los gastos extracontables no se entienden probados a favor de las pretensiones del demandante, cuando se advierte que los

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 17 de marzo de 2010, Radicación Número: 63001-23-31-000-1998-00164-01(16452), Actor: Sociedad Grupo Editores S.A., Demandado: Departamento del Quindío.

comprobantes de egreso no tuvieron la debida correspondencia con los asientos contables y sobre los mismos no se acreditaron los soportes correspondientes a los respectivos comprobantes, toda vez que la ley comercial dispone como sanción para el comerciante la ineficacia probatoria, de manera que el comerciante no puede alegar en su favor el contenido de comprobantes que presenta sin la debida correspondencia con los asientos en sus libros.³⁶

Importa advertir que como regla general los libros de contabilidad constituyen un principio de prueba para el contratista que tienen la calidad de comerciante y se les reconoce su importancia frente a los deberes del comerciante con el Estado y la comunidad en general, como destacó la Corte Constitucional en las consideraciones realizadas en la sentencia C-062/08, así:

“[...] La importancia de los libros de comercio no se restringe, sin embargo, al ámbito comercial. El Estado recibe beneficio del manejo de los libros de comercio por parte del comerciante porque le permite hacer efectivo el deber público tributario, le permite controlar la evasión y estructurar las bases del sistema financiero. Los libros de comercio son piezas fundamentales de la actividad comercial, pues reflejan, en beneficio del comerciante, pero principalmente de la comunidad, el estado de los negocios de aquél, permitiendo el ejercicio regular de la actividad comercial y garantizando la transparencia de su profesión, la protección de la comunidad y el control de la comunidad y el Estado. El principio general en materia de valor probatorio de los libros de comercio se encuentra consignado en el artículo 68 del Código de Comercio, que hace parte del capítulo III dedicado al tema. El artículo en cita señala que los “libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente”. Debe aclararse, en primer lugar, que el valor probatorio de los libros de comercio opera de manera plena en las relaciones entre comerciantes. De allí que el artículo 69 del Código de Comercio precise que, en las cuestiones mercantiles con personas no comerciantes, los libros son principio de prueba, que puede ser complementado con otras pruebas legales.”

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterada en aplicar las disposiciones de los artículos 48 y siguientes del Código de Comercio para reconocer las pruebas aportadas con base en la contabilidad del comerciante y en exigir el cumplimiento de la regulación respectiva para aquellos soportes

³⁶ “Artículo 59.- Entre los asientos de los libros y los comprobantes de las cuentas, existirá la debida correspondencia, so pena de que carezcan de eficacia probatoria en favor del comerciante obligado a llevarlos.”

allegados como pruebas, sin perjuicio de admitir la prueba contable complementada por otros medios idóneos, cuando la contabilidad se lleva en debida forma.

Ahora bien, el artículo 70 del Código de Comercio establece la valoración de la prueba de la contabilidad del comerciante cuando éste no lleva los libros, los oculta o los lleva irregularmente, caso en el cual de conformidad con el numeral 3 de la disposición citada, el Juez puede decidir conforme a los registros contables de la contraparte, salvo que el contratista aduzca plena prueba de los hechos.

Otra situación probatoria regulada en la ley en forma diferente a la mencionada en el artículo 70 del Código de Comercio es la prevista los artículos 57, 58 y 59 del mismo Código que contemplan el caso de los libros de contabilidad alterados, con espacios para facilitar intercalaciones, borrados o tachados, y el evento de los asientos contables que se encuentran sin la debida correspondencia en los comprobantes de respaldo, siendo esto último lo que se encontró probado en el *sub lite*, tal como se hizo constar por los peritos con base en la diligencia de inspección judicial practicada a la contabilidad del demandante, quien exhibió al margen de su contabilidad registrada, diversos comprobantes de egreso no incluidos en su contabilidad, sin los soportes respectivos y de acuerdo con la normativa del Código de Comercio se debe aplicar la sanción para el comerciante de la *ineficacia probatoria* de lo que pretende acreditar a *su favor*, de manera que en este caso no se admite al demandante probar como perjuicios los egresos no registrados en la contabilidad por otro medio de prueba distinto y por ello la Sala no puede aceptar los comprobantes así entregados por el demandante por lo cual se abstendrá de considerarlos como base para acreditar un eventual perjuicio.

Al margen se agrega que el artículo 74 del Código de Comercio contempla la sanción para el caso en que el comerciante lleve doble contabilidad, o sea dos o más libros iguales en los que registre en forma diferente o distintos comprobantes sobre los mismos hechos, caso en el cual los libros y papeles *“solo tendrán valor en su contra”*.

8.3.2. Los gastos del contratista para atender la etapa de liquidación del contrato, no constituyen perjuicios.

Por otra parte, la Sala observa que el demandante pretendió el reconocimiento de gastos administrativos como perjuicios y que tales gastos se entienden incluidos en el porcentaje de administración dentro del A.I.U., pactado en el precio del respectivo contrato, el cual se cobró y se pagó de conformidad con el respectivo acuerdo contractual, sobre el valor total de la obra ejecutada.

Al respecto se observa que en el momento de presentar una propuesta para la celebración de un contrato que deba ser objeto de liquidación, el contratista debe estimar los gastos del período de liquidación para definir su propuesta de precio, toda vez que la liquidación constituye una etapa obligatoria de los contratos de tracto sucesivo, en la cual el contratista particular tiene unas actividades que desplegar como parte misma para lograr el finiquito de su gestión contractual, de manera que en el momento de la liquidación del contrato no puede invocar los gastos en que incurra para atender la presentación y la explicación de cuentas a su cargo como un mayor valor a su favor, ni como un perjuicio que deba ser resarcido por la entidad pública contratante, a menos que demuestre la desproporción de los gastos sobrevinientes e imprevistos, no imputables a su actividad, para dicha etapa.

8.3.3. Los perjuicios por mayor permanencia en obra no se demuestran por la sola demora de la entidad contratante en contestar las peticiones del contratista.

El demandante reclamó un valor por la “mayor permanencia en obra”, teniendo en cuenta los días que se tomó la Corporación para contestar sus propuestas de contratos adicionales y para asistir a las pruebas del aire acondicionado y definir las especificaciones técnicas del mismo, así como los días que se tomó la entidad contratante para definir los colores de la pintura de la suite del hotel.

El tiempo transcurrido para resolver las solicitudes de adiciones contractuales no puede ser tomado por sí solo como causa de perjuicio, tal como advirtió la entidad demandada en su defensa, toda vez que la propuesta de adición contractual, aún si hubiera contado con el visto bueno del interventor en el formulario de análisis de precios que se adjuntó, no constituyó una obligación para la entidad contratante, la cual por el contrario no podía resolver de plano sobre la adición al contrato, toda vez que debió estudiar la necesidad de la obra

adicional y definir sobre las disponibilidades presupuestales y de hecho no consideró aceptables la totalidad de los ítems de obra propuestos por el contratista.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha observado en forma reiterada que el silencio de la Administración Pública frente a las solicitudes del contratista, no genera por sí solo un derecho, ni constituye silencio administrativo positivo acerca de lo solicitado, así:³⁷

*“El silencio de la Administración Pública no crea ni establece, una obligación clara, expresa y exigible porque, como ya se precisó, el silencio no constituye fuente de obligaciones y, además, cuando ocurre **-verdaderamente-** con los requisitos descritos antes, sólo autoriza, habilita o reconoce derechos preexistentes del contratista y por tanto la fuente obligacional está en estos derechos y no en la omisión en responder, aunque se haya protocolizado ante notario.*

Esta Corporación judicial, al respecto, ha dicho:

“La Sala no comparte el criterio de las sociedades demandantes, toda vez, que en reiteradas oportunidades esta Corporación ha manifestado que el simple silencio de la administración frente a una petición elevada por el contratista en el término de ejecución del contrato, no es constitutivo de título ejecutivo que permita librar mandamiento de pago en contra de una entidad pública.”³⁸

No sobra anotar que los compromisos verbales no tienen idoneidad para producir una adición contractual, por la formalidad escrita que la Ley de contratación impone a los contratos administrativos como ahora estatales, además de que en este caso no se probó ni que la Corporación hubiera solicitado las obras adicionales, ni que se hubiera comprometido a aprobarlas.

Finalmente en el caso *sub lite* no existió prueba del perjuicio o daño causado por la denominada mayor permanencia en obra, pues el demandante no identificó el gasto ocasionado y no reconocido, el cual además ha debido ser demostrado como imputable a los tiempos de las respuestas por parte de la

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 de Octubre de 2012, Radicación: 85001233100020000041 01, expediente: 23.400, Actor: Hernán Guzmán Chacón, Demandado: Municipio de Tauramena.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 6 de noviembre de 1996, exp. 11696, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Corporación Nacional de Turismo de Colombia, respecto de lo cual no puede tenerse como prueba un cálculo como el que planteó el demandante que no pasó de ser una propuesta con base en una suma fija diaria cobrada por cada día de la demora, sin conocerse siquiera a qué podría obedecer tal suma.³⁹

8.3.4. Los perjuicios morales no se presumen.

Por otra parte, acerca del daño moral que se alega originado en la pérdida de un bien patrimonial, la Jurisprudencia del Consejo de Estado hace varios años modificó su antigua postura y reconoció la posibilidad de reclamar frente al Estado el daño moral causado por la pérdida de bienes o derechos materiales, frente a lo cual ha sostenido en forma reiterada que el daño moral por la pérdida patrimonial debe ser demostrado con pruebas fehacientes.

En el presente proceso, los peritos financieros establecieron un cálculo del perjuicio moral objetivado en el 50% del valor de la condena, cuyo monto correspondía a los valores supuestamente dejados de pagar en la liquidación del Contrato de obra No. 037 de 1989; para ello señalaron que mediante Resolución 021 de 29 de enero de 1993 la Corporación declaró el incumplimiento del contrato, decisión que fue revocada con la Resolución No. 060 de 20 de mayo de 1993, mediante la cual se procedió a la liquidación unilateral del contrato, con lo cual los peritos concluyeron que como no hubo incumplimiento del contrato⁴⁰, se afectó el buen nombre del profesional, por la pérdida del prestigio y su dificultad para poder contratar con el Gobierno.

La Sala se apartará de la conclusión de los peritos, por cuanto no se debe confundir el perjuicio moral con la pérdida o afectación económica sufrida por el contratista –además de que no obra prueba alguna de ésta última – toda vez que no se demostró que las decisiones de la Corporación hubieran afectado la

³⁹ *“En efecto, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la administración al contratista cumplido, en tanto se prueben los daños sufridos.”* Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. 31 de agosto de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), actor: Pavición Ltda., demandado: Departamento de Cundinamarca.

⁴⁰ De la lectura integral de la Resolución No. 060 no se concluye que el contrato hubiere cumplido en tiempo, lo que se observa es que la Corporación consideró para revocar la declaración de incumplimiento, las cuentas de la compañía aseguradora presentadas en la diligencia de inspección de obras incluyendo la obra que se encontró sin soporte contractual, con lo cual se aceptó un valor de obra ejecutada que prácticamente alcanzó el 100% del valor contratado. Por lo tanto no hubo una consideración sobre el cumplimiento del cronograma de obra.

capacidad del demandante para relacionarse o desempeñarse profesionalmente como presumieron los peritos y se advierte que el incumplimiento del contrato inicialmente decretado no privó al contratista de la capacidad de contratación, puesto que ni siquiera alcanzó firmeza para ser fijado como una causa de perjuicio material y menos aún como fuente de daño moral.

Acerca de la prueba del daño moral y de la imposibilidad de generalizar la materialización de daño moral causado con ocasión de una sanción ilegalmente impuesta, esta Subsección ha observado lo siguiente:

“En este sentido, con el fin de obtener la condena por el daño moral ocasionado en la pérdida de un bien patrimonial, en este caso de un ingreso teóricamente sensible en sus condiciones profesionales, el demandante debe probar la materialización del daño moral, es decir la afectación mental, emocional o psicológica que sufrió real y efectivamente por la pérdida imputable a la actividad del Estado, con base en hechos fehacientes debidamente demostrados por cualquier medio de prueba idóneo o con conceptos profesionales acerca del deterioro de la salud mental⁴¹, pues se advierte que no hay lugar a presumir el daño moral por el hecho de las consecuencias materiales adversas que la pérdida patrimonial implica y por la misma razón no es viable generalizar la afectación en la esfera personal puesto que los seres humanos reaccionan en forma muy diversa ante las pérdidas patrimoniales, como es diversa su capacidad de resiliencia, además de que las condiciones del entorno inciden en forma muy importante en la imposibilidad de sobreponerse al impacto emocional, todo lo cual debe ser probado y valorado para fundar la condena por el daño moral.”⁴²

9. Costas

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando

⁴¹ Un parámetro legal reciente del concepto se encuentra en la Ley de Salud Mental, No. 1616 de 2013, el cual puede ayudar a concretar una prueba de la “afectación espiritual” que anteriormente mencionaba la doctrina acerca del daño moral: “La salud mental se define como un estado dinámico que se expresa en la vida cotidiana a través del comportamiento y la interacción de manera tal que permite a los sujetos individuales y colectivos desplegar sus recursos emocionales, cognitivos y mentales para transitar por la vida cotidiana, para trabajar, para establecer relaciones significativas y para contribuir a la comunidad”

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección, 17 de abril de 2013, Expediente No.: 20.618, Radicación:250002326000199704857 01, Actor: Gerardo Palacios Osma, Demandado: Corporación La Candelaria.

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 del Magdalena, el veintiséis (26) de julio mil novecientos noventa y nueve (1999).

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el señor Antonio Sumoza Torres contra la Corporación Nacional de Turismo de Colombia.

TERCERO.- Sin condena en costas.

CUARTO.- 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