

**ACCION CONTRACTUAL - Recurso de apelación / RECURSO DE APELACION EN ACCION CONTRACTUAL - Jurisdicción y competencia / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Conoce de las controversias originadas en los contratos estatales / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Le corresponde juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. Artículo 1 de la Ley 1107 de 2006**

Esta Corporación también es competente para conocer del recurso de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, que prescribe que la jurisdicción que conoce de las controversias originadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la de lo contencioso administrativo. Adicionalmente, el art. 82 CCA. -modificado por el artículo 1 de la Ley 1.107 de 2006-, establece que esta misma jurisdicción está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1107 DE 2006 - ARTICULO 1 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 75 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - 82

**CLAUSULA COMPROMISORIA - Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado / CLAUSULA COMPROMISORIA - Finalidad. Fundamento / RENUNCIA A LA CLAUSULA ARBITRAL - Efectos. Competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo / CLAUSULA COMPROMISORIA - Renuncia expresa / CLAUSULA COMPROMISORIA - Renuncia tácita / CLAUSULA ARBITRAL - Derogación**

Es claro –tanto en la doctrina como en la jurisprudencia-, que la cláusula arbitral - así como el compromiso-, producen falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para decidir un conflicto, pues el efecto natural de dicho pacto es excluir a las partes de la justicia que la ley asignó anticipadamente para resolver las diferencias que surjan entre los contratantes. No obstante, una increíble cualidad del derecho, donde la autonomía de la voluntad juega un papel decisivo, y que se expresa en una materia signada y caracterizada por las normas de orden público, tiene que ver con la posibilidad de las partes de un contrato de renunciar a la justicia común, para entregarse a una justicia especial. Cuando esto ocurre el juez competente pasa a ser el arbitral y deja de serlo, en condiciones normales, la jurisdicción de lo contencioso administrativo. A juzgar por estas ideas, se tendría que confirmar lo apelado, por falta de jurisdicción, toda vez que la cláusula 22 del contrato dispuso que las diferencias que surgiera entre las partes sería dirimida por un tribunal de arbitramento, y resulta que en este caso la demanda se presentó y tramitó hasta esta instancia en la justicia administrativa. Sin embargo, la Sala recuerda que en situaciones como estas la jurisprudencia ha establecido que aun cuando se haya pactado una cláusula compromisoria en un contrato estatal, si las partes acuden - pese al pacto- a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que renuncian a la cláusula arbitral o al compromiso, y por ende la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede asumir competencia. A esta actitud silenciosa, pasiva o tácita que asumen las partes en el proceso, es decir, al hecho de que una de ellas presente la demanda y la otra asista al proceso sin excepcionar la falta de jurisdicción, la jurisprudencia le ha asignado el efecto de derogar la cláusula arbitral. En otras palabras, se trata de la asignación de un efecto al silencio de las partes, atribuyéndose a su conducta y a su comportamiento el efecto de derogar la cláusula arbitral, para retornar al juez natural.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de abril de 1992, M.P. Eduardo

García Sarmiento y del 17 de junio de 1997, exp. 4781. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 18 de marzo de 1998, exp. 14097 y sentencias de: 22 de abril de 2009, exp. 29699; 4 de octubre de 2003, exp. 10.883; 16 de junio de 1997, exp. 10882, 29 de enero de 1998, exp. 13070, 26 de febrero de 2004, exp. 25094 y del 16 de marzo de 2005, exp. 27934.

**CLAUSULA ARBITRAL - Así se haya pactado, se puede acudir a la justicia administrativa. Supuestos / RENUNCIA A LA CLAUSULA ARBITRAL - Efectos**

En aquellos supuestos en que un contrato estatal contemple una cláusula arbitral, esto no impide a las partes acudir a la justicia administrativa, para que dirima el conflicto que antes deseaban resolver ante la justicia arbitral. Para estos efectos es posible: i) suscribir un nuevo acuerdo derogando la cláusula arbitral o, simplemente, ii) demandar ante la justicia administrativa y también dejar de contestar la demanda o contestarla sin proponer la excepción de falta de jurisdicción. De otro lado, y en el sentido del segundo supuesto analizado, se entiende que cuando no se alega la falta de jurisdicción las partes renuncian a la justicia arbitral, reasumiendo la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad para conocer del conflicto. En este evento, el silencio de la parte demandada puede provenir de una de estas dos conductas posibles: i) contestar la demanda sin proponer la excepción correspondiente o ii) abstenerse, incluso, de contestar la demanda, y de intervenir en el proceso, comportamiento que hace entender que también renuncia a la justicia arbitral. Aplicadas estas ideas al caso concreto, encuentra la Sala que la parte actora, con conocimiento, desde luego, de que había pactado una cláusula arbitral, presentó la demanda ante esta jurisdicción, actitud que, se reitera en esta ocasión, equivale a renunciar, pero sólo de su parte, a la justicia especial, para regresar a la administrativa. No obstante, y de otro lado, la entidad estatal contratante –el Departamento de Caldas- contestó la demanda y propuso la excepción de falta de jurisdicción, de manera que no dejó pasar la oportunidad que le concede la jurisprudencia para proponerla, comportamiento que equivale a no renunciar a la cláusula arbitral, en razón a que teniendo la oportunidad para excepcionar efectivamente lo hizo.

**RENUNCIA TACITA DE LA CLAUSULA COMPROMISORA - No implica el desistimiento de la conciliación prejudicial / RENUNCIA TACITA DE LA CLAUSULA ARBITRAL - No implica el desistimiento de la conciliación prejudicial / DESEO DE CONCILIAR - No deroga la cláusula arbitral**

El hecho de que se hubiera intentado una conciliación prejudicial, de común acuerdo o no con la parte actora, de ninguna manera significa que se desistió de aquél mecanismo alternativo de solución de conflictos, porque lo uno no se opone a lo otro, es decir, que el esfuerzo de conciliar nunca deroga la cláusula arbitral – salvo pacto expreso en contrario-; entenderlo de otra manera restringe y reduce casi hasta la extinción la posibilidad de conciliar un conflicto –que es lo ideal- cuando se pacta un acuerdo arbitral, lo que desnaturaliza el propósito que busca la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

**LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE LIQUIDA UNILATERALMENTE UN CONTRATO ESTATAL - Naturaleza jurídica y jurisdicción / ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE INCORPORAN EL EJERCICIO DE PODERES EXORBITANTES - Los arbitros no pueden pronunciarse sobre su validez / LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Es un poder exorbitante. Línea jurisprudencial**

Los árbitros no se pueden pronunciar sobre la validez de los actos administrativos, que incorporan el ejercicio de poderes exorbitantes: la liquidación unilateral del contrato, decisión que sólo puede juzgar la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos términos, se precisa que la naturaleza jurídica de un acto administrativo no se determina por la forma que tenga o adopte –verbal, escrita u otra- ni por el nombre que en cada caso le adjudique la administración –resolución, decreto, circular o comunicación, u otra cualquiera-, sino por su contenido, ajustado a unos requisitos mínimos. En estos términos, el acto administrativo ha sido definido por esta Corporación como la manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de los particulares, expedido en ejercicio de las funciones administrativa, o de control o electoral, que produce efectos jurídicos. Cualquier acto unilateral que satisfaga esa definición tiene la naturaleza de administrativo, y su control corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, si se dicta con fundamento en una exorbitancia del Estado, tal como lo tiene acordado la jurisprudencia. Por tanto, no hace parte de esta noción el hecho de que la decisión conste en un documento formal, denominado resolución, decreto u otro, y mucho menos que no pueda estarlo en una “comunicación”. Lo determinante es que se trate de una decisión que produzca efectos jurídicos, y en el caso concreto no cabe la menor duda de que las resoluciones demandadas constituyen actos administrativos, expedidos de manera unilateral, puesto que esta razón fue la base argumentativa para declarar el estado económico del negocio, y produjo efectos jurídicos porque lo finiquitó. (...) En los términos de la línea jurisprudencial descrita, la anterior Sala de la Sección Tercera –compuesta por cinco integrantes-, cuya jurisprudencia deben seguir las Subsecciones actuales, consideró desde antes de entrar a funcionar la nueva organización interna de la Sección –en tres Subsecciones, de tres consejeros cada una-, que la potestad de liquidación unilateral es un poder exorbitante, y por este hecho no es posible que los tribunales de arbitramento conozcan de las controversias derivadas de su contenido, porque se tiene establecido que esa jurisdicción pierde competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos que expresan un poder exorbitante, de manera que, aplicado al caso concreto, si bien las partes del contrato sub iudice pactaron la cláusula compromisoria, también es cierto que el Departamento de Caldas liquidó unilateralmente el contrato, y que en esta ocasión la parte actora no sólo pide que se anulen esas decisiones sino que las demás pretensiones quedaron vinculadas a lo resuelto, y por ese sólo aspecto esta jurisdicción puede conocer del conflicto, como pasará a hacerlo.

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto consultar sentencias de: 13 de mayo de 1988, exp. 4303; 6 de julio de 1995, exp. 8126; 18 de julio de 1997, exp. 10.703; 6 de junio de 1996, exp. 2240; 18 de noviembre de 1999, exp. 10.781; 4 de diciembre de 2002, exp. 22.194; 31 de agosto de 2006, exp. 14.287; 10 de junio de 2009, exp. 36.252; 25 de agosto de 2011, exp. 14.461; 19 de octubre de 2011; exp. 18.082 y de 18 de julio de 2012, exp. 21.483.

**EXCEPCION DE FALTA LEGITIMACION POR PASIVA - Litisconsorte necesario / CALIDAD DE LITISCONSORTE NECESARIO - Desvinculación. Procedencia / LITISCONSORTE NECESARIO - Mandante y mandatario. Improcedencia de vinculación / LITISCONSORTE NECESARIO - Celebración de convenio interadministrativo. Improcedencia de vinculación**

A manera de defensa en este proceso, el INURBE y La Previsora alegaron que no se les debió vincular en calidad de litisconsortes necesarios, porque no suscribieron el contrato de obra de obra pública objeto del litigio, del cual sólo fueron parte el Departamento de Caldas y el consorcio contratista. La Sala considera que les asiste la razón al INURBE y a La Previsora, porque,

efectivamente, ésta no fue parte del contrato objeto de cuestión, y ni siquiera del convenio interadministrativo que suscribieron el Fondo Nacional de Calamidades y el Departamento de Caldas, para construir las 56 viviendas en el municipio de Marmato-Caldas, porque su única función fue la de administrar los recursos de dicho Fondo, así que su actuación se realizó en nombre de éste, y el ordenador del gasto era el Director Nacional para la Prevención y Atención de Desastres. En estos términos, la Fiduciaria actuó como mandataria, y se sabe que en estos casos sus actos no la comprometen, sino que se radican en cabeza del mandante, razón por la que resulta impensable que sea parte de este proceso contractual para responder eventualmente o para resultar afectada con la decisión. De otro lado, el INURBE también debe ser desvinculado de la calidad de litisconsorte necesario, porque si bien celebró un convenio interadministrativo con la fiduciaria La Previsora –ésta, se insiste, en representación del Fondo Nacional de Calamidades-, cuyo objeto era la atención de una calamidad en el municipio de Marmato, declarado como zona de riesgo, e invirtió 870 millones de pesos para reubicar las viviendas, es claro que no le pagaba al contratista que ahora reclama la indemnización. Su relación contractual existió con el Fondo Nacional de Calamidades, y por eso es autónoma con respecto al contrato de obra objeto de este proceso, frente al cual el departamento es el único responsable de los eventuales incumplimientos de su contrato, además de que tampoco expidió los actos administrativos demandados. En estos términos, ni la Fiduciaria ni el INURBE son imprescindibles para dictar sentencia de fondo, en razón a que el vínculo contractual de ellos es autónomo e independiente del contrato de obra - aunque vinculado en cuanto al proyecto de construcción.

**ACCION CONTRACTUAL - Excepción de inepta demanda. Improcedencia / ACCION CONTRACTUAL - Es la procedente para demandar tanto los actos administrativos contractuales como los hechos y demás actuaciones constitutivas de eventual incumplimiento**

El Departamento propuso la excepción de inepta demanda, por habersele dado a las pretensiones el trámite de un proceso diferente al que corresponde, pues se debió ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones que liquidaron el contrato, no la acción contractual. La Fiduciaria también propuso esta excepción, pero no ofreció una explicación clara y comprensible de su alcance, aduciendo simplemente que se ejerció una acción “diferente a la contemplada en la ley 80”. No obstante, la Sala no encuentra razones que conduzcan a su prosperidad, porque la acción contractual es la procedente para demandar tanto los actos administrativos contractuales –la liquidación unilateral del contrato- como los hechos y demás actuaciones constitutivas de eventuales incumplimientos que, en general, se desarrollan durante la ejecución del negocio.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993

**NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 22 de abril de 2009, exp. 15598.

**PRUEBA DEL DAÑO Y PERJUICIOS SUFRIDOS POR UN CONTRATISTA - Deben estar debidamente acreditados / PRUEBA DEL DAÑO - No se demostró / PERJUICIOS SUFRIDOS POR EL CONTRATISTA - No se demostraron**

La Sección ha establecido que la prueba del daño y de los perjuicios sufridos por un contratista, en casos como este, debe estar debidamente acreditada, porque no basta hacer una proyección de la utilidad o de la administración calculada en la

oferta, durante el período de la parálisis de una obra, para deducir automáticamente el monto del perjuicio. Se necesita, por el contrario, cuantificar realmente el patrimonio afectado para condenar a su restablecimiento. (...) En el caso sub iudice -con sobradas razones- ni siquiera se determinó cuál era la capacidad de contratación de cada uno de los miembros del consorcio, para establecer, a continuación, cuánto resultó afectada y de qué manera el mayor plazo –que ni siquiera se demostró fuera imputable a la entidad (recuérdese la mayor ejecución de obra respaldada en un contrato adicional)- incidió negativamente y produciendo un daño indemnizable a los contratistas. De hecho, una cosa es el daño y otra el perjuicio, porque si bien, objetivamente se puede admitir la existencia de aquél, lo inadmisibles de este mismo modo es el perjuicio, comoquiera que bien pudo ocuparse el “K” de contratación y no producir consecuencias desfavorables sobre el patrimonio de los miembros del consorcio contratista, según se explicó en la sentencia citada antes. En estos términos, más pobre aún resultó la prueba del perjuicio reclamado en relación con este aspecto, y por eso se negará la pretensión indemnizatoria. La misma suerte correrán las pretensiones por concepto de perjuicios morales, y de los reajustes no pagados, porque tampoco hay prueba que los acredite; y de los intereses pagados por sobregiro a Bancolombia y a los miembros del consorcio por aportes de capital – se reclaman \$5'172.154,72-, de lo cual no existe prueba, incluso sobre los últimos los peritos declararon lo contrario: “... no fue posible determinar la correspondencia de los sobregiros cancelados a Banco de Colombia por los consorciados y su aplicación a la obra”. En relación con la pretensión anulatoria de los actos por medio de los cuales el Departamento de Caldas liquidó unilateralmente el contrato, no se observa vicio que afecta su validez.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION C**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08021-01(23519)**

**Actor: HERMAN ALBERTO HENAO GARCIA**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE CALDAS**

**Referencia: APELACION SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por los señores: Herman Alberto Henao García, José Dionisio Rodríguez Castellanos y Mauricio Calle Trujillo –en adelante la parte actora, o el Consorcio, o el Consorcio Henao-Rodríguez- contra la sentencia proferida el 11 de julio de 2002, por el Tribunal Administrativo de Caldas -fls. 672 a 697, cdno. ppal.-, en la que se resolvió:

“1. Se declara probada la excepción de ‘cláusula compromisoria’ propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS dentro de la acción contractual instaurada por el Consorcio Henao-Rodríguez... contra el Departamento de Caldas, el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana –INURBE- y la Fiduciaria Previsora SA.

“2. Costas a cargo de los demandantes...”  
(...)

## **ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

Fue presentada por los señores: Herman Alberto Henao García, José Dionisio Rodríguez Castellanos y Mauricio Calle Trujillo, en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales -art. 87 CCA.-, quienes conformaban el Consorcio Henao–Rodríguez y suscribieron con el Departamento de Caldas, el 28 de septiembre de 1995, el contrato de obra pública cuyo objeto fue la construcción de 56 viviendas unifamiliares.

**1.1. Pretensiones:** Se formularon las siguientes –fls. 257 a 259, cdno. 1-: i) que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 269 y 2047, ambas de 1997, por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato; ii) que se declare el incumplimiento del contrato, por hechos imputables al Departamento y se reliquide el mismo; iii) que se conceda el pago de 1000 gramos oro, por concepto de perjuicio morales; iv) que se condene al pago de los mayores costos administrativos, por mayor permanencia en la obra; v) que se reconozcan los mayores costos por variación de los planos y diseños; vi) que se condene al pago de intereses de mora por el pago inoportuno de las actas de entrega parcial; vii) que se condene al pago de los perjuicios recibidos por tener ocupada la capacidad de contratación; viii) que se condene al pago del costo financiero en que incurrieron los contratistas; ix) que se paguen las actas de reajuste Nos. 6, 7 y 8; entre otras pretensiones.

**1.2. Los hechos.** Como fundamento de las súplicas, en la demanda se narraron los siguientes: Luego de un proceso de licitación pública, el Departamento de Caldas le adjudicó al Consorcio Henao-Rodríguez el contrato cuyo objeto fue la construcción de 56 viviendas unifamiliares. No obstante, durante la ejecución se presentaron los siguientes problemas:

a. Señalaron que entre la fecha de suscripción del contrato y la de iniciación, el Departamento modificó algunas especificaciones del mismo, así como el diseño, lo que obligó a cambiar la calidad de los muros de mampostería. Esto, además, varió sustancialmente las cantidades de obra.

b. Sobre las actas de obra y de reajustes de las mismas, reclamaron la demora en el pago, que le generó iliquidez e incertidumbre al consorcio en el avance de la construcción, por la falta de seguridad en obtener el efectivo. Esto produjo dos parálisis en las principales actividades de la obra, no imputables al contratista –pp. 268-.

c. También se alteró el flujo de fondos del proyecto, porque la FIDUCIARIA y el INURBE, que los proveían, modificaron en dos ocasiones lo convenido, generando más caos en el proyecto, lo que dilató el plazo de ejecución. Entre otras cosas, rechazó que los pagos estuvieran sujetos al convenio que el Departamento de Caldas suscribió con las otras dos entidades, de modo que no estaban vinculados a las condiciones de dicho contrato.

d. Sobre las Actas de Reajuste, manifestó que sugirió al Director del ODEPADE una fórmula para calcular los ajustes -teniendo en cuenta que en el contrato se acordó su pago, pero no el método técnico para hacerlo-; sin embargo, el funcionario no contestó y por eso se configuró el silencio administrativo positivo, además de que el interventor liquidó cinco actas conforme a la fórmula propuesta por el consorcio –fl. 271-. Esta decisión no se puede revocar ni desconocer, como lo pretende el Departamento.

e. Los anteriores problemas propiciaron la necesidad de ampliar el plazo del contrato, con la consiguiente disminución del rendimiento del trabajo. Esa ampliación, si bien fue solicitada por el contratista, obedeció a las circunstancias descritas hasta ahora, es decir, imputables a la entidad. Finalmente, la obra se recibió el 11 de septiembre de 1996.

f. Finalmente, mediante la Resolución No. 00269, de febrero 10 de 1997, la entidad liquidó unilateralmente el contrato, declarando deberle al contratista \$10'241.967,06, la que no fue notificada conforme al CCA., y violó el debido

proceso, por ausencia de motivación, además de que no indicó la oportunidad de interponer recursos y su término.

El 9 de mayo de 1997 se resolvió el recurso de reposición contra la anterior decisión, mediante la Resolución No. 2047, confirmándola.

Además, aclaró que en el contrato se pactó la cláusula compromisoria, pero que las partes renunciaron a ella de común acuerdo.

Los anteriores hechos produjeron daños patrimoniales y extra patrimoniales al consorcio, porque el atraso en el pago a sus proveedores y a los bancos le hizo perder reputación y confianza comercial. De esta manera, el *mayor costo administrativo*, por mayor permanencia en la obra –que estimó en 3 meses– ascendió a \$24'174.300 –fl. 294-; el *mayor costo por tratamiento constructivo* ascendió a \$21'076.556,50 –fl. 296-; además, se le debe pagar por la *mora en el pago* de actas de obra y de reajuste –fl. 296-; y el *compromiso de la capacidad de contratación* lo estimó en \$10'000.000; los *intereses pagados por sobregiro* a Bancolombia y a los miembros del consorcio por aportes de capital \$5'172.154,72 –fl. 297-; y los *reajustes no pagados* \$32'795.685.

## **2. Contestación de la demanda**

*2.1. Departamento de Caldas.* Defendió la posibilidad de que los contratos se modifiquen durante su ejecución, porque "... no son camisa de fuerza que obliguen irremediablemente y sin consideración a las partes, en los procedimientos contractuales existe dinámica, la misma que rige la vida misma." –fl. 393, cdno. 1-

En cuanto a las mayores cantidades de obra, declaró que fueron reconocidas y pagadas por la interventoría.

Sobre la mora en el pago, señaló que no era imputable al Departamento, porque "... los dineros no eran desembolsados por el Inurbe de manera rápida y si se hubiera procedido a pagar con cargo a otros rubros del presupuesto se cometería a todas luces una ilegalidad" –fl. 394-, y que en todo caso se pagó a medida que se presentaron las actas de obra –fl. 398-.

Sobre el flujo de fondos del proyecto, describió el procedimiento que tenía la entidad para pagar, y que implicaba: elaborar la “pre acta”, que se suscribía a continuación; luego se presentaba al INURBE una solicitud de desembolso para el pago -en Bogotá-; y finalmente éste giraba el dinero al Departamento, para que le pagara al contratista.

Sobre la ampliación del plazo, indicó que “... es habitual en cualquier tipo de contrato las ampliaciones se produjeron (sic) por las condiciones mismas de la obra no por circunstancias propias o imputables a este Ente territorial.” –fl. 394-

En relación con la liquidación unilateral del contrato, señaló que se notificó por conducta concluyente, porque se interpusieron recursos contra la decisión, además de que el pago que se ordenó a su favor fue rechazado sin causa justificada.

Finalmente, propuso las excepciones de: *falta de jurisdicción*, toda vez que no se renunció a la cláusula arbitral pactada; *cláusula compromisoria o compromiso*, que se pactó en el contrato y no se desistió de ella; *habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde*, en razón a que se debió ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones que liquidaron el contrato y no la acción contractual; *no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios*, comoquiera que el INURBE y la PREVISORA suscribieron un convenio interadministrativo que dio lugar, posteriormente, al contrato de obra, y no fueron citados al proceso.

2.2. LA PREVISORA. La vinculó el Tribunal Administrativo de Caldas, en calidad de *litisconsorte* necesario. Adujo que no es parte del convenio interadministrativo que suscribieron el Fondo Nacional de Calamidades y el Departamento de Caldas, para construir 56 viviendas, ya que su única función fue administrarle los recursos a dicho Fondo, así que su actuación se realizó en nombre de éste, cuyo ordenador del gasto es el Director Nacional para la Prevención y Atención de Desastres.

Añadió que La Previsora elaboró el convenio que vinculó al Departamento y al Fondo en el proyecto de construcción de las viviendas, y que fue aquél quien abrió la licitación para adjudicar ese trabajo, negocio jurídico que luego fue objeto de liquidación unilateral por el ente territorial.

En estos términos, considera que no le son imputables los hechos de la demanda, en atención a que su entidad no es parte del contrato de obra, y porque el ordenador del gasto era el Director Nacional para la Prevención y Atención de Desastres. Por idénticas razones considera que no concurren los presupuestos legales para vincular a esta entidad, en calidad de litisconsorte necesario, puesto que: no fue parte del convenio interadministrativo; y es posible decidir sin su comparecencia al proceso y además no dictó las resoluciones administrativas que liquidaron el contrato.

Finalmente, propuso la excepción de *inepta demanda*, sin ofrecer una explicación clara y comprensible de su alcance, aduciendo que se ejerció una acción “diferente a la contemplada en la ley 80” –fl. 468, cdno. 1-.

2.3. *INURBE*. Lo vinculó el Tribunal Administrativo de Caldas, en calidad de *litisconsorte* necesario. Explicó que celebró un convenio interadministrativo con la Fiduciaria La Previsora –ésta en representación del Fondo Nacional de Calamidades-, cuyo objeto era la atención de una calamidad en el municipio de Marmato –Caldas, declarado como zona de riesgo, y en virtud de esto invirtió 870 millones de pesos para reubicar las viviendas.

Aseguró que los recursos que debía desembolsar con cargo al convenio lo hizo lo más pronto posible, pues el INURBE autorizaba esta gestión a través de La Previsora; pero es claro que aquél no le pagaba al contratista que ahora reclama la indemnización.

Finalmente, se opuso al llamamiento en calidad de *litisconsorte* necesario, porque no tuvo participación en la expedición de los actos administrativos demandados – fls. 517 a 521, cdno. 1-.

### **3. Alegatos**

3.1. El *demandante*, reiteró las razones y hechos expresados en la demanda, pero en esta ocasión se apoyó en las pruebas practicadas, especialmente en los testimonios del interventor, del Jefe de la Oficina de Atención y Prevención de Desastres del Departamento, en la bitácora de obra y en el

peritazgo, que en su criterio demuestran se modificó el alcance de las obras y la mora en el pago de actas –fls. 652 a 658, cdno. 1-.

3.2. *LA PREVISORA* reiteró, en lo sustancial, la posición expresada al contestar la demanda -fls. 644 a 651, cdno. 1-.

3.3. *El Departamento de Caldas* consideró que si algún defecto se presentó en el cumplimiento de las condiciones de pago y de las actas de reajuste, sólo perjudicó a la entidad estatal, quien no le descontó al contratista el anticipo, como lo ordenaba el pliego de condiciones -fls. 659 a 661, cdno. 1-.

3.4. El *Ministerio Público* solicitó se acceda a las súplicas de la demanda, porque se demostró que el Departamento varió las condiciones técnicas del contrato y sus diseños, además de que pagó tarde las actas, lo que se acreditó con la prueba testimonial y la pericial.

Sobre la vinculación al proceso de los dos *litisconsortes*, pide que se mantenga la decisión, toda vez que las otras entidades estaban comprometidas de manera decisiva con el proyecto de construcción de las viviendas. En relación con la excepción de *inepta demanda*, por trámite diferente, indicó que la acción ejercida es la pertinente; y sobre la *falta de jurisdicción*, declara que comparte el criterio del demandante, ya que las partes sí pueden renunciar a la cláusula compromisoria – fl. 663 a 669, cdno. 1-.

#### **4. La sentencia recurrida**

El *a quo* declaró probada la excepción de *falta de jurisdicción*, como quiera que en el contrato se pactó la cláusula compromisoria –cláusula 22-, y no existe prueba de su desistimiento; por el contrario, el Departamento propuso la excepción al contestar la demanda, y el hecho de que las partes hayan intentado una conciliación prejudicial no significa que se renunció al trámite arbitral, como lo sugiere la parte actora –fls. 672 a 697, cdno. ppal.-.

#### **5. El recurso de apelación**

Los miembros del consorcio se mostraron inconformes con la decisión, porque las partes del contrato sí renunciaron a la cláusula arbitral, según se deduce de dos

actuaciones suyas: i) del acuerdo alcanzado para acudir a una audiencia de conciliación para dirimir la controversia, y ii) del hecho de no haber interpuesto el recurso de reposición contra el auto que admitió la demanda en este proceso, de allí que se renunció tácitamente a ella.

De otro lado, señaló que los actos demandados son administrativos, y además producto de una potestad exorbitante, y por tanto la justicia arbitral carece de competencia para dirimir las controversias relacionadas con ellos, para lo cual se apoyó en la jurisprudencia que esta Sección ha producido sobre el tema –fls. 705 a 717, cdno. ppal.-.

## **6. Alegatos de conclusión**

Ni las partes ni el Ministerio público actuaron en esta etapa del proceso.

## **CONSIDERACIONES**

El recurso de apelación se circunscribe a cuestionar la negativa del *a quo* a estudiar el fondo del proceso, aduciendo que se demostró que las partes del contrato suscribieron la cláusula compromisoria y por tanto la justicia arbitral tiene jurisdicción para estudiar la controversia.

La Sala advierte, desde ahora, que revocará la providencia y estudiará de fondo las pretensiones. Para justificar la decisión que se anticipa, la Subsección analizará los siguientes aspectos: i) la competencia por razón de la cuantía para conocer del proceso; ii) la jurisdicción por razón de la cláusula compromisoria; iii) la jurisdicción competente para controlar la legalidad del acto administrativo que liquida unilateralmente un contrato, iv) la excepción de falta de legitimación por pasiva; v) la excepción de inepta demanda, vi) el caso concreto, a partir de lo que se encuentra probado.

### **1. Competencia por razón de la cuantía**

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación presentado por la parte actora, de conformidad con lo previsto en el art. 181 original del decreto 01 de 1984, el cual señalaba que eran apelables las

sentencias de primera instancia de los tribunales administrativos –que superaran las cuantías allí previstas-, esta era la norma vigente en la fecha en que se profirió el fallo y se interpuso el recurso. La demanda se presentó en 1997 en cuya fecha la cuantía mínima para apelar era de \$13.460.000, y una sola pretensión -por concepto de daño emergente-, como la del pago por concepto de “variación de planos y diseños” –fl. 258, cdno. 1- ascendía a \$21'076.556.

**1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado: Consideración preliminar sobre la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer del presente asunto, en razón al hecho de que en el contrato se pactó la cláusula compromisoria.**

Esta Corporación también es competente para conocer del recurso de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993<sup>1</sup>, que prescribe que la jurisdicción que conoce de las controversias originadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la de lo contencioso administrativo. Adicionalmente, el art. 82 CCA. -modificado por el artículo 1 de la Ley 1.107 de 2006-, establece que esta misma jurisdicción está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. En efecto, la norma dispone:

“Artículo 1°. 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.

“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

---

<sup>1</sup> 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.”

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)

Pero el primer aspecto que observa la Sala, es que en el contrato *sub iudice* las partes pactaron la denominada cláusula compromisoria, en virtud de la cual se comprometieron a:

"CLAUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA. Las diferencias que se presenten entre el contratista y la Gobernación de Caldas, que no sean resueltas en común acuerdo entre las partes, serán dirimidas de conformidad con lo estipulado en la ley 80/93, o sea a través de árbitros." -fl. 347, cdno. 2-

En un evento similar al *sub iudice* dispuso la Sección, en la sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 29.699 -la cual se reiterará en esta ocasión-, con ponencia de quien actúa en la misma calidad en esta providencia, que en virtud de este acuerdo podría decirse, en principio, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios donde sea parte una entidad estatal, siempre que -en materia contractual, en particular- no se haya pactado la cláusula compromisoria, como ocurre en el presente caso, en virtud de la cual las partes acuerdan no acudir a dicha jurisdicción para dirimir sus eventuales conflictos, para concurrir, en su lugar, a la justicia arbitral.

En efecto, es claro -tanto en la doctrina como en la jurisprudencia-, que la cláusula arbitral -así como el compromiso-, producen falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para decidir un conflicto, pues el efecto natural de dicho pacto es excluir a las partes de la justicia que la ley asignó anticipadamente para resolver las diferencias que surjan entre los contratantes.

No obstante, una increíble cualidad del derecho, donde la autonomía de la voluntad juega un papel decisivo, y que se expresa en una materia signada y caracterizada por las normas de orden público, tiene que ver con la posibilidad de las partes de un contrato de renunciar a la justicia común, para entregarse a una justicia especial. Cuando esto ocurre el juez competente pasa a ser el arbitral y

deja de serlo, en condiciones normales, la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A juzgar por estas ideas, se tendría que confirmar lo apelado, por falta de jurisdicción, toda vez que la cláusula 22 del contrato dispuso que las diferencias que surgiera entre las partes sería dirimida por un tribunal de arbitramento, y resulta que en este caso la demanda se presentó y tramitó hasta esta instancia en la justicia administrativa.

Sin embargo, la Sala recuerda que en situaciones como estas la jurisprudencia ha establecido que aun cuando se haya pactado una cláusula compromisoria en un contrato estatal, si las partes acuden -pese al pacto- a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que renuncian a la cláusula arbitral o al compromiso, y por ende la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede asumir competencia.

A esta actitud silenciosa, pasiva o tácita que asumen las partes en el proceso, es decir, al hecho de que una de ellas presente la demanda y la otra asista al proceso sin excepcionar la falta de jurisdicción, la jurisprudencia le ha asignado el efecto de derogar la cláusula arbitral. En otras palabras, se trata de la asignación de un efecto al silencio de las partes, atribuyéndose a su conducta y a su comportamiento el efecto de derogar la cláusula arbitral, para retornar al juez natural.

Esta tesis fue expuesta, la primera vez, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de abril de 1992 –MP. Eduardo García Sarmiento. Actor: Transportes Guasca Ltda.- allí se señaló que:

'De acuerdo con el citado artículo 2 del Decreto 2279 de 1989, la cláusula compromisoria, como un acuerdo privado entre las partes, puede ser modificada por éstas en la misma forma que para su establecimiento, esto es por escrito. Por lo tanto el demandante expresó su voluntad en el escrito de demanda al formular las pretensiones relacionadas con el contrato de sociedad y las demandadas la suya con el escrito de contestación y no proponer oportunamente la excepción previa configurada por dicha cláusula compromisoria.

'De esta manera el fundamento de la nulidad que alegan las recurrentes carece de sustento legal, por cuanto se basa en la existencia de la cláusula compromisoria y se dijo arriba que esa

cláusula le da derecho al demandado para proponer la correspondiente excepción previa que, al no proponerla, no puede, según el mencionado artículo 10'0 (sic), alegarla como causal de nulidad.

'De modo que, en este caso no se trata en verdad de falta de jurisdicción sino de que habiendo acordado las partes que las diferencias con ocasión del mencionado contrato de sociedad las someterán a árbitros, de sus efectos podían separarse, como así lo hicieron, la sociedad al presentar el escrito de demanda y las demandadas al contestar por escrito y no proponer la excepción previa que podían alegar oportunamente.

'Así como la voluntad unánime de las partes puede apartarse del cauce personal de solución de los conflictos jurídicos, la misma aun tácitamente expresada pero ciertamente concorde, puede separarse de lo que antes conviene. Inclusive estando constituido el Tribunal de arbitramento las partes pueden de común acuerdo terminarlo como expresa el artículo 43 del citado Decreto 2279, cuando prevé la cesación de sus funciones "por voluntad de las partes."<sup>2</sup>

Obsérvese que en esa ocasión la parte demandada contestó la demanda, pero no alegó la falta de jurisdicción, de manera que entendió la Corte Suprema que su silencio "equivale" a aceptar la jurisdicción ordinaria, o lo que es lo mismo, que renunció a la justicia arbitral.

Esta postura es producto de la inferencia judicial, es claro que la cláusula arbitral existía en el contrato, pero la Corte Suprema dispuso que la conducta procesal asumida tuvo el efecto de derogar dicho pacto. Es más, señaló que fueron las partes quienes por escrito modificaron la cláusula arbitral, pues la demanda es el escrito de una de las partes del contrato y la contestación el de la otra, con lo cual quedó modificado el pacto, "de la misma forma en que lo habían hecho".

El problema que queda latente, entre muchos otros que supone asumir esta postura, es ¿qué pasa en caso de que una de las partes del contrato demande – existiendo cláusula arbitral-, pero la otra no conteste la demanda ni actúe en el proceso?

La argumentación que se viene de reseñar ciertamente carece de justificación para esta hipótesis, no obstante, la misma Corporación resolvió un caso como el planteado y dispuso que la falta de respuesta a la demanda, o en forma extemporánea, también equivale a la renuncia tácita de la cláusula arbitral:

---

<sup>2</sup> Tesis reiterada en otra sentencia de la Sala de Casación Civil, del 17 de junio de 1997 –MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss-.

“... aunque cierto es que en una época se concluyó que para derogar el pacto compromisorio las partes debían suscribir otro documento “de la misma naturaleza en que se consignó dicho pacto”, sin que por ello el silencio pudiese surtir igual efecto (Sent. 17 abril de 1969), posteriormente **esta misma corporación, en fallo proferido el 22 de abril de 1992, consideró que la conducta procesal de los contratantes también puede ser, en un momento dado, signo evidente, si no de una derogatoria general que extienda sus efectos a todos los procesos futuros que puedan llegar a presentarse, sí por lo menos de una ineficacia sobreviniente y aceptada de común acuerdo**, circunscrita en sus efectos al respectivo proceso en curso.

“Se entendió, entonces, que el acto contentivo de ese abandono de la cláusula compromisoria frente a una controversia dada, lo expresan en su conjunto la demanda y su contestación, **para admitir, por ende, el silencio sobre el particular como categórica muestra de una virtual renuncia a hacer uso del pacto arbitral**, apreciación que debe repetirse en el presente caso en el que se cuenta con la demanda respectiva, específicamente encaminada a provocar un pronunciamiento de la jurisdicción ordinaria, y en el que, aunque la excepción previa fundada en la cláusula compromisoria, se presentó por fuera del término previsto por la ley, **es lo cierto que la sociedad demandada fue notificada en legal forma y del silencio que guardó durante el traslado de ley, no queda alternativa distinta a inferir su consentimiento en orden a que el conflicto suscitado se ventile en ese orden jurisdiccional y, por lo tanto, fuera del marco procesal propio del arbitramento.**

“Salta a la vista, en consecuencia, el desacierto de la censura cuando pretende que se declare la nulidad del proceso o, en su defecto, se tenga por probada de oficio la excepción previa de cláusula compromisoria, toda vez que, respecto a la primera hipótesis, no puede ser nulo un proceso en el que las partes, tácitamente, consintieron la actuación ante la jurisdicción ordinaria, lo que deja por fuera también la posibilidad de que opere entonces la pretendida excepción o que se configure la ocurrencia de un error probatorio de hecho derivado de no haber visto el sentenciador la estipulación contractual en que ella se funda y dotado de la necesaria trascendencia decisoria, toda vez que aun cuando llegare a admitirse que en realidad de verdad el Tribunal incurrió en la falta de observación que le imputa el recurso en el tercero de los cargos formulados -cosa que apenas cabe plantear como simple conjetura-, ninguna incidencia había podido tener desacierto semejante en el resultado final del pleito pues por voluntad de los contratantes, partes en el litigio, **la susodicha cláusula arbitral quedó sin efectos en el presente caso.**”<sup>3</sup> (Negrillas fuera de texto)

Esta posición, decididamente, se dirige a mantener la jurisdicción del supuesto específico en la justicia ordinaria, pese a que en el caso concreto se contestó la

---

<sup>3</sup> Sentencia proferida el 17 de junio de 1997, expediente 4781, Corte Suprema de Justicia.

demanda –pero de manera extemporánea- aduciendo la falta de jurisdicción. Se señaló que por no haberse alegado en tiempo oportuno al haberse notificado la demanda, se admitió en consecuencia la jurisdicción civil y se desistió de la arbitral.

Esta postura es aún más rígida y dura que la asumida en la primera sentencia citada, pues en esta ocasión, a la falta de contestación de la demanda, se le dio el mismo efecto admisorio de la jurisdicción, como cuando se contesta pero no se alega la falta de jurisdicción.

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, también se ha referido a este aspecto. Así, por ejemplo, en la sentencia de 16 de junio de 1997 –exp. 10.882- señaló que:

“Al haber acudido la sociedad contratista ante la jurisdicción contencioso administrativa en demanda de nulidad de las decisiones unilaterales de la entidad contratante de que trata este proceso, y pedir que como consecuencia de ello se declare el incumplimiento del contrato por parte de la demandada y se ordene la indemnización de los perjuicios ocasionados, no es posible escindir el conocimiento de las causas asignadas por la ley, en atención al principio de plenitud e integridad de la jurisdicción y de la competencia.

“De tal manera, sería inadmisibles declarar la nulidad de los actos acusados y abstenerse de resolver sobre las peticiones consecuenciales, las cuales se encuentran en evidente relación lógica, bajo el argumento de que su conocimiento es de competencia de una institución contractual de naturaleza y carácter excepcional, y además meramente facultativa de las partes.”

Luego, la misma Sección, en auto de marzo 19 de 1998 –exp. 14.097- señaló que cuando las partes de un contrato con cláusula arbitral acuden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que tácitamente renuncian a la jurisdicción extraordinaria, toda vez que el demandante expresa dicha intención al presentar la demanda y el demandado al no proponer oportunamente la excepción de falta de jurisdicción. En este sentido, indicó que:

“Aplicados los razonamientos anteriores al caso sub-judice, **se tiene que la parte actora al instaurar la presente demanda renunció tácitamente a acudir ante un tribunal de arbitramento con el fin de dirimir cualquier conflicto que se suscitara en la ejecución del contrato No. 430 de 28 de diciembre de 1994, lo mismo**

**sucedió con la parte demandada ya que en la oportunidad pertinente no propuso la excepción de cláusula compromisoria.**

“Si las partes renunciaron en forma tácita a hacer uso de la cláusula compromisoria, no puede la parte demandada proponerla como incidente de nulidad fuera del término que la ley le otorga para contestar la demanda y proponer las excepciones a que haya lugar.”  
(Negrillas fuera de texto)

Obsérvese un dato interesante en esta decisión. La Sala señaló que sólo existe un momento oportuno para alegar la falta de jurisdicción –al contestar la demanda-. De allí que con posterioridad no es posible proponerla, como de hecho trató de hacerlo el demandado en el caso concreto. Esta línea de pensamiento se itera el 4 de octubre de 2003, por parte de la Sección –exp. 10.883-. Se dijo allí que:

“En la cláusula décima novena del contrato 048 de 1987, celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano y el Consorcio Rómulo Tobo Uscátegui - Luis Antonio Mancilla González, se dispuso que las divergencias que se suscitaran en relación con el mismo y que paralizaran o perturbaran la ejecución de las obras se someterían a la decisión de árbitros.

“Con fundamento en la existencia de la citada cláusula compromisoria el Tribunal se inhibió para pronunciarse respecto de las pretensiones formuladas en el tercer proceso acumulado, con el objeto de que se declarara que el IDU había incumplido el contrato y que se habían presentado circunstancias que determinaron el rompimiento del equilibrio financiero.

**“La Sala considera que es competente para decidir las citadas pretensiones toda vez que con la presentación de la demanda y la contestación de la misma las partes renunciaron a someter el litigio a un tribunal de arbitramento; esto es, prescindieron de la utilización de la cláusula compromisoria.**

(...)<sup>4</sup>

“De acuerdo con el citado artículo 2 del Decreto 2279 de 1989, la cláusula compromisoria, como un acuerdo privado entre las partes, puede ser modificada por éstas en la misma forma que para su establecimiento, esto es por escrito. Por lo tanto el demandante expresó su voluntad en el escrito de demanda al formular las pretensiones relacionadas con el contrato de sociedad, y las demandadas la suya con el escrito de contestación y no proponer oportunamente la excepción previa configurada por dicha cláusula compromisoria.

(...)

---

<sup>4</sup> Ver, entre otras, sentencias del 16 de junio de 1997, expediente No. 10882, y del 29 de enero de 1998, expediente No. 13070. Ver también auto del 19 de marzo de 1998, expediente 14.097.

**“Aplicados los razonamientos anteriores al presente caso, se tiene que la parte actora, al instaurar la demanda, renunció tácitamente a acudir ante un tribunal de arbitramento. Lo mismo sucedió con la parte demandada, dado que, en la oportunidad pertinente, no propuso la excepción de cláusula compromisoria. Debe concluirse, por lo tanto, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer del proceso y resolver, en consecuencia, todas las pretensiones objeto de las demandas formuladas.”** (Negritas fuera de texto)

Esta tesis se reiteró íntegramente en la sentencia del 26 de febrero de 2004 –exp. 25.094- donde la Sección señaló que, efectivamente, se entiende que se renuncia a la cláusula arbitral cuando una de las partes del contrato demanda y la otra contesta sin alegar la excepción de falta de jurisdicción:

“Alega el recurrente que la cláusula compromisoria es inexistente porque fue rescindida por las partes cuando la señora Ortiz Uribe presentó demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa y la sociedad demandada no la contestó oportunamente.  
(...)”

“1.1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 97 del CPC <sup>5</sup> la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia explicó que cuando se pacta una cláusula compromisoria y a pesar de ella una de las partes presenta demanda ante el juez estatal, le queda al demandado la posibilidad de excepcionar la existencia de la cláusula compromisoria, para impedir el trámite del proceso ante un juez distinto al tribunal de arbitramento.

“Precisó además<sup>6</sup> que si el demandado no alega la cláusula compromisoria, mediante la utilización de esa herramienta legal debe interpretarse su comportamiento en el sentido de que, al igual que el demandante, renunció a someter el concreto litigio al tribunal de arbitramento, perdiendo así la posibilidad de invocar, con posterioridad, la nulidad del proceso por falta de jurisdicción.  
(...)”

“La Sala acogió la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y en no pocas providencias<sup>7</sup> ha considerado la ineficacia de la cláusula compromisoria para el caso particular, cuando la parte demandada no alega oportunamente la existencia de la cláusula compromisoria.

---

<sup>5</sup> Cabe precisar que el Código Contencioso Administrativo, al regular los recursos que proceden contra el auto de rechazo de la demanda, en única o en dos instancias, señaló en el último inciso del artículo 143 que *“Los recursos podrán fundarse también en las causales de que trata el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil”*.

<sup>6</sup> Así lo manifestó en sentencia proferida el 22 de abril de 1992, expediente S 128, recurrente: Mercedes Cortes de Rodríguez y otra.

<sup>7</sup> Ver, entre otras, sentencias del 16 de junio de 1997, expediente No. 10882, y del 29 de enero de 1998, expediente No. 13070 y auto del 19 de marzo de 1998, expediente 14.097.

“La doctrina ha resaltado la condición de que el demandado invoque la existencia de la cláusula compromisoria para sustraer del conocimiento del juez estatal el asunto, en desarrollo del principio dispositivo que rige el arbitraje:”

En esta ocasión, la Sala calificó la actitud de la parte demandada -quien no alegó la existencia de la cláusula compromisoria-, como una “renuncia” a ella, de manera que se trata de una variante conceptual del tema, pues en las providencias anteriores se ha hablado de que dicha actitud equivale a una “derogación” o “modificación” de la cláusula arbitral, en virtud de un nuevo acuerdo de voluntades, proveniente de la demanda y la contestación.

En una situación similar, se encontró que la parte demandada no contestó la demanda, ante lo cual la Sección señaló -sentencia de marzo 18 de 2004, exp. 15.936-:

“Que el demandante hubiera iniciado el trámite arbitral con el fin de que le fueran reconocidos los perjuicios causados por el municipio con la declaratoria de caducidad del contrato, no implica la incompetencia de esta jurisdicción para conocer de esa controversia, como lo sugiere el Ministerio Público, por cuanto la sala ha señalado que cuando las partes acuden a esta jurisdicción y desconocen la existencia de la cláusula compromisoria o del compromiso se presenta la renuncia tácita a ese acuerdo. La renuncia tácita se presenta para la parte demandante cuando presenta la demanda ante el juez del contrato y para la parte demandada, cuando guarda silencio y no propone la excepción de compromiso<sup>8</sup>.

“Además de existir una decisión sobre los mismos, ya fuera el resultado de un acuerdo conciliatorio o de un laudo arbitral, no fue alegado en el proceso por la entidad demandada, razón por la cual la sala no puede afirmar que existe un pronunciamiento sobre dichos perjuicios, no obstante, la intención que se conoció de las partes de quererlos valorar económicamente ante un tribunal de arbitramento.”

Uno de los aspectos especialmente valiosos de esta providencia fue que aplicó los mismos efectos de la falta de contestación de la demanda –es decir, la renuncia a la cláusula arbitral- a los considerados ante la contestación pero sin alegación de la excepción de falta de jurisdicción. Es decir, que estimó que también en esos casos se entiende que renuncia a la jurisdicción excepcional.

Finalmente, en la sentencia de 16 de marzo de 2005 –exp. 27.934- la Sala reiteró que si era notificado el demandado y no alegaba la falta de jurisdicción, se

---

<sup>8</sup> Sentencia del 19 de marzo de 1998, Exp. 14.097.

entendía que renunciaba a la cláusula arbitral. No obstante, en esa ocasión se analizó un evento poco usual: Resulta que el demandante, en la demanda, advirtió que con dicha acto procesal no renunciaba a la cláusula arbitral, y que sólo actuaba de este modo para evitar que caducara la acción. Frente a esta situación señaló la Sala que:

“Sin embargo aunque en principio, como se ha explicado, esa cláusula es indicadora de que al momento en que las pactaron las partes desplazaron el conocimiento de las controversias transigibles al conocimiento de árbitros, lo cierto es que la presentación de la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa por una de esas partes contratantes, es expresión de su renuncia tácita a dicha cláusula arbitral -salvo que se dijese no se renuncia en forma expresa- y que si notificado el demandado no reprocha la jurisdicción, tal circunstancia sería conclusiva de que ambos sujetos consintieron, mutuamente, en desistir de su propio pacto, de “cláusula arbitral”; “el contrato es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’ (art. 1.602 C. C. )

“En consecuencia como el demandante dijo expresamente no renunciar a la cláusula compromisoria y, en consecuencia, al estar vigente la derogatoria del juez natural para conocer del litigio, habrá de confirmarse el rechazo que de la demanda hizo el Tribunal; se comparten todas sus apreciaciones.”

Una valoración de las distintas posturas, coincidentes por demás, permite llegar a las siguientes conclusiones:

De un lado, se tiene que en aquellos supuestos en que un contrato estatal contemple una cláusula arbitral, esto no impide a las partes acudir a la justicia administrativa, para que dirima el conflicto que antes deseaban resolver ante la justicia arbitral. Para estos efectos es posible: i) suscribir un nuevo acuerdo derogando la cláusula arbitral o, simplemente, ii) demandar ante la justicia administrativa y también dejar de contestar la demanda o contestarla sin proponer la excepción de falta de jurisdicción.

De otro lado, y en el sentido del segundo supuesto analizado, se entiende que cuando no se alega la falta de jurisdicción las partes renuncian a la justicia arbitral, reasumiendo la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad para conocer del conflicto. En este evento, el silencio de la parte demandada puede provenir de una de estas dos conductas posibles: i) contestar la demanda sin proponer la excepción correspondiente o ii) abstenerse, incluso, de contestar

la demanda, y de intervenir en el proceso, comportamiento que hace entender que también renuncia a la justicia arbitral.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, encuentra la Sala que la parte actora, con conocimiento, desde luego, de que había pactado una cláusula arbitral, presentó la demanda ante esta jurisdicción, actitud que, se reitera en esta ocasión, equivale a renunciar, pero sólo de su parte, a la justicia especial, para regresar a la administrativa.

No obstante, y de otro lado, la entidad estatal contratante –el Departamento de Caldas- contestó la demanda y propuso la excepción de falta de jurisdicción, de manera que no dejó pasar la oportunidad que le concede la jurisprudencia para proponerla, comportamiento que equivale a no renunciar a la cláusula arbitral, en razón a que teniendo la oportunidad para excepcionar efectivamente lo hizo.

Ahora, el hecho de que se hubiera intentado una conciliación prejudicial, de común acuerdo o no con la parte actora, de ninguna manera significa que se desistió de aquél mecanismo alternativo de solución de conflictos, porque lo uno no se opone a lo otro, es decir, que el esfuerzo de conciliar nunca deroga la cláusula arbitral –salvo pacto expreso en contrario-; entenderlo de otra manera restringe y reduce casi hasta la extinción la posibilidad de conciliar un conflicto – que es lo ideal- cuando se pacta un acuerdo arbitral, lo que desnaturaliza el propósito que busca la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Además, si se repara en la línea jurisprudencial expuesta, se puso como límite para proponer esta excepción el instante mismo de la contestación de la demanda, de allí que hacerlo después no tiene valor en el proceso. En el caso concreto se hizo en forma oportuna. De esta manera, el otro argumento que propuso la parte actora, que pretende que se desestime la excepción porque “no se recurrió el acto que admitió al demanda”, es inaceptable, porque ese momento procesal no es el adecuado para formular excepciones, como sí lo es la contestación de la demanda.

Esta conclusión se confirma en relación con los *litisconsortes* necesarios, los que ni siquiera suscribieron la cláusula compromisoria, y por tanto no pueden ser llevados ante un tribunal de arbitramento por aquellos que sí lo hicieron.

Por lo expuesto, todo conduciría a concluir que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tiene jurisdicción para resolver el litigio propuesto por la parte actora –tal como lo decidió el *a quo*–; sin embargo, la Sala advierte que esta decisión es errada, pero sólo en virtud del análisis que se hará del siguiente problema, y que también propuso la parte apelante.

### **3. Naturaleza jurídica y jurisdicción competente para controlar la legalidad del acto administrativo que liquida unilateralmente un contrato del Estado.**

Para la Sala no cabe duda de que la sentencia apelada se debe revocar, porque los árbitros no se pueden pronunciar sobre la validez de los actos administrativos, que incorporan el ejercicio de poderes exorbitantes: la liquidación unilateral del contrato, decisión que sólo puede juzgar la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En estos términos, se precisa que la naturaleza jurídica de un acto administrativo no se determina por la forma que tenga o adopte –verbal, escrita u otra- ni por el nombre que en cada caso le adjudique la administración –resolución, decreto, circular o comunicación, u otra cualquiera-, sino por su contenido, ajustado a unos requisitos mínimos. En estos términos, el acto administrativo ha sido definido por esta Corporación como la manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de los particulares, expedido en ejercicio de las funciones administrativa, o de control o electoral, que produce efectos jurídicos.

Cualquier acto unilateral que satisfaga esa definición tiene la naturaleza de administrativo, y su control corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, si se dicta con fundamento en una exorbitancia del Estado, tal como lo tiene acordado la jurisprudencia. Por tanto, no hace parte de esta noción el hecho de que la decisión conste en un documento formal, denominado resolución, decreto u otro, y mucho menos que no pueda estarlo en una “comunicación”. Lo determinante es que se trate de una decisión que produzca efectos jurídicos, y en el caso concreto no cabe la menor duda de que las resoluciones demandadas constituyen actos administrativos, expedidos de manera unilateral, puesto que esta razón fue la base argumentativa para declarar el estado económico del negocio, y produjo efectos jurídicos porque lo finiquitó.

A este respecto, ha expresado la Sección Tercera que el acto que liquida unilateralmente no sólo es un acto administrativo, sino que es producto de una potestad exorbitante. Así, señaló en la sentencia del 13 de mayo de 1988 -exp. 4303-, que la liquidación unilateral del contrato es un poder exorbitante de la administración: “a) Los contratos administrativos no se rigen en su integridad por las normas del Decreto 222 de 1983; el que gobierna, en principio, sólo aquellos aspectos expresamente señalados y que fuera de tocar con el régimen de su competencia y formalidades, ordinariamente tienen que ver con **los poderes exorbitantes que la administración posee en el campo de la contratación pública** (caducidad, terminación, modificación, interpretación, cláusula penal pecuniaria, sujeción a apropiaciones presupuestales garantías, renuncia a reclamación diplomática, **liquidación unilateral**, etc., etc.)”. (Negrillas fuera de texto)

Luego, en la sentencia del 6 de julio de 1995 -exp. 8126-, se reiteró que la liquidación unilateral del contrato acontece en virtud de una prerrogativa de poder público otorgada a la administración: “Por eso, en el acto de liquidación no pueden quedar pendientes reconocimientos de obligaciones que se originen en el contrato, pues, todas ellas debieron tener reconocimiento anterior, o se debe hacer tal reconocimiento en el acto mismo de liquidación de modo que nada quede pendiente hacia el futuro. Proceder de otra manera es desnaturalizar la propia razón de ser de la liquidación; es despojarla de su sentido intrínseco; es liquidar para volver a liquidar, vale decir, no liquidar. De allí que, con buen sentido, la nueva ley de contratos subraye su contenido definitorio último de la relación negocial, al disponer que ‘en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar’, y que ‘en el acta de liquidación constaran los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo’, subrayando la naturaleza constitutiva, y no simplemente contable, que debe revestir esta actuación.

“Precisamente estas especiales **características de la liquidación** han determinado que nuestro ordenamiento prevea que, cuando no sea posible el acuerdo de las partes, la administración quede **dotada de una prerrogativa de poder público** para hacerlo de modo unilateral; es la voluntad de la ley que, en aras de la seguridad jurídica, el asunto se resuelva de modo definitivo en cuanto

al ejercicio de la función administrativa concierne, dejando a salvo –claro está– los mecanismos de impugnación ante esta jurisdicción”. (Negrillas fuera de texto)

La sentencia del 18 de julio de 1997 -exp. 10.703- reiteró la tesis de la sentencia del 6 de junio de 1996, exp. 2240, según la cual la liquidación unilateral del contrato es una potestad exorbitante: “Las pautas jurisprudenciales de la Sala y la doctrina han puntualizado en qué consisten los límites temporales, dentro de las cuales la administración pública ejerce sus potestades, así, en sentencia del 6 de junio de 1996, expediente 2240, con ponencia de quien proyecta esta sentencia se dijo:

“Se anota que los límites temporales de los poderes exorbitantes de la administración, estudiados atrás y con referencia al régimen anterior, se conservan frente a la ley 80, ya que así lo dan a entender en forma inequívoca sus artículos 14, 15, 16, 17 y 18.

“Las voces de tales normas no dan margen a otra interpretación. Así, los arts. 15 y 16 hablan de la interpretación y de la modificación unilateral durante la etapa de ejecución del contrato para evitar su paralización. En sentido similar los arts.17 y 18 se refieren, en su orden, a la terminación anticipada en las hipótesis allí contempladas y a la caducidad del contrato si se presentan hechos graves de incumplimiento que evidencia su inminente paralización. **En suma, pues, sólo podrán ejercerse esos poderes antes del vencimiento del contrato, excepción hecha de la liquidación unilateral del mismo en los casos en que ésta proceda, ya que, como es obvio, será una medida posterior a la terminación o anormal del convenio’.**” (Negrillas fuera de texto)

En la sentencia del 18 de noviembre de 1999 -exp. 10.781-, se señaló que la liquidación unilateral es un poder excepcional. Sobre el particular se sostuvo: “En estas condiciones encuentra la Sala que **la entidad demandada al liquidar unilateralmente el contrato procedió ajustándose a lo previsto en el artículo 289 del decreto Ley 222 de 1983, pues una vez se dio por terminado el contrato actuó legalmente haciendo uso de su poder excepcional, particularmente el otorgado por el inciso tercero de la norma** y se limitó a recuperar las sumas que había invertido en la obra, de la cual finalmente se lucró el contratista demandante al haber quedado como dueño de la misma, al punto que demostró como consta en la escritura pública 2847 otorgada el 26 de mayo

de 1986 ante la Notaría sexta de Bogotá que enajenó el proyecto de vivienda a un tercero, razón por la cual no hay lugar a que prospere el cargo de nulidad propuesto por los demandantes y que por el contrario dicho acto se convierta en el mecanismo idóneo para recuperar las sumas de dinero que deben los demandantes restituir al ente público por la inversión efectuada en la obra objeto del contrato liquidado, por la vía de la ejecución prevista en el Art. 75 de la ley 80 de 1993, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer ante la justicia ordinaria para hacer efectivas las garantías reales constituidas a su favor hasta satisfacer las obligaciones pecuniarias que pesan sobre los demandantes”. (Negrillas fuera de texto)

Posteriormente, en la sentencia del 4 de julio de 2002 -exp. 22.195-, la Sección Tercera no deja claro si la liquidación unilateral es un poder excepcional de la administración: “Igualmente cabe precisar que no es cierto lo afirmado por el demandante en cuanto a que la competencia de la Administración para liquidar el contrato se afectó o ‘limitó’ por virtud del restablecimiento del equilibrio económico dispuesto en el laudo. La Administración, es cierto, cuenta con la facultad legal para liquidar el contrato por virtud de lo dispuesto en el artículo 60 de la ley 80 de 1993, pero debe recordarse que tal potestad suple la facultad que tienen las partes de hacerlo bilateralmente<sup>9</sup>; de manera que no se trata de un poder excepcional o privativo de la administración. Ni siquiera en el evento de que lo fuera, estaríamos frente a una limitación respecto del futuro ejercicio de ese poder, pues la decisión de liquidar unilateralmente el contrato se traduce simplemente en la facultad de finiquitarlo totalmente, mediante la constatación del desarrollo económico del contrato y la determinación de los saldos a cargo o a favor de cada uno de los co contratantes. Decisión esta que, por tanto, no se vería truncada u obstaculizada por la decisión arbitral relativa al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato estatal”.

Sin embargo, en una aclaración de voto a la sentencia citada -del Consejero Ricardo Hoyos Duque-, se precisó que la facultad que tiene la administración para realizar la liquidación unilateral del contrato es un poder excepcional. En este sentido sostuvo: “De acuerdo con el art. 61 de la Ley 80 de 1993:

---

<sup>9</sup> Cabe tener en cuenta que en el caso concreto las partes acordaron que la liquidación del contrato se haría de común acuerdo a más tardar dentro de los seis meses siguientes a la fecha de terminación. (cláusula 32)

“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 motivados (sic) susceptible del recurso de reposición.

“No es exacto, por tanto, como se afirma en la ponencia, que la facultad legal que tiene la administración para liquidar el contrato y que suple **la facultad que tienen las partes de hacerlo bilateralmente, no sea un ‘poder excepcional o privativo de la administración’.**” (Negrillas fuera de texto)

No obstante, la primera vacilación de la Sección Tercera se asumió a través de una tesis intermedia, en la misma fecha de la providencia anterior -exp. 19.333-, al considerar que no todos los aspectos comprendidos en la liquidación unilateral comportan la potestad exorbitante de la administración; en ese orden, precisó que resulta ineludible identificar en el acto de liquidación unilateral qué aspectos reflejan el consenso, acuerdo, manifestaciones entre las partes, y qué otros devienen de la posición y decisión adoptada por la entidad estatal en su condición de parte contratante; lo cual implica que sólo en este último evento la administración actuaría investida del poder exorbitante: “[L]a Sala precisa que **la liquidación unilateral de los contratos estatales, en tanto decisión de la administración, proferida en ejercicio de potestad estatal expresa que le confiere la ley (artículo 61 de la ley 80 de 1993)** para finiquitar el contrato, es un acto administrativo, en cuanto constituye expresión de voluntad unilateral de la entidad estatal contratante en uso de función administrativa, **que comporta al propio tiempo la utilización de una prerrogativa propia y exclusiva del Estado**, dirigida a poner término a una determinada relación contractual, que escapa a las posibilidades, facultades o derechos que los particulares tienen en ese tipo de negocios jurídicos, y cuyo juzgamiento de legalidad, dada su naturaleza jurídica de acto administrativo, como ya se indicó, es competencia exclusiva y excluyente de la jurisdicción contencioso administrativa, de la cual no son parte los jueces arbitrales.

(...)

“Por consiguiente, **en los eventos en los que la liquidación no puede realizarse por la partes en forma consensual**, por existir diferencia entre éstas en cuanto a su contenido, y por ese motivo, **la administración ejerce la prerrogativa estatal que el ordenamiento jurídico le reconoce para liquidar**

**unilateralmente el contrato (artículo 61 de la ley 80 de 1993)**, no por ese solo hecho o circunstancia, todo el contenido o aspectos que recoja el acto de liquidación tienen la naturaleza de acto administrativo.

(...)

“Por consiguiente, frente al criterio jurisprudencial de la Sala, según el cual, no es posible someter a la decisión de árbitros el juzgamiento de actos administrativos, en aplicación de ese marco conceptual a la esfera contractual de la administración pública, **es necesario hacer la siguiente precisión: no toda respuesta o decisión que adopte la entidad estatal contratante frente a las peticiones o reclamos del contratista, tiene naturaleza jurídica de acto administrativo, aún en el evento de que tales manifestaciones de voluntad consten en el acto de liquidación unilateral del contrato, porque, en cada caso, se reitera, debe establecerse si tales expresiones de la administración constituyen o contienen el uso de poderes y prerrogativas propias del Estado y, por tanto, exorbitantes de las facultades y derechos que se predicen respecto de las relaciones contractuales de los particulares, por cuanto, los acuerdos, conciliaciones, transacciones, comunicaciones, y, en general, las manifestaciones de las partes que se incorporen al acto de liquidación del contrato estatal, no se alteran en cuanto a su naturaleza jurídica por el hecho de ser plasmados en dicho documento.**” (Negrillas fuera de texto)

A título ilustrativo, se hace referencia al salvamento de voto de la Dra. María Elena Giraldo Gómez, en el cual se manifestó la siguiente inconformidad: “Pero en el caso fallado por el Tribunal de Arbitramento y que fue objeto del recurso extraordinario de anulación la conducta atacada ante el Tribunal sí fue un acto administrativo **en sentido material**, nada menos el acto unilateral de liquidación del contrato, que fue expedido en forma sobreviniente a cuando se frustró la liquidación bilateral. Estimo, respetuosamente, que la liquidación unilateral de la Administración tiene la calidad indiscutible de acto administrativo, pues la propia ley 80 de 1993 dispone que ‘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’. (Lo destacado con mayúsculas, por fuera del texto original)”.

(...)

“Finalmente cabe reiterar que cuando la ley 80 de 1993 dispuso, en los artículos 70 y 71, que podrá incluirse cláusula compromisoria o convenirse compromiso, ‘a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o LIQUIDACIÓN’ no se estaba refiriendo a los actos unilaterales de la administración dictados en desarrollo de dicha función.

La sentencia del 4 de diciembre de 2002 -exp. 22.194-, reiteró que la liquidación unilateral del contrato no conlleva un poder privativo de la administración: “Igualmente cabe precisar que no es cierto lo afirmado por el demandante en cuanto a que la competencia de la Administración para liquidar el contrato se afectó o ‘limitó’ por virtud del restablecimiento del equilibrio económico dispuesto en el laudo. La Administración, es cierto, cuenta con la facultad legal para liquidar el contrato por virtud de lo dispuesto en el artículo 60 de la ley 80 de 1993, **pero debe recordarse que tal potestad suple la facultad que tienen las partes de hacerlo bilateralmente<sup>10</sup>; de manera que no se trata de un poder privativo de la administración.** Ni siquiera en el evento de que lo fuera, estaríamos frente a una limitación respecto del futuro ejercicio de ese poder, pues la decisión de liquidar unilateralmente el contrato se traduce simplemente en la facultad de finiquitarlo totalmente, mediante la constatación del desarrollo económico del contrato y la determinación de los saldos a cargo o a favor de cada uno de los co-contratantes. Decisión ésta que, por tanto, no se vería truncada u obstaculizada por la decisión arbitral relativa al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato estatal”. (Negrillas fuera de texto)

La misma Sección, en la sentencia de 31 de agosto de 2006 -exp. 14.287- manifestó que la liquidación unilateral del contrato no constituye una facultad exorbitante de la administración: “Se precisa, además, que **la liquidación unilateral del contrato no constituye una facultad exorbitante de la administración**, como lo señala el demandante, puesto que el Decreto-ley 222 de 1983, norma vigente para la época en que se celebró el contrato, no le dio tal naturaleza, como tampoco lo hizo la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual actualmente vigente.” (Negrillas fuera de texto)

---

<sup>10</sup> Cabe tener en cuenta que en el caso concreto las partes acordaron que la liquidación del contrato se haría de común acuerdo a más tardar dentro de las seis meses siguientes a la fecha de terminación. (cláusula 32)

Esta problemática se consolidó en otra providencia dictada por la anterior Sala integrada por cinco consejeros, que defendió la tesis positiva históricamente dominante –es decir, que se trata de una potestad exorbitante-, con ponencia y a la vez disidencia única del Consejero Mauricio Fajardo -sentencia del 10 de junio de 2009, exp. 36.252-, donde se reafirmó que la liquidación unilateral es una potestad excepcional, aunque el ponente anunció que se separaba de la tesis de la Sala: “Similares consideraciones resultan predicables en relación con el acto de liquidación unilateral, que para el presente caso lo constituye la Resolución No. 2745 del 12 de diciembre de 2006, mediante el cual el INCODER procedió a liquidar unilateralmente el contrato de obra pública número 072 de 2003, suscrito con el Consorcio Porvenir, toda vez que la liquidación unilateral del contrato tiene lugar *‘cuando muere la etapa de liquidación bilateral - entre administración y contratista -, por falta de acuerdo* y en esa medida también podrá ser sometido al conocimiento y decisión de los árbitros, aun en lo que a su validez respecta”. – pág. 58 de la sentencia-.

(...)

“No obstante que el Tribunal de Arbitramento se abstuvo, de manera expresa, de efectuar pronunciamientos en relación con las pretensiones que le pudieran llevar a avocar el conocimiento de las decisiones que adoptó el INCODER al liquidar unilateralmente el contrato, lo cierto es que cuando en el laudo se efectuaron los reconocimientos económicos de que da cuenta la parte resolutive del mismo, dentro de los cuales se encuentran unos reintegros que en definitiva alteran el corte final de cuentas contenido en la respectiva liquidación, de manera tácita la respectiva liquidación resultó materialmente alterada y en últimas se modificó, sin embargo tal proceder de los árbitros en modo alguno puede ser objeto de reproche en tanto que, se reitera, según el criterio expuesto anteriormente por esta Sala dentro de esta misma providencia, el Tribunal de Arbitramento sí podía conocer válidamente de cualquier pretensión relativa a dicha liquidación, puesto que no se estaba frente al ejercicio de una de las precisas potestades excepcionales previstas expresamente en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las cuales –bueno es reiterarlo– son las únicas de esa estirpe que quedaron excluidas del conocimiento de la justicia arbitral por virtud del condicionamiento al cual la Corte Constitucional sujetó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 del Estatuto de Contratación Estatal en la referida sentencia C-1436 de 2000, **más allá de que la mayoría de la Sala considere que la facultad de liquidación**

**unilateral del contrato forme parte del género de los *poderes excepcionales* que en materia de contratación tienen a su disposición las entidades estatales contratantes.”** -págs. 60 y 61 de la sentencia- (Negrillas fuera de texto)

Esta tesis, que corresponde a la de la anterior Sala de Sección Tercera, se ratificó en la sentencia del 14 de abril de 2010 -exp. 17.322-, donde la misma Sala, integrada por los cinco consejeros de la época, manifestó, de manera expresa, que la liquidación unilateral del contrato es un poder excepcional: “En éste último caso, el esfuerzo que realizan puede frustrarse, es decir, no conducir a una liquidación de mutuo acuerdo, ya que las diferencias pueden ser tan profundas que impiden suscribir un documento que resuelva la situación. **Cuando esto acontece, la ley contempla la posibilidad de que la administración liquide el contrato, es decir, que lo haga unilateralmente, asumiendo el poder excepcional de declarar el estado en que queda el negocio jurídico**”. -Pág. 28 de la sentencia-. (Negrillas fuera de texto)

Años después la Subsección B de la Sección Tercera, en la sentencia del 25 de agosto de 2011 -exp. 14.461- señaló que la liquidación unilateral del contrato conlleva el ejercicio de una facultad de la administración, que el legislador otorga a las entidades estatales que debe ser ejercida mediante acto administrativo: “En relación con la liquidación unilateral del contrato, que fue otra de las decisiones cuestionadas en el *sub-lite*, observa la Sala que se trata de una facultad que el legislador otorga a las entidades estatales para ser ejercida mediante la expedición de un acto administrativo, en aquellos eventos en los cuales los contratos no pueden liquidarse de común acuerdo con el contratista dentro del plazo estipulado para ello en el respectivo pliego de condiciones o en el contrato, bien sea porque el contratista que es debidamente citado por la Administración para llevar a cabo la diligencia no concurre a hacerlo o porque habiendo concurrido, no acepta la liquidación efectuada por la entidad y se abstiene de suscribir el acta”.

Además, la Subsección C, en sentencia del 19 de octubre de 2011 -exp. 18.082-, reiteró que la liquidación unilateral del contrato es una facultad exorbitante de la administración: “De manera que resultaría irracional mantener eternamente suspendido el negocio jurídico, como parece sugerirlo el actor, porque esta actitud no consulta la realidad del comportamiento de las partes. Entre otras

cosas, a diferencias del caso citado –donde se demostró la intención de los contratantes de reanudar el negocio, aun mucho tiempo después de su suspensión- en este ninguna parte cambió su actitud, de manera que esta jurisdicción, interpretada la actitud de ellos, considera que el contrato había terminado, **mucho antes de su liquidación unilateral, y por esa razón era posible que la entidad lo finiquitara, pues para esos efectos fue que la ley le asignó a las entidades estatales la facultad exorbitante de actuar de este modo**, cuando no es posible llegar a un acuerdo con el contratista, quien perfectamente habría dejado este contrato en una indefinición eterna, que contradice el interés general que está llamado a defender la entidad estatal”. (Negrillas fuera de texto)

La Subsección C, en sentencia del 18 de julio de 2012 -exp. 21.483- reiteró que la liquidación unilateral es una potestad exorbitante: “No obstante, de las semejanzas descritas conviene destacar que la *liquidación bilateral* supone un acuerdo de voluntades, cuya naturaleza contractual es evidente, porque las mismas partes del negocio establecen los términos como finaliza la relación negocial. Ahora bien, la ***liquidación unilateral*** se materializa en un acto administrativo, por ende, como su nombre lo indica, no se trata de un acuerdo sino de una imposición de la voluntad que la administración ejerce sobre el contratista –jamás a la inversa- acerca de la forma como termina el negocio jurídico. **Se trata, ni más ni menos, que de una exorbitancia en manos públicas**, porque la entidad estatal queda facultada para indicar las condiciones del estado del negocio, donde puede declararse a paz y salvo o deudora o acreedora del contratista, lo mismo que tiene la potestad de determinar, según su apreciación de los hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato”. (Negrillas fuera de texto)

En los términos de la línea jurisprudencial descrita, la anterior Sala de la Sección Tercera –compuesta por cinco integrantes-, cuya jurisprudencia deben seguir las Subsecciones actuales, consideró desde antes de entrar a funcionar la nueva organización interna de la Sección –en tres Subsecciones, de tres consejeros cada una-, que la potestad de liquidación unilateral es un poder exorbitante, y por este hecho no es posible que los tribunales de arbitramento conozcan de las controversias derivadas de su contenido, porque se tiene establecido que esa jurisdicción pierde competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos que expresan un poder exorbitante, de manera que, aplicado al caso concreto, si

bien las partes del contrato *sub iudice* pactaron la cláusula compromisoria, también es cierto que el Departamento de Caldas liquidó unilateralmente el contrato, y que en esta ocasión la parte actora no sólo pide que se anulen esas decisiones sino que las demás pretensiones quedaron vinculadas a lo resuelto, y por ese sólo aspecto esta jurisdicción puede conocer del conflicto, como pasará a hacerlo.

#### **4. La excepción de falta de legitimación por pasiva**

A manera de defensa en este proceso, el INURBE y La Previsora alegaron que no se les debió vincular en calidad de litisconsortes necesarios, porque no suscribieron el contrato de obra de obra pública objeto del litigio, del cual sólo fueron parte el Departamento de Caldas y el consorcio contratista.

La Sala considera que les asiste la razón al INURBE y a La Previsora, porque, efectivamente, ésta no fue parte del contrato objeto de cuestión, y ni siquiera del convenio interadministrativo que suscribieron el Fondo Nacional de Calamidades y el Departamento de Caldas, para construir las 56 viviendas en el municipio de Marmato-Caldas, porque su única función fue la de administrar los recursos de dicho Fondo, así que su actuación se realizó en nombre de éste, y el ordenador del gasto era el Director Nacional para la Prevención y Atención de Desastres. En estos términos, la Fiduciaria actuó como mandataria, y se sabe que en estos casos sus actos no la comprometen, sino que se radican en cabeza del mandante, razón por la que resulta impensable que sea parte de este proceso contractual para responder eventualmente o para resultar afectada con la decisión.

De otro lado, el INURBE también debe ser desvinculado de la calidad de *litisconsorte* necesario, porque si bien celebró un convenio interadministrativo con la fiduciaria La Previsora –ésta, se insiste, en representación del Fondo Nacional de Calamidades-, cuyo objeto era la atención de una calamidad en el municipio de Marmato, declarado como zona de riesgo, e invirtió 870 millones de pesos para reubicar las viviendas, es claro que no le pagaba al contratista que ahora reclama la indemnización. Su relación contractual existió con el Fondo Nacional de Calamidades, y por eso es autónoma con respecto al contrato de obra objeto de este proceso, frente al cual el departamento es el único responsable de los

eventuales incumplimientos de su contrato, además de que tampoco expidió los actos administrativos demandados.

En estos términos, ni la Fiduciaria ni el INURBE son imprescindibles para dictar sentencia de fondo, en razón a que el vínculo contractual de ellos es autónomo e independiente del contrato de obra -aunque vinculado en cuanto al proyecto de construcción-<sup>11</sup>. En este sentido, que el Departamento haya incumplido al constructor los pagos o no, que le haya variado o no las especificaciones técnicas de la obra –incluso motivado por el INURBE o no-, o que se haya presentado una mayor permanencia en la obra o no, es un asunto por el que sólo puede responder ante el constructor quien lo contrató.

Ahora, el hecho de que todos los recursos del contrato, o parte de ellos, provengan de un tercero –como el INURBE, o el Fondo Nacional de Calamidades o La Previsora- o que incida en las determinaciones técnicas de las obras, no significa que un conflicto contractual que se produzca entre el contratante y el contratista de obra exija la vinculación al proceso de ese tercero, porque no cabe duda que son las partes del contrato quienes deben responder por los compromisos que asumen.

Ahora, el hecho de que el tercero incida sobre uno de los sujetos del contrato de obra no lo convierte en parte del negocio, y ni siquiera surge la responsabilidad directa sobre el otro sujeto del negocio jurídico; a lo sumo genera una responsabilidad secundaria entre la parte afectada con el comportamiento del

---

<sup>11</sup> “Art. 83. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

“En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados.

“Si alguno de los citados solicitare pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas; si las decretare, concederá para practicarlas un término que no podrá exceder del previsto para el proceso, o señalará día y hora para audiencia, según el caso.

“Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su citación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio, efectuada la cual, quedará vinculado al proceso.”

tercero y el tercero, quienes deberán iniciar otro proceso judicial –salvo la posibilidad de repetición, si concurren las condiciones que la ley establece- para determinar el alcance de la responsabilidad que nace entre ellos, pero de ninguna manera es posible pretender una indemnización frente al contratista de la obra.

#### **5. La excepción de inepta demanda**

El Departamento propuso la excepción de inepta demanda, por habersele dado a las pretensiones el trámite de un proceso diferente al que corresponde, pues se debió ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones que liquidaron el contrato, no la acción contractual. La Fiduciaria también propuso esta excepción, pero no ofreció una explicación clara y comprensible de su alcance, aduciendo simplemente que se ejerció una acción “diferente a la contemplada en la ley 80”.

No obstante, la Sala no encuentra razones que conduzcan a su prosperidad, porque la acción contractual es la procedente para demandar tanto los actos administrativos contractuales –la liquidación unilateral del contrato- como los hechos y demás actuaciones constitutivas de eventuales incumplimientos que, en general, se desarrollan durante la ejecución del negocio.

En este sentido ha sido pacífica la jurisprudencia, que ha señalado, por ejemplo en la sentencia de la Sección Tercera del 22 de abril de 2009 -Exp. 15.598-, que: “En el caso concreto, según lo dicho, y a manera de síntesis y conclusión, la Sala encuentra que, definitivamente, la liquidación del contrato fue unilateral, suscrita por el Gobernador, tal como las partes siempre lo han entendido: ‘Por tanto, y de esta forma, se constata que el convenio en cuestión, además de terminarse de mutuo acuerdo, se liquidó unilateralmente por la entidad pública contratante. En este sentido, como se anotó, la liquidación del contrato se estableció con el objeto de que las partes contratantes ajusten las cuentas relacionadas con la ejecución del mismo y, por tanto, establezcan los reconocimientos a que hubiere lugar. **Bajo esta consideración, se observa que la sociedad Construcciones J.R.V. Ltda., no solicitó en la demanda contractual, la nulidad del acto administrativo de liquidación, situación que configura la inepta demanda.**

(...)

“Por esta razón, la pretensión para que se declare el incumplimiento a cargo del Departamento, contenida en la demanda, no se puede estudiar en el caso

concreto, pues el demandante tenía la obligación de hacer remover la presunción de legalidad que cobija a la resolución No. 00705 de 1997, y de esta forma solicitar que el juez examinara su legalidad y realizara, eventualmente, la liquidación en la cual reconociera las demás pretensiones.

(...)

“Según esto, sumado a que el contrato se liquidó unilateralmente y que en dicha actuación se imputó al contratista la obligación de reintegrar una suma de dinero, ello implica en consecuencia, que fue el acto administrativo el que generó los efectos patrimoniales al contratista, y en ese orden se tornaba en un imperativo haber demandado el acto en cuestión.

(...)

“Es así cómo, teniendo en cuenta que el contrato No. 439 de 1994 se liquidó unilateralmente, el objeto de la demanda no puede consistir solamente en la declaración de incumplimiento, pues cada una de las situaciones acaecidas durante la ejecución fue saldada en el acto de liquidación; por tanto, era necesario demandar la nulidad de la resolución No. 00705 de 1997 y el acto ficto negativo que se configuró por la falta de respuesta del Departamento al recurso de reposición presentado por el contratista contra dicha decisión, ya que dicho acto creó una situación particular y concreta, y sólo desvirtuando su presunción de legalidad se lograría el restablecimiento de los perjuicios.”

## **6. El caso concreto, a partir de lo que se encuentra probado**

### **6.1. Lo demostrado en el proceso**

Teniendo en cuenta que la competencia de esta Sección está limitada por el recurso de apelación que presentó el único recurrente –la parte actora-, la Sala encuentra demostrado, para esos efectos, lo siguiente:

1) La parte actora aportó en copia simple el texto de la resolución que adjudicó el contrato y otra gran cantidad de comunicaciones –la mayoría están a fls. 1 a 254, cdno. 1, excepto la información que se relacionará más adelante-.

2) De otro lado, con documentos aportados en original y otros en copia auténtica, e incluso una comunicación de la Gobernación de Caldas -al responder al tribunal administrativo el decreto de pruebas- pidió tener como medio válido los

siguientes documentos aportados por la parte demandante –fls. 616, cdno. 2-, de los cuales infiere la Sala que:

a. Entre la Gobernación de Caldas y el Consorcio Henao-Rodríguez se suscribió, el 28 de septiembre de 1995, el contrato cuyo objeto fue la “Construcción de 56 viviendas unifamiliares del programa ‘Reubicación del casco urbano del municipio de Marmato-Vereda El Llano’.”

El valor se pactó en \$332'476.316 –Cl. Tercera- y el plazo en 150 días calendario, contados a más tardar a partir del décimo día siguiente a la legalización del contrato -Cl. Décima primera- (fls. 344 a 350, cdno. 2).

b. Las pólizas, entre otros documentos necesarios para legalizar el contrato, las constituyó el contratista el 7 de noviembre de 1995 –fls. 355, cdno. 2-.

c. Las obras empezaron a ejecutarse el 26 de diciembre de 1995, según “Acta de inicio” que se encuentra a folio 328 del cdno. 2.

d. El contratista le solicitó a la entidad que le pagara el Acta de obra No. 6 y que convocaran a una audiencia de conciliación para dirimir las diferencias relacionadas con la fórmula de reajuste del contrato y la mora en el pago de actas –fl. 130, cdno. 1-. También se aportó la solicitud de conciliación –fls. 131 a 157, cdno 1-.

e. El contrato se adicionó, por primera vez, en 100 millones de pesos y en 30 días de plazo, mediante un acuerdo que no tiene fecha –a fl. 191, cdno. 2-; y luego se adicionó en 90 días más, mediante el contrato de mayo 24 de 1996 –fl. 259, cdno. 2-.

f. Las obras se entregaron y recibieron el 11 de septiembre de 1996, según consta en el *Acta de recibo de obra*, donde se hace constar que “... fueron ejecutadas dentro del plazo contractual establecido...” -fl. 111, cdno. 2-.

g. Mediante la Resolución No. 269, de febrero 10 de 1997, el Departamento liquidó unilateralmente el contrato –fls. 164 a 165-, y mediante la Resolución No. 2047 confirmó esa decisión, al resolver el recurso de reposición que se interpuso – fls. 198 a 202, cdno. 2-.

h. Además se aportó el pliego de condiciones –fls. 406 a 484, cdno 2-, la oferta del contratista –fls. 405 a 589, cdno 2- y la bitácora de obra -fls. 372 a 403, cdno. 2-, cuyo análisis, de ser necesario, y en lo pertinente, se hará más adelante.

## **6.2. La responsabilidad durante la ejecución la obra, según la prueba pericial**

Recuérdese que la parte actora alega que: i) entre la fecha de suscripción del contrato y su iniciación el Departamento modificó algunas especificaciones del contrato, así como el diseño, lo que obligó a variar la calidad de los muros de mampostería. Esto cambió sustancialmente las cantidades de obra; y ii) en relación con el pago de las actas de obra y sus reajustes, reclama por la mora en su pago, que generó iliquidez e incertidumbre en el avance de la construcción, porque no había seguridad de obtener el efectivo. Además, esto produjo dos parálisis en las principales actividades de la obra, no imputables al contratista. iii) También considera que se alteró el flujo de fondos del proyecto, porque la FIDUCIARIA y el INURBE, que los proveían, modificaron en dos ocasiones lo convenido, generando más caos en el proyecto, y se dilató el plazo de ejecución. Entre otras cosas, rechazó que los pagos estuvieran sujetos al convenio que el departamento suscribió con las otras dos entidades, así que no estaban vinculados a las condiciones de contrato. Además, iv) Sobre las actas de reajuste, manifestó que sugirió al director del ODEPADE una fórmula -teniendo en cuenta que en el contrato se acordó el pago de reajustes, pero no la fórmula-, pero no contestó y por eso se configuró el silencio administrativo positivo, además de que el interventor liquidó cinco actas conforme a la fórmula propuesta por el consorcio –fl. 271-. Agrega que esta decisión no se puede revocar ni desconocer, como lo pretende el Departamento. v) Los anteriores problemas dieron lugar a la ampliación del plazo del contrato, con la consiguiente disminución del rendimiento del trabajo. Esa ampliación, si bien fue solicitada por el contratista, obedeció a las circunstancias descritas hasta ahora, es decir, imputables a la entidad.

La Sala encuentra, apoyada en las pruebas del proceso, y especialmente en el peritazgo practicado, que el Departamento de Caldas sí modificó algunas especificaciones del contrato, así como el diseño, porque los expertos y también los testigos indicaron que “... al cotejar los documentos que hicieron parte del contrato con las obras ejecutadas pudimos apreciar diferencias importantes como las siguientes (...)” –fl. 628, cdno. 2-: la ejecución de movimiento de tierra no

contemplado en el contrato inicial; la variación del cerramiento de las viviendas a medida que se ejecutó, se encarecieron las obras por el cambio de diseño, provocando un mayor tiempo y costo en la operación del constructor; se cambió la estructura de los niveles y el amarre del muro; se modificaron las especificaciones de los materiales, que variaron lo pactado, incluido el cambio en las especificaciones de las viviendas que introdujo el INURBE, porque recortó el área del patio.

Sin embargo, los peritos no analizaron ni las causas ni las consecuencias de estos hechos, no obstante, la Sala concluye fácilmente que son imputables a la entidad estatal, quien no demostró que los cambios obedecieran a razones atribuibles al contratista, puesto que de hacerlo habría incumplido el contrato, y es claro que el Departamento no discute semejante circunstancia en este proceso.

En cuanto al pago de las actas de obra y sus reajustes, el actor reclama la mora que generó este hecho, y la iliquidez e incertidumbre que produjo en el avance de la misma. En este sentido, el peritazgo señala que hubo retardo en la entrega del anticipo, porque el contrato se suscribió el 22 de septiembre de 1995 y el inicio sólo se dio en noviembre. Así mismo aseguró que “también se dieron retardos en los pagos a la presentación de las actas, pues a pesar de haber sido presentadas oportunamente, su pago no correspondió a los plazos pactados” –fl. 629, cdno. 2-

Ahora, sobre la *alteración del flujo de fondos del proyecto*, los peritos no se pronunciaron; y sobre las *actas de reajuste*, señaló que “se causaron perjuicios adicionales en el hecho de haber sido aprobada la fórmula y los términos planteados para la cancelación de las actas, por parte del Ingeniero Interventor... pero más adelante se niega inexplicablemente al no ser aprobadas las actas 6, 7 y 8...” –fl. 629, cdno. 2-

Los anteriores problemas dieron lugar a la *ampliación del plazo* del contrato -que los peritos confirmaron-, produjo sobrecostos al contratista, “al incurrir en gastos mayores por concepto de insumos y materias primas y, además, mantener activos al Ingeniero residente, celadores, almacenistas y el lucro cesante que representa tener una capacidad instalada ociosa en la obra.” –fl. 629, cdno. 2-

Sobre la *ocupación del K de contratación*, por más tiempo del esperado, señaló que sí resultó afectado negativamente porque durante el mayor plazo no pudo

liberar su capacidad contractual. Como consecuencia de estos aspectos el peritazgo concluyó que los perjuicios causados se cuantifican así –fl. 630, cdno. 2-:

- Sobre costos administrativos:	\$55'306.100
- Sobrecostos de obra ocasionado por la variación de distancias entre muros y columnas para el cerramiento:	\$48'173.500
- Mora en los desembolsos pactados:	\$18'437.420
<b>Total</b>	<b>\$121'917.020</b>

***a) La Jurisprudencia de la Sección sobre la manera de acreditar los perjuicios de administración, mano de obra, mayor permanencia en la obra, entre otros conceptos.***

La Sala recuerda -antes de decidir sobre este otro asunto-, que la Sección ha establecido que la prueba del daño y de los perjuicios sufridos por un contratista, en casos como este, debe estar debidamente acreditada, porque no basta hacer una proyección de la utilidad o de la administración calculada en la oferta, durante el período de la parálisis de una obra, para deducir automáticamente el monto del perjuicio. Se necesita, por el contrario, cuantificar realmente el patrimonio afectado para condenar a su restablecimiento. Al respecto se ha considerado, cita que se hace completa por su valor para comprender la postura que asumirá la Sala<sup>12</sup>, que:

“Como puede observarse, los peritos se limitaron a repetir en el dictamen, las cifras de costos directos e indirectos consignados en la oferta presentada por el contratista para la adjudicación del contrato de obra No. 051 de 1991, cuyo plazo se convino en 4 ½ meses y a partir de dichas cifras procedieron a efectuar un cálculo proporcional en razón del tiempo total que duró la obra, esto es, 10 meses y 5 días, para finalmente establecer la diferencia entre estas dos cifras, pero sin aportar ningún juicio de valor encaminado a establecer si los costos reclamados por el demandante realmente se efectuaron, esto último, entre otras razones, porque el examen de esos no les fue encargado ni formaban parte de la tarea que debían cumplir.

“Costos directos (personal y mano de obra, maquinaria y equipos).

“Se observa que para determinar los costos de personal, los peritos en ningún momento indagaron si existían documentos en el archivo del contratista que les permitieran establecer los valores de la nómina

---

<sup>12</sup> Sección Tercera, sentencia de agosto 29 de 2007. Exp. 14.854.

de los trabajadores que fueron contratados entre el 26 de noviembre de 1991 y el 15 de mayo de 1992, o los montos que efectivamente fueron girados para hacer los pagos de salarios y prestaciones en su favor, o las consignaciones efectuadas en bancos a favor de dichos trabajadores, o los documentos de afiliación al sistema de seguridad social.

“Tampoco los peritos se detuvieron a analizar si la maquinaria y equipos que fueron ofrecidos en la propuesta estuvieron permanentemente en la obra, pues bien puede suceder que algunos de ellos no se necesitaran en determinados tiempos debido a la reprogramación de obra impuesta por las distintas prórrogas, como es normal en la construcción y, siendo así, es bastante probable que los equipos y maquinaria ofrecidos, por no requerirse en la obra, en los tiempos inicialmente previstos, pudieran ser utilizados en otras obras o simplemente no fueron tomados en alquiler sino hasta el momento que en realidad se necesitaran, lo cual corresponde a un proceder diligente del contratista que tiene experiencia en la construcción de obras de infraestructura y, por lo tanto, resulta perfectamente válido y factible que el contratista no incurriera en la totalidad de los costos calculados por los peritos, que por demás, en el presente caso, no fueron cuantificados en la demanda.

“Todo ello debió establecerse a partir de diversos elementos de prueba (testimonios, inspecciones, exhibiciones, etc.) como por ejemplo los documentos que deben hacer parte del archivo del contratista para establecer si hubo pagos o consignaciones por concepto de maquinaria y equipos, contratos de alquiler u otro documento que permitiera probar las erogaciones hechas por estos conceptos.

“Lo cierto es que del dictamen pericial no puede deducirse que realmente el contratista incurrió en mayores costos originados en el empleo de maquinaria y mano de obra durante la extensión del plazo contractual; en consecuencia, la prueba así obtenida no resulta suficiente, ni ofrece la certeza necesaria para comprobar que el contratista se vio afectado patrimonialmente con el pago de salarios y prestaciones sociales a sus trabajadores y costos de equipos o maquinaria como consecuencia de las cuatro prórrogas que tuvo el contrato, sencillamente porque no se hizo ningún tipo de análisis para determinar si estos costos eran reales, sino que, a partir de los costos de la propuesta, se hicieron los respectivos cálculos matemáticos, teniendo como único factor el tiempo de ejecución del contrato, sin tomar en cuenta que la finalidad de este medio probatorio es la de obtener la opinión de profesionales expertos en la materia para que **demuestren** si los costos que reclama el demandante **efectivamente** se causaron en la proporción pretendida o si son menores o mayores a los previstos en el contrato inicial, todo ello con suficientes elementos de juicio que ofrezcan convicción y certeza.

“A lo anterior se agrega que al examinar la propuesta presentada por el contratista, para la ejecución de obras adicionales, las cuales dieron lugar al contrato adicional al valor No. 4 (fls. 65 a 71, cd. 7), se observa que en ella se incluyeron algunos de los ítems previstos en el contrato inicial cuyos precios ya estaban determinados y otros nuevos

que fueron pactados, aspecto en relación con el cual se impone destacar que en dichos precios estaba contenido el costo de la mano de obra, maquinaria y equipo, por lo tanto, no habría lugar a reclamar nuevamente este valor por lo que correspondía al tiempo de la última prórroga pactada, identificada como contrato adicional No. 5 de 30 de abril de 1992, la cual básicamente se celebró para ejecutar estas nuevas obras.

“Así las cosas, debe concluirse que el dictamen pericial no aporta elementos de juicio para que pueda tenerse como prueba que permita demostrar que el contratista incurrió en los sobrecostos allí calculados, por concepto de mano de obra, equipos y maquinaria durante el plazo de extensión del contrato y tampoco el demandante allegó al proceso otros elementos probatorios que permitieran demostrar los perjuicios que dijo haber soportado por este concepto.

“En otras palabras, aunque se encuentra probado el hecho que dio lugar a la extensión del plazo contractual y, por ende, a la mayor permanencia en la obra, el demandante, a quien corresponde la carga de la prueba, no logró demostrar que este hecho le hubiere ocasionado perjuicios consistentes en mayores costos por concepto de maquinaria, equipos y mano de obra.

“Como consecuencia de lo anterior se denegará la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento de sobrecostos por concepto de mano de obra, maquinaria y equipo.”

En el mismo sentido, en la sentencia del 5 de marzo de 2008 –exp. 15.600-, la Sala analizó una problemática similar, y manifestó en relación con la necesidad de que los peritos evalúen las condiciones concretas de la manera como una parálisis del plazo afecta la ecuación económica del contrato, que:

“Buena aparte de la condena impuesta por el *a quo* a la entidad estatal tiene que ver con la mayor permanencia en obra, imputable al Fondo Vial Nacional, como consecuencia de i) la entrega tardía de zonas de trabajo y ii) de los planos necesarios para acometer las tareas contratadas. Este concepto lo denominó el Tribunal como “duplicación del plazo del contrato”, pues se pasó de ejecutarlo en 20 meses a hacerlo en 40 meses. En el fondo, esto es lo mismo que la “mayor permanencia en obra”.

“En este aspecto la Sala encuentra acreditado, según las pruebas del proceso, y fundamentalmente el dictamen pericial, que por razones imputables al Fondo Vial Nacional se amplió el plazo del contrato en 20 meses más, debido a que las zonas requeridas para realizar los trabajos y los planos de los mismos no se entregaron a tiempo.

Para estos efectos basta revisar el análisis que en este sentido se hizo a fls. 2 a 12 del peritazgo, donde se detalla, prácticamente mes a mes –apoyado en las actas técnicas de obra y en el informe de interventoría sobre la “ejecución de los trabajos”-, los problemas de

entrega de predios, obligación que estaba a cargo del Fondo Vial, según dispone el contrato de obra.

“Del mismo modo, se acreditó que la entidad pública retardó la entrega de los planos de construcción, lo cual afectó la ejecución del contrato. A esta conclusión llegó el *a quo* luego de valorar diversas pruebas, y sobre todo de apreciar el análisis que hicieron los peritos –fls. 14 a 17-.

“Precisado lo anterior, la Sala evaluará si además de acreditarse el hecho dañoso están establecidos los perjuicios, pues es claro que este aspecto también requiere de la prueba correspondiente. El *a quo*, para estos efectos, se atuvo a lo dispuesto en el informe pericial, el cual también evaluará la Sala para definir si el tema se resolvió acertadamente.

“A folios 42 a 44 del peritazgo se señala que el incremento del plazo del contrato, en 20 meses, por causas imputables a la entidad estatal, conllevó a gastos y costos extras en los costos indirectos. Luego indicó que el contratista dividió este rubro de la siguiente manera –fl. 44-:

“Dirección y supervisión construcción	12%
“Administración, legales e instalaciones	17%
“Imprevistos y Utilidad	10%
“Sumamos	39%”

“A continuación, sostiene que en la propuesta se calculó como valor de costos indirectos la suma de \$730'699.000 y por imprevistos y utilidad \$117'364.000. Luego acudió a los costos directos presupuestados por el contratista y llega a la conclusión que los costos indirectos son del orden de \$510'710.000, los cuales, sumados a la esperanza de utilidad durante los 20 meses adicionales, ascienden a \$664'949.000. A este valor le restaron algunos conceptos menores y luego se actualizó, arrojando un total de \$1.563'942.000.

“Si se hace una valoración de la manera como se calculó el perjuicio, se encuentra que lo que hizo el perito fue tomar los costos indirectos presupuestados por el oferente desde el momento de suscribir el contrato y duplicarlos en el nuevo período, en efecto “si el plazo se extiende a 20 meses más, se **supone** que se duplicaría su costo la suma (sic) que contempla los ítems siguientes.” (Negrilla fuera de texto) –fl. 44-.

“Para la Sala esta operación o sistema de identificación del perjuicio resulta equivocada, y es inadmisibles, pues las pruebas que obran en el expediente no acreditan la existencia del mismo, y sólo demuestran el hecho presuntamente causante de este. En efecto, era necesario probar en el proceso que el contratista pagó más dinero por la mano de obra y en que cantidad; que utilizó los equipos más tiempo o que estuvieron inutilizados o que rindieron menos en su labor y cuánto -lo propio aplica a la maquinaria-; que se pagaron más viáticos al personal y cuánto; que las oficinas y los

campamentos tuvieron unos costos adicionales reales por su mayor permanencia; que se pagaron más pasajes al personal extranjero; que se debieron emplear más elementos de consumo, cuáles y cuánto valen, entre otros conceptos.

“El perito se circunscribió a ‘suponer’ -tal como se expresa literalmente en el dictamen- que en el doble del tiempo inicial se causaban los mismos ‘costos indirectos’ previstos en la propuesta, o en cifras y conceptos muy parecidos. Incluso, se limitó a tomar el presupuesto de la oferta del contrato inicial para deducir el perjuicio a partir de allí.

“Echa de menos la Sala el análisis que en materia probatoria correspondía realizar: con la bitácora de la obra en la mano y demás registros contables de los pagos adicionales realmente efectuados, proceder a verificar si se pagó personal adicional o sólo se reprogramaron los turnos de trabajo; si la maquinaria –toda o parte- estuvo parada, durante cuánto tiempo, o si fue retirada de la zona y regresó nuevamente cuando pudo trabajar; si se hicieron pagos en exceso por concepto de administración, entre otros conceptos e items, los cuales era necesario verificar que efectivamente se hubieran afectado, para proceder luego a cuantificarlos.

“En estos términos, estima la Sala que pese a que está acreditada la existencia del hecho dañoso –el incumplimiento del contrato-, no se probó que el mismo le hubiese causado los perjuicios reclamados, presupuesto indispensable para declarar la responsabilidad a cargo de éste –art. 90 CP-.

(...)

“Con fundamento en este criterio, y según las consideraciones expuestas, se deben rechazar las pretensiones indemnizatorias del consorcio que se deriven de la mayor permanencia en la obra, cuales son: i) la no adquisición oportuna de las zonas para la ejecución de los trabajos y ii) la entrega tardía de los planos de la construcción.

“Este mismo análisis aplica a la pretensión indemnizatoria por concepto del menor rendimiento de las máquinas, punto que además fue apelado por el actor.

“4.2.2. Falta de indemnización de otros conceptos, derivados de la mayor permanencia en la obra.

“En este sentido, también reclama el actor los perjuicios sufridos por: : i) la pérdida de tiempo del equipo, ii) sobrecostos por traslados dentro de la obra y iii) aumento no previsto en el número de máquinas programadas, los cuales no quedaron indemnizados en los conceptos de entrega inoportuna de los sitios de trabajo y de los planos, pues la duplicación de éste no sólo tuvo como consecuencia la mayor permanencia del equipo, sino que con ella ocasionó otros perjuicios.

“La Sala advierte en esta ocasión el mismo defecto probatorio analizado frente a otros reclamos del actor. Sin embargo, el tema

aquí es aún más crítico, porque las pruebas ni siquiera acreditan la existencia del hecho mismo alegado: los traslados de las máquinas, el número de máquinas programadas y la cuantificación de la pérdida del tiempo.

“Desde luego, también se adolece de la prueba del daño, de manera que la Sala reitera los argumentos expuestos hasta ahora frente a otros conceptos analizados desde esta perspectiva.”

Aplicadas estas exigencias al caso concreto, ya se dijo que resultan imputables al Departamento de Caldas los hechos que ocasionaron la variación de las condiciones técnicas y parte del mayor plazo de ejecución de los trabajos que hacían parte del contrato, de allí que el daño es admisible, como lo confirman el peritazgo y los testimonios; no obstante, hay que precisar si además se produjo un perjuicio indemnizable, según pasa a analizarse.

***b) La prueba de los mayores costos de administración –pretensión b) de la demanda-***

Ahora se deben valorar las pruebas dirigidas a determinar la existencia de los perjuicios reclamados, a efectos de constatar si cumplen las exigencias que la jurisprudencia establece para casos semejantes.

a. En relación con las modificaciones a algunas especificaciones del contrato, así como su diseño, desafortunadamente la Sala no halló apoyo suficiente en el peritazgo, ni en otra prueba del proceso, para proferir una condena por este concepto, porque encuentra, a título de ejemplo, que una de las modificaciones que se le imputan a la entidad es la necesidad de hacer un “terrariado” para construir las viviendas, pero es claro que esta actividad se pagó, toda vez que en las primeras actas de obra consta que el Departamento reconoció su valor –Acta No. 4 (fl. 278, cdno. 2), Acta No. 3 (fl. 309, cdno. 2), Acta No. 2 (fl. 315, cdno. 2) y Acta No. 1 (fl. 323, cdno. 2)-, para lo cual las partes convinieron precios unitarios nuevos para las obras no previstas, según consta en: el Acta de convenio de precios No. 1 -fls. 324, cdno. 2-, Acta de convenio de precios No. 2 -fls. 322, cdno. 2- y Acta de convenio de precios No. 3 -fls. 302, cdno. 2-, así que este sólo concepto, que los peritos reprochan al Departamento y se lo imputan entre los hechos generadores del daño, resulta inaceptable, porque sí se le pagó al consorcio la actividad adicional, de

manera que el contratista quedó adecuadamente remunerado, ya que el mayor trabajo recibió una mayor retribución, porque el precio lo acordó él mismo<sup>13</sup>.

Ahora, el tiempo que esta actividad le significó también quedó amortizado con el precio acordado, pues es lógico que para obtener ese pago hay que invertir un esfuerzo y un plazo para lograrlo, lo que no sólo es anormal sino también apenas usual en las actividades comerciales lucrativas. En estos términos, esta consideración inicial le resta credibilidad y consistencia al dictamen, que por cierto tampoco explica ninguna de las tres (3) cifras que sugiere a título de indemnización –que suman \$121'917.020-, porque se limita a proponerlas sin justificación y detalle explicativo de su procedencia.

En efecto, aplicadas estas ideas a los demás conceptos que destaca el dictamen -el cerramiento inicial de las viviendas se varió a medida que se ejecutó, encareciendo las obras por la modificación del diseño, provocando un mayor tiempo de permanencia en la obra y un sobre costo en la operación del constructor; alteración en la estructura de los niveles y en el amarre del muro; cambio en las especificaciones de los materiales; modificaciones que variaron lo pactado, incluido el cambio en las especificaciones de las viviendas que introdujo el INURBE, porque recortó el área del patio- se desconoce cómo se llega a esa cifra, lo que le impide a la Sala apoyarse en un criterio técnico como este, que carece de respaldo, pues es puramente apreciativo, cuando debe ser explicativo de las causas y las consecuencias económicas de los hechos que evalúa y valora.

---

<sup>13</sup> En la sentencia del 5 de marzo de 2008, la Sección Tercera -exp. 15.600- se expresó en sentido similar: “Para sumar a los anteriores argumentos, y concluir con suficientes razones que el sólo hecho de suprimir algunos ítems del contrato no constituyó un incumplimiento del mismo, a cargo de la entidad estatal, ni equivale a una alteración de la ecuación financiera, tiene en cuenta la Sala que si bien se disminuyeron o eliminaron algunos ítems o cantidades de obra, también es cierto que otros tantos fueron adicionados y compensaron la disminución padecida de los otros, tal como se permitía en la cláusula contractual aludida.

“Así las cosas, si se efectúa la misma operación lógica que hizo el auxiliar de la justicia para emitir su dictamen, y concluir que hubo cantidades de obra que se ejecutaron, y que desde luego no estaban contenidas en el listado de obra del pliego de condiciones de la licitación -que es el punto de referencia sobre el que se ha venido trabajando-, habrá de concluirse que las cantidades de obras aumentadas fueron: i) Diques de confinamiento, que era el ítem más importante del proyecto y ii) señalización -fl. 11, Cdo. 11-

“Según lo anterior, resulta insólito que se condene a la entidad estatal por la disminución, razonable por demás, de las cantidades iniciales del trabajo, cuando también se ejecutaron otras adicionales, lo que pareciera para el *a quo* que no hubiera producido el efecto de compensar parcialmente los ítems que se redujeron o suprimieron en cantidad.”

Lo propio cabe señalar respecto a la *mora en el pago* de las actas, comoquiera que una vez más los peritos se limitaron a señalar que se configuró el retardo, y que asciende a \$18'437.420, pero no se indicó cuáles actas de las tantas que se produjeron y pagaron -8 de obra y 8 de reajustes- se cancelaron tardíamente y, sobre todo, de cuántos días fue la mora de cada una. Ni siquiera se expresó la tasa de mora aplicada a cada pago.

Así, por ejemplo, parte de las inconsistencias se reflejan en que en un “cuadro” resumen de las actas que aportó el contratista –fl. 91, cdno. 2- se indica que las Actas de Reajuste Nos. 7 y 8 se “elaboraron” o “presentaron” –el cuadro no especifica esto siquiera- el 9 de agosto de 1996 y el 3 de septiembre de 1996, respectivamente; no obstante, en el fl. 112 del cdno. 2 se encuentra una comunicación del 16 de septiembre, suscrita por el mismo contratista, donde le hace llegar al interventor estas mismas actas apenas para su firma. Igual sucede con las Actas de Reajuste Nos. 1, 2 y 3, cuya fecha en el cuadro es de abril 29 de 1996, pero a fl. 140 del cdno. 2 se encuentra una comunicación de mayo 6, suscrita por el contratista, donde apenas se las hace llegar al interventor. Se pregunta la Sala: ¿qué justificación tiene esa diferencia de fechas y desde cuándo se debe contar la mora reclamada?

Como si fuera poco, las actas físicas aportadas al proceso no tienen todas las rúbricas de las partes que interviene en su elaboración –algunas incluso no tienen ninguna firma-, y menos aún tienen fecha de presentación para el pago.

La ausencia de explicación de estos datos impide nuevamente valorar de manera favorable este dictamen, para revisar su corrección o incorrección a la luz del derecho. En estos términos, a este caso le aplica perfectamente la jurisprudencia que sobre el mismo aspecto destaca la sentencia del 9 de mayo de 2012 –Sección Tercera, Subsección C, exp. 22.087-: “Discute el apelante, constituyendo una de sus pretensiones, que CORVIDE no le canceló oportunamente las actas de obra, de modo que incurrió en mora y reclama la indemnización correspondiente. El tribunal negó su pago, aunque los peritos lo cuantificaron, sin embargo se confirmará la decisión del tribunal, pero por razones diferentes. (...)

“Ahora bien, en relación con la indemnización solicitada con ocasión de la mora en el pago de las demás actas de obra, y también de las de reajuste de cada una de estas, la Sala también la negará, con fundamento en razones similares. En efecto,

para determinar, en primer lugar, si se presentó mora en el pago de las actas y, en segundo lugar, a cuánto asciende, es necesario confrontar la fecha de elaboración de cada acta, la de presentación de la cuenta de cobro respectiva a CORVIDE y la efectiva de pago.

“Sin embargo, antes de realizar este análisis, la Sala encuentra que el acervo probatorio necesario para su estudio –es decir, las actas de obra y de reajuste, así como los comprobantes de pago-, no fue aportado ni en la demanda ni en la contestación. Ante esta situación, los peritos, para rendir el experticio, se basaron en documentos suministrados por el demandante en copia simple, de manera que el informe se fundamentó en pruebas que no eran valorables, como lo ha sostenido esta Corporación en múltiples oportunidades...

“Aplicadas estas ideas al caso concreto, se pregunta la Sala ¿cómo podría establecerse la mora alegada por el consorcio si no existen las actas de obra, ni consta la fecha de presentación de las facturas, ni las de pago por parte de CORVIDE? ¿Cuántos días tardó la administración en pagar, si no se acreditaron las fechas de pago? (...)

“En estos términos, también se negará el pago de intereses moratorios sobre las actas de obra y de reajuste.”

En el caso concreto, los peritos tampoco hicieron un análisis que diera cuenta de todos los datos e información necesaria para determinar si se incurrió o no en mora, frente a cada acta de obra y de reajuste, no obstante se propone una cifra total que carece de soporte fáctico y jurídico.

En cuanto a la problemática de las *actas de reajuste*, porque “se causaron perjuicios adicionales en el hecho de haber sido aprobada la fórmula y los términos planteados para la cancelación de las actas, por parte del Ingeniero Interventor... pero más adelante se niega inexplicablemente al no ser aprobadas las actas 6, 7 y 8...”, también este hecho adolece de prueba, porque los peritos no explican si esto sucedió y sobre todo qué actas fueron afectadas con eso y a cuánto ascendía cada perjuicio.

De esta manera, los eventuales sobrecostos por concepto de insumos y materias primas y por mantener activos al Ingeniero residente, celadores, almacenistas y el

lucro cesante que representa tener una capacidad instalada ociosa en la obra, por la *ampliación del plazo* del contrato también queda huérfana de prueba valorable, porque los peritos señalan que este concepto asciende a \$55'306.100 sin explicar de donde surgen estos gastos, cómo se pagaron y a quiénes. Desde el punto de vista de la exigencia probatoria, nada se sustentó para justificar esta suma.

La Sala, una vez más -por las razones expuestas-, no puede aceptar la forma de calcular este posible perjuicio, porque el peritazgo se apoya en un simple cálculo sin un análisis basado en la realidad del contrato y, concretamente, en los gastos en que realmente incurrió el contratista para todos estos efectos, sobre todo porque los peritos olvidaron que el contratista suscribió un contrato adicional en 30 días de plazo y en \$100'000.000, suma que representa, aproximadamente, un 30% del valor inicial del contrato, cuyo plazo era de 150 días. En estos términos, no todo el mayor plazo obedeció a la ejecución de la obra inicialmente contratada, sino a una sustancialmente incrementada, que al tener como respaldo la mayor ejecución de trabajo no puede hacer parte de las cuentas un sobre-costos administrativo eventual. Los peritos no especifican nada al respecto, se limitaron a expresar que ascendió a \$55'306.100.

En estos términos, se reiterará la jurisprudencia establecida para estos casos, es decir, que: "Si se hace una valoración de la manera como se calculó el perjuicio, se encuentra que lo que hizo el perito fue tomar los costos indirectos presupuestados por el oferente desde el momento de suscribir el contrato y duplicarlos en el nuevo período, en efecto 'si el plazo se extiende a 20 meses más, se **supone** que se duplicaría su costo la suma (sic) que contempla los ítems siguientes.' " (Negrilla fuera de texto)<sup>14</sup>

Por esta razón, la Sala no condenará al pago del costo de *administración*, pues no se probó el daño sufrido, ya que el contratista debió aportar al proceso o mostrar a los peritos los costos en que incurrió, y que por tanto no pudo controlar o eliminar. Nada de esto se acreditó.

En relación con la pretensión relacionada con el denominado por la parte actora *compromiso de la capacidad de contratación*, que estimó en \$10'000.000; la Sala remite al análisis realizado en la providencia del 22 de octubre de 2012 –exps. 22.088 y 39.109 acumulados-, donde se señaló que: "El municipio también apeló

---

<sup>14</sup> Sentencia que se viene de citar.

la condena que le impuso el tribunal por concepto de de la utilidad de la capacidad de contratación (K) comprometida por los actores durante un tiempo adicional al previsto para la ejecución de los trabajos, sobre lo cual es bueno indicar que ningún razonamiento hizo el juez, tan sólo acogió el monto de la condena que sugirieron los peritos.

“Este perjuicio lo hizo consistir el actor en que la capacidad de contratación (K) de los miembros del consorcio estuvo comprometida más tiempo del que esperaban al ejecutar el contrato, de allí que la ‘K’ de 1.100 salarios exigida para el contrato del caso *sub iudice* estuvo ocupada más tiempo del que estimaron, y eso representa una pérdida de dinero, porque no pudieron celebrar más contratos, durante dos (2) meses.

“La Sala encuentra, una vez más, que los peritos yerran en la ponderación técnica de este concepto. Nuevamente se limitaron a tomar datos hipotéticos para hallar un valor, en el afán de dar una respuesta a la pregunta formulada por la parte interesada en el peritazgo. Supusieron lo siguiente: ‘Si se tiene en cuenta la capacidad total de contratación ‘K’ total = 13.127, para el año 1994, de las firmas consorciadas (CONASFALTOS SA. K=9.158, Andina de Construcciones Ltda. K = 3.969, K total = 13.127) sus compromisos contractuales en esa época y las posibles oportunidades de participación en licitaciones públicas, consideramos que solo en un 70% de la capacidad K exigida para este contrato, podrían haberse afectado, en el peor de los casos.’ Concluye el informe que hay una utilidad dejada de percibir, por valor de \$3’850.000, que actualizados y con intereses ascendía en el año 2000 a \$16’477.541.

“Esta forma de valorar este perjuicio tampoco es admisible, porque sólo se apoya en conjeturas, sin respaldo fáctico probatorio. Basta considerar que el peritazgo no acreditó que los miembros del consorcio no pudieron celebrar contratos, por tener ocupada su capacidad de contratación. De hecho, se limitan a indicar que CONASFALTOS SA. tenía un ‘K’ de 9.158, pero no se sabe cuánto de eso estaba ocupado y cuánto libre, para determinar si de verdad se les imposibilitó celebrar nuevos contratos, durante este breve lapso, en virtud de los meses adicionales de ejecución de las obras. El mismo comentario aplica a Andina de Construcciones Ltda., que tenía un K de 3.969, pero se desconocen los mismos datos.

“Lo anterior era esencial para medir la contingencia del daño y del perjuicio que reclaman los actores, pero no logran demostrar que la ocupación, durante unos meses adicionales, de su capacidad contractual (K) haya impedido celebrar nuevos contratos. Esto requería una prueba distinta al análisis hipotético que hicieron los peritos. Había que pasar del análisis de un daño eventual a un daño concreto y cierto, que es el único que indemniza esta jurisdicción.”

Esta reflexión se adecuaba perfectamente al caso concreto, porque las pruebas del proceso, especialmente la pericial, se limitaron a señalar que “En el sector de la construcción se les otorga a los Ingenieros unos K que es una MEDIDA DE LA CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN otorgada por su capacidad económica, contratación valorada en pesos por los montos que se encuentren ejecutando, factor que resultó afectado negativamente para los contratistas por los mayores tiempos de ejecución de obra lo cual NO LES PERMITIÓ LIBERAR K para efectuar otras contrataciones simultáneas.” –peritazgo a fls. 629 a 630, cdno. 2-

En el caso *sub iudice* -con sobradas razones- ni siquiera se determinó cuál era la capacidad de contratación de cada uno de los miembros del consorcio, para establecer, a continuación, cuánto resultó afectada y de qué manera el mayor plazo –que ni siquiera se demostró fuera imputable a la entidad (recuérdese la mayor ejecución de obra respaldada en un contrato adicional)- incidió negativamente y produciendo un daño indemnizable a los contratistas. De hecho, una cosa es el daño y otra el perjuicio, porque si bien, objetivamente se puede admitir la existencia de *aquél*, lo inadmisibles de este mismo modo es el *perjuicio*, comoquiera que bien pudo ocuparse el “K” de contratación y no producir consecuencias desfavorables sobre el patrimonio de los miembros del consorcio contratista, según se explicó en la sentencia citada antes. En estos términos, más pobre aún resultó la prueba del perjuicio reclamado en relación con este aspecto, y por eso se negará la pretensión indemnizatoria.

La misma suerte correrán las pretensiones por concepto de *perjuicios morales*, y de los *reajustes no pagados*, porque tampoco hay prueba que los acredite; y de los *intereses pagados por sobregiro* a Bancolombia y a los miembros del consorcio por aportes de capital –se reclaman \$5'172.154,72-, de lo cual no existe prueba, incluso sobre los últimos los peritos declararon lo contrario: “... no fue posible determinar la correspondencia de los sobregiros cancelados a Banco de Colombia por los consorciados y su aplicación a la obra” –fl. 630, cdno. 2-

En relación con la *pretensión anulatoria* de los actos por medio de los cuales el Departamento de Caldas *liquidó unilateralmente* el contrato, no se observa vicio que afecta su validez, por las razones expuestas. En efecto, los supuestos por los cuales la entidad procedió de esa manera se encuentran justificados en este proceso, en especial la falta de acuerdo entre el contratista y la entidad, lo que legalmente le permitía a ésta actuar como lo hizo.

Entre otras cosas, tampoco se demostró que la Resolución No. 00269, de febrero 10 de 1997, donde se declaró deberle al contratista \$10'241.967,06, violara el debido proceso, porque en relación con su notificación se sabe que operó por conducta concluyente, en virtud de la interposición del recurso de reposición – presentado ante la entidad el 4 de marzo de 1997, y aportado por el contratista a fls. 21 a 49 del cdno. 2-, como lo autoriza el art. 48 del CCA.<sup>15</sup> Fue por esto que el 9 de mayo de 1997 se resolvió éste, confirmándolo, mediante la Resolución No. 2047, que se notificó personalmente al representante del consorcio, según consta a folio 10 del cdno. 2.

Por las razones expuestas, la Sala revocará la decisión del *a quo*, y negará todas las pretensiones de la demanda, lo que implica que declarará la validez de los actos administrativos demandados y que no se ordenará el pago de suma alguna de dinero a favor del contratista.

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

#### **FALLA**

**PRIMERO:** Revócase la sentencia proferida el 11 de julio de 2002, por el Tribunal Administrativo de Caldas.

---

<sup>15</sup> “Art. 48. FALTA O IRREGULARIDAD DE LAS NOTIFICACIONES. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.

“Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46.”

**SEGUNDO:** Niéganse las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Niéganse las excepciones propuestas.

**CUARTO:** No se causaron costas.

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

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.**  
Presidente

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**OLGA VALLE DE DE LA HOZ**