

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Término de liquidación – Normativa – Criterio jurisprudencial

[...] El art. 287 del Decreto 222 de 1983 –aplicable al caso *sub iudice*, porque rigió esa relación contractual- establecía que los contratos de obra pública debían liquidarse «...una vez se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas de los mismos». El rigor literal de esta norma ha sido aplicado constante y uniformemente por el Consejo de Estado.

Así las cosas, a partir del «cumplimiento o ejecución» se inicia el plazo con que contaban las partes para liquidar el negocio jurídico, y a continuación de éste el de caducidad de la acción, teniendo en cuenta que para el momento de la celebración del contrato –e incluso de su ejecución- el término era de dos [2] años, contados a partir de la fecha en que debió liquidarse el contrato, dando aplicación al inciso final del artículo 136 del CCA., vigente para ese año [Decreto-ley 01 de 1984].

La dificultad que existía en vigencia del Decreto 222 de 1983, debido a que no contempló un término para realizar la liquidación del contrato de obra –sólo ordenaba hacerlo-, hizo que la jurisprudencia de esta Corporación definiera el tema de la siguiente manera –sentencia de 30 de agosto de 2001, Rad. No. 50001-23-31-000-1999-6256-01 [16.256]-: «La Sala ha precisado con fundamento en la ley, que el término de caducidad de las acciones contractuales se cuenta a partir de la fecha en que se produce o debió producirse la liquidación del contrato. Así, en sentencia del 8 de junio de 1995, expediente No. 10.634 señaló: En materia contractual habrá que distinguir los negocios que requieren de una etapa posterior a su vigencia para liquidarlos, de aquellos otros que no necesitan de la misma. En éstos, vale decir, para los cuales no hay etapa posterior a su extinción, cualquier reclamación judicial deberá llevarse a cabo dentro de los dos años siguientes a su fenecimiento. Para los contratos respecto de los cuales se impone el trámite adicional de liquidación, dicho bienio para accionar judicialmente comenzará a contarse desde cuando se concluya el trabajo de liquidación, o desde cuando se agotó el término para liquidarlo sin que se hubiere efectuado, bien sea de manera conjunta por las partes o unilateralmente por la administración...»

Ahora bien, como en el caso *sub iudice* las partes no establecieron en el contrato un plazo especial para realizar la liquidación, entonces aplican los términos fijados por la jurisprudencia de la época para los contratos regidos por el Decreto-ley 222 de 1983, la cual señaló –se insiste en ello- que: “La jurisprudencia de la Sala se había encargado de señalar como término plausible para que la administración liquidara el contrato el de cuatro meses: dos meses a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aportara la documentación requerida para la liquidación y dos para que el trabajo se realizara por mutuo acuerdo. Vencido el último, la administración debía proceder a la liquidación unilateralmente mediante resolución debidamente motivada [sentencia del 29 de enero de 1988, expediente 3615]. [...] «También ha precisado la Sala que dicho término no es perentorio, vale decir, que **pasados ahora 6 meses** de haberse vencido el plazo del contrato sin que éste se haya liquidado no se pierde competencia para hacerla. Pueden practicarla los contratantes por mutuo acuerdo o la administración unilateralmente, ya que el fin último es que el contrato se liquide y se definan las prestaciones a cargo de las partes...»

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., trece (13) de junio dos mil trece (2013)

Radicación número: 05001-23-31-000-1995-01906-01(25439)

Actor: CONSTRUCTORES ASOCIADOS DE COLOMBIA S.A

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS INVIAS

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 1 de abril de 2003, por el Tribunal Administrativo de Antioquia - fls. 330 a 339, cdno. ppal.-, que negó las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

“1. Negar las súplicas de la demanda formuladas por la Sociedad Constructores Asociados de Colombia CONASCOL S.A, contra el Fondo Vial Nacional

“2. Conforme al artículo 171 del C. C.A, subrogado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, no considera la sala que se dable la condena en constas a la parte vencida.”.

Advierte la Sala que la sentencia apelada será modificada, para declarar la caducidad de la acción contractual.

ANTECEDENTES

1. La demanda

La sociedad Constructores Asociados de Colombia, CONASCOL S.A. -en adelante la contratista, la demandante o la parte actora- en ejercicio de la acción contractual, presentó demanda -el 7 de diciembre de 1995, fls. 169 a 183, cdno. 1- contra el Instituto Nacional de Vías, antiguamente FONDO VIAL NACIONAL –en adelante el contratante, el demandado o la entidad- con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones -fls. 95 a 97, cdno. 1-:

“1.- Que se declare que el FONDO VIAL NACIONAL, hoy INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, incumplió el contrato identificado con el No. 211 de 1.984 y sus adicionales, cuyo objeto fue la rehabilitación de la carretera Medellín-Don Diego-Aeropuerto José María Córdoba.

“2.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a pagar al consorcio que represento la suma de \$151'095.079.90 que les adeudan por concepto del saldo de capital de las cuentas N°s. 3805-0; 4218-0; 4219-0; 183-0; 184-0:3572-4; 3877-0; 3878-0; 3879-0; 3880-0; 3881-0 y que se encuentran relacionados con la certificación de pagos que se anexa a esta demanda. Las cuales fueron pagadas el 24 de abril de 1.995 mediante cuenta N°. 870.

“3.- Que se condene igualmente al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a pagar a mis poderdantes por concepto de intereses moratorios a la tasa mas alta permitida por la Ley sobre el saldo del capital de \$151'095.079.90, por razón de la mora incurrida por la entidad contratante al haber transcurrido más de 30 días de la fecha de presentación de cada uno de los 'Comprobantes de Pago', que era el plazo que ella gozaba para su pago, sin cancelarlas, cuyo monto calculado solamente hasta el día 30 de noviembre de 1.995 a la tasa indicada en esta demanda, asciende a \$228'588.724,49, de conformidad con las relación de pagos que se está anexando, desde el día en que ha debido pagarse cada capital pendiente de pago cada uno de los 'Comprobantes de Pago' materia de este proceso y hasta el día en que se verifique el pago total y completo de los referidos capital e intereses.”

Para fundamentar la demanda, afirmó que el FONDO VÍAL NACIONAL, hoy INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, y la firma MORA MORA Y CIA. LTDA., suscribieron el contrato No. 211 de 1984, que luego fue cedido por la contratista a la Sociedad CONSTRUCTORES ASOCIADOS DE COLOMBIA –CONASCOL S.A.-. El objeto del negocio jurídico fue la ejecución de las obras necesarias para la rehabilitación de la carretera Medellín-Don Diego-Aeropuerto José María Córdoba, por el sistema de precios unitarios, de acuerdo con los planos y especificaciones suministrados por el contratante. El valor se estimó en \$200'000.000 –resultante de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios respectivos, y el costo de imprevistos y obras complementarias-. Adujo que el plazo de entrega era de 8 meses, contados a partir del perfeccionamiento del contrato.

Afirmó que una vez celebrado el contrato se suscribieron los siguientes convenios adicionales: i) Contrato No. 025-87, adicional No. 1, que prorrogó el plazo hasta el 31 de agosto de 1985; ii) contrato No. 278-85, adicional No. 2, que igualmente prorrogó el plazo hasta el 28 de febrero de 1986; iii) contrato No. 0399-85, adicional No. 3, que adicionó el valor del acuerdo principal en la suma de (\$129.557.447,89); iv) contrato No. 0021-86, adicional No. 4, que prorrogó el plazo hasta el 30 de junio de 1986; v) contrato No. 0237-86, adicional No. 5, que prorrogó el plazo hasta el 30 de marzo de 1987; vi) contrato No. 0553-86, adicional No. 87, el cual adicionó el valor del contrato principal en la suma de \$76.949.340,05; vii) contrato No. 0050-87, adicional No. 7, que extendió el plazo hasta el 19 de marzo de 1988; viii) contrato No. 0167-87, adicional No. 8, que adicionó el valor del contrato principal en la suma de \$110.790.000; ix) contrato No. 661-87, adicional No. 9, que adicionó el plazo hasta el 30 de mayo de 1988; x) contrato No. 0744-88, adicional No. 10, que adicionó el valor del contrato principal en la suma de \$137'593.155.24; xi) contrato No. 0191-88, adicional No. 11, que adicionó el plazo hasta el 30 de septiembre de 1988; xii) contrato No. 0414-88,

adicional No. 12, que adicionó el valor del contrato principal en la suma de \$57'000.000.00; xiii) contrato No. 0493-88, adicional No. 13, que prorrogó el plazo hasta el 30 de diciembre de 1988; xiv) contrato No. 0618-88, adicional No. 14, que prorrogó el plazo hasta el 28 de febrero de 1989; xv) contrato No. 0014-89, adicional No. 15, que prorrogó el plazo hasta el 30 de julio de 1989; xvi) contrato No. 0177-89, adicional No. 16, que adicionó el valor del contrato principal en la suma de \$58'000.000,00; xvii) contrato No. 0376-89, adicional No. 17, que prorrogó el plazo hasta el 30 de agosto de 1989; xviii) contrato No. 0451-89, adicional No. 18, que prorrogó el plazo hasta el 30 de abril de 1990; xix) contrato No. 0506-89, adicional No. 19, que adicionó el valor del contrato principal en la suma de \$9'700.000; xx) contrato No. 0978-89, adicional No. 20, que adicionó el valor del contrato principal en la suma \$22'500.000; xxi) contrato No. 0074-90, adicional No. 21, que prorrogó el plazo hasta el 30 de octubre de 1990; xxii) contrato No. 0074-90, adicional No. 22, que prorrogó el plazo hasta el 31 de diciembre de 1990; xxiii) contrato No. 0832-90, adicional No. 23, que prorrogó el plazo hasta el 28 de marzo de 1991; xxiv) contrato No. 0960-90 adicional No. 24, que adicionó el valor del contrato principal en la suma de \$957'035.

Manifestó que cumplió las obligaciones del contrato principal y sus adicionales, que elaboró las actas mensuales de obra; y que dentro de los tres días siguientes procedía a presentar la cuenta de cobro, que reflejaba la multiplicación de las cantidades de obra ejecutada por los precios unitarios. Aseguró que si bien, el contrato no mencionó el plazo dentro del cual el contratante debía pagar, se acostumbraba hacerlo dentro de los 30 días siguientes, pero que no obstante lo anterior, la demandada, desde el inicio del contrato, incurrió en mora en el pago, lo que le obligó a financiar la ejecución y a dar en garantía las mencionadas cuentas de cobro. Como consecuencia de lo anterior, tuvo que pagar cuantiosos intereses por la cesión de las actas de obra.

Señaló que una vez le pagaban las actas de obra, elaboraba el "acta de reajuste" definitivo correspondiente a esa acta, de conformidad con lo acordado en la cláusula décimo primera, párrafo tercero.

2. Contestación de la demanda

La demandada simplemente se opuso a las pretensiones, y propuso la excepción genérica del inciso 2 del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo.

3. Alegatos de conclusión

3.1. *Del demandante:* Reiteró lo expuesto en la demanda –pretensiones-, y señaló que de lo aportado al proceso se evidenciaban las obligaciones pendientes de la demandada a favor de la contratista. Afirmó que aunque para la fecha de suscripción del contrato no estaba vigente la Ley 80 de 1993, se aplicaban los principios generales que gobiernan las obligaciones civiles y comerciales –entre ellos los postulados de la mora en el cumplimiento de las obligaciones, art. 1603 del C.C.-. También señaló que la jurisprudencia obligaba a las entidades administrativas a pagar intereses moratorios, indexaciones y actualizaciones. Indicó, en el mismo sentido, que existían principios que abogaban por el equilibrio financiero en las relaciones contractuales. Por último, adujo que la oportunidad en el pago es determinante en la economía del contrato, razón por la que la misma ley penaliza la mora con el reconocimiento de intereses. Finalmente, solicitó la prosperidad de las pretensiones.

3.2. *Del demandado:* Reiteró su oposición a las pretensiones; se refirió a la caducidad de la acción, sin llegar a conclusión alguna; y solicitó que se le absolviera de responsabilidad.

3.3. *Concepto del Ministerio Público:* No intervino en esta etapa del proceso.

4. Cesión de derechos litigiosos

Antes de proferirse la sentencia de primera instancia, la demandante –Constructores Asociados de Colombia S.A.-, cedió sus derechos litigiosos a IMPREGILO S.p.A. Sucursal Colombia¹, mediante documento privado –fls. 315 y ss. cdno. 1-.

5. Sentencia de primera instancia

El *a quo* manifestó que en el acta de liquidación final No. 03, del 21 de febrero de 1995, el contratista no hizo ninguna salvedad, ni reclamación a la administración, ni identificó algún concepto como pendiente de pago, lo que le cerró la posibilidad de

¹ Dispone el art. 1969 del Código Civil: “Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la *litis*, del que no se hace responsable el cedente.

“Se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se notifica judicialmente la demanda.”

acudir a la jurisdicción.

En ese sentido, señaló que la liquidación, por mutuo acuerdo, constituye un acto de autonomía privada de aquellas que le dan firmeza a las obligaciones entre sí, de tal suerte que define sus créditos y deudas recíprocas, no susceptibles de enjuiciarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a menos que se acredite un vicio en el consentimiento –error, fuerza o dolo- que invalide la misma, o a menos que se haya hecho una salvedad sobre las obligaciones pendientes. Por lo expuesto, negó las pretensiones.

6. El recurso de apelación

La parte actora impugnó la decisión, expresando que las obligaciones surgieron, precisamente, de dicha acta de liquidación. Indicó que al momento de liquidar el contrato existía un saldo a su favor de \$47'554.864.67, que la demandada aún debe, y que al no cancelar dicha suma se encuentra en mora en el pago, que causó los intereses demandados.

Por lo expuesto, señaló que no consignó en el acta ninguna inconformidad, pues no podía prever la mora en el pago del saldo debido por la entidad demandada.

7. Alegatos en el trámite del recurso

7.1. De la demandante: No se pronunció en esta etapa del proceso.

7.2. Del demandando: No alegó de conclusión.

7.3. Concepto del Ministerio Público: No intervino en esta procesal.

CONSIDERACIONES

Previo al estudio correspondiente para decidir el recurso, advierte la Sala que no se accederá a lo pretendido, y para tal efecto se expondrán las razones que conducen a ello, siendo necesario analizar: i) la competencia de la Corporación para conocer del presente asunto; ii) las partes del proceso; iii) lo probado en el proceso; y iv) la excepción de caducidad de la acción, y los matices procesales frente a los actos administrativos expedidos después de que vence el plazo de liquidación.

1. Competencia del Consejo de Estado

De acuerdo con lo establecido en el artículo 129² del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 del Consejo de Estado -modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003³-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las controversias de naturaleza contractual.

En el asunto que nos ocupa, la demandante presentó -en primera instancia- acción contractual contra el Instituto Nacional de Vías, por el incumplimiento en el pago de las obligaciones establecidas en el acta de liquidación bilateral suscrita el 21 de febrero de 1995. Finalmente, cuando se presentó la demanda -7 de diciembre de 1995- para que un proceso fuera de doble instancia la cuantía debía exceder de \$9'610.000, y en el caso bajo estudio la pretensión mayor era de \$288'588.724, por lo que podía impugnarse.

2. Las partes del proceso

2.1. Legitimación por pasiva en el proceso, en virtud de la liquidación del Fondo Vial Nacional.

Toda vez que la entidad pública contratante fue el Fondo Vial Nacional - establecimiento público de orden nacional, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte-, que luego desapareció –durante la ejecución y posterior liquidación del contrato No. 211 de 1984, y sus adicionales-, al ser reestructurado, adquiriendo la denominación de Instituto Nacional de Vías –INVIAS-, mediante el decreto 2171 de

² “Artículo 129.- El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (...).”

³ “Artículo 13.- Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...)

“Sección tercera (...)

“Las controversias de naturaleza contractual.”

1992 –art. 52-, “Por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Publicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la Rama Ejecutiva del orden Nacional”, es imprescindible precisar quién fue su sucesor procesal en el asunto *sub iudice*, desde el momento en que entró a regir la aludida norma. Para el efecto, se debe estudiar el art. 60 CPC., el cual prescribe que:

“Art. 60 (Modificado Decreto 2282 de 1989, Artículo 1. Num. 22). Sucesión procesal. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador.

“Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.

“El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

“El auto que admite o rechace a un sucesor procesal es apelable.

“Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil, se decidirán como incidentes.” (negritas fuera de texto)

Según esta norma, en uno de sus supuestos -el que interesa a este caso-, en el evento de que se extinga la persona jurídica que es parte en el proceso, el sucesor de ésta deberá continuar con la carga procesal que ocupaba aquella. Incluso, si no comparece al proceso este continuará y producirá los efectos, como si hubiere hecho parte del mismo.

En el caso concreto, para establecer cuál entidad pública debió ser la sucesora del proceso por pasiva, hay que determinar si el contrato objeto del litigio corresponde a alguno de los objetivos y funciones a cargo del Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, o si acaso el pago de las obligaciones que se deriven del mismo debía sufragarlas al Ministerio de Transporte. Esta duda la despeja el art. 62 del decreto 2171 de 1992, el cual establece:

“Art. 62. TRANSITORIO. CONTRATOS PERFECCIONADOS. Los contratos que hayan sido perfeccionados con cargo al presupuesto del Fondo Vial Nacional, y que correspondan al objetivo y funciones del Instituto Nacional de Vías, se seguirán ejecutando con relación

a este Instituto, hasta el vencimiento de los mismos. Los demás contratos que hayan sido perfeccionados con cargo al presupuesto del Fondo Vial Nacional, pero que no correspondan al objetivo y funciones del Instituto Nacional de Vías, se seguirán ejecutando con relación al Ministerio de Transporte, hasta el vencimiento de los mismos.” (negritas fuera de texto)

En este orden de ideas, dentro del objetivo y las funciones asignadas al INVIAS por el Decreto 2171 de 1992 –arts. 53 y 58⁴, se encuentra la ejecución de las políticas y proyectos relacionados con **la infraestructura vial a cargo de la Nación en lo que**

⁴ “Art. 53. OBJETIVO DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. Corresponde al Instituto Nacional de Vías ejecutar las políticas y proyectos relacionados con **la infraestructura vial a cargo de la Nación en lo que se refiere a carreteras.**” (Negritas fuera de texto)

“ARTICULO 54. FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. Para el cumplimiento de sus objetivos el Instituto Nacional de Vías desarrollará las siguientes funciones generales:

“1. Ejecutar la política del Gobierno Nacional en relación con la infraestructura vial de su competencia, de conformidad con los lineamientos establecidos por el Ministro de Transporte.

“2. Elaborar conjuntamente con el Ministerio de Transporte los planes, programas y proyectos tendientes a la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias, y demás obras que requiera la infraestructura vial de su competencia.

“3. Coordinar con el Ministerio de Transporte la ejecución de los planes y programas de su competencia.

“4. Dos delegados del Presidente de la República.

“5. Asesorar y prestar apoyo técnico a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados encargados de la construcción, mantenimiento y atención de emergencias en sus infraestructuras viales, cuando ellas lo soliciten.

“6. Recaudar los peajes y demás cobros sobre el uso de la infraestructura vial de su competencia, exceptuando las carreteras, puentes y túneles entregados en concesión, de conformidad con los respectivos contratos.

“7. Celebrar todo tipo de negocios, contratos y convenios que se requieran para el cumplimiento de su objetivo.

“8. Elaborar conforme a los planes del sector la programación de compra de terrenos y adquirir los que se consideren prioritarios para el cumplimiento de sus objetivos.

“9. Adelantar, directamente o mediante contratación, los estudios pertinentes para determinar los proyectos que causen la contribución nacional por valorización en relación con la infraestructura vial de su competencia, revisarlos y emitir concepto para su presentación al Ministro de Transporte, de conformidad con la ley.

“10. Dirigir y supervisar la elaboración de los proyectos para el análisis, liquidación, distribución y cobro de la contribución nacional de valorización, causada por la construcción y mejoramiento de la infraestructura de transporte de su competencia.

“11. Prestar asesoría en materia de valorización, a los entes territoriales y entidades del Estado que lo requieran.

“12. Proponer los cambios que considere convenientes para mejorar la gestión administrativa.

“13. Definir las características técnicas de la demarcación y señalización de la infraestructura de transporte de su competencia, así como las normas que deberán aplicarse para su uso.

“14. Administrar y conservar, bien sea directamente o mediante contratación, los monumentos nacionales cuando no estén a cargo de otras dependencias.

“15. Las demás que se le asignen y correspondan a la naturaleza de sus funciones.”

se refiere a carreteras", de manera que la rehabilitación de la carretera Medellín - Don Diego - Aeropuerto José María Córdoba (objeto del contrato en cuestión) quedó a cargo de dicha entidad, y por eso podía ser la parte demandada en este proceso, pues las competencias que se le asignaron fueron las relacionadas con la infraestructura vial de carreteras.

2.2. La parte actora, en virtud de la cesión de derechos litigiosos

Está probado en el expediente que el representante legal de la sociedad Constructores Asociados de Colombia, cedió a Impregilo S.p.A. Sucursal Colombia, los derechos litigiosos de este proceso, y ambos solicitaron al tribunal administrativo que aceptara esa condición –fls. 315 y 316, cdno. 1-. El *a quo* no le dio trámite a la petición, como lo exige el art. 60 del Código de Procedimiento Civil, ni los solicitantes insistieron en ella, ni al apelar discutieron esta situación.

Para abordar este tema hay que recordar que la cesión de derechos litigiosos es un acto jurídico aleatorio en virtud del cual una de las partes de un proceso judicial –cedente– transmite a un tercero –cesionario–, a título oneroso o gratuito, el derecho incierto sobre el cual recae el interés de los extremos jurídico-procesales. Esta figura jurídica tiene por objeto el evento incierto de la *litis*, del que no se hace responsable el cedente, y puede ser celebrada por las partes, toda vez que cualquiera es titular de eventuales derechos. En este sentido, "La titularidad del derecho litigioso corresponde a las partes del proceso, que pueden disponer de ese derecho, a través de acto entre vivos, cediéndolo a un tercero en conformidad con lo autorizado por el artículo 1969 del Código Civil..."⁵.

Efectivamente, la normativa sustancial y procesal permite negociar con un tercero la sustitución en el proceso, con la única condición de que la cesión la acepte la contraparte⁶.

⁵ Consejo de Estado, sentencia del 26 de marzo de 2007, exp. 30.306.

⁶ Al respecto se pronunció la Corte Constitucional en sentencia T-148 de 2010, en la que señaló: "El artículo 60 del Código de Procedimiento Civil ha sido interpretado por la jurisprudencia civil, contencioso administrativa y constitucional en el sentido de que la cesión de derechos litigiosos no da lugar automáticamente a la sucesión procesal, pues esta última requiere el consentimiento expreso de la contraparte. En otras palabras, la sustitución del cedente por el cesionario en el marco de la *litis* requiere el consentimiento expreso de la contraparte.

Ahora bien, la Sala encuentra que en el caso *sub judice* la cesión no se configuró, conforme a los postulados normativos y jurisprudenciales establecidos, comoquiera que a pesar de que el cedente y el cesionario suscribieron un contrato de cesión de derechos litigiosos y comunicaron su celebración al *a quo*, no obra en el expediente el auto que admita, inadmita o rechace, ni menos certificación de la notificación del mismo a la contraparte. Al respecto se pronunció la Sala, en auto del 6 de agosto de 2009, exp. 17.526, en los siguientes términos:

“En cuanto a los requisitos de perfeccionamiento del contrato de cesión de derechos litigiosos, de conformidad con lo previsto en el artículo 761 del Código Civil, cabe mencionar que dicho negocio jurídico se concluye con la sola entrega del título (documento privado o público) hecha por el cedente al cesionario; no obstante, la Jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, ha sostenido que para que la cesión de derechos litigiosos produzca efectos jurídicos procesales, resulta necesario que el cesionario comparezca ante el juez de la causa con el fin de que reconozca dicho negocio jurídico y dé traslado del mismo a la parte cedida, con el fin de que ésta última se

“La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre los requisitos de la sustitución procesal. Al respecto, en la sentencia C-1045 de 2000, al estudiar la constitucionalidad de la expresión —también podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente‖ del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, la Corte determinó que la sustitución procesal —originada en una cesión de derechos litigiosos o en cualquier otra fuente— requiere el consentimiento expreso de la contraparte, puesto que la aceptación o no de la sustitución es una garantía del derecho fundamental al debido proceso de la parte procesal que se mantiene en la *Litis*.”

En la misma decisión estableció —sobre la procedencia de la cesión que:— “La cesión de derechos litigiosos opera entre dos sujetos en uno de los extremos de la relación procesal, en cuya negociación no interviene la otra parte. Por este motivo, esta Corporación determinó que el exigir la aceptación expresa de la contraparte para que pueda llevarse a cabo la sustitución procesal, no solamente no vulnera derecho fundamental alguno del cedente y el cesionario, sino que, por el contrario, protege a la parte procesal que no conoce quién será su nueva contraparte. Por tanto, a quien permanece en el proceso le asiste el derecho a: i) ser informada de la sustitución, y ii) manifestar si está de acuerdo o no con quien va a ser su nueva contraparte; en caso de no aceptarlo, este último podrá participar exclusivamente como coadyuvante del cedente. En ese orden de ideas, el cedente tiene la carga de informar al juez la proposición de la cesión y de la sustitución procesal, para que éste se la notifique a la parte contraria para que, de acuerdo con su respuesta, se efectúe el trámite pertinente, tal y como señala el inciso final del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil al indicar que: —El auto que admite o rechace a un sucesor procesal es apelable.”

Y posteriormente señaló que “Para que las partes de un proceso puedan ejercer su derecho de defensa y contradecir lo que se le endilga, es indispensable que se les notifique cualquier tipo de actuación que se surta, de la forma más idónea y diligente posible, con el fin de que los interesados puedan ejercitar el derecho de contradicción. En ese contexto, en los procesos judiciales, la pretermisión de alguna comunicación no puede ser irrelevante para el fallador, pues de su estricto cumplimiento depende la efectividad del derecho fundamental al debido proceso. En casos como el que se analiza, el cambio de sujeto procesal bien sea por escisión, fusión o extinción de la persona jurídica, es indispensable que sea notificado a la parte contraria, puesto que ello le garantiza a esta última saber respecto de quién o quiénes debe ahora ejercer su derecho fundamental de defensa de manera correcta y oportuna.”

pronuncie respecto de la eventual sucesión procesal que en virtud de la cesión de derechos litigiosos se pudiere presentar.”

En este sentido, la Sala advierte que se pretermitieron tales actuaciones, y que el cedente y el cesionario tampoco promovieron la sucesión procesal para que la cesión pretendida se concretara en el proceso –claro está que otra cosa es el negocio sustancial mismo de cesión y los efectos que produce entre las partes-, razón por la cual no se configuró en este proceso la cesión de derechos celebrada entre Constructores Asociados de Colombia S.A. e IMPREGILO S.p.A. Sucursal de Colombia, porque era necesario que el tercero tuviera conocimiento de la cesión, para que la aceptara o, en su defecto, se opusiera, en virtud del derecho de defensa y de contradicción. Por lo anterior, en el proceso actúa como demandante la sociedad Constructores Asociados de Colombia S.A., y como litisconsorte IMPREGILO S.p.A. Sucursal de Colombia –art. 60 del C. de P. C.-.

3. Lo probado en el proceso

Para orientar el alcance de la controversia, se hará un recuento de las pruebas aportadas y practicadas en el proceso que resultan relevantes para el caso *sub iudice*, y para apoyar el sentido de la decisión que se adoptará.

a. Entre el Fondo Vial Nacional y la sociedad Mora Mora y Cia. Ltda., se celebró el contrato No. 211 de 1984, cuyo objeto fue la ejecución, por el sistema de precios unitarios, de las obras necesarias para la rehabilitación de la carretera Medellín – Don Diego – Aeropuerto José María Córdoba, conforme a los planos y especificaciones suministrados por el contratante.

El plazo de ejecución fue de 8 meses, contados a partir del perfeccionamiento del negocio, y el valor de \$200'000.000. Estas condiciones fueron ampliadas mediante varios contrataos adicionales.

Hay que señalar que el contrato fue cedido por la parte contratista a la Sociedad Constructores Asociados de Colombia S.A. –fl. 15, cdno. 1-, y ésta, a su vez, cedió a IMPREGILO S.p.A, Sucursal de Colombia, durante la primera instancia de este proceso, los derechos litigiosos.

b. A folio 15 del cuaderno 1 se encuentra el “acta de liquidación final”, del 21 de febrero de 1995, suscrita por la sociedad demandante y por el demandado, varios

años después de la terminación del contrato –el plazo venció el 28 de marzo de 1991-, y se hace el balance general de las obligaciones.

4. La excepción de *caducidad de la acción*

Antes de analizar el recurso de apelación, se considera necesario examinar, de oficio, la excepción de caducidad de la acción contractual, pues se advierte que de configurarse será innecesario hacer aquel otro análisis. Además, hay que tener en cuenta que la ley procesal confiere al juez la potestad de declarar las excepciones que encuentre configuradas, "... salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda." –art. 306 del C. de P. C.-

Lo anterior significa que la excepción de caducidad es de aquellas que se declara de oficio, cuando se encuentre configurada, incluso en la segunda instancia del proceso, como lo autoriza el inciso final del art. 164 del CCA.:

“Art. 164. EXCEPCIONES DE FONDO. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

“Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

“El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la ‘reformatio in pejus.’ ”

Cabe aclarar que si bien en el caso concreto se está en presencia de un apelante único, porque sólo la parte demandante cuestionó la sentencia; también es cierto que la decisión le fue totalmente desfavorable, porque nada le concedió el *a quo*, de allí que la Sala queda autorizada por la ley: i) para confirmar la decisión, porque no se le desmejora la situación que trae; o ii) para declarar de oficio la ocurrencia de una excepción que encuentre demostrada, porque tampoco se le desmejora la situación que trae de la primera instancia, atendiendo a que el *a quo* no estudió ningún medio exceptivo, de manera que no resolvió algo semejante en forma favorable a sus intereses, como para impedir que en esta otra instancia se analice el tema con libertad.

4.1. Precisiones sobre el cómputo del término de caducidad de la acción, en vigencia del Decreto 222 de 1983.

Quedó probado en el proceso que entre la demandante y el Fondo Vial Nacional se celebró el contrato No. 211 de 1984, con un plazo de 8 meses, contados a partir del vencimiento del término de 15 días, con posterioridad al perfeccionamiento; que éste venció el 28 de marzo de 1991 y que las obras se recibieron –según lo indica el Acta de liquidación suscrita el 12 de mayo de 1992-.

La Sala advierte que la caducidad se contará a partir de la suscripción del “acta de recibo definitivo de las obras”, porque no se tiene certeza si en fecha anterior al acta se entregaron las mismas. Por tanto, aunque el acta de liquidación bilateral establece que la fecha de vencimiento del plazo del contrato fue el 28 de marzo de 1991, ésta no se tomará para el cómputo de la caducidad, porque que el artículo 287 del Decreto 222 de 1983 –aplicable al caso-, exige, para efectos de la liquidación, que se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones derivadas del contrato, no el vencimiento del término pactado.

Ahora bien, hay oportunidades en las cuales la fecha de “terminación del plazo” coincide con la fecha de “terminación de la ejecución” de las obligaciones, evento en el cual el mismo día empieza a correr el término de seis (6) meses que tienen las partes para liquidar bilateral y/o unilateralmente el negocio. Sin embargo, como ni la demandante ni la demandada, en el *sub lite*, precisaron la fecha de “terminación de las obras”, se tendrá por tal la de suscripción del acta de recibo definitivo de las mismas - 12 de mayo de 1992-, para contar desde allí el plazo de liquidación y luego el de caducidad, toda vez que a partir de esta fecha se tiene certeza del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato o de la ejecución del mismo, teniendo en cuenta, además, que en la misma acta de liquidación bilateral se señaló que después de suscrita el acta de recibo definitivo se expidieron los paz y salvos –fl. 15, cdno. 1-.

Las anteriores ideas se apoyan en la diferencia que existe entre los conceptos de “terminación del contrato” y de “Acta de recibo” de obras, porque si bien lo ideal es que coincida la “terminación” con la “recepción de los trabajos”, no necesariamente es así; es decir, que lo común es que en una fecha termine el contrato y sus trabajos, y que en los días o semanas siguientes se suscriba el “Acta de recibo de obra”, en cuyo evento la fecha de este documento será la de suscripción material, pero en ella se

debe indicar que los trabajos terminaron en fecha anterior. Esto significa que la entrega y recepción se suele hacer con posterioridad a la terminación del plazo o de la ejecución, pero en el documento en que se hace constar esto se indica la fecha anterior en la que terminaron los trabajos.

Sin embargo, en el *sub lite*, no se aportó el acta de recibo definitivo –para determinar, como se indicó antes, si en ella se estableció o no la fecha de terminación de la ejecución del negocio-. Por esta razón, la Sala tomará las fechas indicadas en el acta de liquidación bilateral, aportada por la demandante, en la cual se estableció que el “vencimiento del plazo” del contrato fue el 28 de marzo de 1991, y que el “acta de recibo definitivo” es del 12 de mayo de 1992.

La Sala ya se había expresado sobre este tópico, es decir respecto a la problemática de desentrañar la fecha real de entrega de una obra y la fecha del acta que da cuenta de ello –sentencia de febrero 20 de 2008, exp. 14.650- que señaló:

“Ahora bien, tener como fecha cierta de terminación del contrato el 11 de enero de 1992 –por las manifestaciones libres que con anterioridad a la sentencia de primera instancia hizo cada parte del mismo-, tal como da cuenta el Acta aludida, no es óbice para dejar de reprochar el comportamiento asumido por la entidad pública y el contratista respecto a la firma del acta de recibo final, pues si bien, en dicho documento diáfano se manifiesta que la obra se entrega y recibe ‘El día de hoy 11 de enero de 1992’, de la comunicación cruzada por las partes, obrante en el expediente, se deduce con claridad que el contratista sólo firmó el acta el 23 de junio de 1992 y el interventor y el representante legal de la entidad en fechas posteriores.

“No obstante esto, es claro que la entrega sí se hizo en enero, sólo que el Acta realmente se terminó de firmar, por todos los participantes, en fecha posterior, lo cual no constituye, *per se*, una irregularidad, pues perfectamente las partes de un contrato pueden hacer un acta de entrega en fecha posterior, pero dejando constancia en ella que la fecha de entrega fue anterior. En otras palabras, un acta de entrega de obra, suscrita en una fecha determinada puede hacer constar, como en el caso concreto, que lo que allí se acuerda o consta ocurrió en días anteriores.

“En otro sentido, no es jurídico ni técnicamente necesario -aunque sí lo más sano-, que el acta de entrega se haga el mismo día en que esto ocurre; basta que efectivamente aquella se haga, aunque el acta que deje constancia de ello se firme después, siempre que en la misma se diga que la entrega ocurrió días atrás.

“Entre otras cosas, la Sala reprocha la actitud del actor, quien en la demanda y en los alegatos señaló que la entrega de la obra se produjo el 11 de enero de 1992, y de hecho rubricó el acta donde afirma que la fecha de entrega había sido esa; pero al perder el proceso en primera instancia cambió sustancialmente el argumento, para empezar a contradecir sus propias afirmaciones y expresar que la entrega se hizo muchos meses después.

“La Sala ha dicho a este respecto que tal comportamiento, que contradice el obrar propio, atenta contra el principio de la buena fe y de la confianza legítima, pues de un momento a otro una persona que ha suscrito un documento, que contiene ciertos datos, cambia su versión de los hechos para tratar de favorecerse así misma con sus propias contradicciones.”⁷

⁷ Sobre la naturaleza del “acta de recibo” de obras y la del “acta de liquidación”, así como la determinación de la fecha de recibo de una obra, indicó esta misma sentencia, que complementa el estudio del caso *sub iudice*, que:

“2.1. Naturaleza del documento denominado por las partes ‘Acta de recibo final’, y determinación de la fecha real de recibo de las obras.

“La Sala encuentra probado en el proceso, con el ‘Acta de recibo final’, suscrita por las partes el 11 de enero de 1992 -fls. 20 a 22, Cdo. Ppal-, que en esa fecha el contratista hizo entrega, a la entidad pública contratante, de la obra que, por lo demás, se recibió a entera satisfacción. Dice textualmente este documento que:

“ ‘En el día de hoy 11 de enero de 1992, se reunieron el Ing. IVÁN ARROYO IRURITA, en representación del Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali -EMCALI-, y el Ing. RUBÉN DARÍO BETANCOURT CAICEDO, en representación de el mismo como Contratista, **para proceder al recibo de la siguiente obra que abajo se describe, la cual fue entregada a entera satisfacción:...**” (Negritas fuera de texto)

“Este documento, denominado por las partes ‘Acta de recibo final’, tiene su origen en las cláusulas vigésima primera y vigésima segunda del contrato, en las cuales se acordó que: (...)

“Como se observa, las partes del contrato habían acordado suscribir periódicamente actas de obra, para los exclusivos efectos de su pago. No obstante, el nombre dado en estas cláusulas a las mismas es ambiguo, o se presta para confusión, pues el contrato denomina, por ejemplo, ‘Acta de entrega y recibo parcial de obra’ a las simples actas de avance de obra, y, como si fuera poco la cláusula 21 denomina luego ‘Acta de liquidación parcial de obra’ al acta de entrega y recibo parcial. Y más adelante, la cláusula 22 habla del ‘acta de recibo parcial o total de obra’, pero no esclarece cuál es la diferencia con las anteriores, de manera que resulta difícil diferenciar las unas de las otras.

“Quizá por esto EMCALI, a lo largo del proceso, ha dicho que el ‘Acta de Recibo Final’, de enero 11 de 1992, corresponde también a la de ‘liquidación del contrato’. En ese sentido, afirmó en la contestación de la demanda -fl. 323, Cdo Ppal.-, que: (...)

“En este mismo juego de palabras ha incurrido el actor a lo largo del proceso -lo cual incide sobre la discutida naturaleza jurídica de los actos suscritos por las partes-, pues sostuvo, a partir de la interposición del recurso de apelación, que el acta de 11 de enero de 1992 no era la liquidación del contrato, la cual sólo se efectuó el 10 de noviembre de 1993, según consta en el texto que el representante legal de EMCALI introdujo al acta de enero 11 de 1992.

“Debido a esta confusión, provocada por las partes del proceso, y en la cual incurrió el *a quo*, la Sala debe analizar cuál es la auténtica naturaleza del documento denominado ‘Acta de Recibo Final’, de enero 11

de 1992, y qué efecto produjo el hecho de que en noviembre 10 de 1993 EMCALI hubiera puesto sobre ella el texto según el cual 'equivalía a la liquidación del contrato'.

"Para la Sala el actor tiene razón al decir que dicha Acta no contiene la liquidación del contrato, sino, simplemente, el recibo de la obra. Dos razones sustentan esta afirmación.

"De un lado, el hecho de que ella misma se denominó, sencillamente, como 'Acta de Recibo Final', es decir, que las partes al suscribirla entendieron entregar, la una, y recibir, la otra, la obra. Mal podría deducirse de allí que además quedó liquidado el contrato, cuando no tuvieron esa intención al firmarla. En igual sentido, en el texto del acta también se expresó las partes se reunían: '... para proceder a recibo de la siguiente obra que abajo se describe, la cual fue entregada a entera satisfacción.'

(...)

"Por su parte, del Decreto 222 de 1983, en su Título XI, sobre la 'liquidación de los contratos', se desprende que el negocio objeto del litigio, por tratarse de un contrato de obra, era de aquellos que requerían liquidación, una vez las obligaciones se hubieren cumplido -art. 287-. Y de los dos artículos siguientes -art. 288 y 289- se derivan las discordancias entre el contenido del 'acta de recibo final' y el que, en términos legales, debería contener un verdadera 'Acta de liquidación', así:

"Según el art. 288, quien debe liquidar un contrato es el jefe de la entidad contratante o su encargado, y el contratista o el interventor -cuando aquél se negare-. Es así como, en el acta de enero 11 de 1992 intervinieron el contratista, el interventor del contrato y el Jefe del Departamento de interventoría. Ninguno de los dos últimos tenía la potestad de liquidar el contrato a nombre de EMCALI.

"De otro lado, según el art. 289 del decreto 222 de 1983⁷, el acta de liquidación, cuando es de mutuo acuerdo, debe contener: i) 'las sumas de dinero que haya recibido el contratista' y ii) 'la ejecución de la prestación a su cargo'. En ese orden, en el acta analizada no se incluyó esta información, de manera que de ella no pueden derivarse, como debería -según el inc. 2º del artículo aludido-, ni las obligaciones a cargo de las partes, ni si había sanciones por aplicar, ni indemnizaciones a favor del contratista, entre otros datos que por ley eran esenciales en este tipo de actos contractuales.

(...)

"En estos términos, no tiene razón EMCALI, ni el Tribunal de primera instancia, al decir que el Acta aludida, además de recepcionar la obra también liquidó el contrato, pues ni la intencionalidad cuando se firmó fue esa, ni literalmente dispone eso, ni su contenido se ajusta a las exigencias legales para que tuviera tal naturaleza.

"Refutado el anterior argumento, y revisados los medios de prueba obrantes en el proceso, resulta claro que el *a quo* se equivocó al contar desde allí el término de caducidad de la acción contractual.

"Sin embargo, se debe analizar ahora si pese a todo caducó la acción, pero sobre la base de fechas y actos contractuales distintos a los que tuvo en cuenta el tribunal para llegar a dicha conclusión. En efecto, se debe indagar si este contrato, a pesar de ser de aquellos que requerían liquidación, en términos del Decreto 222 de 1983, fue posteriormente liquidado, bien sea bilateralmente o unilateralmente.

"Del contenido del 'acta de recibo final' a que se viene aludiendo, y de los demás documentos obrantes en el expediente, se concluye que el contrato número GO-464-90-OC-AC de junio 5 de 1991, terminó el día 11 de enero de 1992. Esto resulta determinante para contar el término de caducidad de la acción, de manera que se pasará a analizar.

"Dicha conclusión, que pareciera obvia, no lo es tanto, porque el actor, al declararse la caducidad de la acción, se empeñó en mostrar que tampoco en esa fecha se entregó y recibió la obra, pues durante los meses siguientes siguió trabajando en ella. Desde luego que este empeño hace parte de su preocupación por correr un poco el hito o instante a partir del cual se debe empezar a contar la caducidad de la acción contractual.

"No obstante el esfuerzo hecho por el actor -para lo cual se sirvió, incluso, de la prueba testimonial practicada en segunda instancia- la idea de que la entrega y recibo de la obra tuvo lugar el 11 de enero la ratifica el propio demandante, quien afirma de manera contundente esto en los mismos hechos que fundamentaron sus pretensiones en la demanda.

En los términos indicados, no era extraño, en el caso concreto, que se tuviera que abordar la misma cuestión, para establecer la fecha desde la cual debe contarse el término de liquidación del contrato, y luego el de caducidad de la acción.

En ese sentido, el art. 287 del Decreto 222 de 1983 –aplicable al caso *sub iudice*, porque rigió esa relación contractual- establecía que los contratos de obra pública debían liquidarse “...una vez se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas de los mismos”. El rigor literal de esta norma ha sido aplicado constante y uniformemente por el Consejo de Estado.

Así las cosas, a partir del “cumplimiento o ejecución” se inicia el plazo con que contaban las partes para liquidar el negocio jurídico, y a continuación de éste el de caducidad de la acción, teniendo en cuenta que para el momento de la celebración del contrato –e incluso de su ejecución- el término era de dos (2) años, contados a partir de la fecha en que debió liquidarse el contrato, dando aplicación al inciso final del artículo 136 del CCA., vigente para ese año (Decreto-ley 01 de 1984):

“Art. 136. Caducidad de las acciones. La de nulidad absoluta podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

“La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Si el demandante es una entidad pública, la caducidad será de dos (2) años. Si se demanda un acto presunto, el término de caducidad será de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que se configure el silencio negativo.

“Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

“La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del

“En tal sentido, puntualiza en que manifestó al interventor del contrato, el 30 de enero de 1992, según consta en el libro de bitácora, que es consciente de que el contrato se venció desde el 11 de enero de 1992. Así, en el literal D) del hecho octavo de la demanda afirma que: (...)

“Adicionalmente, esto también se puede deducir del hecho de que en el contrato se requería del contratista, la constitución de algunas pólizas que tendrían por vigencia el plazo contractual y tres (3) años más, o tres años después de terminado éste. Se observa, en tal sentido, que las pólizas de estabilidad de la obra y calidad del suministro, constituidas y suscritas por el contratista para dar cumplimiento a dicha obligación, son de utilidad para corroborar la fecha de finalización del contrato, toda vez que tienen un período de vigencia desde el 11 de enero de 1992 hasta el 11 de enero de 1995 –fls. 198 y 199, Cdno. Ppal.-.”

inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos.

“La de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos de adjudicación de baldíos proferidos por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -Incora- caducarán en dos (2) años, contados desde la publicación, cuando ella sea necesaria, o desde su ejecutoria, en los demás casos.

“Las relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.”
(Negrillas fuera de texto)

La dificultad que existía en vigencia del Decreto 222 de 1983, debido a que no contempló un término para realizar la liquidación del contrato de obra –sólo ordenaba hacerlo-, hizo que la jurisprudencia de esta Corporación⁸ definiera el tema de la

⁸ Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 1995, exp. 8126: “Respecto del acto de liquidación, advierte la Sala que ni en el decreto 150 de 1976 ni en el 222 de 1983 se establecieron plazos para que la diligencia de liquidación, bilateral o unilateral, se efectuase; una disposición en tal sentido solo se encuentra a partir de la vigencia de la ley 80 de 1993 (artículo 60).

“Tal circunstancia impuso que el Juez Administrativo tuviese que precisar los términos, frente al silencio de la ley; así lo hizo, por ejemplo, en sentencia de 29 de enero de 1988, exp. No. 3615, CP. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, actor Darío Vargas Sanz, con ésta fórmula:

“ ‘Aquí surge un escollo, aparentemente creado por un vacío legal. Qué plazo tiene la administración para liquidar el contrato?

“ ‘Aunque la ley no lo diga no quiere significar esto que la administración pueda hacerlo a su arbitrio, en cualquier tiempo. No, en esto la jurisprudencia ya ha tomado también partido. Se ha considerado como término plausible el de cuatro meses; dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada para la liquidación y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo.

“ ‘Si vence este último la Administración no podrá esperar más y deberá proceder a la liquidación unilateral, mediante resolución administrativa debidamente motivada’.

“Ese término, sin embargo, y según se desprende de la sentencia referida tiene más características de suspender que de agotar la competencia: es decir que no existía competencia antes de los 4 meses posteriores a la terminación del contrato para proceder a la liquidación unilateral sin que se fijase un límite temporal posterior para el ejercicio de tal potestad.

“Luego, en sentencia de 9 de noviembre de 1989, actor: Consorcio Cimelek - Incol Ltda., se agregaría que ‘a falta de acuerdo, estima la Sala que la entidad contratante debe proceder a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término para hacer la liquidación de común acuerdo. Aunque este nuevo plazo no está previsto por la ley de manera específica, coincide con el consagrado legalmente para que se produzca el fenómeno del silencio administrativo negativo (decreto ley 2304 de 1989 arts. 1o. y 7o.), y, por esta razón, lo adopta la Sala para eventos como el que aquí se presenta.’

“Más adelante, como lo recuerda el profesor Carlos Betancur Jaramillo, se continuó detectando el ‘vacío que existía en el régimen anterior y que había impuesto solución jurisprudencial en el sentido de que

siguiente manera –sentencia de 30 de agosto de 2001, Rad. No. 50001-23-31-000-1999-6256-01(16.256)-:

“La Sala ha precisado con fundamento en la ley, que el término de caducidad de las acciones contractuales se cuenta a partir de la fecha en que se produce o debió producirse la liquidación del contrato. Así, en sentencia del 8 de junio de 1995, expediente No. 10.634 señaló: ‘En materia contractual habrá que distinguir los negocios que requieren de una etapa posterior a su vigencia para liquidarlos, de aquellos otros que no necesitan de la misma. En éstos, vale decir, para los cuales no hay etapa posterior a su extinción, cualquier reclamación judicial deberá llevarse a cabo dentro de los dos años siguientes a su fenecimiento. Para los contratos respecto de los cuales se impone el trámite adicional de liquidación, dicho bienio para accionar judicialmente comenzará a contarse desde cuando se concluya el trabajo de liquidación, o desde cuando se agotó el término para liquidarlo sin que se hubiere efectuado, bien sea de manera conjunta por las partes o unilateralmente por la administración...”⁹

Ahora bien, como en el caso *sub iudice* las partes no establecieron en el contrato un plazo especial para realizar la liquidación, entonces aplican los términos fijados por la jurisprudencia de la época para los contratos regidos por el Decreto-ley 222 de 1983, la cual señaló –se insiste en ello- que:

“La jurisprudencia de la Sala se había encargado de señalar como término plausible para que la administración liquidara el contrato el de cuatro meses: dos meses a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aportara la documentación requerida para la liquidación y dos para que el trabajo se realizara por mutuo acuerdo. Vencido el último, la administración debía proceder a la liquidación unilateralmente mediante resolución debidamente motivada (sentencia del 29 de enero

esa etapa liquidatoria debía cumplirse a más tardar dentro de los dos años siguientes a su terminación. Se valió la jurisprudencia, por analogía, del mismo término previsto para la caducidad de los conflictos contractuales en general; y con la consideración de que si cualquiera de las partes tenía ese término para hacer algún reclamo derivado del contrato, ese mismo era el lapso que la administración tenía para unilateralmente definir quien le debía a quien y cuánto’ (Derecho Procesal Administrativo, Págs. 545, 546).

“La aplicación de esta directriz jurisprudencial a este caso concreto significa que, si la terminación de la obra ocurrió en diciembre de 1982 y la liquidación unilateral se produjo el 26 de enero de 1984, no se había vencido el plazo de dos años de que disponía la administración para hacerlo y, por ende, el cargo no prospera”.

⁹ En el mismo sentido, ver sentencia de la Sección Tercera del 31 de octubre de 2001, Rad. 25000-23-26-000-1991-7666-01 (12.278).

de 1988, expediente 3615)¹⁰.

(...)

“También ha precisado la Sala que dicho término no es perentorio, vale decir, que **pasados ahora 6 meses** de haberse vencido el plazo del contrato sin que éste se haya liquidado no se pierde competencia para hacerla. Pueden practicarla los contratantes por mutuo acuerdo o la administración unilateralmente, ya que el fin último es que el contrato se liquide y se definan las prestaciones a cargo de las partes...”¹¹

Aplicada esta tesis al caso concreto –que, se insiste, era la vigente en la fecha de celebración, ejecución y liquidación del contrato-, se advierte que la caducidad de la acción se configuró el 12 de noviembre de 1994, teniendo en cuenta que la liquidación debió realizarse a más tardar el 12 de noviembre de 1992, ya que en esta fecha vencieron los seis (6) meses que la jurisprudencia introdujo para cumplir esta actuación pos contractual –contados desde el 12 de mayo de 1992, fecha en la cual se tiene certeza de la ejecución de las obras-. La demanda, por su parte, se presentó el 7 de diciembre de 1995 –un año y veinticuatro días después de configurada la caducidad-, por lo que se adoptará la decisión señalada.

De esta manera, resulta incorrecto pensar, como lo hizo la parte actora en su escrito de demanda, que la caducidad se cuenta desde que se liquidó el contrato, sin considerar las variables que se analizarán a continuación.

4.2. Diferencias entre la forma de contar la caducidad de la acción contractual cuando se dicta un acto administrativo mientras transcurre el plazo de caducidad; y cuando se suscribe un documento bilateral en el mismo lapso.

Conviene hacer una precisión respecto a este tema, uno de los más complejos de manejar en casos como el presente, y también en otras variables del mismo, que ponen a prueba la manera como se aplica la norma procesal de caducidad. Resulta que la Sala se ha preguntado, en otras ocasiones, cómo contar el plazo de caducidad de la acción contractual cuando está corriendo este término y no obstante la

¹⁰ La ley 80 de 1993 recogió esta pauta jurisprudencial al establecer en el artículo 60 que el término para liquidar el contrato debe fijarse “en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o la fecha del acuerdo que la disponga”.

¹¹ Sentencia de 16 de agosto de 2001. Rad. No. 25000-23-26-000-1996-4384-01 (14.384).

administración expide un acto administrativo, en el interregno, o practica la liquidación bilateral.

En la *primera hipótesis* se presentan dos situaciones procesales extremas, que han dado lugar a soluciones diversas, ya avaladas por esta Subsección: i) de un lado, que el acto unilateral se dicte muy cerca al inicio del cómputo de la caducidad –por ejemplo, pasado un mes- o, ii) de otro lado, que se dicte muy próximo al vencimiento de ese plazo –por ejemplo, el último día del segundo año-.

De atenderse al primer supuesto, parece posible sostener que la caducidad para demandar ese acto administrativo –que puede ser el de la liquidación unilateral o cualquier otro aspecto de inconformidad con el contrato-, es lo que resta -23 meses- del término de caducidad que ya corre, hasta completar los dos años. Pero si con esta misma tesis se resuelve el segundo supuesto la problemática se complica demasiado, porque en la práctica la administración quedaría sin control judicial, toda vez que una decisión que se dicta el último día de la caducidad es materialmente imposible de controlar, comoquiera que el afectado no tendrá la oportunidad real de ejercer el derecho de acceso a la administración de justicia: ¿acaso en un día puede preparar y presentar una demanda?

Admitir semejante posibilidad conduciría al abuso por parte de la administración y a la desviación de su poder, porque quedaría autorizada para expedir actos administrativos –así careciera de competencia, o contemple cualquier otro vicio- hasta el día en que caduca la acción contractual, con la seguridad de que el afectado no tendrá la oportunidad material de cuestionar la legalidad de la decisión que lo afecta.

El anterior supuesto ya condujo a la Corporación a señalar que, en eventos como este, la caducidad de la acción contractual se cuenta desde la ejecutoria de la decisión, y de manera independiente, de modo que se garantice el derecho de acceso a la administración de justicia y, sobre todo, el derecho a controlar las decisiones del Estado.

No obstante, esto no significa que se amplíe también el término de caducidad de la acción en relación con aquellos aspectos contractuales de inconformidad no afectados por la decisión administrativa proferida durante el transcurso de la caducidad o respecto a la liquidación que se ha hecho por mutuo acuerdo dentro del término de la caducidad e incluso cuando éste ya se ha vencido –como lo pretende la demandante

en el caso concreto-. Frente a esos problemas la caducidad empezó a correr una vez finalizada la ejecución de las obras y se debió liquidar el contrato –en el caso concreto desde el 12 de mayo de 2012, toda vez que a partir de esta fecha, se tiene certeza de que las obras se ejecutaron-, y no se justifica ampliarla porque por la desidia de las partes se liquidó un año y veinticuatro días después, y por mutuo acuerdo -21 de febrero de de 1995-.

Es de advertir que en el *segundo supuesto* –es decir, si se practica la liquidación bilateral cuando vencieron los términos para efectuarla, e incluso una vez venció el término de la acción de controversias contractuales- la caducidad para ejercer la acción no empieza a correr desde que se liquidó bilateralmente el negocio, porque quedaría abierta la posibilidad de que las partes liquiden en cualquier tiempo, incluso diez o cincuenta años después de que se ejecutó el contrato.

En razón a lo expuesto, se aclara que para efectos de contar la caducidad: i) uno es el supuesto cuando se expiden *actos administrativos* durante el transcurso de la caducidad de la acción y ii) otro que las partes liquiden el contrato o lleguen a acuerdos durante ese mismo lapso. En este último evento, que es el del caso concreto, es lógico entender que a partir del 12 de mayo de 1992 las partes ya conocían y entendían todos los efectos que sobre su patrimonio y respecto a las obligaciones del contrato tuvo la ejecución del mismo. Por eso, a partir de allí empezó a correr el término para liquidar el contrato –seis (6) meses-, y después el de caducidad de la acción –dos (2) años-. Si acaso las partes, en este lapso, entraron en negociaciones o no para tratar de liquidar el contrato, o para negociar las diferencias económicas que alguna parte creyera tener en su favor, y bien que hayan concretado algo o no, de ninguna manera afecta el término de caducidad, sencillamente porque está corriendo, y cada parte tiene la oportunidad de acudir a la jurisdicción para interrumpirlo o acudir ante la procuraduría para hacerlo lo mismo pero temporalmente.

Si lo que sucedió fue que trascurrieron los dos años sin llegar a un entendimiento; pero pasados éstos lo alcanzaron, liquidando de común acuerdo el negocio, y dejando una salvedad por parte del contratista; de ningún modo autoriza reabrir la oportunidad para demandar, pues la que tenían caducó, y el hecho de que liquiden extemporáneamente el contrato no significa -para efectos del acceso a la jurisdicción- lo mismo que liquidarlo unilateralmente, porque es sólo en este evento que se debe controlar la actuación unilateral de la administración, para impedir que queden sin control sus actos administrativos.

En cambio, si la liquidación es bilateral de ninguna manera puede sorprenderse el contratista, quien no sólo tuvo a disposición dos (2) años para demandar, sino que pasados éstos, es decir caducada la acción, propició una nueva relación voluntaria sobre el mismo negocio, que ya nada le podía reportar, pues pasado aquél término no es posible retomar los efectos patrimoniales del contrato, así que si él y la administración decidieron hacerlo, no sólo obviaron la ley, sino que luego no pueden tratar de acceder a la jurisdicción que ya se había cerrado, por la propia inactividad o por falta de interés para demandar¹².

Por las razones expuestas, como prosperará la excepción de caducidad, la Sala se abstendrá de estudiar el recurso de apelación, tal como lo autoriza el art. 306 del C de P. C.: “Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas

¹² Acerca de la posibilidad de interrumpir la caducidad de la acción en virtud de las relaciones o tratos que se presentan entre las partes durante el transcurso del plazo de caducidad, ha expresado la Sala –sentencia del 27 de septiembre de 2012, exp. 21.424-: “Respecto a este tema ha dicho la Sala – Sentencia de 25 de julio de 2002. Rad. 07001-23- 31-000-1995-3893-01(13.893)-: ‘Se precisa además que las peticiones de pago hechas a la administración y las respuestas dadas por ésta no modifican lo dispuesto en la ley respecto del término de caducidad, ni lo relativo a la fecha desde la cual se debe contar el mismo. Igualmente, las manifestaciones que haga la Administración en torno a la vigencia del contrato, a la existencia de obligaciones o a la inexistencia de las mismas no determinan el inicio del cómputo del término de caducidad de la correspondiente acción; este pende de lo dispuesto en la ley. Por las mismas razones, tampoco es dable considerar que el término de caducidad sólo empieza a correr desde la fecha en la cual el municipio expidió al interesado copia auténtica de documentos que solicitó.’

“Con anterioridad había dicho esta misma Sala, en auto proferido el día 29 de abril de 1999¹²; que ‘Precisa finalmente la Sala que la sola circunstancia de que el entonces director de FONCOLPUERTOS hubiese manifestado mediante oficio del 26 de noviembre de 1996, que el contrato estaba vigente, no revive un negocio jurídico que había terminado el 1 de agosto de 1993, por vencimiento final del plazo. La suerte jurídica del contrato estatal no depende de apreciaciones, opiniones o conceptos, muchas veces equivocados o erróneos, de los administradores públicos.’

“Así mismo, se expresó en la sentencia del 6 de abril de 2000¹² que ‘Aceptar que el término de caducidad de la acción era igualmente de dos años, pero contados a partir del vencimiento de los tres meses que tenía la administración para resolver la petición que presentó el demandante el 27 de noviembre de 1989 con miras a obtener el pago de los servicios prestados, (art. 40 del CCA), sería atentar contra las normas de orden público que fijan la caducidad de la acción, o más grave aún, tornarlo en un término que quedaría a la voluntad del demandante, por cuanto al reclamar a la administración en la fecha que a bien lo considere, sólo a partir del momento en que opere su silencio nacería para él la oportunidad procesal de reclamar ante el juez administrativo el reconocimiento esperado. Se aclara que el momento para el cómputo del término de caducidad es el general que establece el art. 136 del C. C. A., a ‘partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento’, toda vez que como el contrato no se perfeccionó, la no aprobación del mismo no encuadra en ninguna de las situaciones particulares que inicialmente tuvieron desarrollo jurisprudencial recogidas hoy en el nuevo texto del art. 136 numeral 10 de la ley 446 de 1998. Como lo consideró el Ministerio Público, ‘en nuestro sistema, a diferencia del francés, no procede la decisión *prealable*, o sea la exigencia legal de obtener un pronunciamiento administrativo previo al ejercicio de la acción. Una cosa es que el administrado acuda a la administración en ejercicio del derecho constitucional de petición, y otra es que pretenda un pronunciamiento sobre el reconocimiento de un derecho que debe ser objeto de la pretensión procesal’. En estas condiciones, el término procesal para el ejercicio de la acción permanecía inmodificable y para que el demandante no dejara caducar la acción, no debió perder de vista la circunstancia que dio origen a sus pretensiones. Por tal motivo, habrá de revocarse la sentencia apelada y en su lugar declarar probada la caducidad de la acción.’ “

las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes...”,
lógica normativa que aplica al resolver el recurso de apelación.

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

FALLA

Modifícase la sentencia proferida el 1 de abril de 2003, por el Tribunal Administrativo
de Antioquía, la cual quedará así:

Primero: Declárase la caducidad de la acción contractual.

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

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.

Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ