

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Noción – Aplicación y alcance

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley. La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el mecanismo de defensa judicial ordinario debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela. En principio, la Sala Plena de esta Corporación consideraba que la acción de tutela era improcedente contra las providencias judiciales, en cuanto no fue creada para tal efecto. Que, además, no era el medio para discutir providencias judiciales porque el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, que reguló la acción de tutela, y que la permitía, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-543 de 1992. No obstante, en sentencia del 31 de julio de 2012, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, conforme con las reglas que ha fijado la Corte Constitucional. Es decir, la Sala Plena admitió que la tutela procede de manera excepcional para controvertir providencias judiciales, siempre que exista violación flagrante de algún derecho fundamental. Empero, la tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, pues los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de las decisiones judiciales y, por tanto, no puede admitirse la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, sin mayores excepciones. Para aceptar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, entonces, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005... Por último, conviene decir que al demandante le corresponde identificar y sustentar la causal específica de procedibilidad y exponer las razones que sustentan la violación de los derechos fundamentales. No son suficientes las simples inconformidades con las decisiones tomadas por los jueces de instancia, sino que el interesado debe demostrar que la providencia cuestionada ha incurrido en alguna de las causales específicas para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-15-000-2013-01173-00(AC)

Actor: CONSTRUCTORA A&C S.A.

Demandado: SUBSECCION A DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO

La Sala decide la tutela interpuesta, mediante apoderado judicial, por la sociedad Constructora A&C S.A. contra la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

La sociedad Constructora A&C S.A. consideró que la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y a la igualdad. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERO. Que se tutelen los derechos fundamentales al Debido Proceso, que consagra el Acceso Efectivo a la Administración de Justicia: el principio de igualdad, y el de RESPETO AL PRECEDENTE JUDICIAL existente en el momento en que se presentó la demanda, lo mismo que el de la SEGURIDAD JURÍDICA, los cuales fueron violados por el H. Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera- Subsección A, al proferir la sentencia calendada el día 27 de febrero de 2013, dentro del expediente No. 23.276, en que figura como parte actora la Sociedad A & C. S.A. y como demandado la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR;

SEGUNDO. Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene al H. Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera- Sub-sección A, que tenga por ajustada a la jurisprudencia del Consejo de Estado, existente el día 30 de Mayo de 1.995, fecha en que se presentó la demanda que dio origen a este proceso, las observaciones que el representante de la sociedad demandante CONSTRUCTORA A & C. S.A. consignó en el Acta de liquidación del contrato, suscrito el día 30 de Mayo de 1.994.

TERCERO. Que cumplido lo dispuesto en el numeral anterior, dicte la sentencia que, a la luz de lo alegado y probado, sea acorde con la ley y el derecho.

CUARTO. Que se comuniquen lo pertinente, a los H. Magistrados del Consejo de Estado, que suscribieron el fallo pasible de esta acción de tutela”.

2. Hechos

Del expediente, se destacan los siguientes hechos relevantes:

Que la sociedad Constructora A&C S.A. interpuso demanda de controversias contractuales contra la Caja de Vivienda Militar (hoy Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía), con el fin de: **(i)** que se declarara que incumplió el contrato 026 del 30 de junio de 1992; **(ii)** que se anulara la siguiente expresión contenida en el mencionado contrato: *“los oferentes que ocuparen del segundo al sexto puesto de adjudicación, se adherirán sin otra formalidad, al presupuesto,*

programa, término de ejecución y demás asuntos inherentes, de la propuesta que ocupare el primer lugar”; (iii) se restableciera la ecuación contractual, dado el rompimiento del equilibrio financiero, y (iv) que se ordenara la correspondiente indemnización de perjuicios.

Que la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 30 de mayo de 2002, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO- Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

SEGUNDO.- Declárase no probada la objeción que por error grave formuló la parte demandada al dictamen pericial.

TERCERO.- Declárase que dentro de la ejecución del Contrato No. 026 de 1.992 celebrado entre la Caja de Vivienda Militar (hoy Caja Promotora de Vivienda Militar) y la Sociedad CONSTRUCTORA A & C S.A., se rompió el equilibrio financiero del Contrato con detrimento patrimonial de la Sociedad Contratista.

CUARTO.- Como consecuencia de la declaración anterior condénase a la Caja de Vivienda Militar (hoy Caja Promotora de Vivienda Militar) al reconocimiento y pago a la Sociedad CONSTRUCTORA A & C S.A. de la suma de \$ 50'959.164.76 como compensación por el rompimiento del equilibrio financiero del Contrato. La suma antes indicada será actualizada en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- Para el cumplimiento de la sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO.- Niéganse las demás pretensiones de la demanda”.

Que la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía apeló dicha decisión y que la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por sentencia del 27 de febrero de 2013, la revocó y, en su lugar, denegó las pretensiones de la demanda de controversias contractuales.

3. Argumentos de la tutela

A juicio de la sociedad demandante, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado vulneró los derechos fundamentales invocados, por las razones que se resumen a continuación:

Que la autoridad judicial demandada no valoró adecuadamente el acta de liquidación bilateral del contrato 026 del 30 de junio de 1992, pues no dio validez a la manifestación hecha por la sociedad actora, en el sentido de reservarse el derecho a reclamar judicialmente sobre ciertas inconformidades relacionadas con el equilibrio económico del contrato. Que, por ende, incurrió en defecto fáctico.

Que la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado *“navegando en contravía de la apreciación legal de la prueba que existe dentro del informativo, y haciendo de la misma una APRECIACIÓN ARBITRARIA, IRRACIONAL Y CAPRICHOSA, desconoce al demandante (sic) el derecho a reclamar”*.

Que, además, no valoró las reclamaciones que se hicieron a la entidad contratante en el procedimiento de ejecución contractual, que claramente acreditan las diferencias que posteriormente fueron objeto de reclamación judicial.

Que la autoridad judicial demandada también desconoció el precedente judicial vigente al momento de la presentación de la demanda de controversias contractuales. Que en ese momento *“el H. Consejo de Estado no tenía jurisprudencia tan exegética, sobre el alcance que debían tener las constancias que dejaron las partes en el momento de suscribir el Acta de Liquidación”*.

Que, de hecho, la jurisprudencia vigente al momento de presentar la demanda de controversias contractuales señala que *“basta suscribir el acta con REPAROS, como ocurrió en el caso en comento. El universo de esta jurisprudencia no exige que se enlisten todas las reclamaciones que el contratista hizo a lo largo del Proceso, y que quedaron sin ser resueltas positivamente a favor de él. Y si lo fueron negativamente, razón de más para (que) la parte perjudicada no pierda su derecho para acudir a la jurisdicción”*¹.

Que la autoridad judicial demandada no puede apartarse del precedente judicial vigente al momento que se presentó la demanda de controversias contractuales, pues, de lo contrario, vulnera los derechos a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

4. Intervención de la autoridad judicial demandada

Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado

La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, luego de hacer un recuento del proceso de controversias contractuales promovido por la sociedad

¹ Citó varias providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

actora contra la Caja Promotora de Vivienda Militar, pidió que se denegara la tutela, con base en los argumentos que se resumen así:

Que en la providencia cuestionada se concluyó razonablemente que en el acta de liquidación no se identificaron los aspectos en los que las partes del contrato no lograron acuerdo y que, por ende, no había situaciones que pudieran ser objeto de controversia ante los jueces administrativos. Que la sociedad actora estaba obligada a identificar en el acta de liquidación bilateral cuáles eran las inconformidades que tuvo en la ejecución del contrato. Que las afirmaciones generales no son válidas y que, por lo tanto, no habilitan para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Que la sociedad demandante pretende imponer su criterio, como si la tutela fuera una instancia adicional del proceso de controversias contractuales.

Que la tutela es improcedente, por cuanto la parte actora controvierte las interpretaciones razonables adoptadas por la autoridad judicial demandada.

Que la parte actora no identificó claramente los criterios que sustentan la vulneración, pues *“pese a que manifiesta la demanda existir afectación del derecho a la igualdad derivada de la desatención del precedente judicial, no se concreta la carga argumentativa orientada a exponer las razones por las cuales las decisiones judiciales tomadas como extremo de comparación, guardan analogía, bien sea fáctica o jurídica, con la situación concreta y específica de la sociedad actora, tarea que –según lo pautado por la Corte Constitucional- le corresponde asumir a quien reclama un tratamiento igualitario frente a la aplicación de un precedente judicial, tal como quedó consignado en el Auto 262/09 de esa Corporación”*.

Que los criterios jurisprudenciales utilizados en la providencia cuestionada datan de 1997 y 2001 y que, por ende, era clara la obligación que tenía la sociedad actora de identificar *“de forma expresa y clara”*, en el acta de liquidación bilateral, los motivos de inconformidad frente a la ejecución del contrato. Que, además, la autoridad judicial demandada fundamentó la decisión cuestionada en el principio de buena fe y que, por ende, la sentencia no fue caprichosa o carente de fundamento.

5. Intervención de tercero interesado

Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía (demandado en el proceso de controversias contractuales)

El apoderado judicial de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía pidió que se mantuviera incólume la providencia objeto de tutela. Para tal fin, adujo, en síntesis, lo siguiente:

Luego de hacer un recuento del marco jurídico aplicable a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía y de las causales generales y específicas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, indicó que la parte actora no acreditó la existencia de los defectos identificados en la demanda de tutela, esto es, el defecto fáctico y el desconocimiento del precedente judicial.

Que, además, la tutela no cumple con el requisito de inmediatez, pues la demanda fue radicada 5 meses después de proferida la sentencia objeto de tutela.

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el mecanismo de defensa judicial ordinario debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

En principio, la Sala Plena de esta Corporación consideraba que la acción de tutela era improcedente contra las providencias judiciales, en cuanto no fue creada

para tal efecto. Que, además, no era el medio para discutir providencias judiciales porque el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, que reguló la acción de tutela, y que la permitía, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-543 de 1992.

No obstante, en sentencia del 31 de julio de 2012, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, conforme con las reglas que ha fijado la Corte Constitucional. Es decir, la Sala Plena admitió que la tutela procede de manera excepcional para controvertir providencias judiciales, siempre que exista violación flagrante de algún derecho fundamental².

Empero, la tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, pues los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de las decisiones judiciales y, por tanto, no puede admitirse la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, sin mayores excepciones.

Para aceptar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, entonces, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005, así:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.

(...)

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del

²Sin embargo, existe aún polémica en el seno de las secciones del Consejo de Estado sobre la tutela contra los llamados órganos de cierre.

hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

(...)

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

Esos son los requisitos procesales o de procedibilidad de la acción de tutela.

Además, una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales anteriores, llamadas genéricas, el juez puede conceder la protección siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo: **(i)** defecto sustantivo, **(ii)** defecto fáctico, **(iii)** defecto procedimental absoluto, **(iv)** defecto orgánico, **(v)** error inducido, **(vi)** decisión sin motivación, **(vii)** desconocimiento del precedente y **(viii)** violación directa de la Constitución. La Corte Constitucional describió tales causales, así:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución.”

Y esos defectos son los que autorizarían la concesión del amparo o de la tutela.

Por último, conviene decir que al demandante le corresponde identificar y sustentar la causal específica de procedibilidad y exponer las razones que sustentan la violación de los derechos fundamentales. No son suficientes las simples inconformidades con las decisiones tomadas por los jueces de instancia, sino que el interesado debe demostrar que la providencia cuestionada ha incurrido en alguna de las causales específicas para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Justamente, las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones que son propias de los procesos judiciales ordinarios o expongan los argumentos que dejaron de proponer oportunamente.

Es de esa manera que podría abordarse el estudio de una providencia judicial mediante el mecanismo excepcional de la tutela.

2. Caso concreto

La sociedad Constructora A&C S.A. solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y a la igualdad, que consideró vulnerados por la providencia del 27 de febrero de 2013, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que revocó la sentencia del 30 de mayo de 2002 de la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, denegó las pretensiones de la demanda de controversias contractuales que promovió contra la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía.

En primer lugar, corresponde a la Sala determinar si es procedente estudiar de fondo los cargos de vulneración expuestos por la sociedad demandante. Entonces, verificará el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, conforme con el test fijado por la Corte Constitucional.

- De la relevancia constitucional: es claro que la cuestión que aquí se discute tiene relevancia constitucional, toda vez que la sociedad actora alegó que la autoridad judicial demandada desconoció los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la administración de justicia, derechos tradicionalmente relevantes en la institución de la acción de tutela.
- De la inmediatez: la tutela cumple con el requisito de inmediatez, por cuanto la tutela fue interpuesta el 28 de mayo de 2013³ y la providencia cuestionada fue notificada mediante edicto desfijado el 8 de abril del mismo año⁴. Es decir, la sociedad demandante dejó transcurrir menos de 2 meses para formular la demanda de tutela, tiempo que es razonable y que no denota negligencia o desinterés.
- Del agotamiento de los mecanismos de defensa judicial: la Sala estima que la parte actora no cuenta con otro medio de defensa para controvertir la sentencia objeto de tutela, pues agotó los recursos disponibles en el proceso de controversias contractuales.

³ Contraportada del expediente.

⁴ Consulta en el sistema de gestión judicial.

- Finalmente, es claro que la providencia cuestionada no fue proferida en un proceso de tutela.

Están, pues, cumplidos los requisitos generales y, por ende, pasa la Sala a estudiar los requisitos especiales para la prosperidad de la tutela contra providencias judiciales.

En cuanto al fondo del asunto, la sociedad actora estimó que la autoridad judicial demandada incurrió en **(i)** defecto fáctico, toda vez que no valoró adecuadamente el acta de liquidación del contrato 026 de 1992, que suscribió con la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, y **(ii)** desconocimiento del precedente judicial, pues no aplicó el vigente al momento de presentar la demanda de controversias contractuales.

La Sala anticipa que denegará las pretensiones de la demanda tutela, pues, según pasa a exponerse, la sociedad actora controvierte interpretaciones razonables adoptadas por la autoridad judicial demandada. En efecto, basta con transcribir, en lo pertinente, la sentencia del 27 de febrero de 2013, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, para concluir que ningún defecto puede atribuírsele:

“En términos generales, la liquidación que surge del acuerdo de las partes tiene las características de un negocio jurídico que como tal resulta vinculante para ellas. Este negocio jurídico que se materializa en el acta de liquidación, debe contener, si los hubiere, los acuerdos, salvedades, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y dar por finiquitado el contrato que se ejecutó. La fuerza jurídica del acuerdo liquidatorio, que surge de todo un proceso de discusión, es tan importante dentro de la nueva realidad jurídica que se creó entre las partes del contrato, que la misma se presume definitiva y las obliga en los términos de su contenido. Al respecto ha afirmado la Sala de Sección:

‘... El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él. ...’⁵.

⁵ “Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de junio 22 de 1995; Exp. No. 9965, M.P. Daniel Suárez Hernández”.

Así pues, en tanto la liquidación bilateral constituye un negocio jurídico de carácter estatal, para declarar su nulidad es necesario que se configure alguna de las causales previstas bien sea en la respectiva ley de contratación de la Administración Pública o en el derecho común. La Jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido desde tiempo atrás⁶, que una vez el contrato haya sido liquidado de mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral podría ser enjuiciado por vía jurisdiccional cuando se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Al respecto ha sostenido lo siguiente:

‘(...) se tiene que la liquidación efectuada de común acuerdo por personas capaces de disponer constituye, entonces, un verdadero negocio jurídico bilateral, que tiene, por tanto, fuerza vinculante, a menos que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento’⁷.

Ahora bien, si dicha liquidación ha sido suscrita con salvedades y en ese mismo momento, que es la oportunidad para objetarla, alguna de las partes presenta reparos a la misma, por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta, debe manifestar con claridad que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que precisamente hubiere sido motivo de inconformidad⁸, pero únicamente respecto de los temas puntuales materia de discrepancia que quedaron consignados en ella. Sobre el tema la Sala ha dicho lo siguiente:

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

⁶ “Consejo de Estado, Sección Tercera, entre otras sentencias se citan las siguientes: Sentencias de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992; Exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665, de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208”.

⁷ “Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. También en Sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10608, con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández, esta Corporación había sostenido lo siguiente:

‘La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellos que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo’.

⁸ “En la actualidad, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, el contratista particular tiene derecho a dejar las constancias a que haya lugar. Según el inciso final de esta norma: ‘Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral sólo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo’.

(...)

‘Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso. En efecto, el acta de liquidación del contrato contiene el balance financiero en cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, de manera que cuando se firman de común acuerdo entre éstas, sin objeciones o salvedades, se pierde la oportunidad de efectuar reclamaciones judiciales posteriores’⁹.

(...)

Así pues, las salvedades dejadas en el acta de liquidación tienen como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar en el futuro ante la autoridad judicial el cumplimiento de obligaciones que considera quedaron pendientes durante la ejecución del contrato, razón por la cual deben ser claras y concretas. A propósito del preciso alcance que corresponde a las salvedades o reservas que respecto de una liquidación bilateral formula alguna de las partes del contrato, la Jurisprudencia de esta Corporación ha advertido ‘(...) que las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera, su inclusión resulta ineficaz’¹⁰. La Jurisprudencia de la Sala ha precisado el asunto en los siguientes términos:

‘(...) para efectos de poder acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es requisito indispensable que las partes hayan dejado constancia expresa, en el acta de liquidación del contrato, de las inconformidades que pudieron resultar durante su ejecución, tal como esta Sala lo ha señalado en reiteradas ocasiones (...). Ahora bien, la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión del contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero sí debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad (...). Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica, que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista; tal conducta impide la claridad necesaria en la conclusión de la relación negocial – bien porque las partes están de acuerdo en forma plena, o bien porque

⁹ “Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez”.

¹⁰ “Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez”.

*subsisten diferencias entre ellas*¹¹.

(...)

De otro lado, como se precisó en reciente Jurisprudencia de esta Subsección, dadas las características y los efectos de la liquidación bilateral sin salvedades, el hecho de oponer la liquidación bilateral como medio de defensa frente a las pretensiones de la demanda constituye una verdadera excepción de mérito o de fondo. En efecto, en la Sentencia se sostuvo lo siguiente:

(...)

De conformidad con lo expuesto, se hace necesario, antes de iniciar el estudio de fondo de las pretensiones formuladas en la demanda, establecer si éstas son procedentes, toda vez que la liquidación del contrato de obra No. 026 de 1992 se realizó de mutuo acuerdo entre las partes del contrato, mediante acta suscrita el 30 de mayo de 1994.

Para el efecto resulta indispensable examinar el acta de liquidación final del contrato suscrita entre las partes, con el fin de determinar dos aspectos: el primero, si el contratista en realidad dejó algunas salvedades respecto de su contenido y, de ser así, en segundo lugar, examinar si dichos reparos guardan correspondencia con las pretensiones formuladas en la demanda.

Como atrás se mencionó, para el Tribunal Administrativo a quo, resultó clara la salvedad en razón de que se conocía cuáles habían sido las reclamaciones formuladas, no obstante, encuentra la Sala que si hacía referencia a aquellas relativas al restablecimiento de la ecuación económica del contrato, las mismas fueron resueltas por la entidad a través de comunicación calendada el 21 de diciembre de 1993 y, según lo observado en el expediente, la sociedad demandante, además de que no objetó la respuesta dada, después de esa fecha tampoco formuló petición alguna.

Con fundamento en las ideas anteriormente expuestas, resulta evidente que la constancia dejada por el contratista no tiene la potencialidad de satisfacer las exigencias ya establecidas por la Jurisprudencia de esta Sala - constancias expresas y concretas sobre el tema objeto de diferencia-, para efectos de posibilitar una respuesta favorable a las pretensiones formuladas.

Esta constancia no satisface tales exigencias mínimas, porque una constancia como la analizada no busca cerrar adecuadamente la relación

¹¹ "Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2005. Expediente 14.113. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

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

contractual, bien a paz y salvo o bien con advertencias claras de inconformidad; deja a una de las partes del negocio a la libérrima voluntad de la otra y de soportar demandas por motivos desconocidos para ella, cuando este tipo de problemas deben quedar, sino resueltos, cuando menos advertidos con claridad y precisión al momento de concluir definitivamente la relación contractual.

Esta conclusión no cambia porque existan pruebas en el proceso acerca de que algunas de las reclamaciones hubieren sido presentadas durante la ejecución del contrato, circunstancia que no eximía al contratista de cumplir la carga de dejar las constancias concretas de inconformidad correspondientes en el acta de liquidación, momento determinante para estos efectos y el único relevante para que su actitud tenga efectos jurídicos a posteriori, máxime si se tiene en cuenta que tales reclamaciones fueron respondidas negativamente por la entidad pública demandada.

Debe recordarse que el acto de liquidación se constituye en la expresión final de la autonomía de la voluntad de las partes que bien pueden disponer de sus derechos y obligaciones; puede acontecer que algo que fue motivo de inconformidad en el pasado resulte finalmente olvidado o que se haya comprendido -por la fuerza de las razones de la otra parte- que la exigencia no tenía razón de ser.

Una multiplicidad de posibilidades se conjugan en ese instante, de ahí que las constancias concretas de inconformidad, en ese único y preciso momento, sean las que definan el futuro procesal de los reclamos, debido a los efectos que en el mundo del derecho están llamadas a producir las manifestaciones de voluntad, cuestión que cobra mayor importancia si se tiene presente que en virtud de la autonomía de la voluntad las partes tienen la facultad y el poder de disponer, o no, de los derechos derivados del contrato.

Así pues, se concluye que en el presete (sic) caso a la recurrente no le asiste el derecho a que sus pretensiones le sean resueltas de manera favorable, toda vez que el acta de liquidación permanece incólume en el mundo jurídico, por tanto, produciendo los efectos jurídicos derivados de la misma en cuanto se trata de un negocio jurídico pleno y válido en la medida en que supone la declaración de voluntad -de ambas partes- exenta de vicios.

En consecuencia, el recurrente no puede, so pretexto de haber consignado en el acta de liquidación que se reserva el derecho a reclamar, acudir a esta vía -jurisdiccional- a formular como pretensiones aquellas que en el momento oportuno no manifestó como motivos de inconformidad respecto de la misma, pues, además, no basta con la manifestación de cualquier reclamo, ni mucho menos, de la expresión genérica de dejar constancia de 'nos reservamos el derecho a reclamar a la entidad o mediante las acciones que correspondan', sino de aquél que deviene claro, concreto y expreso, tal como se ha venido reiterando de manera consistente por esta Corporación".

Como se ve, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, concluyó razonablemente lo siguiente:

- (i) Que la liquidación de común acuerdo es un acto jurídico en el que las partes del contrato deben manifestar sus salvedades y objeciones.

- (ii) Que las salvedades u objeciones plasmadas en el acta de liquidación bilateral del contrato deben ser claras y concretas y que, de lo contrario, su inclusión resulta ineficaz, esto es, impide que después se reclame judicialmente.
- (iii) Que en el acta de liquidación del contrato 026 de 1992, la sociedad actora se limitó a señalar lo siguiente: *“nos reservamos el derecho a reclamar a la entidad o mediante las acciones que correspondan los pagos (que correspondan) a las solicitudes hechas”*.
- (iv) Que esa manifestación no individualiza de forma clara y concreta las salvedades u objeciones originadas en la ejecución del contrato.
- (v) Que admitir una manifestación tan general *“deja a una de las partes del negocio a la libérrima voluntad de la otra y de soportar demandas por motivos desconocidos para ella, cuando este tipo de problemas deben quedar, sino resueltos, cuando menos advertidos con claridad y precisión al momento de concluir definitivamente la relación contractual”*.
- (vi) Que, en consecuencia, no es posible analizar los cargos formulados en la demanda de controversias contractuales y se impone denegar las pretensiones.

Para la Sala, la decisión de denegar las pretensiones de la demanda de controversias contractuales obedeció al análisis detallado de los precedentes fijados en la materia por el Consejo de Estado y en la valoración razonable del acta de liquidación bilateral del contrato estatal, en la que es claro que la sociedad actora no identificó de forma *“clara y precisa”* las inconformidades frente a la ejecución del contrato, esto es, no señaló los motivos por los que consideraba que se rompió el equilibrio económico del contrato.

Lo anterior es suficiente para desestimar los argumentos de la sociedad actora, por cuanto, de acuerdo con lo señalado en precedencia, está acreditado que simplemente quiere obtener un nuevo pronunciamiento, como si la acción de tutela fuera una instancia adicional o un mecanismo de defensa previsto para reemplazar las decisiones tomadas en el proceso de controversias contractuales. En consecuencia, la Sala denegará las pretensiones de la acción de tutela.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

1. **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda de tutela interpuesta por la Sociedad Constructora A&C S.A. contra la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado
2. En caso de no ser impugnada esta providencia, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

Presidente de la Sección

Salvo voto

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ