

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Acto administrativo – Nulidad

En consideración de la Sala, cuando se pretenda la indemnización de perjuicios argumentando que hubo una alteración del equilibrio económico del contrato que tuvo su origen en una determinación unilateral de la Administración, será ineludible deprecar la nulidad de este acto administrativo [...]. Sin embargo, en el caso concreto el contratista soporta sus pretensiones en que la entidad contratante, no le reconoció el valor de [...] correspondiente al reajuste de precios unitarios de los ítems denominados excavaciones en roca bajo agua de 2 a 4 metros y superior a 4 metros, excavación en tierra bajo agua, material de afirmado y retiro de sobrantes toda vez que su pago no fue ordenado en la liquidación de manera unilateral. [A]sí que entonces su petitum se edifica sobre un acto imputable a la Administración ya que tuvo su origen en una determinación unilateral de aquella, razón por la cual se imponía el cuestionamiento de la legalidad de este acto administrativo mediante la solicitud de su nulidad pues hasta tanto la ilegalidad no se pronuncie judicialmente, la presunción de validez que lo cubre estará señalando que no existió tal omisión por esa precisa circunstancia ya que se presume que el acto se ajusta por entero al ordenamiento [...] [C]omo quiera que en la demanda no se pretende la nulidad del acto administrativo que liquidó de manera unilateral el contrato y este aspecto no puede ser abordado oficiosamente por el juzgador, se sigue que las pretensiones de la demanda están condenadas al fracaso [...], y en consecuencia este Despacho resuelve revocar la sentencia del Tribunal de instancia, y en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

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

Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00794-01(23729)

**Actor: UNION TEMPORAL CONSTRUCCIONES BUENDIA Y LOPEZ
COMPAÑIA LIMITADA Y ORLANDO ROJAS OSORIO**

**Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA
S.A. ESP**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION
SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia del 31 de julio de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se declaró el rompimiento del equilibrio del contrato No. 097 de 1997 como consecuencia del cambio del método de excavación y condenó a la demandada al pago de la suma de \$67'169.608.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

En demanda presentada el 23 de septiembre de 1999¹ contra la **Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Risaralda S.A. ESP**, la **unión temporal Construcciones Buendía y López Cia. Ltda. y Orlando Rojas Osorio** pidió la declaratoria del rompimiento del equilibrio económico del contrato No. 097 de 1997.

Solicita, como consecuencia de la anterior declaración, que se condene a la accionada al reconocimiento y pago de la suma de \$84'474.127, debidamente actualizada y con intereses moratorios, a título perjuicios materiales.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

El 28 de mayo de 1997 los demandantes y las Empresas Públicas de Pereira, hoy Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. ESP, celebraron el contrato No. 097 en virtud del cual aquellos se obligaron a ejecutar para ésta, por el sistema de precios unitarios, la obra No. 5 del Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado de Pereira consistente en reponer las redes de alcantarillado del sector de Kennedy.

Como valor total del contrato se convino la suma de \$265'896.392 del cual se pagaría un 45% como anticipo y el saldo restante en la medida que se realizaran las obras.

La duración del contrato se fijó en 150 días contados a partir del 8 de agosto de 1997.

Las partes suscribieron 4 prórrogas en virtud de las cuales el plazo final del contrato No. 097 de 1997 quedó en 360 días y 2 adiciones a partir de las cuales el valor final del contrato fue de \$418'358.964.

¹ Folios 211 a 240 del c No. 1.

El 23 de septiembre de 1997, el contratista solicitó que las excavaciones en roca se realizaran a través del sistema de cuña hidráulica en lugar de usar material explosivo y que se aprobaran nuevos precios unitarios para los diferentes ítems de excavación.

El 27 de enero de 1998, el contratista solicitó el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en particular el reajuste de los precios unitarios de los ítems denominados excavaciones en roca y material de afirmado.

El 23 de febrero de 1998, el Director de interventoría suscribió un documento dirigido al contratista en el cual señaló el promedio de las perforaciones para excavaciones en roca de toda la obra.

El 5 de marzo de 1998, en atención a que la respuesta del 23 de febrero de 1998 no restableció el equilibrio económico del contrato, el contratista propuso resolver su solicitud mediante una amigable composición o en subsidio, con la intervención de un tribunal de arbitramento.

El 21 de mayo de 1998, el Director de interventoría suscribió un documento dirigido a la entidad contratante en el cual acepta que del informe contable presentado por el contratista se advierte la existencia de una pérdida de \$40'746.000 por concepto de las excavaciones en roca.

El 30 de julio de 1998, el contratista reclamó el pago de la suma de \$88'000.000 por concepto de los sobrecostos en que había incurrido para la excavación en roca bajo agua.

La Gerencia de macroproyectos de la entidad contratante remitió al contratista una comunicación del 15 de octubre de 1998 mediante la cual estimó el desequilibrio contractual en \$84'474.127.

El 3 de agosto de 1998, las partes suscribieron el acta de recibo de las obras del contrato No. 097 de 1997 en el cual el contratista se reservó el derecho a reclamar por vía jurisdiccional el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato.

El 15 de octubre de 1998, la entidad contratante elaboró un documento dirigido al contratista en el cual reconoció la existencia de un desequilibrio contractual por el

monto de \$84'474.127 por concepto del reajuste de los precios unitarios de los ítems denominados excavaciones en roca bajo agua de 2 a 4 metros y superior a 4 metros, excavación en tierra bajo agua, material de afirmado y retiro de sobrantes.

El 30 de noviembre de 1998, el contratista recibió un borrador del acta de liquidación del contrato No. 097 de 1997 la cual se negó a firmar en razón a que no restablecía el equilibrio económico del contrato.

El 31 de marzo de 1999, la entidad contratante expidió la liquidación unilateral del contrato No. 097 de 1997 en la cual señaló que el saldo básico del contrato era la suma de \$62.614.921.

3. El trámite procesal

Admitida que fue la demanda y noticiada la demandada del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y la accionada le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas y de resultar fracasada una audiencia de conciliación, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por la demandada.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 31 de julio de 2002 el Tribunal Administrativo de Risaralda declaró el rompimiento del equilibrio del contrato No. 097 de 1997 como consecuencia del cambio del método de excavación y condenó a la demandada al pago de la suma de \$67'169.608.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

Según el principio de la ecuación contractual que rige los contratos estatales si la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o de contratar se rompe por causas no imputables al afectado, las partes deben adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento.

El fallador de primera instancia sostiene que el equilibrio económico del contrato No. 097 de 1997 se rompió por causas no imputables al contratista dado que fue la entidad contratante quien le autorizó extraer el material de relleno tipo 4 de un lugar distinto al inicialmente estipulado, así como utilizar el sistema de cuña hidráulica para la excavación de rocas sin reajustar los precios inicialmente pactados para dichos ítems.

El Tribunal acogió el dictamen pericial practicado durante el proceso según el cual el contratista tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste de dichos ítems por el monto de \$67'169.608 y en cambio no valoró las objeciones realizadas por la contratante debido a que fueron presentadas de forma extemporánea.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto la parte demandada interpuso el recurso de apelación por estimar que Tribunal no tuvo en cuenta que, mediante el contrato de adición del 5 de enero de 1998, el Departamento accedió a cancelarle al contratista las sumas de \$47'715.800 y \$23'487.310 respectivamente por concepto de excavación en roca de 0 a 2 mts. y de 2 a 4 mts. las cuales éste mismo solicitó en el oficio del 23 de septiembre de 1997.

La apelante sostiene que el Tribunal tampoco tuvo en cuenta que, mediante el contrato de adición del 4 de mayo de 1998, el Departamento canceló al contratista las sumas de \$11'727.017 y \$29'425.380 respectivamente por concepto de excavación en roca bajo agua de 2 a 4 mts. y mayor de 4 mts.

Por otro lado, señala que el Tribunal no debió pronunciarse sobre la cuestión debatida en razón a que el contratista no solicitó la nulidad del acto administrativo del 31 de marzo de 1999 por medio del cual la entidad contratante liquidó unilateralmente el contrato No. 097 de 1997, acto éste que por seguir gozando de la presunción de legalidad es de obligatorio cumplimiento.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público opina que la sentencia recurrida debe ser confirmada y así lo solicita.

Fundamenta su solicitud en las siguientes razones:

En primer lugar considera que el documento del 31 de marzo de 1999, suscrito por el ingeniero Dionisio Arango Botero, quien fue designado liquidador por la Dirección Jurídica de la entidad contratante, es un corte de cuentas del contrato No. 097 de 1997 que no la liquidación del mismo.

En su opinión para que ese documento constituyera la liquidación unilateral del contrato No. 097 de 1997 era necesario que se hubiera expedido por el representante legal de la entidad contratante o por la persona a quien él directamente delegare.

En segundo lugar señala que la entidad contratante quebrantó el equilibrio económico del contrato cuando cambió el sistema de excavación de roca y la clase de relleno sin reajustar el valor del contrato en los porcentajes propuestos por el contratista en virtud a que durante la ejecución de los contratos sinalagmáticos y de tracto sucesivo, como lo es el No. 097 de 1997, se debe mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y las obligaciones de las partes.

En consecuencia, el Ministerio Público considera que es procedente reconocer el reajuste de los ítems denominados materiales para relleno tipo 4 y excavación en roca bajo agua toda vez que el cambio de la fuente de extracción así como la utilización del sistema de cuña hidráulica en lugar de explosivos y el hecho de encontrar una cantidad imprevista de roca bajo agua generaron mayores costos aunque en el monto determinado por los peritos que no en el solicitado por el contratista.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

1. La Constitución Política dispone que el Estado tiene dentro de su fines esenciales, entre otros, *“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y*

garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados”² en ella, que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones,”³ que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado”,⁴ y que los servicios públicos “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.”⁵

De este conjunto normativo se desprende que la actividad del Estado debe, de un lado, estar al servicio de los asociados y, de otro lado, estar encaminada a la prestación de los servicios públicos.

Este objeto de la actividad de la Administración comprende múltiples facetas pero en todo caso, sin importar de cual de ellas se trate, su actuación supone un acto administrativo pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos.

Ahora, si la Administración considera que para prestar los servicios públicos debe valerse del concurso de otras personas, en especial de los particulares, cuenta con otro instrumento idóneo para ese efecto: El contrato estatal.

He aquí entonces el por qué el artículo 3º de la Ley 80 de 1993 señala que *“los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”*

Pero debe advertirse que en ésta última hipótesis, es decir en el evento que la Administración considere que debe obtener la colaboración ajena para la

² Artículo 2º.

³ Artículo 209.

⁴ Artículo 365.

⁵ Ibidem.

prestación de los servicios públicos, la materialización de éste designio y el cumplimiento de tal propósito también suponen la existencia de actos administrativos, no solo de los que preparan y conducen a la obtención de la colaboración de otras personas, esto es a la celebración del contrato, sino también de aquellos otros que persiguen la ejecución de lo pactado y, en general, la regulación de todas aquellas situaciones y circunstancias que se originan y resultan del desenvolvimiento de la específica relación contractual.

Con otras palabras, en la actividad contractual del Estado se presenta una ligazón entre el contrato de que se trata con los actos administrativos que deben expedirse con ocasión de aquel.

Por todo lo anterior es que se puede afirmar que *“esta realidad doctrinal se traduce en la utilización, básica y sistemática, de dos importantes instrumentos: el primero, de naturaleza unilateral, producto del ejercicio del poder público, en especial del encomendado a la función administrativa, conocido como “acto administrativo”, que se traduce en la expedición de decisiones individuales o personales de claro carácter subjetivo, o también en regulaciones o reglamentaciones de carácter general o impersonal; el segundo, bilateral, fundado en conceptos que buscan la igualdad, de influencia iusprivatista, denominado “contrato Estatal”, que traslada la satisfacción del interés general, en especial del objeto de la actividad administrativa, al plano del tráfico jurídico ordinario propio de los particulares. Ambos instrumentos de la actividad administrativa con características, principios y naturaleza diversos, pero unidos en el propósito del cumplimiento y satisfacción de las finalidades estatales, básicamente de las encomendadas a quienes ejercen funciones administrativas.”*⁶

Por esto es que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la redacción que le dio el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989 que era la vigente por la época en que se celebró el contrato que aquí se trajo como fundamento de la reclamación, disponía que *“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*

⁶ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo*. t. II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 31.

hagan otras declaraciones y condenaciones”, permitiéndose entonces también cuestionar mediante la acción contractual, los actos administrativos expedidos durante la ejecución del contrato o con posterioridad a ella.

En síntesis, “una aproximación a la institución nos permite sostener que la acción referente a controversias contractuales o acción contractual desarrollada en el artículo 87 CCA es una acción, por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; y 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 las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes; así mismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar; como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones u operaciones propias de la ejecución del contrato.”⁷

2. Ya se había dicho que la actividad de la administración supone un acto administrativo pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad aquella que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros.

El principio de legalidad determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como *“la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial,”*⁸ de tal manera que *“la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento”*⁹ y que todos sus pronunciamientos *“deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados.”*¹⁰

⁷ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo. Contencioso administrativo*. t. III. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 229.

⁸ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo*. Op. cit. p. 41.

⁹ Ibidem, p. 42.

¹⁰ Ibidem, p.43.

En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.

Con otras palabras, *“se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.”*¹¹

Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que disponen respectivamente que *“salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento...”* y que *“salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo...”*

3. Pues bien, conjugando lo que se ha expresado en los dos numerales precedentes de estas consideraciones, resulta que si en la actividad contractual de la Administración, en donde como ya se dijo concurren necesariamente actos administrativos, se produce una de aquellas decisiones unilaterales que inciden en la relación contractual respecto de la cual se aduce que es ilegal emerge de bulto que resultará indispensable cuestionar, mediante la solicitud de su nulidad, la legalidad presunta que la ampara, pues mientras esa declaratoria no se obtenga ese acto administrativo pasará por válido, será obligatorio, será suficiente por sí mismo para que la Administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento y, en fin, seguirá justificando las determinaciones que aquella haya tomado de manera unilateral en relación con el contrato.

¹¹ Ibidem, p. 54-55.

Por consiguiente cada vez que se pretenda la indemnización de perjuicios argumentando que hubo una alteración del equilibrio económico del contrato que tuvo su origen en una determinación unilateral de la Administración, será ineludible deprecar la nulidad de este acto administrativo pues de no hacerlo, la presunción de legalidad que a éste cobija estará señalando, hasta tanto no haya decisión judicial en contrario, que no existe tal desequilibrio porque el acto se ajusta al ordenamiento.

4. La liquidación unilateral del contrato esto es *el balance final o corte definitivo de cuentas de la relación contractual, cuyo propósito fundamental es el de determinar quién le debe a quién y cuánto*¹² se exterioriza a través de uno de aquellos actos administrativos o resoluciones motivadas que *no corresponde a una actuación negocial o conjunta de las partes del contrato sino a una decisión que adopta la entidad estatal contratante sin necesidad de contar con la voluntad o con el consentimiento del respectivo contratista particular*¹³.

Cuando el contratista considera que la expedición de la liquidación unilateral genera el desequilibrio económico del contrato al desconocer los derechos que aún subsisten a su favor es menester que solicite la nulidad del acto administrativo que contiene esa manifestación de voluntad de la Administración Pública con miras a desvirtuar la presunción de legalidad que lo reviste y en ese orden probar el desequilibrio deprecado.

5. En el asunto que ahora se revisa por la vía de la alzada ya se vio que el contratista soporta sus pretensiones en que la entidad contratante no le reconoció el valor de \$84'474.127 correspondiente al reajuste de los precios unitarios de los ítems denominados excavaciones en roca bajo agua de 2 a 4 metros y superior a 4 metros, excavación en tierra bajo agua, material de afirmado y retiro de sobrantes toda vez que su pago no fue ordenado en la liquidación que de manera unilateral expidió ésta.

Así que entonces su *petitum* se edifica sobre un acto imputable a la Administración ya que tuvo su origen en una determinación unilateral de aquella, razón por la cual se imponía el cuestionamiento de la legalidad de este acto administrativo mediante la solicitud de su nulidad pues hasta tanto la ilegalidad no se pronuncie

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diciembre 4 de 2006, expediente 15.239.

¹³ *Ibíd.*

judicialmente, la presunción de validez que lo cubre estará señalando que no existió tal omisión por esa precisa circunstancia ya que se presume que el acto se ajusta por entero al ordenamiento.

Como quiera que en la demanda no se pretende la nulidad del acto administrativo que liquidó de manera unilateral el contrato y este aspecto no puede ser abordado oficiosamente por el juzgador, se sigue que las pretensiones de la demanda están condenadas al fracaso.

En síntesis, en este asunto las pretensiones devienen en imprósperas puesto que como nada se pretendió sobre la ilegalidad del acto que liquidó unilateralmente el contrato, la existencia y ejecutoria de este acto administrativo sigue justificando la decisión que unilateralmente tomó la administración con una presunción de legalidad y de acierto.

Como así no lo vió ni lo decidió el *a quo*, la sentencia apelada será revocada para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar **NEGAR LAS PRETENSIONES** de la demanda.

SEGUNDO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente