

CONTRATO ESTATAL - Criterios para establecer su naturaleza

La Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. (...) adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable. Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - Artículo 32

NOTA DE RELATORIA: En relación con la naturaleza jurídica de los contratos estatales, consultar sentencia de 20 de abril de 2005, Exp.14519

COMPETENCIA DE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Juzga controversias originadas en la actividad de entidades públicas

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, definió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (...) al definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinó que a la misma le compete “juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”, en lugar de “juzgar las controversias y litigios administrativos”, como disponía el anterior artículo 82 del Código Contencioso Administrativo. (...) Esta competencia se mantiene con la expedición de la Ley 1437 de 2011, que en su artículo 104, numeral 2º, preceptúa que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos “relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 2006 - Artículo 30 / LEY 1107 DE 2006 - ARTÍCULO 1 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 82

NOTA DE RELATORIA: En relación con la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, consultar auto de 8 de febrero de 2007, Exp.30903 MP. Ramiro Saavedra Becerra

PRUEBA DOCUMENTAL - Valor probatorio de la copia

Resulta necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C., los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el

mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 253 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254

DOCUMENTO PUBLICO - Definición. Valor probatorio

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

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 251 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252

DOCUMENTO PRIVADO – Autenticidad

Si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentren firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados al expediente judicial con fines probatorios; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252

TERMINO DE LA ADMINISTRACION PUBLICA PARA LIQUIDAR UNILATERALMENTE CONTRATO - Procedimiento para agotar esta etapa . Régimen legal

En cuanto corresponde a la oportunidad o el plazo establecido para la realización o adopción de la liquidación de un contrato de la Administración Pública, importa destacar que el Decreto-ley 222 de 1983 no precisó tiempo alguno dentro del cual debía agotarse dicha etapa, vacío legal que fue satisfecho por vía jurisprudencial cuyos lineamientos fueron recogidos posteriormente por la Ley 80 de 1993, en sus artículos 60 y 61, normas que posteriormente complementó la Ley 446 de 1998 mediante lo dispuesto en su artículo 44, numeral 10, letras b), c) y d). (...) inicialmente la Jurisprudencia señaló un término de cuatro (4) meses, contados desde la terminación del contrato; más tarde precisó que el procedimiento para la liquidación del contrato debía cumplirse en un plazo de seis (6) meses, así: cuatro (4) meses para la liquidación por mutuo acuerdo y dos (2) meses adicionales para efectuar la liquidación de manera unilateral por parte de la Administración Pública. (...) También señaló la jurisprudencia que aunque el término para adelantar la

liquidación no era perentorio, vale decir que bajo esa normatividad no se perdía la competencia por razón del tiempo para liquidar el contrato a pesar de que hubieren transcurrido los referidos seis (6) meses siguientes al vencimiento del plazo contractual, dicha "facultad subsiste sólo durante los dos años siguientes al vencimiento de esa obligación, que no es otro que el término de caducidad para el ejercicio de la acción contractual". (...) se afirmó que en el marco de los plazos establecidos por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y la letra d) del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44, numeral. 10, letra d) de la Ley 446 de 1998, la Administración Pública perdía la competencia para efectuar la liquidación unilateral del contrato dentro de los dos (2) años siguientes, en consideración a que dichos plazos tenían un carácter preclusivo. (...) la Ley 1150 de 2007 introdujo una modificación normativa que obliga a la Sala a retomar la postura anterior de la propia Sección Tercera del Consejo de Estado, según la cual la liquidación del contrato puede adoptarse de manera bilateral o unilateral aun cuando se hubieren cumplido los plazos previstos previamente, siempre que la misma se realice dentro del término de caducidad de la correspondiente acción contractual.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 60 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 61 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 44 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 163 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 11

NOTA DE RELATORIA: Referente al término para liquidar contrato, consultar sentencia de 31 de octubre de 2001, Exp. 12278. Sobre el término de caducidad de la acción contractual, consultar sentencia de agosto 16 de 2001, Exp. 14384, MP. Ricardo Hoyos Duque y en relación con el término para la liquidación unilateral del contrato, consultar sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp.15239.

PLAZO ESTIPULADO POR LAS PARTES PARA LIQUIDAR CONTRATO - Por mutuo acuerdo dentro de los cuatro meses siguientes al vencimiento de la ejecución del contrato

Retomando el asunto que centra la atención de la Sala se advierte que el plazo para liquidar el contrato fue estipulado por las partes en la cláusula vigésima segunda del contrato del contrato No. 1007 de 1994 (...) encuentra la Sala que las partes convinieron que la liquidación por mutuo acuerdo se efectuaría dentro de los cuatro (4) meses siguientes al vencimiento de la ejecución del contrato, plazo discriminado de la siguiente manera: **i)** dos meses a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aportara la documentación requerida para la liquidación y **ii)** dos meses para efectuar el trabajo de liquidación. En estas condiciones, teniendo en cuenta que el vencimiento del plazo de ejecución del contrato se produjo el 7 de septiembre de 1996 y que las partes acordaron liquidar el contrato dentro de los cuatro (4) meses siguientes, el término para liquidar por mutuo acuerdo el contrato se vencía el 7 de enero de 1997.

LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Falta de acuerdo de las partes / COMPETENCIA DE INVIAS PARA LIQUIDAR CONTRATO - Término dos años contados desde el 7 de marzo de 1997 hasta el 7 de marzo de 1999

Comoquiera que no fue posible la liquidación del contrato en mención por mutuo acuerdo, debía proceder entonces el INVIAS a la liquidación unilateral, según lo pactado en el contrato. Aunque en la cláusula no se estipuló un plazo para efectuarla resulta aplicable el criterio que esta Corporación sostenía desde la vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, es decir, dos (2) meses contados a partir

del vencimiento de los cuatro (4) meses inicialmente convenidos para la liquidación bilateral, aceptando el argumento de la parte actora, según el cual, tanto para la época de celebración del contrato como para la época en que debía iniciarse la liquidación del mismo no estaba vigente, porque no había sido expedida siquiera, la Ley 446 de 1998. Es así como el INVIAS podía liquidar el contrato unilateralmente entre el 7 de enero y el 7 de marzo de 1997. Una vez fenecido este último plazo comenzaba a contarse el término de dos (2) años para que la entidad demandada mantuviera la competencia para liquidar el contrato, en el caso concreto, entre el 7 de marzo de 1997 y el 7 de marzo de 1999, por tanto ha de precisarse que la Resolución No. 006626 del 15 de diciembre de 1998 fue proferida en término. En este sentido, incurre en un error la sociedad demandante al contabilizar el término de dos (2) años desde el vencimiento del plazo convenido para la ejecución del contrato. Incluso, si en gracia de discusión se aceptara que el término inicial de cuatro (4) meses comprendía tanto la liquidación bilateral como la unilateral, aún en ese escenario se tendría que el plazo de dos (2) años se habría extendido desde el 7 de enero de 1997 hasta el 7 de enero de 1999, lo cual indica, sin hesitación alguna, que el INVIAS, en cualquiera de tales hipótesis, tenía competencia para expedir el acto administrativo de liquidación unilateral objeto de esta demanda.

FUENTE FORMAL: DECRETO - LEY 222 DE 1983 / LEY 446 DE 1998

LIQUIDACION DEL CONTRATO - Aplicación de la norma vigente al momento de su celebración

Advierte la Sala que el contrato celebrado se suscribió el 30 de diciembre de 1994, por lo cual se encuentra regulado en su integridad por la Ley 80 de 1993, sin incluir las modificaciones contenidas en la Ley 1150 de 2007, atendiendo a lo preceptuado en el inciso primero del artículo 38 de la Ley 153 de 1.887, por cuya virtud “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.” En este orden de ideas, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 es la norma aplicable para el contrato objeto de análisis, en cuanto regulaba la oportunidad y contenido de la liquidación de los contratos estatales. (...) el artículo 61 disponía sobre la liquidación unilateral.

DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Su declaración no es competencia de la entidad estatal / DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Forzosamente se debe acudir al juez competente

Tal como lo puso de presente la Jurisprudencia de la Sala, Ley 80 de 1993 no otorgaba competencia a las Entidades Estatales Contratantes para declarar el incumplimiento del contratista particular, cuestión que, según las normas legales antes referidas tampoco podía realizarse en el acto administrativo de liquidación unilateral. (...) sobre este asunto la Sala tuvo oportunidad de precisar que, salvo en el supuesto de caducidad del contrato, las entidades estatales carecían de competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y ordenar el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías, debiendo en tal evento acudir forzosamente al Juez del contrato estatal.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993

NOTA DE RELATORIA: En relación con la declaratoria de incumplimiento de contrato, consultar sentencia 10 de febrero de 2005, Exp. 25765, MP. María Elena Giraldo Gómez.

PERJUICIOS- Prueba para su indemnización

En las pretensiones de la demanda se solicitó que se declare que el contratista cumplió con el contrato de obra No. 1007 de 1994 y que los daños de la obra fueron producto de hechos ajenos al contratista, sin embargo, de las pruebas recaudadas en el proceso, especialmente los testimonios y el dictamen pericial, se desprende que la obra presentó un prematuro deterioro de la carpeta asfáltica, atribuible al contratista. Por lo tanto, no se accederá a dicha pretensión de conformidad con los dictados del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según los cuales “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Así pues, se tiene que en esta materia la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le asigna la norma legal en cita. Idéntica consideración debe efectuarse respecto de los perjuicios reclamados y de los cuales no se encuentra medio de convicción alguno que demuestre su existencia.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 177

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 52001-23-33-1000-1999-0500-01(22507)

Actor: INDUMEZCLAS LIMITADA

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS

Referencia: CONTRACTUAL – APELACION SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la sociedad INDUMEZCLAS LTDA., contra la sentencia del quince (15) de febrero de dos mil dos (2002), dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual se dispuso:

“DENEGAR LA TOTALIDAD DE LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA PRESENTADA POR LA SOCIEDAD INDUSTRIAL DE MEZCLAS ASFÁLTICAS LTDA., -INDUMEZCLAS LTDA- EN CONTRA DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS.

La Secretaría devolverá al interesado el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso si lo hubiere, dejándose constancia de dicha entrega. Ejecutoriado este fallo se archivará el expediente.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 11 de mayo de 1999, la sociedad INDUMEZCLAS LTDA., por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas (folios 1 a 41 cuaderno 1):

“1) Anular los actos administrativos emitidos por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** y contenidos en las resoluciones 006626 de fecha 15 de Diciembre de 1998, por medio del cual se declaró “**en firme el acta de liquidación del contrato No. 1007 de 1994**”, celebrado entre aquella entidad y la sociedad **INDUSTRIAL DE MEZCLAS ASFÁLTICAS LTDA., - INDUMEZCLAS LTDA.,-** y 001217 de fecha 5 de abril de 1999 que la confirmó por no estar legalmente facultada para proferirlos, en la parte de ellos en donde valorizan “daños presentados en obra, según Memor. SCT-24474 del 10 de Septiembre/98, suscrito por la Subdirectora de Construcción”, por valor de **\$2.608'662.383,24**, resultando, en consecuencia, un saldo a favor del **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS** por la suma de **\$2.499.595.068,94** y a cargo se la sociedad que represento.

2) Hacer las siguientes declaraciones y condenas adicionales:

a) Que **INDUSTRIAL DE MEZCLAS ASFÁLTICAS LTDA.- INDUMEZCLAS LTDA.-** cumplió el contrato de obra pública No. 1007 de 1994 y sus adicionales.

b) Que **INDUSTRIAL DE MEZCLAS ASFÁLTICAS LTDA.- INDUMEZCLAS LTDA.-** ejecutó las obras a que se refiere el contrato 1007 de 1994 de acuerdo con los diseños e instrucciones del **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**.

c) Que los daños presentados en la vía materia del contrato provienen de causas ajenas a la actividad del contratista.

d) Que como consecuencia de las tres declaraciones a que se refieren los numerales (sic) a), b) y c) anteriores, se declare que **INDUSTRIAL DE MEZCLAS ASFÁLTICAS LTDA. – INDUMEZCLAS LTDA.-** no adeuda suma alguna al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** por concepto de la ejecución de las obras a que se refiere el contrato 1007 de 1994 y sus adicionales.

e) Que se ordene al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** indemnizar a **INDUSTRIAL DE MEZCLAS ASFÁLTICAS LTDA. – INDUMEZCLAS**

LTDA.- los perjuicios de todo orden que a ésta le ha ocasionado por razón de las resoluciones ahora demandadas y por el presente proceso, incluyendo los honorarios de abogado que ha tenido que cancelar al suscrito apoderado para que lo represente en este juicio.

f) Que se condene en las costas del juicio al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS.**”

2. Los hechos.

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

- La sociedad INDUMEZCLAS LTDA., celebró el 30 de diciembre de 1994, con el Instituto Nacional de Vías –INVIAS-, el contrato No. 1007 del 30 de diciembre de 1994, cuyo objeto era “ejecutar para EL INSTITUTO por el sistema de precios unitarios, las obras necesarias para la CONSERVACIÓN DE LA CARRETERA PASTO- RUMICHACA, SECTOR K57+150 – K82+720”.
- Durante la ejecución del contrato se presentaron las siguientes situaciones: **i)** un otrosí al contrato No. 1007 de 1994 del 31 de octubre de 1995, por medio del cual las partes acordaron entregar al contratista a título de pago anticipado la suma de \$595'413.800.00; y **ii)** una adición del contrato por la suma de \$814'785.374.00 y prórroga del plazo hasta el 7 de septiembre de 1996.
- Mediante la Resolución No. 006626 del 15 de diciembre de 1998, el INVIAS efectuó la liquidación unilateral del contrato No. 1007 de 1994. Dicha liquidación unilateral fue confirmada mediante la Resolución No. 001217 del 5 de abril de 1999.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Se invocaron como vulneradas las siguientes disposiciones: **i)** artículos 2, 6, 29, 95, 116, 121, 122, 228 y 229 de la Constitución; **ii)** artículos 1592 y 2056 del Código Civil; **iii)** artículos 2, 82 y 87 del Código Contencioso Administrativo; **iv)** artículo 4-2, 60 y 61 de la Ley 80 de 1993; **v)** artículo 8 de la Ley 6 de 1972; **vi)** artículos 54 y 69 del Decreto 2171 de 1992; y **vii)** el Decreto 288 de 1995.

Fundamentó el concepto de violación de falta de competencia en los siguientes argumentos:

*“Si bien **INVIAS** dictó las resoluciones en ejercicio de sus funciones, desconoció las normas citadas en el sentido de esa facultad de proferir actos administrativos, no la autorizaba para determinar a motu proprio unos perjuicios.*

Con ese proceder de la administración, se desconoció olímpicamente que los tribunales y los jueces, como lo dispone el artículo 116 de la Constitución, “administran justicia”, y en su aplicación “prevalecerá el derecho sustancial”, y olvidó que la actuación administrativa “tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley”.

Adicionalmente, agregó el siguiente planteamiento:

“Como el plazo del contrato materia de esta demanda, finalizó el día 7 de septiembre de 1996, significa que la administración tendría sólo hasta el día 7 de enero de 1997 plazo para liquidar el contrato.

*La resolución 006626 de fecha 15 de Diciembre de 1998, es decir, prácticamente un año después de haberse vencido el plazo, declaró en firme la liquidación del contrato No. **1007 de 1994**, por lo cual el **INVIAS** carecía de competencia para dictar esta resolución y de ahí la resolución es nula por este otro aspecto.”*

4. Actuación procesal.

4.1. El día 24 de mayo de 1999, el Tribunal *a quo* admitió la demanda y ordenó la notificación personal a la entidad pública demandada y al Agente del Ministerio Público. Además, dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del C.C.A., y reconoció personería adjetiva a la apoderada de la parte actora (folios 101 a 103 cuaderno principal).

4.2. Mediante auto del 27 de agosto de 1999 se dispuso la apertura y práctica de pruebas aportadas y solicitadas por las partes (folios 147 y 148 cuaderno principal).

5. Contestación de la demanda.

El Instituto Nacional de Vías –INVÍAS- contestó la demanda dentro del término de fijación en lista oponiéndose a las pretensiones y señaló que los reparos del contratista al acto administrativo de liquidación no afectan su legalidad. De otra parte, al terminarse el plazo del contrato el 21 de febrero de 1997 y producirse la

liquidación el 15 de diciembre de 1998, se demuestra que el acto administrativo se expidió dentro de los términos legales (folios 120 a 127 cuaderno principal):

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

Mediante providencia del 7 de diciembre de 2000 el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiese su concepto (folio 253 del primer cuaderno).

6.1. La parte demandante (folio 257 cuaderno 1). Solicitó que se accediera a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la entidad demandada no estaba facultada para proferir las resoluciones demandadas.

6.2. El Instituto Nacional de Vías (folios 255 y 256 cuaderno 1). Reiteró que la liquidación se efectuó dentro de los términos legales y el saldo adeudado por el contratista se ajustó a derecho.

6.3. El Ministerio Público (folios 259 a 263 cuaderno 1). Luego de efectuar un recuento del proceso judicial, concluyó que no se advertía irregularidad alguna en el procedimiento administrativo de liquidación que permitiera acceder a las pretensiones de la demanda.

7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño profirió sentencia el 15 de febrero de 2002 y negó las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones (folios 268 a 306 cuaderno principal).

En cuanto al cargo de incompetencia para expedir los actos administrativos, señaló:

“En el caso que nos ocupa, el plazo contractual venció el 7 de septiembre de 1996 y la liquidación unilateral del contrato tuvo lugar el 15 de diciembre de 1998 con la expedición de la Resolución No. 002696.

Las partes disponían de cuatro (4) meses, a partir de la terminación del contrato, para liquidarlo de común acuerdo, esto es, hasta el 7 de enero de 1997, y dentro de los dos (2) meses siguientes, vale decir,

hasta el 7 de marzo de 1997, el Instituto demandado debía practicar la liquidación unilateral.

Sin embargo, como la parte actora no acudió al juez del contrato a solicitar la liquidación judicial, la administración válidamente podía liquidarlo hasta el día anterior al vencimiento de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar, que es el término del literal d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, concede al interesado para acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para obtener la liquidación en sede judicial.

El Instituto Nacional de Vías incurrió en incumplimiento de la obligación de liquidar el contrato el 8 de marzo de 1997, por tanto, el término previsto en la disposición últimamente citada vencía el 8 de marzo de 1999. Consecuencialmente, el Instituto podía liquidar unilateralmente el contrato hasta el día 7 de marzo de 1999.”

En lo referente a la incompetencia en razón de la materia, consideró lo siguiente:

“No se trata, por consiguiente, de perjuicios a los que fuera condenado el contratista por la misma administración, sino de la deducción de una suma de dinero efectivamente pagada por obras que en razón de su defectuosa construcción, no fue recibida.

(...)

El Instituto Nacional de Vías estaba facultado para realizar la evaluación del cumplimiento del contratista, como lo hizo en el acta de liquidación unilateral del contrato para establecer el monto a deducir de las sumas efectivamente pagadas y fijar el saldo a favor.”

Finalmente, sobre el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, indicó:

“(...) la entrega de obra efectuada mediante actas mensuales, solamente tenía el carácter de provisional en lo referente a la calidad y cantidad de obra y obras parciales, quedando sujetas al recibo definitivo de las mismas. Precisamente fue en el acta de recibo final de la obra en la que el Instituto Nacional de Vías dejó la constancia de los defectos o fallas que presentaba la carpeta asfáltica del tramo de la vía que se abstuvo de recibir.

Esas fallas que en forma prematura se presentaron, de acuerdo con el dictamen pericial obrante en este proceso y las diversas comunicaciones enviadas por la Interventoría de la Sociedad contratista para que mejore las condiciones de construcción y la calidad de las mezclas, con la indicación precisa de las anomalías en que incurría en la ejecución de las obras, evidencian que fueron causadas por un inadecuado proceso constructivo, atribuible a la parte actora.”

8. El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión anterior, el actor interpuso recurso de apelación, el cual lo sustentó en los siguientes términos (folios 317 a 323 del cuaderno principal):

i) Sobre el plazo para liquidar unilateralmente el contrato:

*“Como el contrato venció el 7 de Septiembre de 1996, como afirma la Sentencia, es decir, con anterioridad a la vigencia del artículo 44 de la ley 446 de 1998, la administración tenía como plazo máximo para liquidar unilateralmente el contrato el de dos (2) años contados a partir de la fecha que se acaba de indicar y como la resolución No. **002626** que declaró en firme la liquidación unilateral del convenio sólo se produjo el día 15 de Diciembre de 1998, esto es, tres (3) meses después de haberse vencido los dos años a que se ha hecho mención, significa que el **INVIAS** para ese entonces carecía de competencia material para liquidar unilateralmente el contrato, por lo cual la referida resolución, por este aspecto, es nula, como así solicito que se decrete.”*

ii) Sobre la inclusión de perjuicios en la liquidación unilateral:

*“La administración, en este caso el **INVIAS**, no tiene la facultad legal para cobrar al contratista sumas distintas de las relacionadas con multas y cláusula penal pecuniaria, cuando unilateralmente declare el incumplimiento del contrato, pues aquellas corresponde fijarlas al juez del contrato, previo el trámite del correspondiente proceso.*

*Si supuestamente el contratista le causó algún perjuicio, el **INVIAS** ha debido hacer efectiva la póliza de estabilidad de las obras, y el saldo restante, si lo hubiere, cobrarlo mediante un proceso ante la justicia contenciosa administrativa en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.*

*El **INVIAS** tenía a la mano las garantías expedidas a su favor por la compañía aseguradora, por cuenta del contratista, para hacerlas efectivas, si ella consideraba que el contratista incumplía el contrato y al no hacerlo, dejó de cumplir su obligación contractual.”*

9. Actuación en segunda instancia.

9.1. Mediante auto del 10 de mayo de 2002 se dio traslado a la actora por el término de tres (3) días para que sustentara el recurso interpuesto (folio 316 cuaderno principal).

9.2. Por medio de auto del 14 de junio de 2002 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño (folio 331 cuaderno principal).

9.3. Esta Corporación, por medio de auto proferido el 19 de julio de 2002, corrió traslado a las partes para que presentasen sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto (folio 333 del cuaderno principal).

10. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

10.1. La parte demandante (folio 334 cuaderno principal), se remitió a los argumentos planteados en la apelación.

10.2. El Instituto Nacional de Vías (folios 337 a 339), presentó sus alegatos por fuera del término de diez días dispuesto en el auto del 19 de julio de 2002.

10.3. El Ministerio Público, no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis* se abordarán los siguientes temas: **i)** competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **ii)** las pruebas recaudadas; **iii)** el contenido de los actos de liquidación unilateral demandados; **iv)** análisis de los cargos de nulidad; y **v)** la declaración de cumplimiento del contrato.

1. Competencia del Consejo de Estado.

A esta Corporación le corresponde conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75¹ de la Ley 80, expedida en el año de 1993, puesto que dicha norma prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Dado que el Instituto Nacional de Vías –INVIAS- tiene el carácter de entidad descentralizada de orden nacional, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, se tiene entonces que el vínculo que dio lugar al proceso de la referencia corresponde, precisamente, a la categoría de los contratos estatales.

¹ Artículo 75, Ley 80 de 1993: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

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

*“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’**, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”²*
(Negrilla fuera del texto)

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

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

Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales,

² Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

*o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)*³

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, definió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

³ Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y **los municipios**; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (...).”

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”. (Negrillas fuera de texto)

“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.” (Negrillas fuera de texto)

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinó que a la misma le compete *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*, en lugar de *“juzgar las controversias y litigios administrativos”*, como disponía el anterior artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

Respecto de su alcance se pronunció la Sala mediante auto de febrero 8 de 2007, radicación 30.903, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, señaló:

“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

“i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo.”

Esta competencia se mantiene con la expedición de la Ley 1437 de 2011, que en su artículo 104, numeral 2º, preceptúa que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos *“relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”*

2. Las pruebas aportadas al proceso.

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo⁴ señala expresamente que

⁴ Artículo 168, C.C.A.: “PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”

a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la filosofía⁵ que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, la cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normativa.

Bajo esta perspectiva resulta necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.⁶, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

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

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentren firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados al expediente judicial con fines probatorios; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior,

⁵ Sobre la filosofía que inspiró la redacción del artículo 177 del C de P. C, ver: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 245.

⁶ Artículo 253, C. de P. C.: "Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento."

con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

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

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

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

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

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

Previo a examinar de fondo el recurso de apelación propuesto, se requiere revisar las pruebas aportadas al proceso de la referencia, a efectos de establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se relacionan a continuación los documentos aportados y su respectiva calificación probatoria:

2.1. Documentos aportados en original o en copia auténtica.

Los siguientes documentos fueron allegados al proceso en original o en copia auténtica, razón por la cual serán valorados como pruebas válidas:

2.1.1. Resolución No. 006626 del 15 de diciembre de 1998, “*por la cual se declara en firme el acta de liquidación del contrato No. 1007 de 1994*”, expedida por el Instituto Nacional de Vías (folios 46 a 50 cuaderno 1).

2.1.2. Resolución No. 001217 del 5 de abril de 1999, “*por la cual se resuelve un Recurso de Reposición*”, expedida por el Instituto Nacional de Vías (folios 51 a 73 cuaderno 1),

2.1.3. Contrato No. 1007 del 30 de diciembre de 1994, cuyo objeto era “*ejecutar para EL INSTITUTO por el sistema de precios unitarios, las obras necesarias para la CONSERVACIÓN DE LA CARRETERA PASTO- RUMICHACA, SECTOR K57+150 – K82+720*” (folios 74 a 82 cuaderno 1).

2.1.4. Otrosí al contrato No. 1007 de 1994 del 31 de octubre de 1995, por medio del cual las partes acordaron entregar al contratista, a título de pago anticipado, la suma de \$595'413.800.00 (folios 83 y 84 cuaderno 1).

2.1.5. Documento de adición del contrato No. 1007 de 1994 en la suma de \$814'785.374.00 y prórroga del plazo hasta el 7 de septiembre de 1996, suscrito por las partes el 11 de abril de 1996 (folios 85 y 86 cuaderno 1).

2.1.6. Acta de recibo definitivo de la obra correspondiente al contrato No. 1007 de 1994, del 21 de febrero de 1997 (folios 130 a 137 cuaderno 1).

2.1.7. Resolución No. 002233 del 25 de mayo de 1999, “*por la cual se delegan unas funciones, se crean la Junta de Recomendaciones, los Grupos de Evaluación y se dictan otras disposiciones*”, expedida por el Instituto Nacional de Vías (folios 138 a 145 cuaderno 1).

2.1.8. Antecedentes administrativos del contrato No. 1007 de 1994 (cuaderno 2 en 160 folios).

2.2. Pruebas testimoniales.

En desarrollo de la prueba testimonial decretada por el Tribunal Administrativo *a quo*, en el proceso se recibieron las siguientes declaraciones:

2.2.1. Declaración rendida por el señor MARINO VALLEJO OBANDO (folios 169 a 177 cuaderno 1). En su calidad de contratista del INVIAS explicó que fue encargado de recibir la obra ejecutada por el contratista entre el mes de septiembre de 1995 y enero de 1997. Indicó que según estudios adelantados por la firma JORGE PAZ Y CIA., se encontraron deficiencias en las mezclas asfálticas que produjeron daños prematuros en la obra que eran responsabilidad del contratista, de acuerdo con las condiciones pactadas en el contrato.

2.2.2. Declaración del señor LUIS ARTURO MONTENEGRO CAIZA (folios 178 a 183 cuaderno 1). Manifestó que como empleado de INVIAS tuvo conocimiento que la sociedad JORGE PAZ Y CIA LTDA., efectuó un estudio de la obra desarrollada por el contratista y encontró que existían fallas prematuras en el asfalto, como grietas y fisuras que se debían al incumplimiento en la calidad de los materiales utilizados.

2.2.3. Declaración del señor JAIME HIDALGO LÓPEZ (folios 184 a 188 cuaderno 1). Señaló que en su calidad de empleado de INVIAS se desempeñó como administrador vial durante el año de 1998 en el tramo contratado y encontró fallas en la construcción que produjeron daños prematuros en el pavimento. Consideró que estas fallas eran atribuibles al contratista por el corto tiempo que transcurrió entre la entrega y la aparición de las grietas en el asfalto; afirmó que la resistencia del asfalto se encuentra proyectada para diez (10) años, pero en el contrato desarrollado se presentaron los daños al poco tiempo de entregada la obra.

2.2.4. Declaración del señor HÉCTOR JESÚS CÓRDOBA OBANDO (folios 189 a 195 cuaderno 1). Sostuvo que como ingeniero civil del Instituto Nacional de Vías participó en el recibo final de la obra contratada. Afirmó que la obra no cumplió con las especificaciones pactadas, toda vez que el asfalto presentó daños tempranos que obedecieron a la deficiente calidad de los materiales utilizados por el contratista.

2.3. El dictamen pericial.

El Tribunal *a quo*, en el auto de pruebas del 27 de agosto de 1999, ordenó que se practicara la prueba pericial solicitada por la parte actora, cuyo fin era establecer las causas de los daños presentados en un sector de la obra ejecutada por

INDUMEZCLAS LTDA. Los ingenieros OSCAR E. SALAZAR M., y ANIBAL GUERRA ZAMBRANO, en su informe, concluyeron lo siguiente (folios 198 a 206 cuaderno 1):

“Cada una de las fallas que se presentan en un pavimento tienen características propias y obedecen a descompensación en la caracterización, formulación y desarrollo del proceso constructivo en uno o más de elementos que constituyen el conjunto del pavimento. La gran mayoría de las que se registran, en el caso que nos ocupa, se presentaron prematuramente, y muy a pesar de la intervención parcial en la integridad estructural y la capa de refuerzo de 5 cms de espesor, se infieren serias deficiencias en el proceso constructivo. No acorde a las especificaciones establecidas en la Fórmulas de Trabajo utilizadas, tales como las fluctuaciones en el porcentaje de asfalto, granulometrías deficientes en la mezcla asfáltica, etc.”

En la aclaración y complementación del dictamen señalaron que su experticio se basó en los datos contenidos en los informes de la interventoría del contrato (folios 225 a 230 cuaderno 1).

3. Contenido de los actos administrativos de liquidación unilateral del contrato.

De acuerdo con la liquidación unilateral contenida en la Resolución No. 006626 del 15 de diciembre de 1998, el Instituto Nacional de Vías –INVIAS- determinó que la sociedad demandada le adeudaba el pago de DOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL SESENTA Y OCHO PESOS CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$2.499'595.068.94). Así mismo ordenó hacer efectiva la póliza de estabilidad de la obra por valor de NOVENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS CON DOS CENTAVOS (\$94'724.448.02).

Tal declaración se explicó en el acto administrativo de la siguiente manera:

*“**ARTÍCULO PRIMERO.-** Declarar en firme el Acta de Liquidación del Contrato No. 1007 de 1994.*

ACTA DE LIQUIDACIÓN FINAL No.

SANTAFÉ DE BOGOTÁ, D.C.,

*Con el fin de liquidar el Contrato No. 1007 de 1994, celebrado entre el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** y la sociedad **INDUSTRIAL DE MEZCLAS ASFÁLTICAS LIMITADA**, con Nit. No. 860.508.819-7, el*

Director General del **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** en representación del Instituto, quien actúa en virtud del Decreto 288 de 1995, Artículo 16, Numeral 1 y el CONTRATISTA suscriben la presente Acta.

OBJETO DEL CONTRATO:

CONSERVACIÓN DE LA CARRETERA PASTO-RUMICHACA, SECTOR K57+150 K82+720.

VALOR DEL CONTRATO

Contrato principal No. 1007 de 1994. Incl. IVA
\$1.969'180.103.00
Otrosí al Cto. Ppal No. 1007-94 de fecha 31 de Oct./95
Contrato adicional 1, No. 1007-1-94, Incl. IVA
\$960'000.000.00

--
VALOR TOTAL DEL CONTRATO (Incluy. IVA)
\$2.929'180.103.00

FECHA DE VENCIMIENTO DEL CONTRATO: 7 de Septiembre de 1996

VALOR DE LA OBRA EJECUTADA

Se tomó de conformidad con el Acta de Recibo Definitivo de la Obra, de fecha 21 de febrero de 1.997, suscrita por parte del INV por Luis G. Suárez Velandia, Director Regional, Nariño del INV, por Jorge Luis Flórez Segura, de la Subdir. De Construcción y Héctor Córdoba Obando de la Regional Nariño del INV, y por parte de la Interventoría por Fabio E. Lozano V. y por el Contratista Neftalí Alfonso Cardozo Chaparro y Miguel Ángel Noguera M., de la firma INDUMEZCLAS, así:

Por actas de obra básica
\$2.772'993.964.30
Por ajustes provisionales
184'966.850.20
Por ajustes definitivos
199'520.786.26
Por ajustes por cancelar según Memor. SCT-24474
4 del 10 de sept. /98
62'603.156.54
VALOR EJECUTADO
\$3.220.084.757.30
Menos valoración de los daños presentados en
\$2.608'662.383.24
Obra, según Memor. SCT-24474 del 10 de sept. /98,
Suscrito por la Subdirectora de construcción

VALOR REAL EJECUTADO
\$611'422.374.06

VALOR PAGADO AL CONTRATISTA

Se tomó de conformidad con la relación de Pagos de fecha 25 de Julio de 1.997, suscrita por la Jefe de División de Tesorería y la Jefe de División de contabilidad del INV., así:

Por Actas de obra
\$2.743'354.999.84
Por actas de ajuste
367'662.443.16
Por IVA
18'162.660.00

VALOR TOTAL PAGADO AL CONTRATISTA
\$3.129'180.103.00

ANTICIPO

Anticipo concedido \$391'642.820.80
Anticipo amortizado \$391'642.820.80

PAGO ANTICIPADO

Pago Anticipado concedido \$595'413.800.00
Pago anticipado amortizado
\$595'413.800.00

I.V.A.

I.V.A por obra ejecutada \$18'162.660.00
I.V.A pagado \$18'162.660.00

BALANCE GENERAL DEL CONTRATO

Valor total ejecutado	\$611'422.374.06	
Valor pagado		
\$3.111'017.443.00		
Valor IVA ejecutado	\$18'162.660.00	
Valor IVA pagado	\$18'162.660.00	
	-----	-----
-		
SUB-TOTAL	\$629'585.034.06	
\$3.129'180.103.00		
SALDO A FAVOR DEL INV	\$2.499'595.068.94	
	-----	-----
--		
SUMAS IGUALES	\$3.129'180.103.00	
\$3.129'180.103.00		

SALDO A FAVOR DEL INV	\$2.499'595.068.94
------------------------------	---------------------------

Hacer efectiva la Póliza de estabilidad No. 9616745, expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A., debidamente aprobada por la Subdirección de Construcción. El valor total ejecutado del contrato No. 1007/94 fue de \$3.220'084.757.30, suma sobre la cual se aplica el 3% para un valor a reclamar de \$94'724.448.02, dando cumplimiento a lo pactado contractualmente en el literal c) de la cláusula vigésima primera del referido contrato.”

La liquidación anterior fue impugnada por el contratista. Mediante Resolución No. 001217 del 5 de abril de 1999 el Instituto Nacional de Vías confirmó la Resolución No. 006626 del 15 de diciembre de 1998, con los siguientes planteamientos: (folios 51 a 73 cuaderno 1):

“1) DESCONOCIMIENTO DE LOS ANTECEDENTES Y CONCEPTOS TÉCNICOS PREVIOS A LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO POR PARTE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE, LAS FIRMAS INESCO LTDA., INTERVENTORA Y JORGE PAZ Y CIA LTDA., CONSULTORA.

(...)

El Instituto Nacional de Vías ratifica su posición en el sentido de no aceptar la carpeta asfáltica aludida y por tanto rechaza esta solicitud, con fundamentos técnicos expuestos a continuación:

1. Las obras de “conservación” no fueron ejecutadas a satisfacción por el Contratista. Si se hubiesen terminado las reparaciones del pavimento en el período dado por el INV del 21 de septiembre/96 al 21 de febrero/97, esta conservación se hubiera recibido, con recomendación de reforzar pronto el pavimento recibido. Por lo contrario (sic) fue necesario dejar constancia en el Recibo Definitivo, que el contratista no cumplió con las reparaciones solicitadas en el Acta de Recibo Previo, suscrita el 21 de septiembre de 1996.

2. Como quedó demostrado, se estableció que los diseños efectuados por DICONSULTORIA si fueron recibidos por el MOPT. Los documentos de la División de Materiales del antiguo MOPT, presentados por el contratista como prueba de la no aprobación, fueron aclarados. Además, en términos generales, es normal o corriente que en esta clase de estudios antes de su aprobación final, reciban observaciones para ser resueltas o corregidas por el Consultor y una vez efectuadas éstas, se revisan nuevamente hasta la aprobación y recibo final por medio de un Acta, tal como sucedió con el Acta de recibo de los estudios iniciales de DICONSULTORIA, del 23 de marzo de 1993.

3. Es evidente que entre los estudios y la iniciación de un contrato se debe deteriorar la vía por el continuo tráfico, además por los otros factores que el recurrente menciona, tales como el clima e incluso el desmonte del Distrito de Obras Públicas; sinembargo, en nada justifica el prematuro deterioro de la carpeta asfáltica.

4. Lo verdaderamente planteado tanto en el informe de la firma Jorge Paz y Cia., como en las comunicaciones de la Interventoría, son las variaciones en granulometría, porcentajes de asfalto, bajas compactaciones, equipos dañados o trabajos deficientemente complementados.

5. El no recibo del sector deteriorado por parte del Director del Instituto Nacional de Vías Regional Nariño, como se ha venido manifestando, fue la imposibilidad de poder determinar tramos de longitud apreciables sin fallos. En caso contrario se hubiera recibido, dejando por fuera los sectores o tramos en mal estado.

6. Respecto a este ítem la firma interventora sostiene que "La destrucción instantánea no podemos afirmarlo ni negarlo, porque no está establecido en el informe de la firma Jorge Paz y Cia. Lo cierto es que existe una recomendación de un mayor espesor, para cumplir con el período de diseño de 10 años".

(...)

2) OBSERVACIONES CONSIGNADAS POR EL CONTRATISTA DENTRO DEL TEXTO DEL ACTA DE RECIBO DEFINITIVO DE LA OBRA DEL CONTRATO No. 1007/94, NO RESUELTAS POR EL INVIAS.

Con relación a la suspensión del parcheo debido a circunstancias ajenas a las partes contratantes, la firma interventora manifiesta que "El contratista debe disponer de todas las materias primas, elementos y equipos que requiere el Contrato y mantener los depósitos necesarios para garantizar la continuidad de las obras. La imprevisión, no exonera al Contratista, de la responsabilidad de hacer las reparaciones exigidas para la entrega definitiva del Contrato, máximo cuando el plazo dado por el INV, fue suficientemente amplio".

Respecto al segundo ítem, como ya se explicó ampliamente, los daños estaban ubicados a todo lo largo del sector, sin diferenciar tramos aceptables de más de 100 mts. Las caídas de aceite y combustible de los vehículos que transitan la vía y el uso de gasolina o ACPM empleado en la lavada de repuestos de vehículos varados, son eventuales y sus características difieren totalmente de los daños relacionados por Interventoría y el Administrador Vial.

Frente al tercer aspecto planteado por el recurrente, se considera que toda obra adicional o en mayor cantidad de la contratada debe ser autorizada por el Instituto Nacional de Vías. "La Interventoría no conoce cuál fue la obra ejecutada y el Contratista no se presentó ni antes, ni en la visita previa, ni en el recibo definitivo la relación y la autorización de estas obras. La solicitud del peaje fue formulada por el Contratista en dos oportunidades y en las dos la Interventoría dio su concepto desfavorable.

3) FALTA DE COMPETENCIA DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS PARA LIQUIDAR EL CONTRATO No. 1007 DE 1994

(...)

Jurisprudencialmente y de conformidad con el Artículo 136 del Código de lo Contencioso Administrativo, la caducidad para la acción contractual, es de 2 años. Sin embargo, este Artículo fue modificado por la Ley 446 de 1998, Literal d) Numeral 10, estableciendo el término de veintiocho (28) meses como máximo para liquidar un contrato después del vencimiento; término durante el cual el Instituto procedió a liquidar el mencionado contrato.”

4. Análisis de los cargos de nulidad.

Ahora bien, de acuerdo con la demanda y el recurso de apelación presentados por la parte actora, corresponde a la Sala resolver los siguientes cargos contra la demandada liquidación unilateral que efectuó el Instituto Nacional de Vías: **i)** incompetencia del INVIAS para liquidar unilateralmente el contrato por vencimiento del término; y **ii)** incompetencia del INVIAS para incluir en la liquidación unilateral el cobro de perjuicios.

4.1. Sobre la incompetencia del INVIAS para liquidar unilateralmente el contrato por vencimiento del término. Señaló la sociedad demandante que al haber terminado el plazo de ejecución del contrato el 7 de septiembre de 1996, el término de dos (2) años se venció el 7 de septiembre de 1998, por lo que la Resolución No. 006626 del 15 de diciembre de 1998 se expidió cuando la entidad demandada ya había perdido la competencia para ello.

Pues bien, en cuanto corresponde a la oportunidad o el plazo establecido para la realización o adopción de la *liquidación* de un contrato de la Administración Pública, importa destacar que el Decreto-ley 222 de 1983 no precisó tiempo alguno dentro del cual debía agotarse dicha etapa, vacío legal que fue satisfecho por vía jurisprudencial cuyos lineamientos fueron recogidos posteriormente por la Ley 80 de 1993, en sus artículos 60 y 61, normas que posteriormente complementó la Ley 446 de 1998 mediante lo dispuesto en su artículo 44, numeral 10, letras b), c) y d).

En este orden de ideas, inicialmente la Jurisprudencia señaló un término de cuatro (4) meses, contados desde la terminación del contrato; más tarde precisó que el procedimiento para la liquidación del contrato debía cumplirse en un plazo de seis (6) meses, así: cuatro (4) meses para la liquidación por mutuo acuerdo y dos (2) meses adicionales para efectuar la liquidación de manera unilateral por parte de la

Administración Pública. Al respecto la Jurisprudencia de la Sala sostuvo lo siguiente:

“Está probado en el proceso que el contrato por el cual se demanda fue celebrado en el año de 1991, y que su ejecución se inició el 3 de mayo del mismo año -según acta suscrita por las partes del contrato, que obra a fl. 282 del C. 1-

“Por este sólo aspecto es posible deducir que la norma legal aplicable al contrato es el Decreto 222 de 1983 -con el correspondiente Código Fiscal que lo adoptó-, ley vigente la momento de sus celebración.

También se encuentra probado que, con el “Acta de recibo material de obra”, suscrita el 13 de septiembre de 1991 -fl. 90 C. 1-, se hizo constar que había concluido la ejecución del contrato, desde el punto de vista de las obligaciones pactadas. Expresamente dice este documento que las partes se reunieron:

“(…)

“Siendo así las cosas, a partir de este momento se debe empezar a contar el plazo de liquidación del contrato, y a partir de éste el de caducidad de la acción, teniendo presente que para el momento de la celebración del contrato -e incluso de la ejecución del mismo- este plazo era de dos (2) años, contados a partir de la fecha en que debió liquidarse el contrato, dando aplicación al artículo 136 del CCA., vigente para ese año.

“La dificultad que existía, en vigencia del decreto 222 de 1983, debido a que no contemplaba un plazo para realizar la liquidación del contrato de obra, hizo que la jurisprudencia de esta Corporación definiera el tema de la siguiente manera -sentencia de 30 de agosto de 2001, Rad. No. 50001-23-31-000-1999-6256-01(16256)-:

“La Sala ha precisado con fundamento en la ley, que el término de caducidad de las acciones contractuales se cuenta a partir de la fecha en que se produce o debió producirse la liquidación del contrato. Así, en sentencia del 8 de junio de 1995, expediente No. 10.634 señaló: ‘En materia contractual habrá que distinguir los negocios que requieren de una etapa posterior a su vigencia para liquidarlos, de aquellos otros que no necesitan de la misma. En éstos, vale decir, para los cuales no hay etapa posterior a su extinción, cualquier reclamación judicial deberá llevarse a cabo dentro de los dos años siguientes a su fenecimiento. Para los contratos respecto de los cuales se impone el trámite adicional de liquidación, dicho bienio para accionar judicialmente comenzará a contarse desde cuando se concluya el trabajo de liquidación, o desde cuando se agotó el término para liquidarlo sin que se hubiere efectuado, bien sea de manera conjunta por las partes o unilateralmente por la administración...”⁷

⁷ Original de la Sentencia en cita: “En el mismo sentido ver sentencia de 31 de octubre de 2001. Rad. No. 25000-23-26-000-1991-7666-01(12278).”

“Encuentra la Sala que, en el contrato No. 010 de 1991, se acordó, en la cláusula 17, que “una vez cumplidas las obligaciones surgidas del presente contrato... se procederá a su liquidación por parte del FOSOP mediante actas en las que constarán las respectivas diligencias, las sumas de dinero recibidas por el contratista y las cantidades de obra ejecutadas por él...”

Y más adelante se agrega, en el párrafo de esta misma cláusula, que “Si no hubiere acuerdo para liquidar el contrato, se tendrá en firme la liquidación que mediante resolución motivada elabore la entidad contratante...”

“Esta cláusula refleja de manera clara i) que este contrato es de aquellos que requerían liquidación, y, de otro lado, ii) que no se estableció plazo alguno para realizarla, de manera que frente a esta situación aplican perfectamente los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sección Tercera -para los contratos regidos por el decreto 222 de 1983-, la cual ha dicho al respecto que:

“La jurisprudencia de la Sala se había encargado de señalar como término plausible para que la administración liquidara el contrato el de cuatro meses: dos meses a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aportara la documentación requerida para la liquidación y dos para que el trabajo se realizara por mutuo acuerdo. Vencido el último, la administración debía proceder a la liquidación unilateralmente mediante resolución debidamente motivada (sentencia del 29 de enero de 1988, expediente 3615)⁸.

*“También ha precisado la Sala que dicho término no es perentorio, vale decir, que **pasados ahora 6 meses** de haberse vencido el plazo del contrato sin que éste se haya liquidado no se pierde competencia para hacerla. Pueden practicarla los contratantes por mutuo acuerdo o la administración unilateralmente, ya que el fin último es que el contrato se liquide y se definan las prestaciones a cargo de las partes...”⁹*

“Aplicada la anterior posición jurisprudencial al caso concreto, encuentra la Sala que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, pero con la precisión que pasa a hacerse.

“Para el Tribunal el cómputo de los términos que hizo para llegar a la conclusión de que había caducado la acción fue el siguiente: A partir de la fecha del recibo de las obras se deben contar 2 meses para intentar la liquidación bilateral del contrato, 2 meses para realizar la liquidación unilateral del contrato y si no se hizo la liquidación en esos plazos,

⁸ Original de la Sentencia en cita: “La ley 80 de 1993 recogió esta pauta jurisprudencial al establecer en el artículo 60 que el término para liquidar el contrato debe fijarse ‘en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o la fecha del acuerdo que la disponga”.

⁹ Original de la Sentencia en cita: “Sentencia de 16 de agosto de 2001. Rad. No. 25000-23-26-000-1996-4384-01(14384).”

entonces se deben contar desde allí los 2 años para presentar la demanda. En otras palabras, para el Tribunal el plazo para intentar la liquidación del contrato es de 4 meses.

“Para la Sala se debe corregir este aspecto de la sentencia, para indicar, en su lugar, que el plazo que estableció la jurisprudencia, para liquidar un contrato regido por el Decreto-Ley 222 de 1983, es de 4 meses para intentar la liquidación bilateral, si lo anterior no se hace la administración cuenta con un plazo de 2 meses para que realice la liquidación unilateral -para un total de 6 meses-, y si esto tampoco se realiza a partir de allí se cuentan los 2 años de caducidad de la acción.”¹⁰

También señaló la jurisprudencia que aunque el término para adelantar la liquidación no era perentorio, vale decir que bajo esa normatividad no se perdía la competencia por razón del tiempo para liquidar el contrato a pesar de que hubieren transcurrido los referidos seis (6) meses siguientes al vencimiento del plazo contractual, dicha *“facultad subsiste sólo durante los dos años siguientes al vencimiento de esa obligación, que no es otro que el término de caducidad para el ejercicio de la acción contractual”*¹¹.

No obstante, en la Sentencia proferida por la Sala el 4 de diciembre de 2006 se afirmó que en el marco de los plazos establecidos por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y la letra d) del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44, numeral. 10, letra d) de la Ley 446 de 1998, la Administración Pública perdía la competencia para efectuar la liquidación unilateral del contrato dentro de los dos (2) años siguientes, en consideración a que dichos plazos tenían un carácter preclusivo:

“Ahora bien, si la entidad estatal contratante no efectúa la liquidación unilateral dentro del mencionado término de dos (2) meses, siguientes al vencimiento del plazo acordado o legalmente establecido para la procedencia de la liquidación conjunta, ha de concluirse que aquella pierde competencia por razón del factor temporal -ratione temporis-, puesto que el aludido plazo legal de dos (2) meses es preclusivo en la medida en que la propia ley consagra una consecuencia en relación con su vencimiento, consistente en trasladar dicha competencia al juez del contrato y autorizar entonces al respectivo interesado -que podrá ser la propia entidad contratante o el particular contratista- para que a partir del vencimiento de dicho plazo pueda demandar la

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de noviembre 10 de 2005, Radicado 13.748, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2001. Expediente 14.384, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

*realización de liquidación ante el juez del contrato, de conformidad con el texto de la norma en cita [parte final de letra d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.]...*¹²

No obstante lo anterior, la Ley 1150 de 2007 introdujo una modificación normativa que obliga a la Sala a retomar la postura anterior de la propia Sección Tercera del Consejo de Estado, según la cual la liquidación del contrato puede adoptarse de manera bilateral o unilateral aun cuando se hubieren cumplido los plazos previstos previamente, siempre que la misma se realice dentro del término de caducidad de la correspondiente acción contractual. Así reza el artículo 11 de la Ley 1150:

“ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. *La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.*

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.”

Precisado lo anterior y retomando el asunto que centra la atención de la Sala se advierte que el plazo para liquidar el contrato fue estipulado por las partes en la cláusula vigésima segunda del contrato del contrato No. 1007 de 1994, según los siguientes términos y condiciones (folio 80 cuaderno 1):

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA: LIQUIDACIÓN.- *El presente contrato será objeto de liquidación de conformidad con los Artículos*

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 15.239.

60 y 61 de la Ley 80 de 1993, procedimiento que deberá efectuarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su vencimiento o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que la disponga y se realizará de conformidad con lo previsto en la resolución 006495 del 30 de Agosto de 1994 proferida por el INSTITUTO, la liquidación del contrato se iniciará a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a la ocurrencia de los eventos señalados anteriormente. **PARÁGRAFO PRIMERO:** Para la liquidación, se exigirá al CONTRATISTA la ampliación de las garantías, si es del caso, a fin de avalar las obligaciones que éste deba cumplir con posterioridad a la extinción del presente contrato. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** Si el CONTRATISTA no se presenta para efectos de la liquidación del contrato o la partes no llegan a ningún acuerdo, el INSTITUTO procederá a su liquidación, por medio de resolución motivada susceptible del recurso de reposición.”

Según lo estipulado en la cláusula transcrita, encuentra la Sala que las partes convinieron que la liquidación por mutuo acuerdo se efectuaría dentro de los cuatro (4) meses siguientes al vencimiento de la ejecución del contrato, plazo discriminado de la siguiente manera: **i)** dos meses a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aportara la documentación requerida para la liquidación y **ii)** dos meses para efectuar el trabajo de liquidación. En estas condiciones, teniendo en cuenta que el vencimiento del plazo de ejecución del contrato se produjo el 7 de septiembre de 1996 y que las partes acordaron liquidar el contrato dentro de los cuatro (4) meses siguientes, el término para liquidar por mutuo acuerdo el contrato se vencía el 7 de enero de 1997.

Comoquiera que no fue posible la liquidación del contrato en mención por mutuo acuerdo, debía proceder entonces el INVIAS a la liquidación unilateral, según lo pactado en el contrato. Aunque en la cláusula no se estipuló un plazo para efectuarla resulta aplicable el criterio que esta Corporación sostenía desde la vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, es decir, dos (2) meses contados a partir del vencimiento de los cuatro (4) meses inicialmente convenidos para la liquidación bilateral, aceptando el argumento de la parte actora, según el cual, tanto para la época de celebración del contrato como para la época en que debía iniciarse la liquidación del mismo no estaba vigente, porque no había sido expedida siquiera, la Ley 446 de 1998. Es así como el INVIAS podía liquidar el contrato unilateralmente entre el 7 de enero y el 7 de marzo de 1997. Una vez fenecido este último plazo comenzaba a contarse el término de dos (2) años para que la entidad demandada mantuviera la competencia para liquidar el contrato, en el caso concreto, entre el 7 de marzo de 1997 y el 7 de marzo de 1999, por tanto ha de precisarse que la Resolución No. 006626 del 15 de diciembre de 1998 fue

proferida en término. En este sentido, incurre en un error la sociedad demandante al contabilizar el término de dos (2) años desde el vencimiento del plazo convenido para la ejecución del contrato.

Incluso, si en gracia de discusión se aceptara que el término inicial de cuatro (4) meses comprendía tanto la liquidación bilateral como la unilateral, aún en ese escenario se tendría que el plazo de dos (2) años se habría extendido desde el 7 de enero de 1997 hasta el 7 de enero de 1999, lo cual indica, sin hesitación alguna, que el INVIAS, en cualquiera de tales hipótesis, tenía competencia para expedir el acto administrativo de liquidación unilateral objeto de esta demanda.

En consecuencia, el cargo no prospera.

4.2. Sobre la incompetencia del INVIAS para incluir en la liquidación unilateral el cobro de perjuicios derivado del incumplimiento del contrato.

Considera la parte actora que la entidad demandada carecía de competencia para incluir en la liquidación unilateral el cobro de perjuicios derivados del incumplimiento de la calidad de la obra.

En primer lugar, advierte la Sala que el contrato celebrado se suscribió el 30 de diciembre de 1994, por lo cual se encuentra regulado en su integridad por la Ley 80 de 1993, sin incluir las modificaciones contenidas en la Ley 1150 de 2007, atendiendo a lo preceptuado en el inciso primero del artículo 38 de la Ley 153 de 1.887, por cuya virtud *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.”*

En este orden de ideas, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 es la norma aplicable para el contrato objeto de análisis, en cuanto regulaba la oportunidad y contenido de la liquidación de los contratos estatales en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 60. DE SU OCURRENCIA Y CONTENIDO. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

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

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

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.”

Por su parte, el artículo 61 disponía sobre la liquidación unilateral lo siguiente:

“ARTÍCULO 61. DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición”.

Del contenido de las normas legales que se dejan transcritas, destacan los siguientes aspectos: **i)** la obligatoriedad de liquidar los contratos de ejecución sucesiva y aquellos que lo requieran; **ii)** la facultad que asiste a las partes para liquidar los contratos de común acuerdo; **iii)** el plazo que la ley contempla en favor de las partes para que puedan liquidar el contrato de mutuo acuerdo, que no es otro que el previsto en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación, bien sea que ésta se haya producido de manera normal o anormal; **iv)** la ley faculta también a las partes para que, en la etapa de liquidación, de común acuerdo procedan a realizar los ajustes y reconocimientos económicos a que hubiere lugar y resuelvan las controversias suscitadas en el contrato, con el propósito de que puedan declararse a paz y salvo por todo concepto; **v)** el carácter subsidiario de la liquidación unilateral, pues sólo en el evento de que fracase la liquidación bilateral por falta de acuerdo entre las partes o ante la inasistencia del contratista particular, la Entidad Estatal contratante adquirirá competencia para declarar la liquidación final del contrato, mediante acto administrativo.

Ahora bien, tal como lo puso de presente la Jurisprudencia de la Sala, Ley 80 de 1993 no otorgaba competencia a las Entidades Estatales Contratantes para declarar el incumplimiento del contratista particular, cuestión que, según las

normas legales antes referidas tampoco podía realizarse en el acto administrativo de liquidación unilateral.

En efecto, sobre este asunto la Sala tuvo oportunidad de precisar que, salvo en el supuesto de caducidad del contrato, las entidades estatales carecían de competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y ordenar el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías, debiendo en tal evento acudir forzosamente al Juez del contrato estatal:

“EN CUANTO A LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO toda vez que la ley 80 de 1993 no otorga competencia a la Administración para declarar el incumplimiento del contratista; sólo erige este hecho como supuesto de la declaratoria de caducidad del contrato condicionado a que “afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización” (art. 18). Por ello se encuentran infringidos abiertamente los artículos 6 y 121 constitucionales relativos, respectivamente, a que “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” y a que “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

Por lo tanto no se comparten los argumentos del Tribunal, alusivos, de un lado, a que sería necesario hacer un estudio jurídico y probatorio para determinar si el acto acusado quebranta esas disposiciones, toda vez que el contenido de la ley 80 de 1993 revela la inexistencia de competencia para declarar el incumplimiento y que el incumplimiento del contratista es sólo uno de los supuestos de hecho para declarar la caducidad del contrato, siempre y cuando tal incumplimiento sea cualificado en la forma prevista en el artículo 18 ibídem. De otro lado, tampoco se participa del criterio según el cual el artículo 4 de la ley 80 (num 2) autoriza la declaratoria del incumplimiento cuando establece como deber y derecho de las entidades públicas el adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar. Y no se participa de ello porque no puede asimilarse ese deber a una competencia para declarar el incumplimiento, toda vez que la misma disposición precisa que las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias están condicionadas a las que **hubiere lugar**, según la misma ley 80, que pueden o ser las consecuenciales a los actos administrativos dictados con base en competencia expresa administrativa, las que se obtengan con base en declaración judicial o en mecanismos alternativos de solución de conflictos.”¹³

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de febrero de 2005, exp. 25.765, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

En consecuencia, en el asunto que centra la atención de la Sala resulta evidente que los actos administrativos que contienen la liquidación unilateral del contrato de obra celebrado con INDUMEZCLAS LTDA., se encuentran parcialmente viciados de nulidad en cuanto para ese momento la entidad demandada se atribuyó equivocadamente la facultad de establecer unilateralmente la responsabilidad de su contratista y adicionalmente tasar los perjuicios sin que se trate del ejercicio de la potestad excepcional consistente en la declaratoria de caducidad administrativa del contrato.

En este punto debe aclarar la Sala que el marco jurídico señalado era el que se encontraba vigente al momento de la celebración, ejecución y liquidación del contrato objeto de juzgamiento, de conformidad con los dictados del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, por tanto, con las determinaciones que mediante este fallo se han de adoptar no se desconoce la modificación hoy vigente que introdujo en el régimen legal el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, por cuya virtud se facultó nuevamente a las Entidades Estatales para imponer multas y declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria¹⁴.

De igual manera, esta decisión no altera de manera alguna la postura Jurisprudencial de la Sala respecto de la competencia que les asiste a las entidades estatales contratantes para declarar unilateralmente la existencia de la obligación derivada del contrato de seguro, declaratoria que necesariamente involucra o versa sobre la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, asunto por completo diverso al que constituyó el objeto de esta litis. Así, se afirmó en la sentencia proferida el 22 de abril de 2009, expediente 14667:

“La situación se torna diferente en tratándose de garantías de cumplimiento constituidas en favor de entidades públicas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, así que el citado artículo 1077 no es de aplicación estricta, puesto que no es ante la compañía aseguradora que el asegurado o beneficiario de la póliza -entidad estatal- discute la existencia del siniestro y el monto del perjuicio o daño causado, tal como quedó ampliamente expuesto en el acápite anterior, sino que la entidad pública asegurada a términos del artículo 68, numerales 4º) y 5º) del C.C.A., tiene la potestad de declarar unilateralmente la existencia de

¹⁴ Ley 1150 de 2007, artículo 17: “El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y el deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones (...) Así mismo, podrá declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.” (Se subraya)

la obligación derivada del contrato de seguro, declaratoria que necesariamente involucra o versa sobre la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, ya que de lo contrario no surge la obligación a cargo de la aseguradora, pues como ya se anotó, para que ello ocurra, según lo dispone el artículo 1077 del C. de Co, deberá establecerse la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, en tratándose de seguros de daños.

Cabe agregar que el artículo 68 del C.C.A., define las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo, es decir que reúnen las características de ser claras, expresas y exigibles, entre las cuales se encuentran las que se derivan de las garantías que otorgan los contratistas en favor de las entidades públicas, una vez que mediante acto administrativo se declare la existencia de la obligación, declaratoria que necesariamente debe versar sobre el monto de la obligación, pues de lo contrario no podría conformarse el título ejecutivo con las características que debe revestir la obligación que presta mérito ejecutivo.

Es decir que la entidad pública asegurada, tiene la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo en el cual, conforme a la norma en cita, deberá determinarse la cuantía del daño causado, al margen, incluso, de que la compañía de seguros no comparta su decisión, inconformidad que puede hacer manifiesta mediante los recursos previstos en la ley y posteriormente, si es del caso, por vía judicial.¹⁵

En consecuencia, se declarará la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 006626 del 15 de diciembre de 1998 y 001217 del 5 de abril de 1999, en cuanto en tales actos administrativos se tasaron los “daños presentados en obra, según Memor. SCT-24474 del 10 de Septiembre/98, suscrito por la Subdirectora de Construcción”, por valor de \$2.608'662.383,24.

5. Del cumplimiento del contrato e indemnización de perjuicios.

En las pretensiones de la demanda se solicitó que se declare que el contratista cumplió con el contrato de obra No. 1007 de 1994 y que los daños de la obra fueron producto de hechos ajenos al contratista, sin embargo, de las pruebas recaudadas en el proceso, especialmente los testimonios y el dictamen pericial, se desprende que la obra presentó un prematuro deterioro de la carpeta asfáltica, atribuible al contratista.

Por lo tanto, no se accederá a dicha pretensión de conformidad con los dictados del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según los cuales **“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el**

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14.667, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

efecto jurídico que ellas persiguen". Así pues, se tiene que en esta materia la parte demandante no cumplió con la carga¹⁶ probatoria que le asigna la norma legal en cita. Idéntica consideración debe efectuarse respecto de los perjuicios reclamados y de los cuales no se encuentra medio de convicción alguno que demuestre su existencia.

6. Condena en costas.

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

F A L L A

PRIMERO.- REVOCAR la Sentencia proferida el quince (15) de febrero de dos mil dos (2002), por el Tribunal Administrativo de Nariño.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 006626 del 15 de diciembre de 1998 y 001217 del 5 de abril de 1999 en cuanto en dichos actos se tasaron los *"daños presentados en obra, según Memor. SCT-24474 del 10 de Septiembre/98, suscrito por la Subdirectora de Construcción"*, por valor de \$2.608'662.383,24.

¹⁶ Al respecto, conviene recordar de manera más detallada lo expuesto por el tratadista Devis Echandía respecto de dicho concepto: *"Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones."* DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: *"De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: "carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables."* Ídem. pág 406.

TERCERO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO.- Sin condena en costas.

QUINTO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA