

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 25000-23-36-000-2011-00143- 01 (55.836)

Actor: FEDERACIÓN NACIONAL DE MUNICIPIOS DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA- FEDEMUNICOL-

Demandado: MUNICIPIO DE CHÍA.

Proceso: Acción contractual

Asunto: Recurso de apelación

Contenido: Descriptor: Se revoca la sentencia de primera instancia y en su lugar se niegan las pretensiones de la demanda por no haberse configurado ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos y no haberse presentado salvedades /Restrictor: La liquidación del contrato y la posibilidad de que se pacte el ejercicio de la liquidación unilateral en los convenios interadministrativos/La Liquidación Judicial/El principio del equilibrio económico del contrato/La oportunidad como requisito para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato/Claridad y precisión en las salvedades/La necesidad de prueba idónea del vínculo entre la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato/Causales de nulidad de los actos administrativos.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 27 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se acogieron parcialmente las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

1. Lo pretendido.

El 24 de febrero de 2011¹ **La Federación Nacional de Municipios de la República de Colombia – Fedemunicipol** - presentó demanda contra el **Municipio de Chía – Cundinamarca**, solicitando que se declarara la nulidad de las Resoluciones Nos. 105 del 22 de enero de 2010 y la No. 552 del 14 de abril de 2010, mediante las cuales, respectivamente, se liquidó unilateralmente el convenio interadministrativo ordenándose el reintegro de la suma de \$96´109.232,70 y se resolvió el correspondiente recurso de

¹ Folios 1 a 82 del C. No. 1.

reposición; así como también de los actos administrativos a través de los cuales el demandado negó las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico.

Pide también que se declare que tiene derecho al restablecimiento del equilibrio económico del Convenio interadministrativo No. 005 de 2007 y el incumplimiento del demandado.

Solicita como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se condene al Municipio de Chía al reconocimiento y pago de la suma de \$3.649'693.961, por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente; de \$373'365.478,36, por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante; y a las sumas que resultaren probadas por concepto de obras ejecutadas y no canceladas, más los intereses causados a la tasa prevista en el artículo 4º No. 8 de la ley 80 de 1993.

Pide además que se ordene la liquidación judicial del convenio interadministrativo No. 005 de 2007 incluyendo las sumas por concepto de los perjuicios reclamados y los que resultaren demostrados, las cuales debían ser actualizadas más los intereses causados.

Pero además, pide que se condene al demandado al reconocimiento pago de la suma equivalente a 1.000 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes por concepto de perjuicios al buen nombre o "*Good Will*".

Estima la cuantía total del proceso en la suma total equivalente a \$4.023'059.439.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

El 26 de junio de 2007 se celebró entre la demandante y el demandado el convenio interadministrativo No. 005 de 2007, por virtud del cual aquella se obligó en favor de éste a realizar las obras de mantenimiento, mejoramiento, rehabilitación y construcción en instituciones educativas, edificios públicos, espacio público y vías en 34 frentes² de trabajo del Municipio de Chía por un valor de \$8.958'955.033,88.

² En la demanda se señalan los siguientes frentes de trabajo a saber: 1. Obras civiles zona del auditorio sede alterna Alcaldía; 2. Obras civiles de mejoramiento y reforzamiento Salón Comunal del Cairo; 3. Mejoramiento y adecuación, fabricación e instalación de Oficinas de espacio abierto para los edificios de la Casa de la Cultura, Casa de Justicia Alterna, Personería, Sede alterna de la Alcaldía; 4. Construcción salón comunal de Siata; 5. Construcción Salón Comunal Rosario; 6. Terminación cerramiento Salón Comunal de Fagua; 7. Construcción cerramiento ecológico Lote del Salón Comunal de Bojacá; 8. Construcción cerramiento ecológico del lote salón comunal cerca de Piedra; 9. Obras civiles de mantenimiento y mejoramiento de la zona de parqueo del Terminal de Transportes Urbano e Intermunicipal; 10. Suministro mobiliario Teatro Laura Vicuña; 11. Obras civiles de mantenimiento

Como plazo de ejecución del contrato se fijó el término inicial de cinco (5) meses contados, entre otros, a partir de la suscripción del acta de inicio de obras, esto es, desde el 13 de agosto de 2007.

Dicho plazo se suspendió a través del Acta de suspensión del 15 de agosto de 2007³ hasta el 8 de octubre de 2007, fecha en la que se suscribió el acta de reinicio de las obras⁴; y se extendió a través de la firma del otrosí aclaratorio No. 2 del 14 de diciembre de 2007 por seis (6) meses más contados a partir del vencimiento del plazo inicial⁵; del documento de prórroga del 6 de septiembre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2008⁶; y del documento de prórroga del 30 de diciembre de 2008 por cuatro (4) meses y una vigencia de hasta cuatro (4) meses más⁷.

Pero además se suscribieron 10 actas parciales de obra, un otrosí modificatorio, un otrosí aclaratorio y 6 actas de ajuste de precios.

Manifiesta que ante los requerimientos injustificados de los funcionarios de la nueva administración Municipal para la presentación de nuevos diseños, la demora en su aprobación, la falta de especificación de las obras a realizar en cada uno de los frentes de trabajo, la modificación de los precios de los ítems y la demora en aprobar la ejecución de las obras suspendidas, generó una mayor permanencia en la obra por veintidós (22) días más, lo que ocasionó un desequilibrio económico del convenio.

pinturas de vinilo y esmaltes de los colegios Canaldi, Fagua, Mercedes de Calahorra, Santander, Balsa y otros; 12. Elaboración de diseño arquitectónico, estudios de suelos, diseño estructural, instalaciones hidrosanitarias, gas, eléctricas, iluminación, voz, datos para la nueva sede del colegio Santa María del Río y terminación de la obra civil para la sede antigua de éste colegio; 13. Mejoramiento de obras civiles, pañetes, pisos y obras del colegio de Fagua; 14. Mejoramiento de obras civiles de construcción en las Aulas del colegio cerca de Pierda; 15. Terminación de la zona administrativa del Colegio Conaldi Sede Santa Lucía; 16. Construcción del espacio público y canalizaciones de las carreras 9ª y 10ª, Segundo anillo histórico, Avenida Pradilla y otros; 17. Adoquinada de la vía y el andén del Sector la Cabaña, Vereda Fagua; 18. Construcción del Parque Río Frío; 19. Construcción del Parque Mercedes de la Calahorra; 20. Construcción del Parque el Cedro; 21. Estudios y diseños de los Parques del Sector el Cedro, Calahorra y Río Frío; 22. Adoquinería de la Vía del sector los Pachón de la Vereda Fonquetá; 23 Construcción de los andenes de la Carrera 4ª este de la calle 7ª al norte- Samaria; 24. Construcción de los andenes y la ciclo ruta camino a la Dorada en la Vereda Bojacá entre carreras 9 y 11; 25. Construcción de la vía del Sector Los Cantor de la Vereda la Balsa; 26; Mejoramiento y adecuación de la vía de la calle 16 entre las carreras 4 y 5; 27. Mantenimiento y arreglo de las vías adoquinadas en la entrada a Calatrava de la Vereda Bojaca en las carreras 12, 16 y otras; 28. Construcción de la vía en la carrera 5ª entre 12 y 13; 29. Obras por la valorización de la calle 1 sur entre carreras 4 y 8; 30. Reparcheos y repavimentación de las vías de la malla vial Municipal del casco urbano y la zona rural; 31. Mantenimiento de las vías adoquinadas incluyendo el suministro y la instalación del adoquín; 32. Construcción de gaviones del camino petacas de la Vereda Yerbabuena; 33. Las obras de señalización horizontal y vertical en las vías y el espacio público; 34. La remoción de sedimentos, la adecuación de taludes y la disposición de material con características adecuadas sobre las orillas del Río Bogotá.

³ Folio 64 del C. No. 2 de pruebas.

⁴ Folio 65 del C. No. 2 de pruebas.

⁵ Folios 128 y 129 del C. No. 2 de pruebas.

⁶ Folio 149 del C. No. 2 de pruebas.

⁷ Folio 150 del C. No. 2 de pruebas.

Agrega que el 11 de julio de 2008 se terminó el contrato de interventoría No. 001 de 2007 y que pese a los varios requerimientos el accionado no procedió a celebrar otro contrato.

Afirma que únicamente dejó de ejecutar de forma parcial los frentes de trabajo Nos. 18, 19 y 20 relativos a la construcción del Parque Río Frío, Parque Mercedes de Calahorra, y Parque el Cedro, por causas imputables a la Administración Municipal, obras que si bien representaban un 45% del valor total del convenio, frente a éstas ejecutó obras adicionales por un valor de \$44´700.000 que no fueron canceladas por el Municipio

Aduce que si bien requirió al demandado en diversas oportunidades solicitando el reconocimiento de las sumas por concepto del desequilibrio económico del contrato, la administración nunca realizó un pronunciamiento expreso frente a esas reclamaciones. A través de las comunicaciones del 29 de mayo y del 29 de julio de 2009 requirió al Municipio para que realizara la liquidación por mutuo acuerdo del convenio, solicitando que en ella se incluyeran las sumas reclamadas por concepto de desequilibrio económico del contrato.

Agrega que no obstante haberse vencido el plazo de ejecución del contrato la Administración Municipal a través de la Gerencia para el Ordenamiento Territorial e Infraestructura le seguía solicitando la modificación de los diseños presentados, con los que incluso ya se habían ejecutado algunas de las obras contratadas.

Solo hasta septiembre de 2009 el Municipio de Chía le remitió el proyecto de liquidación final por mutuo acuerdo para su firma, el cual fue desestimado por la contratista a través de la comunicación del 25 de septiembre de 2009 al considerar que no se habían incluido las sumas reclamadas por concepto de desequilibrio económico del contrato.

Por medio de la Resolución No. 105 del 22 de enero de 2010 el Municipio de Chía liquidó unilateralmente el Convenio interadministrativo No. 005 de 2007 ordenando el reintegro de la suma de \$96´109.232,70 por concepto de anticipo amortizado y declaró el siniestro de incumplimiento amparado en la Póliza No. 300009737 expedida por la Compañía de Seguros Generales Cóndor.

Contra dicha Resolución Fedemunicipal instauró el recurso de reposición el 2 de marzo de 2010 argumentando que en los Convenios Administrativos no se permitía el ejercicio de facultades excepcionales, dentro de éstas la potestad de liquidar unilateralmente el

contrato, que las sumas expuestas en las Resoluciones no correspondían a la realidad y que en esos actos no se habían reconocido las sumas reclamadas por concepto de desequilibrio económico del contrato

Ese recurso fue resuelto por medio de la Resolución No. 552 del 14 de abril de 2010, en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes.

Señala que los actos administrativos referidos vulneran los artículos 1º, 4º, 6º, 25 y 29 de la Constitución Política; 3º, 4º, 5º, 13, 14 parágrafo, 23, 25, 26 Nos. 1º y 2º 27, 28 y 50 de la Ley 80 de 1993 3º, 35, 84 inciso 2º 85 y 87 del Código Contencioso Administrativo y 1602 y 1609 del Código Civil y el principio de legalidad, pues se expedieron contra expresa prohibición legal y por un funcionario incompetente teniendo en cuenta que la liquidación unilateral era una potestad excepcional que no podía ejercerse en los convenios interadministrativos.

Considera además que los actos administrativos fueron expedidos con falsa motivación, pues no podía el Municipio de Chía imponerle a la contratista la obligación de reintegrar una suma de dinero cuando carecía de competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento y la ocurrencia del siniestro y para hacer efectivas las garantías constituidas, sino que debía acudir al juez del contrato para ello, teniendo en cuenta que se trataba de una potestad excepcional.

Dice que las garantías en los convenios interadministrativos surgen de la autonomía de la voluntad de las partes, razón por la cual ninguna de ellas puede hacerlas efectivas unilateralmente y que el Municipio de Chía incumplió el contrato al expedir unos actos administrativos ilegales, por no mantener el equilibrio económico del contrato, ocasionar a través de los intereses “caprichosos” de la Administración Municipal su ruptura y no adoptar los mecanismos necesarios para restablecerlo.

Agrega que teniendo en cuenta que el plazo real de ejecución del convenio fue de 22 meses, la administración debía cancelar a su favor la suma equivalente a \$3.046´044.712 y reitera los argumentos antes expuestos.

2.1. La Solicitud de suspensión provisional.

En un acápite de la demanda la accionante solicita la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones Nos. 105 del 22 de enero de 2010 y la No. 552 del 14 de

abril de 2010 con fundamento en las normas y las razones ya expuestas, reiterando que en los convenios interadministrativos no resultaba válido el ejercicio de potestades excepcionales tales como la de liquidación unilateral y señalando que con esos actos la administración le había ocasionado unos perjuicios que debían ser reconocidos.

3. El trámite procesal.

Denegada la solicitud de suspensión provisional⁸ admitida que fue la demanda⁹ y noticiado el demandado del auto admisorio de la misma, el asunto se fijó en lista y el accionado Municipio de Chía – Cundinamarca¹⁰ le dio respuesta oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo como excepción la de ineptitud sustantiva de la demanda.

Después de decretadas¹¹ y practicadas las pruebas y de resultar fracasada la audiencia de conciliación, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión¹², oportunidad que sólo fue aprovechada por la parte demandante¹³.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

En sentencia del 27 de agosto de 2015 el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, pues declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 105 del 22 de enero de 2010 y la No. 552 del 14 de abril de 2010, mediante las cuales, respectivamente, se liquidó unilateralmente el convenio interadministrativo No. 005 de 2007 ordenándose el reintegro de la suma de

⁸ El Tribunal consideró que “no se encuentra demostrado vulneración de preceptos legales, por cuanto, de confrontación (sic) directa de los actos administrativos con las normas presuntamente vulneradas (artículo 14 de la ley 80 de 1993), no es posible concluir la existencia de una **CONTRADICCIÓN MANIFIESTA** como lo exige el artículo 152 del C.C.A. para que prospere la medida de suspensión provisional.

En efecto en primer lugar, los actos administrativo(sic) impugnados, no fueron expedidos en ejercicio de una cláusula excepcional consagrados en el artículo 14 del Estatuto de Contratación, sino con fundamento en el artículo 60 y siguientes ibídem referido a la etapa de liquidación del contrato. En segundo lugar, los extremos jurídico-contractuales del convenio 05 de 26 de junio de 2007, en la cláusula décima consagraron el procedimiento de liquidación del convenio administrativo; en ese sentido, los supuestos aducidos por el accionante-no cláusulas exorbitantes en los convenios interadministrativo(sic)- no es un cargo que involucre solamente a los actos administrativos, sino también, al convenio mismo, circunstancia que implicaría un estudio de fondo sobre el alcance de la cláusula 10 en el convenio 05 de 2007(...)”

Folios 85 a 87 del C. No. 1.

⁹ Folios 88 y 89 del C. No. 1.

¹⁰ Folios 122 a 129 del C. No. 1.

¹¹ Folios 146 y 147 del C. No. 1.

¹² Folio 227 del C. No. 1.

¹³ Folios 230 a 234 del C. No.1.

\$\$96´109.232,70 y se resolvió el correspondiente recurso de reposición, declaró que Fedemunicipal tenía derecho al restablecimiento del equilibrio económico y en consecuencia condenó en abstracto al demandado al pago de la sumas correspondientes a ese restablecimiento las cuales debían ser determinadas en el curso de un incidente conforme al artículo 172 del C.C.A.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Dice que los actos administrativos impugnados no se encuentran viciados de nulidad por vulnerar la regla de derecho de fondo, pues la potestad de liquidar unilateralmente el contrato no comportaba el ejercicio de una facultad exorbitante y la ley no prohibía su ejercicio ni siquiera en los convenios interadministrativos, para lo cual trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 16 de marzo de 2015, bajo el radicado No. 32.797.

En lo relativo al cargo de nulidad por falsa motivación, encontró demostrado que debido a las suspensiones, prórrogas, órdenes tardías de inicio de las obras, a los cambios en los diseños requeridos por la nueva administración que conforme a los testimonios fueron motivados por el desconocimiento de sus funcionarios sobre el convenio y a la terminación del contrato de interventoría, el plazo de ejecución inicial de 5 meses se extendió por más de 15 meses, ocasionando un desequilibrio económico del contrato.

Que si bien a través del otrosí modificatorio del 4 de julio de 2008 las partes reajustaron los precios en el asfalto, modificaron las obras en algunos frentes de trabajo y que la contratista señaló que *“luego de analizada esta situación y de verificar que no se afecta el equilibrio económico del Convenio interadministrativo No. 005 de 2007 acepta los ajustes propuestos”* esa negociación no incluyó las sumas por concepto del desequilibrio económico causado.

La Resolución No. 105 del 22 de enero de 2010 se fundó únicamente en las actas parciales de obra y no reconoció las sumas por concepto del restablecimiento del equilibrio económico del convenio que se rompió por la mayor permanencia en la obra, de maquinaria y de mano de obra y por el aumento de costos administrativos y en los insumos, desconociendo las contingencias presentadas y los efectos negativos de las modificaciones impuestas por los funcionarios de la Administración Municipal.

Señala que si bien en la Resolución el Municipio señaló que no había lugar al reconocimiento del desequilibrio económico teniendo en cuenta que en el otrosí modificatorio del 4 de julio de 2008 el contratista había aceptado que con los ajustes convenidos *“no se afecta el equilibrio económico del convenio”* y que su retraso en el ajuste y entrega final de los diseños de los parques de Río Frío, Mercedes de Calahorra y El Cedro *“ Incidió de manera ostensible en el retraso de las obras”*, ello no correspondía a la realidad de lo ocurrido en la ejecución del convenio, tal como se veía demostrado a través de los Oficios sin No. del 5 y el 17 de diciembre de 2008.

Con base en los argumentos expuestos consideró que teniendo en cuenta que las Resoluciones impugnadas habían sido expedidas con base en argumentos que desconocían la realidad de los hechos e imponiéndole al contratista las consecuencias negativas de las decisiones de la administración Municipal en torno a la ejecución del proyecto, era evidente que éstas se encontraban viciadas de nulidad por falsa motivación.

En consecuencia condena en abstracto al demandado al pago de las sumas por concepto del desequilibrio económico del convenio interadministrativo No. 005 de 2007, al estimar que si bien se había logrado acreditar su ruptura, la accionante no había logrado demostrar su monto, razón por la cual éste debía ser determinado en un incidente posterior en el que también se realizara la liquidación judicial pretendida conforme al artículo 172 del C.C.A.

2.1. El Salvamento de Voto :

Una de las Magistradas de la Sala de Decisión estimó que en el presente asunto debía proferirse un fallo denegando las pretensiones de la demanda.

Sustenta su posición en las siguientes razones:

Dice que contrario a lo que consideró la mayoría de la Sala, en el presente asunto la actora no había logrado acreditar la ruptura del equilibrio económico del contrato.

En efecto, precisa que para que proceda el restablecimiento económico del contrato el actor no sólo debe acreditar que la alteración económica fue grave, que no se

encontraba comprendida dentro de los riesgos normales de la actividad contractual y que fueron asumidos por éste, sino también que el rubro de imprevistos resultó insuficiente para superar esas nuevas circunstancias presentadas en la ejecución del contrato, lo cual no sucedió en el presente asunto.

Concluye señalando que si bien la contratista alegó unos sobrecostos por la mayor permanencia en la obra que se concretan en bodegajes, maquinaria y personal inactivo, no demostró su monto.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto el apoderado de la parte demandada interpuso el recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

Dice que respetó todos los parámetros fijados en el convenio interadministrativo, que todas las suspensiones fueron suscritas de común acuerdo por las partes y que las modificaciones solicitadas por la nueva administración fueron recibidas y aceptadas por la contratista.

Incorre en equivocación el Tribunal cuando afirma que el Municipio de Chía desconoció la realidad de los hechos y obligó a la contratista a asumir las consecuencias económicas de sus decisiones en torno a la ejecución del proyecto, pues las suspensiones se suscribieron de común acuerdo por las partes y a través de éstas se mantuvo el equilibrio económico del contrato.

Trae a cuento algunas sentencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación para luego señalar que en el presente asunto debía proferirse un fallo denegando las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que al momento de suscribir las suspensiones, adiciones y prórrogas al plazo contractual, la contratista no presentó salvedad o reclamación alguna por concepto de incumplimiento o por la variación de las condiciones económicas ante el acaecimiento de circunstancias sobrevinientes e imprevistas.

Por último, agrega que la contratista al suscribir las suspensiones, modificaciones y prórrogas durante la ejecución del convenio interadministrativo se mostró conforme con

lo allí acordado, no pudiendo formular reclamación alguna una vez terminado y liquidado el convenio respectivo.

Con base en lo anterior, el apelante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y que en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio en este asunto.

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

V. CONSIDERACIONES.

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** La liquidación del contrato y la posibilidad de que se pacte el ejercicio de la liquidación unilateral en los convenios interadministrativos; **2)** La liquidación Judicial; **3)** El principio del equilibrio económico del contrato; **4)** La oportunidad como requisito para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato; **5)** Claridad y precisión en las salvedades; **6)** La necesidad de prueba idónea del vínculo ente la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato; **7)** Causales de nulidad de los actos administrativos; **8)** Los hechos probados; **9)** La solución del caso concreto.

1. La liquidación del contrato y la posibilidad de que se pacte el ejercicio de la liquidación unilateral en los convenios interadministrativos.

La liquidación de los contratos estatales se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato¹⁴, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuanto, lo que puede hacerse por las partes de común acuerdo, por la

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Expediente. 16.293.

administración unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para “*dar así finiquito y paz y salvo a la relación comercial*”¹⁵

Por su parte la liquidación unilateral es una actuación administrativa posterior a la terminación normal o anormal del contrato que se materializa en un acto administrativo motivado, mediante el cual la administración decide unilateralmente realizar el balance final o corte final de las cuentas del contrato estatal ya terminado, precisando quién le debe a quien y cuanto y que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ya sea porque el contratista no se presentó a ésta o porque las partes no llegaron a un acuerdo sobre las cuentas a finiquitar¹⁶.

De ésta forma, se entiende que la liquidación unilateral del contrato es de carácter subsidiario, pues sólo resulta procedente en tanto no se haya podido llevar a cabo la liquidación bilateral.

Ahora teniendo en cuenta que la liquidación de los contratos se encuentra regulada por los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, se entiende que la liquidación unilateral del contrato si bien es una facultad legal, no es de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común, ya que la Ley 80 no la enlista como tal en sus artículos 14 y siguientes que se refieren al ejercicio de dichas potestades.

Bajo ese entendido de que la liquidación unilateral no es de aquellas que la Ley enlista como potestades o facultades excepcionales al derecho común, nada impide que las partes en un convenio interadministrativo convengan su ejercicio, pues en esa tipología de contratos la ley sólo prohíbe el ejercicio de las denominadas potestades excepcionales, naturaleza que no comparte la liquidación unilateral.

Con otras palabras, resulta totalmente válido que en un convenio interadministrativo las partes convengan que ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, pues su pacto no comporta el ejercicio de una facultad o potestad excepcional al derecho común.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 15.239.

Luego, si lo que ocurre es que en un convenio interadministrativo las partes convienen que ante la falta de acuerdo la entidad lo liquide unilateralmente, esa estipulación es válida, así como también los diferentes actos que se expidan para hacerlo.

2. La liquidación Judicial.

La liquidación judicial es aquel balance, finiquito o corte de cuentas que realiza el juez sobre un determinado contrato estatal dentro de un proceso judicial y, que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ni unilateral del respectivo contrato estatal celebrado y dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación a liquidar.

Ya en anteriores oportunidades la Sección Tercera de ésta Corporación al referirse a ésta modalidad de los contratos estatales había precisado que:

“(...) es aquella que realiza y adopta el juez del contrato, en desarrollo de un proceso judicial o arbitral, según corresponda, en ausencia de alguna de las modalidades de liquidación antes mencionadas.

El juez deriva su competencia sobre esta materia, entre otras disposiciones legales, tanto de los dictados del artículo 87 como de lo dispuesto en la mencionada letra d) del numeral 10 del artículo 136, ambas normas del Código Contencioso Administrativo –C.C.A.-.

En efecto, el citado artículo 87 del C.C.A., en su inciso 1º, al consagrar la acción de controversias contractuales -acción por cuya virtud las partes de un contrato quedan habilitadas para acudir ante el juez del mismo-, de manera explícita dispone que en ejercicio de dicha acción y en relación con el correspondiente contrato estatal, pueden pedirse “otras declaraciones y condenas”, aspecto genérico este dentro del cual, como es natural, tiene cabida perfectamente la posibilidad de solicitar la liquidación del respectivo contrato, norma legal que, a su vez, faculta al juez para hacer los pronunciamientos que correspondan en relación con tales pretensiones.

La norma legal en cita encuentra perfecto complemento en la disposición de la letra d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., la cual, al ocuparse de definir el término de caducidad de las diferentes acciones judiciales faculta al interesado para que – en los casos en los que se cumplan los presupuestos procesales correspondientes, incluidos en esa misma norma-, pueda acudir ante la jurisdicción, es decir ante el juez del contrato, para obtener de éste la liquidación correspondiente”¹⁷

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que en ejercicio de la acción de controversias contractuales lo que se pretende es que se liquide judicialmente un contrato, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de unos actos administrativos a través de los cuales ya la administración ha ordenado la liquidación unilateral, para que el petente pueda sacar adelante su pretensión no sólo debe dar cumplimiento a los requisitos de procedibilidad de la acción interpuesta, dentro de éstos el requisito de oportunidad procesal interponiendo la acción respectiva dentro de los

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 9 de octubre de 2013, Exp. 30.680.

términos previstos en la ley, sino también demostrar la ilegalidad de los actos administrativos que impugna, pues estando estos en firme, no podrá abrirse paso a la pretensión de liquidación judicial.

3. El principio del equilibrio económico del contrato.

El principio del equilibrio económico del contrato previsto en el inciso 1º del artículo 27 de la ley 80 de 1993, hace que de los contratos estatales se predique una conmutatividad especialísima que difiere en gran parte de la que se predica de los contratos celebrados entre privados, pues impone a las partes contratantes que se mantengan las condiciones de igualdad o equivalencia de los derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o contratar, de forma tal que si esa igualdad se rompe por causas no imputables a la persona afectada, la parte culpable estará obligada a restablecerla¹⁸.

Así el principio al que se hace alusión se erige como una institución por medio de la cual no sólo se busca proteger el interés individual de las partes contratantes manteniendo las condiciones pactadas al momento de proponer o contratar sino que también busca proteger el interés general estableciendo diversos mecanismos mediante los cuales se mantenga una estabilidad financiera del contrato que permita el debido cumplimiento del objeto contractual.

Ahora bien, el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias tales como hechos o actos imputables a la Administración o al contratista como partes del contrato, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes.

4. La oportunidad como requisito de procedencia para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

¹⁸ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, "El Concepto del contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca, Coordinador, Título Libro: Temas Relevantes sobre los Contratos, Servicios y bienes públicos, Ed. Jurídica Venezolana, VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita 2014, Caracas 201, Págs. 301-440.

En lo relativo a la alteración del equilibrio económico del contrato y la procedencia del restablecimiento de quien lo alega, ésta Subsección ha señalado con precisión:

“(...) debe recordarse que en todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso al restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractual (...)

Pero además de la prueba de tales hechos es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, que el factor de oportunidad no la haga improcedente.

En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”

Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como ya se dijo y ahora se reitera, la buena fe contractual, que es la objetiva, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”¹⁹ (Se subraya).

En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración (sic) del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”²⁰.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Exp: 24.809.

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que un contrato las partes proceden a suscribir actas de suspensión, otrosíes, modificaciones, actas de prórroga, actas de entrega parcial de las obras y actas de reajustes, pero en ninguna de éstas oportunidades la contratista formula salvedad o reclamación alguna relacionada con el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pero en ejercicio de la acción de controversias contractuales pretende su restablecimiento, es evidente que en ésta hipótesis sus pretensiones están destinadas al fracaso, por no cumplir con el requisito de oportunidad para formular esas reclamaciones como requisito de procedencia de la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

5. Claridad y precisión en las salvedades.

Según lo disponen los artículos 871 del Código de Comercio²¹ y 1603 del Código Civil²² los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe.

La buena fe contractual, no es otra que aquella que la doctrina ha calificado como objetiva²³ pues no consiste en un estado de creencia o convicción de actuar conforme a derecho (buena fe subjetiva) sino *“en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia.”*²⁴

Estos comportamientos que de manera enunciativa se han señalado como propios de la buena fe objetiva o contractual, así como todos aquellos otros que puedan configurarla, deben desplegarse no sólo en la formación del contrato sino también durante su ejecución, y por su supuesto en la etapa posterior, pues esta buena fe es un principio integrador de todo contrato según lo indican de manera expresa los artículos 871 y 1603 ya citados.

²¹ *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”*

²² *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.”*

²³ Sobre la buena fe objetiva en el derecho colombiano Cfr.: M. L. NEME VILLARREAL. *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano*. En Revista de Derecho Privado. No. 11, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2006, p. 79 a 125 y M. L. NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva*. En Revista de Derecho Privado. No. 17, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 45 a 76.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 16.836.

Uno de tales comportamientos propios de la buena fe objetiva, que aquí conviene destacar, es el deber de información al cocontratante y que consiste en la obligación que tiene cada una de las partes de revelar a la otra todas aquellas circunstancias que sean relevantes para la formación, la ejecución o la extinción del contrato.

Así por ejemplo, si en la ejecución del contrato se entiende que las partes al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., reestablecen el equilibrio económico que se ha visto afectado en la ejecución del contrato, resulta evidente y obvio por ser conforme a la buena fe objetiva que quien considere que ese equilibrio económico se rompió por alguna circunstancia, tiene la obligación de enterar a la otra, de manera clara y expresa, de todas aquellas circunstancias o razones, entre otras, que alteraron o que están desequilibrando la economía del contrato que se trate, en cada una de éstas oportunidades que tiene para hacerlo.

Con otras palabras, al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., quien considere que se ésta generando un desequilibrio económico del contrato afectando sus intereses debe expresar de forma clara y precisa cuales con esas condiciones o circunstancias, de qué forma generaron ese desequilibrio y por supuesto pedir o exigir los respectivos reconocimientos, de todo lo cual debe dar cuenta el acta, otrosí o documento respectivo, pues éstos documentos serán finalmente la prueba de que quién se está viendo afectado económicamente en la ejecución del contrato, expresó su inconformidad y que exigió el derecho que creía tener.

De ésta forma, toda reclamación o salvedad relativa al equilibrio económico del contrato al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., supone no sólo que quién se esté viendo afectado con la alteración de las condiciones económicas del contrato consigne en el acta o documento respectivo la reclamación o salvedad sino también, y ante todo, que exprese de forma clara y expresa de cuáles son las condiciones o circunstancias que en la ejecución del contrato están afectando su economía y en qué forma.

Luego si quien se ésta viendo afectado económicamente en la ejecución del contrato no expresa de manera clara y precisa esas condiciones o circunstancias que lo están afectando ni en qué forma, al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o

prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., ya posteriormente no podrá formular reclamación alguna.

Y la razón para que esto sea así no es otra que el principio de la buena fe objetiva, en su manifestación del deber de información, pues de lo contrario la parte que supuestamente se está viendo afectada en su economía, contrariando la lealtad y la rectitud que debe imperar en los negocios jurídicos y en el tráfico jurídico en general, quedaría habilitada para sorprender a la otra con exigencias o reconocimientos que en su momento no fueron propuestos ni dados a conocer.

6. La necesidad de prueba idónea del vínculo ente la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato.

Ya en anteriores oportunidades ésta Subsección había señalado con precisión:

“debe aparecer la prueba fehaciente de que en virtud del incumplimiento contractual se presentó un resquebrajamiento grave de la ecuación contractual que compromete la ejecución del contrato. Esto es, que las situaciones fácticas configuradoras del incumplimiento tuvieran la virtud de afectar de manera tan profunda la estructura económica que no puede ser más que calificada de grave.

La prueba en materia de desequilibrio económico, así las cosas, no solo debe configurar el hecho mismo afectante y determinante del incumplimiento, sino también y de manera consecencial y objetivo el impacto cierto, claro, evidente en la bases que soportan las condiciones económicas y financieras del negocio, permitiendo visualizar al juzgador el daño que sobre las mismas se hubiere causado.

Se reitera: la carga de la prueba en este tipo de casos no se agota en la mera acreditación de ciertas circunstancias fácticas en el devenir de la relación contractual, ello no es más que un punto de inicio que necesariamente debe ser complementado con la suficiente acreditación probatoria y, sobre todo, técnica de las consecuencias negativas de tales hechos en el equilibrio económico del contrato estatal.

La Sala estima oportuno precisar que la prueba de tal desequilibrio no puede ser meramente retórica. El desequilibrio financiero del contrato es un asunto técnico y por ende su prueba debe ser rigurosa, objetiva y debidamente soportada; no bastan simples planteamientos doctrinales o jurisprudenciales; se hace necesario prueba idónea, adecuada y pertinente que evidencie en

concreto, la magnitud del desajuste económico del negocio y su impacto en la conmutatividad del mismo.

Prueba, por lo tanto, de ser el caso, altamente técnica, razonablemente fundada en especiales consideraciones contables, económicas, financieras, que permitan deducir de manera objetiva, cómo las situaciones fácticas alegadas como afectantes del equilibrio contractual, inciden de manera cierta, evidente, clara y material en las estructuras económicas y financieras del negocio en los términos propuestos y pactados.

A través de la actividad y debate probatorio el juez debe llegar a la certeza técnica del desbalance que afecta la relación negocial, de aquí como, la simple afirmación en la demanda de la existencia del desequilibrio o de la ruptura de la formula o modelo económico rector del negocio, no sea por sí mismo suficiente para dar por probada la configuración de la misma, sus características, impacto en la conmutatividad del negocio, magnitud del desajuste, en fin, todo lo relativo a su identificación plena y que permita abrir paso, al reconocimiento judicial de esta situación y a la determinación y cuantificación de las indemnizaciones que sean pertinentes, en los términos de los artículo 5 No 1, 27 y 28 de la ley 80 de 1993.

Resulta en consecuencia menester, que la prueba aportada permita materializar no solo el hecho causante o generador del desequilibrio del negocio, sino también configurar, ente otras cosas, sus efectos graves y dañinos, por ejemplo, en relación con el valor intrínseco del contrato, la pérdida económica sufrida²⁵, los efectos económicos y financieros de todo orden y magnitud que devengan de la ruptura de la igualdad o equivalencia surgidos al momento de proponer o contratar etc.

Con otras palabras, y a manera de síntesis, si mediante el contrato estatal se persigue satisfacer el interés general mediante la prestación de los servicios públicos, y si el equilibrio económico del negocio debe mantenerse para lograr la ejecución del objeto contractual y por ende prestar el correspondiente servicio público, resulta evidente que para cumplir con los imperativos legales que ordenan el restablecimiento, es indispensable, no sólo la demostración del acaecimiento de un hecho o acto que tuvo la virtualidad de destruir el balance económico y financiero negocial, sino también que el negocio efectivamente se descompensó por ese hecho o acto.

Por consiguiente, en torno al último aspecto, las probanzas deben demostrar aquel resultado, el que no puede surgir sino mediante la comparación del inicial diseño económico y financiero del

²⁵ Ley 80 de 1993, Art. 5.

*contrato con la situación económica y financiera en que quedó el negocio luego de sobrevenir el hecho o acto desequilibrante*²⁶.

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que una de las partes en un contrato estatal pretende el restablecimiento del equilibrio económico, pero para demostrar el desequilibrio únicamente allega unas pruebas testimoniales, es evidente que en ésta hipótesis sus pretensiones de restablecimiento se encuentran totalmente destinadas al fracaso al no ser ésta una prueba idónea para demostrar el alegado desequilibrio económico.

7. Causales de nulidad de los actos administrativos.

Conforme lo establece el artículo 87 de Código Contencioso Administrativo se podrá demandar la nulidad absoluta de los Actos administrativos cuando: I) Se expidan con infracción a las normas en las cuales debía fundarse; III) Por la falta de competencia, ya sea funcional o temporal del funcionario u órgano que los expide; IV) Cuando se expidan de forma irregular; V) Cuando sean expedidos con desconocimiento de los derechos de audiencia y de defensa, es decir, con violación al derecho al debido proceso; VI) Cuando estén falsamente motivados; y VII) Cuando se expidan con desviación de las atribuciones propias del funcionario o Corporación que los profirió.

8. Los hechos probados.

El 26 de junio de 2007 se celebró entre la demandante y el demandado el convenio interadministrativo No. 005 de 2007, por virtud del cual aquella se obligó en favor de éste a realizar las obras de mantenimiento, mejoramiento, rehabilitación y construcción en instituciones educativas, edificios públicos, espacio público y vías en 34 frentes de trabajo del Municipio de Chía por un valor de \$8.958'955.033,88 (Fols. 1 a 59 del C. No. 2).

A través de la **Cláusula Cuarta** del Convenio Interadministrativo se fijó como plazo inicial de ejecución el término de cinco (5) meses contados a partir de la verificación del cumplimiento de los requisitos de legalización y la suscripción del acta de inicio de ejecución de las obras y cuatro (4) meses más (Fol. 44 del C. No. 2)

Mediante la **Cláusula Décima** las partes acordaron que según los artículos 60 y siguientes de la Ley 80 de 1993, el convenio se liquidaría de común acuerdo por las

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 18 de marzo de 2015, Expediente. 33.223.

partes dentro de los cuatro (4) meses siguientes al vencimiento del plazo de ejecución y que en caso de no lograrse, el Municipio de Chía procedería a liquidarlo unilateralmente dentro del mes (1) siguiente (Fol. 50 del C. No. 2).

El 23 de julio de 2007 las partes suscribieron el otrosí modificatorio al Convenio Interadministrativo, a través del cual se modificó la cláusula segunda relativa a la forma de realizar el pago, señalándose que se cancelaría un 25% equivalente a \$2.239'738.758,47 a manera de anticipo y el saldo restante a través de actas parciales de avance de obra y se le otorgó a la contratista un plazo adicional de 10 días hábiles para legalizar el contrato, contados desde esa misma fecha (Fols. 61 a 63 del C. No. 2), es decir, hasta el 6 de agosto de 2007.

El 13 de agosto de 2007 se suscribió el acta de iniciación de obras (Fol. 64 del C. No. 2).

El plazo inicialmente convenido se suspendió a través del “*ACTA No. 2 ACTA DE SUSPENSIÓN*” del 15 de agosto de 2007 en atención a las circunstancias climatológicas que impedían la ejecución de las obras y teniendo en cuenta que debían ajustarse los diseños para la construcción de las instituciones educativas, edificios, espacios y vías públicas del Municipio de Chía y se debía coordinar el suministro e instalación de redes hidrosanitarias, acometidas, traslado de redes de iluminación y eléctricas con las Empresas respectivas (Fol. 64 del C. No. 2).

En esa misma Acta de suspensión el contratista se comprometió a reiniciar la ejecución de las obras una vez superadas las causas que habían dado lugar a su suscripción o cuando el interventor lo estimara conveniente.

El 8 de octubre de 2007 las partes firmaron el “*ACTA No. 3, ACTA DE REINICIO*” en la que se señaló que las causas que habían dado lugar a la suspensión ya habían sido superadas (Fol. 65 del C. No. 2).

El 14 de diciembre de 2007 se firmó entre las partes el Otrosí aclaratorio mediante el cual éstas convinieron unificar y aclarar algunos ítems y precios, crear nuevas actividades para el desarrollo de los proyectos y prorrogar el plazo inicialmente pactado por seis (6) meses contados a partir de la fecha de vencimiento del término inicialmente pactado y una vigencia de cuatro (4) meses más (Fols. 128 a 145 del C. No. 2).

A través de la comunicación suscrita el 27 de febrero de 2008 la Asistente Jurídica de proyectos Chía de Fedemunicol en liquidación le solicita al Gerente para el Desarrollo Territorial e Infraestructura del Municipio de Chía que le indique el procedimiento a seguir en algunos frentes de trabajo, que le entregue los resultados de los diseños presentados para realizar las obras de los parques y le informe si debe realizar algunos reajustes a otros diseños presentados(Fols. 452 a 453 del C. No. 2).

Mediante el Oficio No. CONV-005-001-067 del 5 de marzo de 2008 el Director de Interventoría del Convenio Interadministrativo le informa al Municipio de Chía que el avance en la ejecución de las obras en algunos frentes de trabajo ha sido mínima y que la falta de definición en la ejecución de otros evidenciaba aún más el problema al comparar las cifras de obra ejecutada con las cifras de obra contratada (Fols. 455 a 457 del C. No. 2).

En comunicación del 31 de marzo de 2008 la liquidadora de la accionante le solicita al Gerente para el Desarrollo Territorial e Infraestructura del Municipio de Chía que se aprueben los diseños presentados respecto de algunos frentes de trabajo, que se definan las obras a realizar en otros, afirma que los inconvenientes en la ejecución del convenio van más allá de las inconformidades presentadas en los frentes Nos. 29 y 30 y el incremento de los precios del asfalto y manifiesta su preocupación por la falta de definición de las obras a realizar en 10 de los 34 frentes, pues se estaba incrementando el precio de algunos materiales de construcción y de los asfaltos, razón por la cual se vería obligada a solicitar eventuales reajustes (Fols458 a 461 del C. No. 2).

El 4 de julio de 2008 se suscribió el otrosí modificadorio del convenio celebrado con el objeto de trasladar y reasignar los recursos de algunos frentes de trabajo a otros y reajustar los valores de algunos ítems de los frentes de trabajo Nos. 9, 29 y 30 (Fols. 146 a 148 del C. No. 2).

El 5 de diciembre de 2008 se suscribió entre el Alcalde Municipal, el Representante legal de Fedemunicol en Liquidación, el ingeniero Julio Cesar Losada Vargas autorizado como interventor por la Universidad Militar Nueva Granada, el Gerente para el Ordenamiento Territorial e Infraestructura Chía Cundinamarca y el Subsecretario de Infraestructura el Acta de Entrega Parcial de Obras en la que se señaló:

*“mediante la presente **ACTA DE ENTREGA PARCIAL DE OBRAS DE QUINCE (15) FRENTES** [1,2,6,7,10,11,12,13,17,22,23,24,26,27,28 y 34], teniendo presente que*

durante la ejecución del Convenio se consideró necesario modificar las Cantidades de obra iniciales, las cuales fueron ajustadas a las reales ejecutadas, todo con el fin de optimizar el objeto convenido (...) cada uno de los quince frentes mencionados fueron ejecutados en su totalidad tal como consta en sus cantidades y especificaciones plasmadas en las Actas Parciales de Obra No. 01. 02 y 03” (Fols. 178 a 181 del C. No. 2).

Mediante el documento de prórroga suscrito el 6 de septiembre de 2008 las partes convinieron extender el plazo de ejecución del contrato hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2008 (Fol. 149 del C. No. 2) y a través del documento de prórroga del 30 de diciembre de 2008 acordaron extenderlo por cuatro (4) meses y una vigencia hasta de cuatro (4) meses más (Fol. 150 del C. No. 2).

A través de la comunicación del 17 de diciembre de 2008 la Representante legal y la Asistente Técnica de la accionada requiere al Gerente para el Ordenamiento Territorial e Infraestructura Chía Cundinamarca para que le exponga las razones por las cuales la Administración Municipal no autorizó el inicio de las obras en los frentes de trabajo Nos. 19 y 20, relativos a la Construcción del Parque Mercedes de Calahorra y del Parque el Cerro, no obstante haber cumplido con todos los requerimientos técnicos y legales exigidos por ésta (Folio 545 del C. No. 2).

Por medio del Oficio No. 0170 del 28 de enero de 2009 el Gerente para el Ordenamiento Territorial e Infraestructura de Chía Cundinamarca le manifestó al representante legal de la accionante que en los frentes de trabajo Nos. 18, 18 y 20, relativos a la construcción de los parques Río Frío, Mercedes de Calahorra y el Cerro debía realizar un presupuesto ajustado a los diseños arquitectónicos aprobados con el objeto de determinar las mayores cantidades de obra y las obras adicionales y tramitar las licencias y permisos necesarios conforme a los términos de referencia (Fol. 546 del C. No. 2).

Se entregaron las Actas de corte parcial de obra No. 1 del 19 de noviembre de 2007 por un valor de \$616'780.975 (Fols. 66 a 86 del C. No. 2); la No. 2 del 19 de diciembre de 2007 por un valor de \$1.197'821.005 (Fols. 87 a 127 del C. No. 2); la No. 3 del 18 de junio de 2008 por un valor de \$248'404.081 (Fols. 170 a 177 del C. No. 2); la No. 4 del 6 de septiembre de 2008 por un valor de \$314'058.414 (Fol. 231 a 233 del C. No. 2); la No. 5 del 29 de octubre de 2008 por un valor de \$125'976.517 (Fols. 234 a 253 del C. No. 2); la No. 6 del 12 de diciembre de 2008 por un valor de \$407'656.952 (Fols. 254 a

260 del C. No. 2); la No. 7 del 20 de diciembre de 2008 por un valor de \$522'779.116 (Fols. 261 a 279 del C. No. 2); la No. 8 sin fecha por un valor de \$101'844.152 (Fols. 279 a 293 del C. No. 2).

También se suscribieron las Actas de fijación de precios No. 1 del 12 de diciembre de 2007 (Fols. 294 a 310 del C. No. 2); la No. 2 del 12 de diciembre de 2007 (Fols. 311 a 330 del C. No. 2); la No. 3 del 28 de marzo de 2008 (Fols. 331 a 333 del C. No. 2); la No. 4 del 15 de septiembre de 2008 (Fols. 334 a 351 del C. No. 2); la No. 5 del 28 de octubre de 2008 (Fols. 370 a 376 del C. No. 2); la No. 6 del 28 de octubre de 2008 (Fols. 377 a 380 del C. No. 2);

El 29 de mayo de 2009 la demandante remitió ante el Municipio de Chía una comunicación en la que solicitó que se efectuara la liquidación bilateral del convenio interadministrativo y que se incluyera en el acta respectiva las sumas de \$2.256'835.134, cuya liquidación estaría dispuesta a conciliar reduciendo unilateralmente un 75% de los mayores costos reclamados y la suma de \$564'208.784 por concepto del desequilibrio económico del contrato que se produjo por la mayor permanencia en la obra derivada de la falta de definición por parte del contratante de las labores a realizar en los diferentes frentes de trabajo (Fols 553 a 558 del C. No. 2).

De la lectura de la comunicación del 23 de septiembre de 2009 suscrita por el liquidador de Fedemunicipal y dirigida al Alcalde Municipal del Chía se deduce que éste dirigió un proyecto de acta de liquidación final por mutuo acuerdo del Convenio Interadministrativo No. 005 de 2007 y que ésta no fue suscrita por el contratista al considerar que allí no se reconocían ni los mayores costos, ni las mayores cantidades de obra ni el precio de los ítems adicionales (Fols. Del C. No. 2).

Por medio de la Resolución No. 105 del 22 de enero de 2010 el Municipio de Chía ordenó la liquidación unilateral del Convenio interadministrativo No. 005 de 2007, le ordenó a la contratista el reintegro de la suma de \$96'109.232,70 por concepto de anticipo amortizado y declaró el siniestro de incumplimiento amparado en la Póliza No. 300009737 expedida por la Compañía de Seguros Generales Cóndor (Fols. 577 a 582 del C. No. 2).

Contra dicha Resolución Fedemunicipal instauró el recurso de reposición el 2 de marzo de 2010 argumentando que en los Convenios Administrativos no se permitía el ejercicio de facultades excepcionales, dentro de éstas la potestad de liquidar unilateralmente el contrato, que las sumas expuestas en las Resoluciones no correspondían a la realidad

y que en esos actos no se habían reconocido las sumas reclamadas por concepto de desequilibrio económico del contrato (Fols. Del C. No. 2).

Ese recurso fue resuelto por medio de la Resolución No. 552 del 14 de abril de 2010, en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes (Fols. Del C. No. 2)

Los testimonios rendidos por los señores Henry Elver Melgarejo Arévalo (Fols. 163 a 164 del C. No. 1); Zulma Adelina Parales Pérez (Fols. 192 a 193 del C. No. 1); María del Pilar Corchuelo Saavedra (Fol. 194 del C. No. 1); y Agustín Cárdenas Rocha (Fol. 205 del C. No. 1).

9. La solución del caso concreto.

9.1. En primer lugar, la actora pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 105 del 22 de enero de 2010 y la No. 552 del 14 de abril de 2010 alegando que éstos fueron expedidos con infracción a las normas en las cuales debía fundarse, con falta de competencia y falsa motivación.

En cuanto al primer cargo afirma que el demandado no tenía la competencia para ordenar la liquidación unilateral al considerar que ésta es una potestad excepcional cuyo ejercicio se encuentra prohibido en los convenios interadministrativos.

En cuanto al segundo cargo, dice que no podía el Municipio de Chía imponerle la obligación de reintegrar una suma de dinero cuando carecía de competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento y la ocurrencia del siniestro y para hacer efectivas las garantías constituidas, sino que debía acudir al juez del contrato para ello, teniendo en cuenta que se trataba de una potestad excepcional.

El Tribunal de primera instancia consideró que los actos administrativos demandados eran nulos por falsa motivación al estimar que habían sido expedidos con base en argumentos que desconocían la realidad de los hechos e imponiéndole al contratista las consecuencias negativas de las decisiones de la administración Municipal en torno a la ejecución del proyecto, pues de las probanzas arrimadas se encontraba demostrado el desequilibrio económico que se causó por las decisiones de la nueva administración municipal y que las sumas derivadas del mismo no habían sido reconocidas en el acuerdo modificatorio suscrito.

En cuanto al primer cargo de nulidad, considera la Sala que no le asiste la razón al accionante cuando afirma que la liquidación unilateral comporta el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común, pues tal como se señaló en líneas anteriores, si bien ésta es una facultad o potestad legal en cabeza de la administración, no es de aquellas que implican el ejercicio de una potestad excepcional por no estar enlistada en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

De ésta forma, al no ser la liquidación unilateral una potestad excepcional al derecho común, nada impide que las partes en un convenio interadministrativo pacten su ejercicio, siendo entonces improcedente declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados por ése cargo.

En cuanto al segundo cargo de nulidad, considera la Sala que tampoco resulta procedente, pues contrario a lo que señaló el Tribunal el accionado ordenó la liquidación unilateral del convenio interadministrativo con fundamento en los diferentes documentos que fueron allegados al expediente y determinó la suma a reintegrar por parte de la contratista con base a las sumas determinadas en las diferentes actas suscritas por las partes.

No es cierto, como equivocadamente lo afirma el Tribunal, que en el presente asunto se acreditó el desequilibrio económico alegado por la contratista, pues tal como se señaló en líneas precedentes, para que éste se demuestre no basta con que se acredite la ocurrencia de las circunstancias o acontecimientos que se alegan cómo causantes del mismo, sino también que se alleguen las pruebas técnicas, idóneas y adecuadas a través de las cuales se pueda evidenciar de manera objetiva cómo ésas circunstancias fácticas incidieron de forma evidente y clara en las condiciones económicas y financieras del contrato, afectando de manera ostensible su conmutatividad.

En éste orden de ideas, no podía el Tribunal encontrar demostrado el desequilibrio económico alegado por la contratista con fundamento únicamente en las pruebas testimoniales arrimadas, pues éstas no resultaban suficientes ni mucho menos daban cuenta de la incidencia o el impacto económico, financiero y contable que las circunstancias fácticas que se alegan como causantes del desequilibrio económico tuvieron en la economía del contrato, afectando su conmutatividad.

Ahora, no encontrando acreditados ninguno de los cargos de nulidad alegados por la accionante lo que se impone en el presente asunto es un fallo denegando las pretensiones de nulidad alegadas.

Y como así no lo vio ni lo decidió el Tribunal de primera instancia la sentencia apelada deberá ser revocada en éste punto, para en su lugar negar las pretensiones de nulidad de las Resoluciones Nos. 105 del 22 de enero de 2010 y la No. 552 del 14 de abril de 2010.

9.2. Las demás pretensiones de la accionante se encuentran encaminadas a que se declare el incumplimiento del contrato por parte del Municipio demandado por no respetar las condiciones iniciales del convenio interadministrativo celebrado, exigir requerimientos injustificados, no mantener el equilibrio económico del contrato y no adoptar las medidas necesarias para restablecerlo y que en consecuencia se le condene al pago de las sumas por concepto del desequilibrio económico ocasionado por su incumplimiento.

En éste punto, es de precisar que una de las circunstancias que pueden determinar la alteración del equilibrio económico del contrato es el incumplimiento contractual y por consiguiente, en este evento, se tratará de un hecho consistente en que una de las partes del contrato, en su condición de deudora, no despliega la conducta pactada en favor de la otra que es su acreedora.

Con otras palabras, el incumplimiento consiste en la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por una causa que le es imputable a él.

En el presente asunto no se encuentra demostrado el incumplimiento que alega la ahora demandante, pero con independencia de que considere como un incumplimiento o como una ruptura del equilibrio económico del contrato con ocasión del mismo, en razón de las pretensiones presentadas se impone el análisis del desequilibrio contractual en razón del incumplimiento de las obligaciones negociales adquiridas por las partes.

Así, la actora hace consistir el incumplimiento del Municipio de Chía- Cundinamarca en no respetar las condiciones inicialmente convenidas para ejecutar las obras objeto del convenio interadministrativo y realizar requerimientos injustificados que alteraron la ecuación económica del contrato.

Ahora, independientemente de que se haya generado un desequilibrio económico del contrato con ocasión del incumplimiento de las obligaciones negociales del demandado, para la Sala es claro que para que sea procedente su restablecimiento, se encuentra en cabeza de quien lo pretende demostrar que la alteración económica del contrato es grave, que no está comprendida dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato que deban ser asumidos por el contratista.

Adicional a lo anterior debe cumplir con el requisito de oportunidad, es decir debe presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes, dentro de las oportunidades que en el ejercicio de la actividad contractual ha tenido para reestablecer el equilibrio económico que se ha visto roto, esto es, al momento de suscribir acuerdos como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc. y de manera expresa y clara.

Y es que si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, modificaciones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, actas parciales de obra o actas de ajuste del precio u otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

“En este horizonte, cada parte del negocio se hace responsable de aquello a lo que se compromete, y así mismo, mientras nuevas circunstancias no alteren el acuerdo, se considera que contiene en sí su propio reequilibrio financiero.”²⁷

Pues bien, esto es lo que acontece en el asunto que ahora se somete a decisión, pues de las probanzas allegadas y que atrás se reseñaron, es evidente para la Sala que la demandante durante toda la ejecución del contrato procedió a convenir una suspensión del contrato, otrosíes, modificaciones, actas de prórroga al plazo inicialmente convenido, a presentar actas parciales de obra y actas de reajuste del plazo inicialmente convenido sin que en ninguno de ellos consignara reclamaciones, salvedades o manifestaciones de quedar pendientes tales asuntos, razón por la cual se considera que al momento de la suscripción de los documentos que contiene cada uno

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087.

de esos actos se restableció el equilibrio económico que pudiera estar alterado precedentemente, pues nada se dijo en contrario.

Siendo esto así, resulta evidéntísimo que las demás pretensiones formuladas por la accionante estén destinadas al fracaso, pues la contratista no dio cumplimiento a la oportunidad como requisito para la procedencia del restablecimiento del equilibrio económico del contrato que se ha visto roto.

Pero además, y para abundar en razones, aún en el evento en que la contratista hubiese cumplido con sus obligaciones y se hubiese acreditado que fue la entidad contratante la que varió las condiciones de acuerdo de voluntades, tampoco procedería la declaratoria del desequilibrio financiero del contrato porque el mismo no resultó demostrado con las pruebas técnicas idóneas para ello.

Por otro tanto, no resulta procedente el reconocimiento de los perjuicios alegados por la afectación al *“good will”* o al buen nombre de la contratista ni mucho menos de los perjuicios morales presuntamente ocasionados al representante legal de ésta, pues no se allegó prueba alguna a través de la cual se pudiera acreditar su causación.

En síntesis, la sentencia apelada será revocada para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en ésta providencia y en su lugar,

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLEMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

Aclaración de voto

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

Aclaración de voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente