

CONTRATO DE CONSULTORIA - Representante legal de la entidad / REPRESENTANTE LEGAL DE LA ENTIDAD CONTRATANTE - Funciones / REPRESENTANTE LEGAL DE LA ENTIDAD - Delegación de funciones

En los contratos estatales como el que es objeto de la presente controversia, las decisiones que comprometen contractualmente a la administración, tales como la suscripción del contrato, la sanción del contratista, la interpretación, modificación o terminación unilateral del negocio jurídico, la declaratoria de caducidad del mismo o su liquidación –de común acuerdo o unilateral-, etc., le corresponden exclusivamente al representante legal de la entidad, por ser la persona a la que la ley ha otorgado de manera expresa la competencia para comprometerla contractualmente, salvo aquellos casos en los que lo autoriza para delegar tal función, siempre que dicha delegación se haya efectuado también en forma legal, es decir observando las formalidades dispuestas para ello, las cuales apuntan a brindar la necesaria seguridad jurídica que exigen los intereses públicos. En tal sentido, para delegar las funciones que en materia de contratación permite el estatuto contractual, deberá darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 489 de 1998 que consagra los requisitos de la delegación

FUENTE FORMAL: LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 10

LA INTERVENTORIA EN LOS CONTRATOS ESTATALES - Fundamento / CONTRATO DE INTERVENTORIA - Noción. Definición. Concepto / CONTRATO DE INTERVENTORIA - Regulación normativa / INTERVENTOR DEL CONTRATO - Responsabilidades

La existencia de la interventoría en los contratos estatales, obedece al deber que el legislador ha impuesto a las entidades en el numeral 1º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el cual se consagran los medios que ellas pueden utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación (...) El actual estatuto de contratación estatal no define el contrato de interventoría ni lo regula directamente, como sí lo hacía el anterior Decreto-Ley 222 de 1983, el cual disponía, en su artículo 120, que la entidad pública contratante debía verificar “la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas por medio de un interventor” que podía ser funcionario suyo o que podía contratar la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas que poseyeran experiencia en la materia y que estuvieran registradas, calificadas y clasificadas como tales. Por su parte, el artículo 121 del antiguo estatuto, señalaba que en los contratos se detallarían las funciones que correspondían al interventor, entre ellas la de revisar los libros de contabilidad, si así se hubiere convenido en el contrato, y la de exigir al contratista la información que considerara necesaria. Y el artículo 123 ibídem, consagraba la responsabilidad del interventor –como hoy en día lo hace el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011-, estableciendo que además de las sanciones penales a que hubiere lugar, la sociedad o persona natural que ejerciere una interventoría sería civilmente responsable de los perjuicios originados en el mal desempeño de sus funciones.”

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 14.1 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 53 / LEY 1474 DE 2011 - ARTICULO 82 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 120 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 121 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 123 /

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17031.

INTERVENTOR DEL CONTRATO - Funciones. Deberes. Obligaciones. Regulación normativa

El interventor adelanta, básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual, pero no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista. Es por ello que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que “Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente”, que “Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias” y además, que “ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”, es decir que el negocio jurídico sobre el cual ejercerá vigilancia, constituye el marco dentro del cual la misma debe llevarse a cabo. Al respecto, a pesar de ser posterior a la celebración del contrato objeto de la presente controversia, resulta ilustrativo observar cómo en razón de la naturaleza de las funciones que desarrollan, el artículo 53 del código único disciplinario –Ley 734 de 2002- estableció que se hallan sujetos al régimen disciplinario especial contenido en el Libro III de dicha ley, los particulares “que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales”, disposición que la Corte Constitucional declaró exequible (...) la función del interventor es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 53

NOTA DE RELATORIA: Sobre la exequibilidad del artículo del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, consultar Corte Constitucional, sentencia C-037 del 28 de enero de 2003.

CONTRATO ESTATAL - Terminación y liquidación / LIQUIDACION DEL CONTRATO ESTATAL - Finalidad. Fundamento / LIQUIDACION DEL CONTRATO ESTATAL - Regulación normativa / LIQUIDACION DEL CONTRATO ESTATAL - Objetivo

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación y así mismo establece que “También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar”, de modo que “En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo”. Es decir que la liquidación del contrato corresponde a una etapa posterior a su terminación cuya finalidad es la de establecer el resultado final de la ejecución de las prestaciones a cargo de las partes y determinar el estado económico final de la relación negocial, definiendo en últimas, quién le debe a quién y cuánto. Es en ese momento cuando las partes se ponen de acuerdo respecto de sus mutuas reclamaciones derivadas de la ejecución contractual y es en la liquidación en la que deben incluirse los arreglos, transacciones y conciliaciones a los que lleguen. Por ello, constituye un negocio jurídico que debe ser suscrito en principio de común acuerdo por ellas, a

través de sus representantes legales y sólo a falta de tal acuerdo, deberá proceder la entidad a liquidarlo en forma unilateral a través de un acto administrativo y si ésta no la hace, puede acudir ante el juez del contrato, quien deberá definir las prestaciones mutuas entre los contratantes. (...) si el contratista eleva reclamaciones durante la ejecución del contrato, existe el mecanismo legal para acceder a tal solicitud en caso de que la entidad la considere pertinente y ajustada a la realidad de la ejecución contractual y no es otro que el de la liquidación del contrato, como lo tiene sentado la jurisprudencia

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 60

NOTA DE RELATORIA: En relación con la ejecución y liquidación del contrato estatal, consultar Sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17031. Respecto al objetivo principal de la liquidación final del contrato, ver sentencia del 16 de agosto de 2001, exp. 14384.

EJECUCION DEL CONTRATO ESTATAL - Actas suscritas por las partes / ACTAS SUSCRITAS POR LAS PARTES - Actas de avance y acta de recibo final / CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO - Actas parciales de recibo / ACTAS DE RECIBO PARCIAL - Noción. Definición. Concepto / ACTAS DE RECIBO PARCIAL - Finalidad. Fundamento / ACTA DE RECIBO FINAL - Noción. Definición. Concepto / ACTA DE RECIBO FINAL - Acuerdo de voluntades entre las partes / ACTA DE RECIBO FINAL - Finalidad. Fundamento

A lo largo de la ejecución de los contratos celebrados por las entidades estatales, suelen presentarse diversas situaciones cuya documentación se lleva a cabo a través de actas suscritas por las partes. (...) Entre las que se suelen levantar durante la ejecución de los contratos, se hallan i) las actas parciales de avance, que se suscriben periódicamente para registrar en ellas el progreso en la ejecución de las prestaciones y ii) el acta de recibo final. Es usual que en contratos de tracto sucesivo, en los que se pactan entregas periódicas de obras, bienes o servicios, se acuerde la elaboración de actas parciales de recibo cada cierto tiempo, que servirán como soporte para la elaboración de las respectivas cuentas de cobro y por lo tanto, constituyen uno de los requisitos acordados para su presentación, de tal manera que, dichas actas, representan cortes parciales de la ejecución del objeto contractual, que va avanzando conforme transcurre el plazo acordado y su finalidad básicamente es la de permitir el cálculo del avance de la ejecución en relación con lo pactado así como el valor de lo que se ejecutó en ese periodo de tiempo, para efectos de realizar el respectivo cobro parcial. En relación con el acta de recibo final –sobre la cual versa el problema jurídico a resolver en el sub-lite-, la ley, como en el caso de las actas parciales, tampoco regula concretamente esta clase de elemento accidental del contrato, que se deja al libre acuerdo de voluntades de las partes contratantes. (...) dicha acta de recibo final es concebida como un medio de verificación de la ejecución del objeto contractual, para determinar si el mismo se efectuó cabalmente y de acuerdo con las especificaciones pactadas en el contrato, lo que significa que dicha acta constituye un elemento anterior y útil para la liquidación de los contratos, puesto que a través de ella se constata cualitativa y cuantitativamente el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista como paso previo para efectuar el respectivo corte de cuentas que implica la liquidación del contrato -aunque en algunas ocasiones, las partes de hecho liquidan el contrato en la que denominan acta de recibo final-.

CONTRATO DE CONSULTORIA - Sociedad E.L. Profesionales Ltda. y el INCORA / CONTRATO DE CONSULTORIA - Suscrito por el representante legal de la entidad contratante / CONTRATO DE CONSULTORIA - De tracto sucesivo / CONTRATO DE CONSULTORIA - Actas de avance e informe final / ACTA DE RECIBO FINAL SUSCRITA ENTRE EL CONTRATISTA Y EL INTERVENTOR - Cumplimiento de obligaciones y de deberes / ACTA DE RECIBO FINAL SUSCRITA ENTRE EL CONTRATISTA Y EL INTERVENTOR - No es un acuerdo de voluntades porque el Interventor no hace parte del contrato

En desarrollo de lo dispuesto en el contrato de consultoría, el contratista debía entregar a la entidad varios informes de avance y un informe final y respecto de este último, la cláusula quinta establecía que el pago del saldo del valor del contrato –luego de la entrega de un anticipo y un primer pago contra entrega del primer informe-, correspondiente al 40% de su valor total, se haría “(...) al recibo del acta final y su respectivo informe aprobatorio del interventor en el que conste la aceptación a satisfacción del INCORA sobre la labor desempeñada”. En cumplimiento de dicha disposición, fue suscrita el acta de recibo final del contrato por el interventor y el contratista, acta que fue objeto de aprobación por el representante legal de la entidad. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, el acta de recibo final suscrita por el contratista y el interventor, tenía como finalidad precisamente el cumplimiento del requisito contractual para el pago final del valor del contrato y correspondía a un deber del funcionario interventor, encargado de verificar que la ejecución del contrato obedeciera al objeto del mismo, que las obligaciones del contratista se hubieran cumplido de acuerdo con lo pactado y que la calidad de los trabajos realizados fuera óptima y sirviera a los fines de la contratación, tal y como reza la cláusula décima del contrato. (...) a juicio de la Sala, se desprende simplemente que la contratista brindó sustento, es decir, fundamentó la solicitud de ajuste, o dicho en otras palabras, explicó las razones por las cuales consideraba procedente el mismo, pero ello no significa de manera alguna, porque así no está expresado en el acta, que el interventor haya avalado tal solicitud o haya manifestado que la misma, a su juicio, era procedente y que por lo tanto debiera ser atendida y despachada favorablemente accediendo al ajuste pedido. Y mucho menos puede entenderse como un acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, en el sentido de reconocer el ajuste del valor del contrato solicitado por el contratista, puesto que el interventor no es parte del contrato de consultoría celebrado entre el INCORA y la sociedad E.L. Profesionales Ltda. Como ya se dijo, la suscripción por parte del interventor de las distintas actas de recibo –parcial o final- corresponde a una labor de verificación de la ejecución contractual, como requisito indispensable para el reconocimiento de su pago por parte de la entidad. Dado que el interventor es quien efectúa el control directo y permanente de la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, está llamado en primer lugar a realizar la verificación necesaria para el recibo final del objeto contractual.

ACTA DE RECIBO FINAL - Diferente a liquidación del contrato / ACTA DE RECIBO FINAL Y LIQUIDACION DEL CONTRATO - Diferencias / LIQUIDACION DEL CONTRATO DE COMUN ACUERDO - Salvedades y reclamaciones / TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - El contratista no se presentó a firmar la liquidación del contrato

El acta de recibo final suscrita por el contratista y el interventor, posteriormente aprobada por el ordenador del gasto del INCORA, tuvo como finalidad –pues así lo pactaron las partes en el contrato- recibir la totalidad del trabajo de consultoría a cargo del contratista, como etapa previa a la liquidación del contrato y no generó

obligación distinta a la del pago del saldo de su valor total, sin que la aprobación impartida tenga la virtualidad de constituir una aceptación simple y llana de las reclamaciones del contratista que se dejaron registradas en el acta. De acuerdo con la naturaleza y finalidad tanto del acta de recibo final de los contratos como de la liquidación de los mismos, es claro que existen diferencias entre una y otra, pues al paso que la primera se refiere a la verificación del cumplimiento de las obligaciones del contratista de cara a lo estipulado en el contrato, es decir la comprobación material de la ejecución del objeto contractual en los términos pactados, la segunda corresponde a un corte de cuentas definitivo entre las partes con la finalidad de que las mismas se declaren a paz y salvo y que extingue de manera definitiva el vínculo contractual entre ellas. En el presente caso, se advierte que la contratista no concurrió a suscribir la liquidación del contrato de común acuerdo con la entidad, momento en el cual ha podido efectuar las reclamaciones que a bien tuviera y en caso de no ser admitidas por el INCORA para ser incluido su reconocimiento en el acta bilateral de liquidación, habría podido la contratista dejar las salvedades que considerara pertinentes, con miras a efectuar su posterior reclamación judicial. Nada de esto sucedió y la entidad debió proceder a liquidar unilateralmente el contrato, luego de haber resuelto las peticiones elevadas por la contratista mediante la expedición de actos administrativos –entre ellos el de liquidación unilateral del contrato- que, impugnados en sede administrativa, fueron confirmados por la administración.

IMPROCEDENCIA DE DECRETAR LA NULIDAD DEL ACTO QUE DECLARO UNILATERALMENTE LA LIQUIDACION DEL CONTRATO - Por falta de material probatorio / IMPROCEDENCIA DE DECRETAR LA NULIDAD DEL ACTO QUE DECLARO UNILATERALMENTE LA LIQUIDACION DEL CONTRATO - El contratista únicamente tiene derecho al pago del valor de las prestaciones ejecutadas en la forma acordada en el contrato / IMPROCEDENCIA DE DECRETAR LA NULIDAD DEL ACTO QUE DECLARO UNILATERALMENTE LA LIQUIDACION DEL CONTRATO - Sobre el contratista recaían obligaciones tributarias respecto de las cuales la entidad contratante actuó como agente retenedor.

La reclamación realizada por el contratista en el sentido de pedir el reconocimiento de una suma adicional al valor inicial del contrato carece de soporte probatorio en el plenario, que conduzca a desvirtuar la presunción de veracidad y legalidad de los actos administrativos demandados. (...) cuando la entidad estatal celebra un contrato, está obligada a efectuar el registro presupuestal correspondiente, con la finalidad de asegurar los recursos destinados al pago de las obligaciones surgidas de los contratos que celebra y si surge la necesidad de efectuar pagos en la siguiente vigencia fiscal, debe acudir a las reservas presupuestales, para asegurar tales pagos. (...) El contratista únicamente tiene derecho al pago del valor de las prestaciones ejecutadas en la forma acordada en el contrato, independientemente del monto de las asignaciones presupuestales efectuadas por la entidad. (...) el contratista estaba obligado a cancelar el IVA y la entidad a retenerlo, pues de conformidad con lo dispuesto por el artículo 420 del estatuto tributario, el impuesto se aplica, entre otros, a la prestación de servicios en el territorio nacional (...) sobre el contratista recaían obligaciones tributarias respecto de las cuales la entidad contratante actuó como agente retenedor. En consecuencia, la reclamación del demandante en relación con el reembolso de las deducciones que por estos conceptos se le efectuaron de las cuentas pagadas, no tiene fundamento alguno.

CONTRATO DE CONSULTORIA - Rompimiento del equilibrio financiero. No se configuró / CONTRATO DE CONSULTORIA - Desequilibrio de la ecuación financiera. No se configuró

En la propuesta de la sociedad E.L. Profesionales Ltda., se ofreció un grupo de 3 consultores para el proyecto, dos de los cuales tenían una vinculación temporal con la empresa, razón por la cual el pago de sus honorarios durante todo el tiempo de ejecución del contrato constituía un costo que debía estar previsto y programado como normal de la ejecución contractual, no representaba una mayor onerosidad para el contratista y en consecuencia, no se advierte cómo el mismo pudo constituir un desequilibrio de la ecuación contractual.

CONFIGURACION DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA CONTRACTUAL - Requisitos. Reiteración jurisprudencial

Frente a la insistencia de la parte actora sobre la configuración de un silencio administrativo positivo, la Sala considera necesario recordar que en materia de contratación estatal, como reiteradamente lo ha sostenido, no basta con la presentación de cualquier solicitud por parte del contratista durante la ejecución del contrato y el transcurso del plazo establecido en la ley -3 meses- sin obtener respuesta de la administración, para que se entienda configurado el acto administrativo ficto favorable a la petición del contratista, sino que tratándose del surgimiento de derechos a su favor, se requiere además, que de hecho se den los requisitos para su reconocimiento, circunstancia que, en el presente caso, tal y como quedó analizado, no se dio.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la configuración de un silencio administrativo positivo en materia contractual, consultar sentencias de: 29 de marzo de 1996, exp. 10992; 12 de diciembre de 2001, exp. 17938; 12 de mayo de 2010, exp. 37446; y autos de: 7 de marzo de 2002, exp. 20823 y 26 de septiembre de 1996, exp. 12147. En cuanto al contenido de la petición sobre la cual se pretende la existencia un acto ficto positivo, ver sentencia del 30 de marzo de 2000, exp. ACU-1199.

NULIDAD PARCIAL DEL ACTO QUE DECLARO UNILATERALMENTE LA LIQUIDACION DEL CONTRATO - Procedencia por no incluir el reconocimiento de intereses moratorios al contratista por el pago tardío del anticipo / PAGO TARDIO DEL ANTICIPO - Causación de intereses moratorios a favor del contratista. Procedencia / RECONOCIMIENTO DE INTERESES MORATORIOS POR PAGO TARDIO DEL ANTICIPO - Cálculo. Fórmula

De las reclamaciones efectuadas por la demandante sólo tiene vocación de prosperidad la atinente al pago de intereses moratorios por la entrega tardía del anticipo. Toda vez que tal reconocimiento no fue incluido en el acto administrativo de liquidación unilateral, resulta procedente la declaratoria de su nulidad parcial para incluir, como obligación a cargo de la administración, ésta de reconocer los intereses moratorios, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta lo dispuesto por los términos de referencia del procedimiento de selección previo a la suscripción del contrato, es decir la aplicación de la tasa DTF anual más 5 puntos, de manera proporcional al tiempo de retraso.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C, veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199)

Actor: SOCIEDAD E.L. PROFESIONALES LTDA.

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA INCORA

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 14 de mayo de 2003, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El INCORA celebró un contrato de consultoría con la firma E.L. Profesionales Ltda., en el que se pactó la entrega de un anticipo del valor total del contrato, obligación que fue tardíamente cumplida por la administración.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. El 14 de septiembre de 2001, a través de apoderado debidamente constituido, la sociedad E.L. Profesionales Ltda., presentó demanda en contra del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, cuyas pretensiones fueron (f. 1 a 31, c. 1):

PRIMERA: Pido a la Corporación se sirva declarar que EL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA INCORA **incurrió en silencio administrativo positivo a favor de E'L PROFESIONALES LTDA** en relación con petición elevada por la firma contratada ante el "INCORA" el día 17 DE JUNIO de 1998 y aclaración en septiembre 4 del mismo año donde el contratista solicitó ajuste al valor del Contrato. Y sustento (sic) las razones pertinentes.

SEGUNDA: Pido a la Corporación se sirva declarar la nulidad de todas las Resoluciones emitidas por el INCORA como son:

- . **RESOLUCIÓN No. 04748 de fecha 17 de diciembre de 1998.**
- . **RESOLUCIÓN No. 01034 de fecha 31 de mayo de 1999.**
- . **RESOLUCIÓN No. 02134 de fecha 24 de septiembre de 1999.**
- . **RESOLUCIÓN No. 01949 de fecha 30 de agosto de 2000.**

TERCERA: Pido a la Corporación se sirva declarar:

- . **NULIDAD DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO 2001-003-98.**

CUARTA: Pido a la Corporación se sirva validar el contrato No. 2001-003-98 en su consideración No. 8 y en la cláusula DÉCIMA CUARTA—DOCUMENTOS, por haber sido desconocidas por el INCORA a pesar de hacer parte del documento CONTRATO firmado interpartes **Por (sic) cuanto esto generó el descuento de dineros a pesar de existir la reserva presupuestal No. 0399 y la reserva Presupuestal No. 042 hecha por el Incora y consignada en el contrato para el concepto valor del contrato e iva del mismo.**

QUINTA. Pido se reconozca a favor de mi procurada **EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO QUE GENERÓ EL INCORA**, y se restablezca el derecho de mi procurado.

SEXTA. Que se condene en costas al INCORA, por conducta temeraria al proferir los actos administrativos acusados, en contra de **E'L PROFESIONALES LTDA.**

SÉPTIMA. Que se condene al pago de los daños y perjuicios de esta conducta temeraria del INCORA a favor de **E'L PROFESIONALES LTDA. y por lo cual se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA INCORA debe pagar a E'L PROFESIONALES LTDA. la suma descontada, el desequilibrio económico y los daños y perjuicios que esto ha generado y los respectivos intereses que esto conlleve en cuantía de cincuenta millones de pesos M/cte.** (las negrillas son del texto original).

2. La demandante expuso como fundamento de sus pretensiones, que previo procedimiento de selección en el que le fue adjudicado, las partes celebraron el 27 de abril de 1998, el contrato de consultoría n.º 2001-003-98, para el “estudio de alineamiento estratégico de los procesos de transformación organizacional y diseño del sistema de información geográfica con base en el análisis del marco

operativo del INCORA”, por valor de \$ 100 000 000, con reservas presupuestales 399 y 042 del 31 de diciembre de 1997 destinadas al pago del valor del contrato y del IVA y con una duración de 6 meses contados a partir de la aceptación de la póliza de garantías.

2.1. A pesar de que se pactó la entrega de un anticipo equivalente al 30% del valor del contrato una vez fuera aprobada la garantía única pactada, lo cual ocurrió el 15 de mayo de 1998, el anticipo se entregó tardíamente, el 23 de junio del mismo año, mora de la entidad que fue una de las razones que generó el desequilibrio económico del contrato en contra del contratista. Alegó también mora en los demás pagos a cargo de la entidad.

2.2. La entidad designó un primer interventor, que pidió ser relevado debiendo ser nombrado otro funcionario, situación que generó demora para el contratista *“(…) por cuanto la falta del interventor no permite el avance del contrato perjudicándose por ende el contratista a quien le tocó asignar más recurso para cumplir con la entrega del primer informe”*.

2.3. Desde junio de 1998, el contratista presentó peticiones al INCORA para que se le concediera un reajuste contractual y que *“(…) se le validara el contrato sobre todo en las cláusulas relacionadas con el valor (…)*, peticiones sobre las cuales la entidad se pronunció mediante resolución n.º 0478 del 17 de diciembre de 1998, es decir extemporáneamente, pues ya se había configurado el silencio administrativo positivo a favor del demandante.

2.4. Previa modificación del cronograma por las partes, el contratista entregó el primer informe el 17 de junio, el segundo el 2 de agosto y el tercero el 20 de septiembre de 1998. El acta de recibo del trabajo se produjo el 7 de septiembre de 1998, pero no se liquidó inmediatamente, pues en el acta quedó consignada la petición del contratista elevada el 14 de agosto de 1998, en el sentido de obtener un ajuste contractual para restablecer la ecuación del contrato, acta que fue aprobada por el interventor y la ordenadora del gasto. Sostuvo que *“(…) se desconoció un acto administrativo como es la solicitud de ajuste al contrato que hace el contratista, así como se desconoce el documento que lo sustenta, como es el acta final de recibo (…)*”, en la cual se consignó que el contratista había presentado la solicitud debidamente sustentada, lo que significa que *“(…) con la firma de la misma acta se da la aceptación de todo lo solicitado por el contratista al*

rubricar el acta final de recibo, y demuestra y resalta claramente (...)” que i) el contratista demostró la “*ruptura contractual unilateral*” por parte del INCORA, ii) tanto el interventor como la gerencia de la entidad aceptaron que hubo demora en los pagos y que la misma generó problemas financieros al contratista, iii) que la interventoría y la gerencia aceptaron que hubo una exigencia al contratista respecto del cronograma, iv) que estas dos instancias aceptaron que la solicitud estaba debidamente sustentada por el contratista y v) que aceptaron que el objeto del contrato se cumplió en su totalidad.

2.5. Debido a la reprogramación del contrato para que la entrega se produjera antes de lo pactado inicialmente, el contratista tuvo que destinar más recursos a su ejecución, lo que se tradujo también en un desequilibrio económico del contrato.

2.6. La demandante adujo que luego de firmado el contrato, fueron desconocidas las reservas presupuestales que hacían parte del mismo, generándole daños y perjuicios al contratista.

2.7. Al exponer las *razones de nulidad* de los actos acusados, manifestó:

2.7.1. En relación con la resolución n.º 04748 del 17 de diciembre de 1998, la demandante no estuvo de acuerdo con las interpretaciones que allí se hicieron sobre el desequilibrio económico del contrato y consideró que el contratista había reclamado oportunamente un reajuste para lograr el restablecimiento de la ecuación contractual, solicitud que quedó plasmada en el acta de recibo final sin objeciones del interventor o la ordenadora del gasto, que la suscribieron. Se refirió además, al cumplimiento, por parte del contratista, de los requisitos legales para la configuración del silencio administrativo positivo a partir de la solicitud de ajuste presentada el 17 de junio de 1998, por lo cual se produjo dicha figura desde el 17 de septiembre del mismo año y surgió un acto ficto favorable al contratista, pues no hubo pronunciamiento de la entidad en ese lapso. Por lo tanto, no era procedente ninguna decisión posterior sobre el particular ni el desconocimiento de la consecuencia legal de tal silencio, como sucedió con la expedición de la referida resolución.

2.7.2. Respecto de la resolución n.º 1034 del 31 de mayo de 1999, manifestó la demandante que mediante este acto, se decidió en forma extemporánea el

recurso de reposición de la contratista en contra de la anterior decisión. Que en tal recurso se aducía que la entidad efectuó una indebida retención de dineros a la contratista pues se ordenó descontar \$ 16 000 000 por concepto de IVA, cuando existía una reserva presupuestal para el valor del contrato –la número 399 por valor de \$ 100 000 000- y otra reserva presupuestal para el valor del IVA –la número 042-, dándose una doble tributación por los descuentos efectuados por la entidad, pero sostuvo que se desconoció la impugnación, vulnerando su derecho de defensa, pues fue citada a una dirección errada.

2.7.3. Sobre la resolución n.º 2134 del 24 de septiembre de 1999, alegó la falsa motivación de este acto y sostuvo que *“La resolución de marras presenta desconocimiento de los hechos reales e intenta crear confusión y desconcierto a mi procurada al tergiversar (sic) deliberadamente hechos y fechas representativas, al mismo tiempo que intenta sembrar la duda respecto a las razones claras y expresas que he planteado”* y procede a enunciar nuevamente las reclamaciones de ajuste del valor del contrato por la modificación del cronograma y el pago tardío de las cuentas a su favor, que a su juicio, habían sido aceptadas por la entidad en el acta de recibo final del contrato.

2.7.4. En cuanto a la resolución n.º 19049 del 30 de agosto de 2000, manifiesta que fue proferida 12 meses después de haberse interpuesto el recurso de reposición y que sintetizando, *“los actos administrativos acusados por el Incora (sic) en cada una de las resoluciones, no tienen respaldo probatorio de ninguna clase y carece de definición legal. Estos vicios son suficientes para solicitar (...) se declare la NULIDAD (...) y se provea consecuentemente al RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (...)”*.

II- Actuación procesal

3. La entidad pública demandada contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, por considerar que no se produjo el silencio administrativo positivo aducido por la demandante y por cuanto los actos administrativos demandados fueron expedidos con apego a la ley. Explicó que el solo hecho de que un contratista formule reclamaciones a la entidad contratante no es suficiente para que las mismas tengan que ser despachadas favorablemente, sino que se deben probar sus fundamentos. Por otra parte, la alteración del cronograma para disminuir el término de ejecución del contrato tampoco demuestra por sí sola la

afectación del equilibrio económico del contrato, sin que existan pruebas de que se hubiera producido un grave detrimento patrimonial del contratista, quien recibió la contraprestación acordada por la ejecución del contrato. Finalmente, adujo que si bien la demandante citó una serie de normas como violadas por los actos acusados, no sustentó en qué consistió tal violación. Propuso la excepción de inepta demanda, por falta de requisitos formales exigidos por la ley, pues no se efectuó una estimación razonada de la cuantía (f. 29, c. 1).

4. El 14 de mayo de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección B, profirió **sentencia de primera instancia** en la cual:

4.1. Desestimó la excepción de inepta demanda, porque si bien es cierto que no se efectuó una estimación razonada de la cuantía de las pretensiones, se cumplió con el requisito mínimo para determinar la competencia y por ello se expidió el auto admisorio sin objeción alguna de las partes.

4.2. En cuanto a las pretensiones, declaró la nulidad de las resoluciones 04748, 01034, 02134 y 01949 proferidas por el INCORA y lo condenó a pagar a favor del demandante la suma de \$ 22 720 000, correspondiente al “(...) *valor actualizado sobre la utilidad dejada de percibir reconocida a favor del contratista, mediante acuerdo bilateral del 7 de septiembre de 1998*”, por cuanto consideró que la petición de ajuste del valor del contrato efectuada por el contratista por \$ 16 000 000,00 por “*la revisión al cronograma que obligó al contratista a asignar más recursos especializados y costos financieros*”, fue resuelta favorablemente en el acta de recibo final, suscrita por el interventor del contrato y avalada por la directora general del INCORA, pero posteriormente revocada en la resolución n.º 04748, confirmada por la resolución n.º 01034. En consecuencia, tanto este acto administrativo como el de liquidación unilateral, que no incluyó dicho reconocimiento a favor del contratista, están viciadas de nulidad. Negó las demás pretensiones de la demanda, por considerar que no se probó la configuración del silencio administrativo positivo alegado en la demanda, toda vez que se acreditó que las peticiones de reajuste del valor del contrato fueron de agosto y septiembre de 1998 y fueron resueltas en el acta de recibo final (f. 52 a 61, c. ppl).

5. Inconforme con la decisión, la parte demandada interpuso **recurso de apelación**, en el cual solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, por considerar que contrario a lo deducido por el tribunal *a-quo*, en el acta de recibo

final del contrato no se produjo un acuerdo bilateral de las partes sobre el reconocimiento del ajuste solicitado por el contratista, pues la suscripción de la misma es un acto propio del interventor y por ello no es procedente efectuar allí acuerdos ni reconocimientos adicionales a los previstos en el contrato. Además, el momento para tales reconocimientos, de ser procedentes, era el de la liquidación, a la luz de lo establecido por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y en el presente caso, la entidad los negó en el acto de liquidación unilateral correspondiente, por cuanto el contratista no demostró haber sufrido un desequilibrio financiero con la ejecución del contrato y la pequeña alteración del cronograma de trabajo no le generó mayores gastos, sino que al disminuir el tiempo de ejecución, pudo haber incurrido en menores gastos, razón por la cual no se dieron los parámetros establecidos en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 para el reajuste de precios (f. 63 y 77, c. ppl).

6. Admitido el recurso de apelación, se corrió traslado para presentar **alegatos de conclusión** en esta instancia, oportunidad dentro de la cual las partes reiteraron las argumentaciones esgrimidas a lo largo de sus actuaciones procesales (f. 143 y 145, c. ppl).

CONSIDERACIONES

I. La Competencia

7. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida en 2001 para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, era de \$ 26 390 000 y en el presente caso, la parte actora estimó la cuantía de sus pretensiones en la suma de \$ 50 000 000.

II. Hechos probados

8. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis¹:

8.1. El 23 de abril de 1998, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA² celebró con la sociedad E.L. Profesionales Ltda., el contrato de consultoría n.º 2001-003-98, cuyo objeto fue *“Alinear estratégicamente la nueva estructura organizacional y el sistema de información geográfica respecto al plan corporativo, buscando fortalecer y consolidar los procesos del INCORA, con el propósito de generar una cultura organizacional acorde con el modelo de gestión adoptado para responder a las necesidades de los usuarios de la Reforma Agraria. Con base en el análisis del marco operativo del INCORA a través de la identificación, relevamiento y revisión de procesos, definir las estrategias para la implantación del sistema de información geográfica, formular los requerimientos a nivel de usuario y establecer el Plan para la implantación del SIG con una visión de largo plazo”*. En las consideraciones del contrato, consta que el mismo fue adjudicado dentro del marco de un contrato de préstamo y cooperación celebrado entre el BID y la República de Colombia, en el cual el INCORA actúa como organismo subejecutor, aplicando las normas de selección de aquel organismo³ y que la entidad estatal contaba con los recursos económicos que demandaba este contrato, *“(…) según reservas presupuestales Nos. 399 y 042 del Diciembre 31 de 1997”*; las partes pactaron, además (f. 1 a 7, c. 2 y f. 1 a 7, c. 3):

¹ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. La entidad demandada remitió al tribunal *a-quo* copia de los documentos del contrato suscrito con la demandante, por lo cual serán tenidos en cuenta (c. 3).

² Mediante Decreto 1292 del 21 de mayo de 2003, se suprimió el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA y se ordenó su liquidación. Mediante Decreto 1788 del 26 de junio de 2003, se nombró gerente liquidador del instituto, INCORA en liquidación, según certificación expedida por el secretario general del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, f. 86, c. 1.

³ En dicho procedimiento, se llevó a cabo el día 23 de abril de 1998, la negociación de la oferta económica presentada por la firma demandante, que obtuvo el mayor puntaje en la evaluación. En la respectiva acta, consta que *“Una vez verificado por parte del proponente y demás asistentes el estado del sobre que contiene la propuesta económica, se procede a su apertura dando lectura al documento que contiene cuatro (4) folios. La firma E’L PROFESIONALES LTDA manifiesta que el valor de la **‘propuesta para la ejecución es de \$ 100.000.000,00 (Cien millones de pesos M/Cte.), incluido el I.V.A.’**. Dado que el presupuesto oficial establecido asciende a la suma de \$100.000.000,00 (Cien Millones de Pesos M/Cte.), incluido el I.V.A. se acepta por las partes las condiciones para contratación estipuladas en los documentos de preselección así como el los términos de referencia de selección”* (Acta de negociación, f. 88 y f. 90, c. 3).

8.1.1. El plazo de duración fue de 6 meses, contados a partir de la aprobación de las garantías. Este plazo podía ser prorrogado máximo por un término igual al inicialmente pactado (cláusula tercera).

8.1.2. El valor del contrato fue de \$ 100 000 000 (cláusula cuarta)⁴ y en la forma de pago se acordó la entrega de un pago anticipado equivalente al 30% del valor total del contrato, es decir la suma de \$ 30 000 000 una vez se encontrara aprobada la garantía única pactada; *“el saldo restante de la siguiente manera: un 30% a los 30 días calendario contra la presentación de avance a la entrega y aprobación del informe y previo visto bueno del interventor; y el saldo, es decir el 40% al recibo del acta final y su respectivo informe aprobatorio del interventor en el que conste la aceptación a satisfacción del INCORA sobre la labor desempeñada”*.

8.1.3. Se pactaron las cláusulas de multas, en caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones (séptima), penal pecuniaria en caso de declaratoria de caducidad o incumplimiento del contratista y a favor del INCORA equivalente al 15% del valor del contrato (octava), caducidad en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista que afecte de manera grave la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización (novena) terminación unilateral (décima primera), garantías (sexta), aplicación de los principios de transparencia, economía y responsabilidad de la contratación estatal consagrados en los artículos 23, 24 y 25 de la Ley 80 de 1993 (décima segunda), se estipuló la designación de un interventor por parte del INCORA (décima)⁵, la prohibición de

⁴ En el documento para la preselección de contratista -y en los términos de referencia-, en las condiciones económicas y financieras se anunció expresamente que *“El presupuesto oficial se establece hasta por la suma límite de CIENTO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$100.000.000,00) incluido IVA”* y que dicho valor *“está amparado con Recursos del Contrato de Préstamo No. 1027/OC-CO de 1997 suscrito entre la República de Colombia y el Banco Interamericano de Desarrollo-BID”*. (f. 111 y 137, c. 3). En dicho procedimiento de selección, se llevó a cabo el día 23 de abril de 1998, la negociación de la oferta económica presentada por la firma demandante, que obtuvo el mayor puntaje en la evaluación. En la respectiva acta, consta que *“Una vez verificado por parte del proponente y demás asistentes el estado del sobre que contiene la propuesta económica, se procede a su apertura dando lectura al documento que contiene cuatro (4) folios. La firma E’L PROFESIONALES LTDA manifiesta que el valor de la **‘propuesta para la ejecución es de \$ 100.000.000,00 (Cien millones de pesos M/Cte.), incluido el I.V.A.’**. Dado que el presupuesto oficial establecido asciende a la suma de \$100.000.000,00 (Cien Millones de Pesos M/Cte.), incluido el I.V.A. se acepta por las partes las condiciones para contratación estipuladas en los documentos de preselección así como el los términos de referencia de selección”* (Acta de negociación, f. 88 y f. 90, c. 3).

⁵ Se dispuso que se designaría un funcionario de la entidad mediante resolución y que sus funciones serían: *“a) Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato para ambas partes. b) Servir de puente entre el contratista y el INCORA. c) Que*

ceder el contrato sin previa autorización escrita de la entidad, dado que los contratos estatales son *intuitu personae* (décima sexta), manifestación bajo juramento del contratista de no hallarse incurso en ninguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas en los artículos 8 y 9 de la Ley 80 de 1993 (décima séptima) y se señaló que el contrato se perfeccionaba con su suscripción y que requería para su ejecución la aprobación de las garantías estipuladas y la existencia de la disponibilidad presupuestal correspondiente (décima octava).

8.2. El INCORA contaba para la contratación de esta consultoría, con una disponibilidad presupuestal de \$ 116 000 000, según consta en los certificados de reserva presupuestal n.º 042, por \$ 16 000 000 y n.º 399, por \$ 100 000 000. En ambos certificados de reserva, del 31 de diciembre de 1997, consta que el beneficiario es el “INCORA, préstamo BID No. 1027/OC CO de 1997”, “OBJETO: ESTUDIO DE ALINEAMIENTO ESTRATÉGICO DE LOS PROCESOS DE TRANSFORMACIÓN ORGANIZACIONAL Y DISEÑO DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN GEOGRÁFICA CON BASE EN EL ANÁLISIS DEL MARCO OPERATIVO DEL INCORA” y que “cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 89 del Decreto 111 de 1996, se anexan los documentos soporte para la constitución de la Reserva Presupuestal amparada (...)” por los certificados de registro presupuestal números 1570 y 1576, respectivamente, del 23 de diciembre de 1997. (f. 8 y 9, c. 3).

la calidad de los trabajos realizados sea óptima y sirva a los fines de la contratación. d) Las demás que se desprendan de la esencia y la naturaleza de la presente relación comercial y las que se encuentran consignadas en la Resolución No. 04752 del 22 de octubre de 1991, emanada de la Gerencia General del Instituto”. En el capítulo de disposiciones generales de contratación de los términos de referencia que sirvieron para la selección del contratista, se incluyó la interventoría y se dispuso: “a) La interventoría Técnico – administrativa será realizada por el INCORA de acuerdo con lo establecido en la Resolución No. 4752 de octubre 22 de 1991. b) El interventor vigilará que no haya retrasos en la ejecución de los trabajos respecto al cronograma aprobado o cualquier alteración de las condiciones del contrato como desviación de especificaciones o uso de procedimientos inadecuados por parte de la empresa contratista. c) La interventoría verificará la consistencia de la información y desarrollo de los trabajos y efectuará recomendaciones y correctivos en cualquier momento. d) La interventoría ejercerá el seguimiento, control y evaluación de las diferentes actividades relacionadas con el trabajo técnico y administrativo. e) La interventoría verificará que su personal sea el idóneo para el desarrollo de las diferentes etapas aprobando o rechazando si es del caso los cambios que el contratista deba realizar respecto a su propuesta original. f) La interventoría tiene un plazo de treinta (30) días calendario para producir el concepto final sobre la calidad y cobertura del trabajo realizado por la empresa a partir del Acta de Recibo Final según el caso” (f. 152, c. 3).

8.3. El INCORA impartió aprobación a la garantía única de cumplimiento presentada por el contratista el 15 de mayo de 1998 (f. 64, c. 3).

8.4. En los términos de referencia elaborados por el INCORA para la selección del contratista, se estableció, en relación con los pagos a cargo de la entidad (f. 153 y 154, c. 3):

El INCORA hará al Contratista los pagos que sean procedentes en virtud del contrato de fondos propios.

Los pagos se harán a favor del Contratista o a quien él designe como beneficiario, previa presentación por parte del Contratista y aprobación por parte de EL INCORA, de las respectivas cuentas autorizadas por el interventor con copia del contrato para el pago del anticipo y para los demás pagos.

En caso de que el INCORA efectúe pagos después de haber pasado el término de treinta (30) días después de la presentación de la cuenta con todos sus comprobantes siempre que la demora no sea atribuible al contratista, se reconocerá a éste como interés moratorio al DTF anual más cinco puntos, de manera proporcional al tiempo de retraso.

8.5. En relación con el pago anticipado pactado en el contrato, el contratista presentó cuenta de cobro el 5 de mayo de 1998 –factura cambiaria n.º 0220- y la entrega fue efectuada mediante cheque 4029996 del Banco Ganadero del 9 de julio de 1998, según consta en la orden de pago 2056 del 23 de junio de 1998 (f. 10, 183 y 184, c. 3).

8.6. El segundo pago a favor del contratista, respecto del cual éste presentó cuenta de cobro el 17 de junio de 1998, por valor de \$ 30 000 000, se efectuó el 16 de julio de 1998. El saldo del 40% restante, fue pagado el 25 de noviembre de 1998, contra cuenta de cobro presentada por el contratista el 18 de agosto del mismo año (f. 177, 178, 185 y 186, c. 3).

8.7. En el primer informe de avance presentado a la entidad el 17 de junio de 1998, el contratista expuso como una de las dificultades afrontadas, el no pago del anticipo pactado en el contrato, lo que afectó su flujo de caja y el cumplimiento de los compromisos adquiridos (f. 187, c. 3).

8.8. El 7 de septiembre de 1998, se suscribió el acta final de recibo del contrato de consultoría n.º 2001-003-98 por parte del representante legal de la sociedad contratista y el interventor y recibió la aprobación del ordenador del gasto de la entidad. En dicha acta, consta (f. 180, c. 3):

Valor: \$ 100 000 000
Valor anticipo: 30% \$ 30 000 000
Plazo del contrato: 6 meses a partir de la aprobación de las garantías

Fecha de iniciación: 15 de mayo de 1998.

Fecha de terminación: 31 de agosto de 1998.

Entrega de 3 informes de avance el 17 de junio, 12 de agosto y 20 de agosto de 1998. *“El 28 de agosto fue entregado para revisión final por parte de la Interventoría el documento que contiene los componentes incluidos en el contrato en referencia y que en la fecha se recibe a satisfacción”.*

Balance del contrato:

Valor original del contrato: \$ 100 000 000
Pagos al contratista: \$ 60 000 000
Saldo a favor del contratista: \$ 40 000 000

En dicha acta también se registró:

En agosto 14 de 1998 y con aclaración en septiembre 4, el Contratista presentó una solicitud de ajuste al valor del contrato, debidamente sustentada, teniendo en cuenta las exigencias generadas por la revisión al cronograma que obligó al contratista a asignar más recursos especializados y a los costos financieros motivados por las demoras en los pagos del anticipo y el avance pactado.

Esta solicitud cuyo valor es equivalente al 16% del valor del contrato (\$16'000.000,00), ha sido revisada y está para aprobación por parte del Ordenador del Gasto.

8.9. La contratista solicitó al INCORA el reconocimiento de \$ 16 000 000 adicionales al valor del contrato, alegando que hacían parte del mismo tanto la reserva presupuestal n.º 399 como la reserva presupuestal n.º 042 del 31 de diciembre de 1997 y por lo tanto, debían pagarse esas sumas a su favor. Alegó que se había configurado el silencio administrativo positivo y como consecuencia del mismo, debía producirse el pago de la suma de \$ 16 000 000, por cuanto

transcurrieron más de 3 meses desde la solicitud de este ajuste al valor del contrato sin que la entidad se hubiera pronunciado expresamente (f. 201, 205 y 207, c. 3).

8.10. El 14 de julio de 1998, la firma contratista celebró 3 órdenes de prestación de servicios profesionales temporales “(...) *en razón a la emergencia presentada en la ejecución del proyecto ALINEAMIENTO ESTRATÉGICO DE LOS PROCESOS DE TRANSFORMACIÓN ORGANIZACIONAL Y DISEÑO DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN GEOGRÁFICA CON BASE EN EL ANÁLISIS DEL MARCO OPERATIVO DEL INCORA*”, documentos que carecen de valor especificado y consignan que E’L PROFESIONALES LTDA. y el ingeniero contratista con quien se celebra la orden de servicio “(...) *acuerdan que el precio y los términos de esta orden son confidenciales*” (f. 64 a 69, c. 2).

8.11. La sociedad E.L. PROFESIONALES LTDA., figura en la oficina de registro de instrumentos públicos como propietaria de un bien inmueble denominado finca Villa Angélica en la vereda Gualivia del municipio de Villeta, con número de matrícula 156-43456, que de conformidad con el certificado expedido el 5 de abril de 2001, fue objeto de una hipoteca abierta a favor de Alfredo Arciniegas Montes, según escritura pública 0931 del 14 de abril de 1998 (f. 70, c. 2).

8.12. El 17 de diciembre de 1998, el gerente general del INCORA profirió la resolución n.º 04748 “*Por medio de la cual se resuelve una solicitud de restablecimiento de la ecuación financiera de un contrato*”, acto en el cual se decidió: “*Niégrese la solicitud contenida en los escritos de fechas agosto 14 y septiembre 4 de 1998 respectivamente de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, por cuanto no se demostró ni la existencia de la modificación del contrato, ni se probaron los hechos desequilibrantes ni su monto, y porque además las situaciones precontractuales aducidas por el representante legal de la firma contratista, han sido convalidadas al firmar el contrato*” (f. 20, c. 2).

8.13. El 24 de septiembre de 1999, el gerente general del INCORA expidió la resolución n.º 2134, por medio de la cual “*se deciden unas peticiones, se resuelve un recurso de reposición y se liquida unilateralmente un contrato*”. En dicho acto administrativo, se resolvió “(...) *no reponer la Resolución No. 01034 de 31 de mayo de 1999 (...), por la cual se dispuso, a su vez, no acceder a reponer y por*

consiguiente confirmar en todas sus partes la Resolución 4748 del 17 de diciembre de 1998 (...). Igualmente, negar las demás peticiones de la señora apoderada de la firma contratista, de que trata la parte motiva de esta providencia” (f. 30, c. 2).

8.13.1. Así mismo, se dispuso liquidar unilateralmente el contrato, lo cual se efectuó en los siguientes términos:

Valor pactado del contrato		\$ 100 000 000
Pago anticipado (Cta. n.º 2056/98)	\$30 000 000	
Pago contra avance del trabajo (Cta. 2110/98)	\$30 000 000	
Saldo final pagado al contratista (Cta. 2728/98)	\$40 000 000	
Pendiente por pagar al contratista	-0-	
Saldo a favor del INCORA	-0-	
SUMAS IGUALES:	\$100 000 000	\$100 000 000

8.13.2. En las consideraciones de este acto administrativo, la administración sostuvo que el hecho de existir una reserva presupuestal por \$ 16 000 000 no significaba que el contratista tuviera derecho a reclamar el pago de esta suma sobre la base de solicitar un reajuste del precio del contrato alegando mayor pago de honorarios profesionales y de personal administrativo ejecutor del contrato y por la consecución de recursos de financiación para el desarrollo del mismo por el retraso en el pago del anticipo, cuando estos hechos no fueron probados. Además el hecho de que hubiera ejecutado el contrato en un plazo menor al pactado no se traduce en perjuicios para el contratista, que fue quien decidió aumentar la intensidad del trabajo y hacerlo en menos tiempo, lo que le implicó un ahorro por este aspecto.

8.13.3. En relación con el supuesto silencio administrativo positivo, sostuvo que no se configuró, pues las peticiones de agosto y septiembre de 1998 fueron atendidas en el acta de recibo final del contrato, en la que se mencionaron y se anunció que quedaban sujetas a la aprobación posterior de la administración y luego fueron resueltas de manera expresa mediante la resolución 4748.

8.13.4. Sobre la petición de la contratista de reintegro de los valores originados en exceso de deducciones por impuestos que denomina “*tributación dual*”, referente a la retención en la fuente sobre los servicios de consultoría objeto del contrato, al igual que sobre el IVA e impuesto de industria y comercio distritales ICA, manifestó la entidad que su retención se efectuó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 437-1 del estatuto tributario y el artículo 7 del Decreto 408 de 1995, de acuerdo con los cuales los contratos de consultoría están gravados con el 10% y se debe retener en la fuente el 50% de dicho impuesto al efectuar los pagos; y la Ley 14 de 1983 y el artículo 46 del Decreto Distrital 423 de 1996, que determinan el impuesto del ICA con una tarifa del 7x1000, todo lo cual dio como resultado impuestos retenidos del contrato en las cuentas de pago y que no procede reintegrar al contratista, por valor de \$ 16 121 448.

8.14. Mediante resolución n.º 1949, el gerente del INCORA resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del anterior acto administrativo confirmándolo, por cuanto la situación fáctica y probatoria en relación con las reclamaciones de la contratista no había variado (f. 42, c.2).

III. El problema jurídico

9. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación, deberá la Sala establecer si del acta de recibo final del contrato se desprende alguna obligación a cargo de la administración de efectuar un reconocimiento adicional al valor inicial del contrato a favor del contratista, como lo dedujo el *a-quo*.

IV. Análisis de la Sala

10. La sentencia de primera instancia sostuvo que el cargo de nulidad en contra de los actos administrativos demandados tiene prosperidad, por cuanto “(...) *los fundamentos de hecho contradicen, sin fundamento probatorio alguno, el acuerdo bilateral al que llegaron los contratantes en acta del 7 de septiembre de 1998*”, ya que “(...) *los hechos controvertidos se inician con la petición de ajustes formulada en escrito del 14 de agosto y aclarada el 4 de septiembre de 1998 que fue resuelta en forma favorable en el acta de recibo final, pero posteriormente denegadas mediante la resolución 04748 la que a su vez fue confirmada con la No. 01034*”, afirmaciones que la Sala no comparte, por las razones que se explican a continuación.

El contrato de consultoría

11. Tal y como quedó relacionado en los hechos probados, el INCORA, al adjudicar el contrato de consultoría objeto de la presente litis, actuó como organismo subejecutor de un contrato celebrado entre el BID y la República de Colombia y por esta razón, teniendo en cuenta que el artículo 13⁶ de la Ley 80 de 1993 lo permitía, aplicó para la selección del contratista las normas de aquel organismo internacional. No obstante, tal y como se desprende del contenido mismo de sus cláusulas, el contrato de consultoría fue celebrado con fundamento en las normas de la referida Ley 80, la cual en su artículo 32 define esta clase de contratos como “(...) los que celebran las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión”.

12. En los contratos estatales como el que es objeto de la presente controversia, las decisiones que comprometen contractualmente a la administración, tales como la suscripción del contrato, la sanción del contratista, la interpretación, modificación o terminación unilateral del negocio jurídico, la declaratoria de caducidad del mismo o su liquidación –de común acuerdo o unilateral-, etc., le corresponden exclusivamente al representante legal de la entidad, por ser la persona a la que la ley ha otorgado de manera expresa la competencia para comprometerla contractualmente⁷, salvo aquellos casos en los que lo autoriza

⁶ El último inciso de la norma –que fue derogado por la Ley 1150 de 2007- establecía que “Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes”.

⁷ El numeral 2º del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, establece que para los efectos de esta ley, “Se denominan servidores públicos: a) las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquellas. b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas”. El artículo 11 de la misma ley establece quiénes tienen competencia para celebrar contratos en las entidades estatales, aludiendo a sus máximos jefes o representantes legales y el artículo 12 contempla su facultad de delegar total o parcialmente dicha competencia en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. Por su parte, el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, estableció: “**Artículo 21.** De la delegación y la desconcentración para

para delegar tal función, siempre que dicha delegación se haya efectuado también en forma legal, es decir observando las formalidades dispuestas para ello, las cuales apuntan a brindar la necesaria seguridad jurídica que exigen los intereses públicos. En tal sentido, para delegar las funciones que en materia de contratación permite el estatuto contractual, deberá darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 489 de 1998⁸ que consagra los requisitos de la delegación, al establecer:

Artículo 10. Requisitos de la delegación. En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.

El Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas.

La interventoría en los contratos estatales

13. La existencia de la interventoría⁹ en los contratos estatales, obedece al deber que el legislador ha impuesto a las entidades en el numeral 1º del artículo 14 de la

contratar. El artículo 12 de la Ley 80 de 1993, tendrá un inciso 2º y un párrafo del siguiente tenor: // (...) En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. // Párrafo. Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso". El artículo 110 del Decreto 111 de 1996, "Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto", establece que la representación en materia contractual la tiene el jefe de cada órgano o sección con capacidad contractual, "(...) quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes".

⁸ *"Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".*

⁹ El diccionario de la Real Academia de la Lengua define al interventor como aquel "que interviene" y en su segunda acepción, como la "Persona que autoriza y fiscaliza ciertas operaciones para asegurar su corrección".

Ley 80 de 1993, en el cual se consagran los medios que ellas pueden utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación. La norma establece que *“las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”*, por lo que es en virtud de tal responsabilidad que se acude a la colaboración de un interventor –bien sea funcionario de la entidad o persona externa a la administración- que ejerza directamente dichos control y vigilancia, en virtud de los cuales se le exige que, a nombre de la entidad, *“(…) realice una inspección de las obras, imparta órdenes por escrito¹⁰ necesarias para el adecuado cumplimiento del objeto y con sujeción a los términos del contrato, solucione inquietudes, haga recomendaciones y sugerencias, pida cambios, evalúe y apruebe los trabajos, controle las cantidades de obra y su calidad, rechace las actividades inadecuadamente ejecutadas, requiera informes del cumplimiento de las obligaciones, revise las cuentas, etc.; en fin, resulta indispensable un contacto directo y permanente con el contratista y, sobre todo, con las obras y trabajos, así como el conocimiento exacto del avance físico, técnico, jurídico y financiero del objeto contractual”¹¹*, sin que las labores del interventor lleguen al extremo de representar a la entidad como parte contratante, pues como ya se dijo, tal competencia está expresamente asignada a su máximo jefe o a quien éste se la hubiere delegado en legal forma.

14. El actual estatuto de contratación estatal no define el contrato de interventoría ni lo regula directamente¹², como sí lo hacía el anterior Decreto-Ley 222 de 1983,

¹⁰ [70] *“El inciso último del artículo 30 de Ley 80 dispone que ninguna orden del interventor de obra podrá darse verbalmente; es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes y sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”*.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹² La Ley 1474 de 2011, *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*, en su capítulo VII se refirió al contrato de interventoría, estableciendo en su artículo 83, que *“Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda. // La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos. // La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando*

el cual disponía, en su artículo 120, que la entidad pública contratante debía verificar “la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas por medio de un interventor” que podía ser funcionario suyo o que podía contratar la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas que poseyeran experiencia en la materia y que estuvieran registradas, calificadas y clasificadas como tales. Por su parte, el artículo 121 del antiguo estatuto, señalaba que en los contratos se detallarían las funciones que correspondían al interventor, entre ellas la de revisar los libros de contabilidad, si así se hubiere convenido en el contrato, y la de exigir al contratista la información que considerara necesaria. Y el artículo 123 *ibídem*, consagraba la responsabilidad del interventor –como hoy en día lo hace el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011¹³-, estableciendo que además de las sanciones penales a que hubiere lugar, la sociedad o persona natural que ejerciere una interventoría sería civilmente responsable de los perjuicios originados en el mal desempeño de sus funciones.

el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría. // Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor. // El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal. (...)”. Por su parte, el artículo 84 de la misma ley aludió a las facultades y deberes de los supervisores y los interventores, estableciendo: “La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista. // Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente (...)”.

¹³ La norma modificada, dispone: “Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría. // Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría”.

15. De acuerdo con lo expuesto, el interventor adelanta, básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual, pero no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista. Es por ello que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que *“Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente”,* que *“Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias”* y además, que *“ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”,* es decir que el negocio jurídico sobre el cual ejercerá vigilancia, constituye el marco dentro del cual la misma debe llevarse a cabo.

16. Al respecto, a pesar de ser posterior a la celebración del contrato objeto de la presente controversia, resulta ilustrativo observar cómo en razón de la naturaleza de las funciones que desarrollan, el artículo 53¹⁴ del código único disciplinario – Ley 734 de 2002- estableció que se hallan sujetos al régimen disciplinario especial contenido en el Libro III de dicha ley, los particulares *“que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales”,* disposición que la Corte Constitucional declaró exequible en providencia en la cual consideró:

(...) para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se

¹⁴ Este artículo fue modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011. A su vez, el artículo 48 de la Ley 734 señaló las faltas que se consideran gravísimas y entre ellas se encuentra el numeral 34 -modificado por el párrafo 1º del artículo 84 de la Ley 1474-, de acuerdo con el cual es falta gravísima *“No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento”.* Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 45 de la referida Ley 1474, que modificó el artículo 55 de la Ley 734, también son faltas gravísimas para el caso de los interventores –numeral 11- *“Las consagradas en los numerales 2, 3, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 26, 27, 28, 34, 40, 42, 43, 50, 51, 52, 55, 56, y 59, párrafo 4o, del artículo 48 de esta ley cuando resulten compatibles con la función”.* Al respecto, la doctrina considera que *“(…) tan o más grave que la enunciada en el numeral 34, consiste la abrogación de facultades que la interventoría no tiene, especialmente cuando autoriza obras o cambios contractuales”.* Dávila Vinuesa, Luis Guillermo, *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, Legis Editores S.A., 2ª ed., 2001, p. 744.

desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.

Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública.

Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de esos recursos.

Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria¹⁵.

17. Resulta claro entonces, que la función del interventor es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

La liquidación del contrato

18. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación y así mismo establece que *“También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar”, de modo que “En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo”.*

19. Es decir que la liquidación del contrato corresponde a una etapa posterior a su terminación cuya finalidad es la de establecer el resultado final de la ejecución de las prestaciones a cargo de las partes y determinar el estado económico final de la relación negocial, definiendo en últimas, quién le debe a quién y cuánto. Es en ese momento cuando las partes se ponen de acuerdo respecto de sus mutuas reclamaciones derivadas de la ejecución contractual y es en la liquidación en la que deben incluirse los arreglos, transacciones y conciliaciones a los que lleguen. Por ello, constituye un negocio jurídico que debe ser suscrito en principio de común acuerdo por ellas, a través de sus representantes legales y sólo a falta de tal acuerdo, deberá proceder la entidad a liquidarlo en forma unilateral a través de un acto administrativo¹⁶ y si ésta no la hace, puede acudirse ante el juez del

¹⁶ El artículo 61 de la Ley 80 de 1993 –que fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007-, establecía 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”.* En cuanto al término para llevar a cabo la liquidación unilateral por la administración cuando no fuera posible de común acuerdo, se observa que fue dispuesto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, en su numeral 10, literal d), el cual establecía que *“...d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar...”.* Actualmente, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, dispone que *“La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. // En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación*

contrato, quien deberá definir las prestaciones mutuas entre los contratantes. De tal manera que, tal y como lo ha dicho la Sala:

En este orden de ideas, se destaca que determinados contratos de la Administración (“los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran”) tienen dos etapas: una de ejecución, para cumplir en forma oportuna y puntual las obligaciones y el objeto del contrato por las partes; y otra para su liquidación, con el propósito de conocer en qué estado y en qué grado quedó esa ejecución de las prestaciones y extinguir finalmente la relación contractual¹⁷.

20. De acuerdo con lo anterior, si el contratista eleva reclamaciones durante la ejecución del contrato, existe el mecanismo legal para acceder a tal solicitud en caso de que la entidad la considere pertinente y ajustada a la realidad de la ejecución contractual y no es otro que el de la liquidación del contrato, como lo tiene sentado la jurisprudencia, al manifestar:

La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquel; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento¹⁸.

El acta de recibo final

o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A. // Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A. Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.”

¹⁷ Sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 16 de agosto de 2001, expediente 14384, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

21. A lo largo de la ejecución de los contratos celebrados por las entidades estatales, suelen presentarse diversas situaciones cuya documentación se lleva a cabo a través de actas suscritas por las partes. Es así como se levanta acta de cada reunión que se lleva a cabo con la intervención de los representantes de la entidad y el contratista, con la participación o no de otros funcionarios y el interventor; también se registran en acta los nuevos acuerdos surgidos entre las partes y relacionados con diversos aspectos de la ejecución contractual –como la suspensión temporal de la ejecución del contrato, la realización de mayores cantidades de obra, etc.-, así como la verificación del cumplimiento de las prestaciones a cargo de los contratantes, entre otros asuntos. Entre las que se suelen levantar durante la ejecución de los contratos, se hallan i) las actas parciales de avance, que se suscriben periódicamente para registrar en ellas el progreso en la ejecución de las prestaciones y ii) el acta de recibo final.

22. Es usual que en contratos de tracto sucesivo, en los que se pactan entregas periódicas de obras, bienes o servicios, se acuerde la elaboración de actas parciales de recibo cada cierto tiempo, que servirán como soporte para la elaboración de las respectivas cuentas de cobro y por lo tanto, constituyen uno de los requisitos acordados para su presentación, de tal manera que, dichas actas, representan cortes parciales de la ejecución del objeto contractual, que va avanzando conforme transcurre el plazo acordado y su finalidad básicamente es la de permitir el cálculo del avance de la ejecución en relación con lo pactado así como el valor de lo que se ejecutó en ese periodo de tiempo, para efectos de realizar el respectivo cobro parcial.

23. En relación con el acta de recibo final –sobre la cual versa el problema jurídico a resolver en el *sub-lite-*, la ley, como en el caso de las actas parciales, tampoco regula concretamente esta clase de elemento accidental del contrato, que se deja al libre acuerdo de voluntades de las partes contratantes. Pero la doctrina se refiere a ellas al analizar el tema de la terminación de los contratos por cumplimiento del objeto contractual, caso en el cual¹⁹, las partes suscriben un acta en la que conste la recepción provisional o definitiva de los bienes, servicios o trabajos realizados, por cuanto *“Tanto la recepción provisional como definitiva deben instrumentalizarse con intervención del cocontratante, expidiéndose por los*

¹⁹ Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Vol. II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 285 y ss.; Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-B, *Contratos Administrativos*, 3ª ed., editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 571 y ss.

*funcionarios responsables de aquellas los certificados correspondientes de recepción para su pago (...)*²⁰.

24. Es decir que dicha acta de recibo final es concebida como un medio de verificación de la ejecución del objeto contractual, para determinar si el mismo se efectuó cabalmente y de acuerdo con las especificaciones pactadas en el contrato, lo que significa que dicha acta constituye un elemento anterior y útil para la liquidación de los contratos, puesto que a través de ella se constata cualitativa y cuantitativamente el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista como paso previo para efectuar el respectivo corte de cuentas que implica la liquidación del contrato -aunque en algunas ocasiones, las partes de hecho liquidan el contrato en la que denominan acta de recibo final-.

El caso concreto

25. En el *sub-lite*, el contrato de consultoría fue suscrito por el gerente general del INCORA, establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por ser el funcionario competente para ello, de acuerdo con las normas legales pertinentes, ya que era el representante legal de la entidad y ordenador del gasto, razón por la cual era la persona llamada a suscribir tanto el contrato mismo, como todos aquellos actos unilaterales o bilaterales que fueran expedidos en el ámbito de la ejecución contractual y que de una u otra manera implicaran comprometer a la administración, como parte contratante en dicho negocio jurídico, toda vez que no consta en parte alguna que se hubiera producido una delegación de funciones en materia contractual y específicamente en relación con el contrato objeto de la presente controversia.

26. En desarrollo de lo dispuesto en el contrato de consultoría, el contratista debía entregar a la entidad varios informes de avance y un informe final y respecto de este último, la cláusula quinta establecía que el pago del saldo del valor del contrato -luego de la entrega de un anticipo y un primer pago contra entrega del primer informe-, correspondiente al 40% de su valor total, se haría “(...) *al recibo del acta final y su respectivo informe aprobatorio del interventor en el que conste la aceptación a satisfacción del INCORA sobre la labor desempeñada*”. En cumplimiento de dicha disposición, fue suscrita el acta de recibo final del contrato

²⁰ Bercaitz, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2ª ed., Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1980, p. 484.

por el interventor y el contratista, acta que fue objeto de aprobación por el representante legal de la entidad.

27. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, el acta de recibo final suscrita por el contratista y el interventor, tenía como finalidad precisamente el cumplimiento del requisito contractual para el pago final del valor del contrato y correspondía a un deber del funcionario interventor, encargado de verificar que la ejecución del contrato obedeciera al objeto del mismo, que las obligaciones del contratista se hubieran cumplido de acuerdo con lo pactado y que la calidad de los trabajos realizados fuera óptima y sirviera a los fines de la contratación, tal y como reza la cláusula décima del contrato.

28. En dicha acta se dejó sentado que la contratista *“presentó una solicitud de ajuste al valor del contrato, debidamente sustentada (...)”*, afirmación de cuyo tenor literal, a juicio de la Sala, se desprende simplemente que la contratista brindó sustento, es decir, fundamentó la solicitud de ajuste, o dicho en otras palabras, explicó las razones por las cuales consideraba procedente el mismo, pero ello no significa de manera alguna, porque así no está expresado en el acta, que el interventor haya avalado tal solicitud o haya manifestado que la misma, a su juicio, era procedente y que por lo tanto debiera ser atendida y despachada favorablemente accediendo al ajuste pedido. Y mucho menos puede entenderse como un acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, en el sentido de reconocer el ajuste del valor del contrato solicitado por el contratista, puesto que el interventor no es parte del contrato de consultoría celebrado entre el INCORA y la sociedad E.L. Profesionales Ltda.

29. Como ya se dijo, la suscripción por parte del interventor de las distintas actas de recibo –parcial o final- corresponde a una labor de verificación de la ejecución contractual, como requisito indispensable para el reconocimiento de su pago por parte de la entidad. Dado que el interventor es quien efectúa el control directo y permanente de la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, está llamado en primer lugar a realizar la verificación necesaria para el recibo final del objeto contractual. Es por ello que en el *sub-lite*, precisamente, la cláusula quinta del contrato 2001-003-98 estableció, en la forma de pago, que el saldo del 40% de su valor sería cancelado *“al recibo del acta final y su respectivo informe aprobatorio del interventor en el que conste la aceptación a satisfacción del INCORA sobre la labor desempeñada”* y es por ello que el acta de recibo final,

dice expresamente que *“El 28 de agosto fue entregado para revisión final por parte de la Interventoría, el documento el (sic) contiene los componentes incluidos en el contrato en referencia y que en la fecha se recibe a satisfacción”* (f. 181, c. 3), con lo cual se dio cumplimiento por parte del interventor, a su deber de aprobar el trabajo entregado por el contratista para habilitar de esta forma, el pago pactado como contraprestación en el contrato.

30. De esta forma, el acta de recibo final suscrita por el contratista y el interventor, posteriormente aprobada por el ordenador del gasto del INCORA, tuvo como finalidad –pues así lo pactaron las partes en el contrato- recibir la totalidad del trabajo de consultoría a cargo del contratista, como etapa previa a la liquidación del contrato y no generó obligación distinta a la del pago del saldo de su valor total, sin que la aprobación impartida tenga la virtualidad de constituir una aceptación simple y llana de las reclamaciones del contratista que se dejaron registradas en el acta.

31. De acuerdo con la naturaleza y finalidad tanto del acta de recibo final de los contratos como de la liquidación de los mismos, es claro que existen diferencias entre una y otra, pues al paso que la primera se refiere a la verificación del cumplimiento de las obligaciones del contratista de cara a lo estipulado en el contrato, es decir la comprobación material de la ejecución del objeto contractual en los términos pactados, la segunda corresponde a un corte de cuentas definitivo entre las partes con la finalidad de que las mismas se declaren a paz y salvo y que extingue de manera definitiva el vínculo contractual entre ellas.

32. En el presente caso, se advierte que la contratista no concurrió a suscribir la liquidación del contrato de común acuerdo con la entidad, momento en el cual ha podido efectuar las reclamaciones que a bien tuviera y en caso de no ser admitidas por el INCORA para ser incluido su reconocimiento en el acta bilateral de liquidación, habría podido la contratista dejar las salvedades que considerara pertinentes, con miras a efectuar su posterior reclamación judicial. Nada de esto sucedió y la entidad debió proceder a liquidar unilateralmente el contrato, luego de haber resuelto las peticiones elevadas por la contratista mediante la expedición de actos administrativos –entre ellos el de liquidación unilateral del contrato- que, impugnados en sede administrativa, fueron confirmados por la administración.

El ajuste del valor del contrato

33. La reclamación realizada por el contratista en el sentido de pedir el reconocimiento de una suma adicional al valor inicial del contrato carece de soporte probatorio en el plenario, que conduzca a desvirtuar la presunción de veracidad y legalidad de los actos administrativos demandados. Al respecto, en la demanda se alegó como justificación de la solicitud de ajuste al valor inicial del contrato:

33.1. La existencia de dos reservas presupuestales para el contrato y el descuento por concepto de impuestos que se efectuó de los pagos a su favor.

33.1.1. El contratista insistió en que a pesar de existir la reserva presupuestal n.º 399 y la reserva presupuestal n.º 042, una por \$ 100 000 000 y otra por \$ 16 000 000 para el pago del valor del contrato y del IVA, la entidad le descontó por concepto del mencionado impuesto la cantidad de \$ 16 000 000, que le debían ser reintegrados.

33.1.2. Al respecto, en el plenario se acreditó que desde el mismo procedimiento de selección del contratista, la entidad en los términos de referencia había anunciado que el presupuesto con el que contaba para dicha contratación ascendía a \$ 100 000 000, información que por lo tanto conocía la demandante y por ello presentó su oferta por valor de \$ 100 000 000, aclarando que incluía el IVA, razón que condujo a la adjudicación del contrato a su favor, el cual finalmente fue celebrado también por dicho valor (ver párrafo 8.1.2.). En consecuencia, no es de recibo que, con posterioridad, el contratista resulte reclamando el reembolso de lo descontado por concepto del impuesto al valor agregado, cuando era una obligación a su cargo de la cual estaba perfectamente enterado, puesto que en tales términos de referencia, además, se anunció que *“Cualquier obligación de carácter tributario o laboral originada en la presentación de la propuesta o en el contrato que se celebre, será de cargo del proponente (s) favorecido (s)”*. (f. 153, c. 3).

33.1.3. Ahora bien, en cuanto a las reservas presupuestales²¹, se observa que cuando la entidad estatal celebra un contrato, está obligada a efectuar el registro

²¹ El artículo 72 de la Ley 38 de 1989, orgánica del presupuesto general de la Nación, establece que *“Las apropiaciones incluidas en el Presupuesto General de la Nación son*

presupuestal correspondiente, con la finalidad de asegurar los recursos destinados al pago de las obligaciones surgidas de los contratos que celebra y si surge la necesidad de efectuar pagos en la siguiente vigencia fiscal, debe acudir a las reservas presupuestales, para asegurar tales pagos.

33.1.4. El contratista únicamente tiene derecho al pago del valor de las prestaciones ejecutadas en la forma acordada en el contrato, independientemente del monto de las asignaciones presupuestales efectuadas por la entidad. Sus derechos económicos, surgen exclusivamente de la ejecución contractual y no de los movimientos presupuestales que aquella realice. En el presente caso, toda vez que el valor del contrato era de \$ 100 000 000, este era el monto a cuyo pago tenía derecho el contratista como contraprestación por la ejecución del objeto contractual, obviamente después de efectuar los descuentos y retenciones a los que por ley estuviera sujeto el negocio jurídico.

33.1.5. Al respecto, se advierte que el contratista estaba obligado a cancelar el IVA y la entidad a retenerlo, pues de conformidad con lo dispuesto por el artículo 420 del estatuto tributario, el impuesto se aplica, entre otros, a la prestación de servicios en el territorio nacional y según el artículo 1º del Decreto 1372 de 1992, *“Para los efectos del impuesto sobre las ventas se considera servicio toda actividad, labor o trabajo prestado por una persona natural o jurídica, o por una sociedad de hecho, sin relación laboral con quien contrata la ejecución, que se concreta en una obligación de hacer, sin importar que en la misma predomine el factor material o intelectual, y que genera una contraprestación en dinero o en especie, independientemente de su denominación o forma de remuneración”* y el de consultoría, no es un servicio que de acuerdo con lo establecido por el artículo 476 del estatuto tributario, se encontrara excluido del impuesto, cuya tarifa para la época de celebración del contrato -23 de abril de 1998-, de acuerdo con lo

autorizaciones máximas de gasto que el Congreso da a los organismos y entidades y expiran el 31 de diciembre de cada año. Después de dicha fecha las apropiaciones de ese año no podrán adicionarse, ni transferirse ni contracreditarse. En consecuencia, los saldos de los Acuerdos de Gastos que no hubiesen sido utilizados hasta esa misma fecha expirarán también. Para atender al pago de las obligaciones contraídas por el Gobierno antes del 31 de diciembre pendientes a esa fecha, con cargo a las apropiaciones del Presupuesto General correspondientes al año fiscal que termina, los organismos y entidades harán la solicitud al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la constitución de las reservas presupuestales de apropiación, sin perjuicio del control fiscal que debe ejercer la Contraloría General de la República”.

dispuesto por el artículo 468 del referido estatuto, era del 16%. El responsable de dicho impuesto es quien preste el servicio –artículo 437 *ibídem*- y el mismo se causa según el artículo 429, “*En las prestaciones de servicios, en la fecha de emisión de la factura o documento equivalente, o en la fecha de terminación de los servicios o del pago o abono en cuenta, la que fuere anterior*”. De acuerdo con el artículo 7º del Decreto 408 de 1995, “*la retención en la fuente por concepto de pagos o abonos en cuenta en los contratos de consultoría es el diez por ciento (10%)*”, la retención debía efectuarse -artículo 437-1 del estatuto tributario- en el momento en que se realizara el pago o abono en cuenta, lo que ocurriera primero y según el artículo 437-2, el INCORA era agente retenedor²².

33.1.6. Por otra parte, el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, dispuso que “*El Impuesto de Industria y Comercio recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que ejercen o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos*” y en su artículo 36 estableció cuáles eran las actividades de servicios para los efectos de esta ley, entre las cuales se hallan “*los servicios de consultoría profesional prestados a través de sociedades regulares o de hecho*”.

33.1.7. De acuerdo con lo anterior, sobre el contratista recaían obligaciones tributarias respecto de las cuales la entidad contratante actuó como agente retenedor. En consecuencia, la reclamación del demandante en relación con el reembolso de las deducciones que por estos conceptos se le efectuaron de las cuentas pagadas, no tiene fundamento alguno.

²² “**ARTICULO 437-2. AGENTES DE RETENCIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS.** <Artículo adicionado por el artículo 9º de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Actuarán como agentes retenedores del impuesto sobre las ventas en la adquisición de bienes y servicios gravados: // 1. Las siguientes entidades estatales: // La Nación, los departamentos, el distrito capital, y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y directas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles y en general los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.

33.2. Rompimiento del equilibrio económico del contrato por modificación del cronograma.

33.2.1. Según el demandante, al haberse modificado el cronograma para adelantar la entrega del informe final, tuvo que recurrir a mayores gastos que le deben ser reconocidos por la entidad. Sin embargo, la Sala no halló probados esos sobre costos alegados. Se acreditó que el contrato tenía un plazo de ejecución de 6 meses contados a partir de la aprobación de la garantía única, la cual se produjo el 15 de mayo de 1998 (párrafos 8.1.1 y 8.3), lo que implicaba que se vencía el 15 de noviembre del mismo año. Se probó también, que el objeto contractual se logró antes de la fecha límite y el acta de recibo final fue suscrita el 7 de septiembre de 1998 (párrafo 8.8), recibiendo el contratista el pago del valor total pactado en el contrato como contraprestación por la ejecución de las prestaciones a su cargo, que se culminó 2 meses antes de lo inicialmente acordado.

33.2.2. Para acreditar los mayores costos alegados, el demandante aportó 3 órdenes de prestación de servicios en las que no se expresó el valor de las mismas (párrafo 8.10), las cuales a juicio de la Sala no prueban nada al respecto; aparte de estos documentos, no se halló ningún otro medio de prueba que sustente los alegados sobre costos en razón de la modificación del cronograma de trabajos. Lo que sí es cierto, es que si el contrato se hubiera ejecutado durante los 6 meses de duración pactados, a lo largo de los mismos el contratista habría tenido que incurrir en los gastos propios de su ejecución, pagando los servicios de sus trabajadores y empleados. Es así como en la propuesta de la sociedad E.L. Profesionales Ltda., se ofreció un grupo de 3 consultores para el proyecto, dos de los cuales tenían una vinculación temporal con la empresa (f. 48, c. 3), razón por la cual el pago de sus honorarios durante todo el tiempo de ejecución del contrato constituía un costo que debía estar previsto y programado como normal de la ejecución contractual, no representaba una mayor onerosidad para el contratista y en consecuencia, no se advierte cómo el mismo pudo constituir un desequilibrio de la ecuación contractual.

33.3. Perjuicios por la entrega tardía del anticipo y la mora en el pago de las cuentas.

33.3.1. Tal y como se constató en el plenario (párrafo 8.4), en los términos de referencia que rigieron el procedimiento de selección del contratista la entidad se comprometió a pagar intereses de mora por los pagos tardíos a favor del contratista, pues estableció que éstos se harían previa presentación por el contratista y aprobación por el INCORA de las respectivas cuentas autorizadas por el interventor, con copia del contrato y que, en caso de que el INCORA efectuara los pagos después de haber pasado 30 días desde la presentación de la cuenta con todos sus comprobantes, sin que la demora fuera atribuible al contratista, se reconocería como interés moratorio el DTF anual más 5 puntos, de manera proporcional al tiempo de retraso.

33.3.2. En relación con la entrega del anticipo, se acreditó que las partes acordaron que el mismo, equivalente al 30% del valor total del contrato, o sea la suma de \$ 30 000 000, sería entregado una vez se encontrara aprobada la garantía única pactada, y que dicha aprobación se produjo el día 15 de mayo de 1998. También se probó que el contratista había presentado la cuenta de cobro el 5 de mayo de ese año, por lo cual la entrega del anticipo debió producirse a más tardar el 15 de junio de 1998. No obstante, se probó que dicha entrega se produjo el 9 de julio de 1998 (párrafo 8.5), lo que permite advertir que la misma fue tardía, pues se presentó un retraso de 24 días, respecto del cual resulta procedente el reconocimiento de intereses moratorios.

33.3.3. Ahora bien, la entidad demandada pidió como pruebas y el tribunal *a-quo* las decretó (f. 35 y 40, c. 1), que el demandante aportara *las copias de pagarés que acrediten la contratación de créditos con entidades financieras entre el 27 de abril y el 31 de agosto de 1998*", solicitud frente a la cual el demandante aportó un certificado de tradición y libertad de un inmueble de su propiedad en el cual aparece hipotecado a favor de un tercero y en el oficio remisorio de este documento, se explicó su aportación sosteniendo (f. 61, c. 2):

"Allego Constancia de Crédito Hipotecario extrabancario requerido por mi procurado en cuantía de \$15.000.000,00, con desembolso llevado a cabo por el acreedor hipotecante al registrar la escritura hipotecaria el día 9 de julio de 1998 (...).

Resultó que entre mayo 5 de 1998 y junio 23 de 1998, el INCORA incumplió con el situado oportuno del avance acordado intracontractualmente como presupuesto económicamente básico para que mi procurado pudiera iniciar el consabido desarrollo contractual,

demora unilateral del Incora, igualmente es demora unilateral del Incora la asignación oportuna del Interventor del proyecto y quien FORZÓ a mi procurado a ajustar el consabido programa de desarrollo del proyecto situación que no solo forzó a un cambio en cronograma sino que conllevó a mi poderdante a valerse del crédito hipotecario extrabancario por su cuenta y riesgo, y cubrir así la mora unilateral del Incora como se desprende del certificado de libertad que es el que sustenta y respalda el crédito que puso en peligro el patrimonio de mi poderdante (...).

33.3.4. No obstante, se advierte que la inscrita en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria es una hipoteca abierta -sin cuantía-, transacción que se llevó a cabo el 14 de abril de 1998, según escritura pública 0931 de esta fecha, es decir con anterioridad a la celebración del contrato de consultoría objeto de la presente controversia, que fue suscrito el 23 de abril de 1998 (párrafo 8.1), sin que conste en parte alguna que con fundamento en dicha hipoteca, el demandante hubiera recibido una suma de dinero a título de mutuo y cuándo la recibió, es decir que tampoco se probó su relación con la reclamación aducida por el demandante, en el sentido de que tuvo que recurrir a costos financieros en virtud de la entrega tardía del anticipo. En consecuencia, el único perjuicio probado por esta causa, está constituido por los intereses moratorios sobre los 24 días de retraso en el cumplimiento de la obligación de la administración.

33.3.5. En cuanto al segundo pago, equivalente también al 30% del valor del contrato, se observa que el contratista presentó cuenta de cobro el 17 de junio de 1998 por valor de \$ 30 000 000, el mismo día de entrega del primer informe de avance de los trabajos y fue cancelada con cheque del 16 de julio de 1998, según la respectiva orden de pago (f. 185, 186 y 187, c. 3), es decir dentro de los 30 días establecidos en los términos de referencia para la cancelación de las cuentas por parte de la entidad.

34. Finalmente, frente a la insistencia de la parte actora sobre la configuración de un silencio administrativo positivo, la Sala considera necesario recordar que en materia de contratación estatal, como reiteradamente lo ha sostenido, no basta con la presentación de cualquier solicitud por parte del contratista durante la ejecución del contrato y el transcurso del plazo establecido en la ley -3 meses- sin obtener respuesta de la administración, para que se entienda configurado el acto administrativo ficto favorable a la petición del contratista, sino que tratándose del surgimiento de derechos a su favor, se requiere además, que de hecho se den los

requisitos para su reconocimiento²³, circunstancia que, en el presente caso, tal y como quedó analizado, no se dio. Así, ha dicho la Sala que “(...) el silencio contemplado en la ley 80 (nl. 16 del art. 25) habrá que interpretarse siempre con efectos restrictivos y no para entender resueltas o definidas etapas contractuales, como sería la de liquidación del contrato, etapa en la cual las partes podrán acordar los ajustes de precios, revisión y reconocimientos a que haya lugar (art. 60 inc. 2o.). En tal sentido, el inciso siguiente precisa que en el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. En este orden de ideas, el silencio aquí alegado no podía pretermitir la etapa liquidatoria aludida (...). No existe constancia de que el contrato de obra pública celebrado entre las partes hubiera sido liquidado, bien en forma unilateral o bilateral. Si lo fue, en ese momento debió pedirse el reajuste o insistirse en él. Si no se ha liquidado aún, deberá insistirse en el cumplimiento de esa etapa para poder reclamar los derechos que la actora estima le fueron conculcados²⁴. Así mismo, en cuanto al contenido de la petición sobre la cual se pretende la existencia de un acto ficto positivo, ha dicho:

La Sala observa que las pretensiones de la entidad demandante, están encaminadas a que esta jurisdicción ordene al Municipio de Florencia - Caquetá, dar cumplimiento al acto presunto que surgió como consecuencia del silencio administrativo configurado con ocasión de la omisión de respuesta a la petición elevada por el actor el 10 de agosto de 1999, en virtud de la cual solicitó al municipio contratante, llegar a un acuerdo para solucionar las controversias contractuales por las que atravesaban en la ejecución del contrato de concesión. En reiteradas oportunidades la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el alcance de la operancia de este fenómeno en materia contractual. Ha precisado que las pretensiones del contratista a que hace alusión la norma, deben contener de manera implícita un derecho que ya se encuentra consolidado en su favor (del contratista), y que en consecuencia es preexistente a la petición misma. En materia contractual, es evidente que las obligaciones de cada una de las partes intervinientes en el contrato, solo se originan en la ley, en el contrato

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de marzo de 1996, expediente 10992, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; sentencia del 12 de diciembre de 2001, expediente 17938, C.P. María Elena Giraldo Gómez; auto del 7 de marzo de 2002, expediente 20823, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; sentencia del 12 de mayo de 2010, expediente 37446, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 26 de septiembre de 1996, expediente 12147, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

mismo, en los convenios que se celebren con posterioridad a este o incluso dentro de su ejecución, en actos administrativos emanados de la entidad contratante, en los denominados "hechos del príncipe", en el incumplimiento contractual, en el delito, la culpa etc., pero no de la omisión de resolver peticiones. Así las cosas, es claro que no por el simple hecho de que la administración omita dar respuesta a una petición elevada por el contratista en la ejecución del contrato, el peticionario adquiere un derecho y la administración la obligación de satisfacerlo. Si bien es cierto, la ley 80 de 1993 dispuso que las peticiones elevadas por el contratista a la entidad contratante y no contestadas por esta en el término de tres meses desde la fecha de su presentación, dan lugar a la operancia de un silencio administrativo positivo, no lo es menos que quien pretenda reclamar el derecho surgido de dicho silencio, goce de este (el derecho) con anterioridad a la presentación de la petición (mediante la cual pretenda reclamarlo de la administración) y logre probarlo adecuadamente, configurándose consecuentemente, la obligación para la administración de hacerlo efectivo²⁵.

V. Conclusión

35. De acuerdo con lo expuesto, de las reclamaciones efectuadas por la demandante sólo tiene vocación de prosperidad la atinente al pago de intereses moratorios por la entrega tardía del anticipo. Toda vez que tal reconocimiento no fue incluido en el acto administrativo de liquidación unilateral, resulta procedente la declaratoria de su nulidad parcial para incluir, como obligación a cargo de la administración, ésta de reconocer los intereses moratorios, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta lo dispuesto por los términos de referencia del procedimiento de selección previo a la suscripción del contrato, es decir la aplicación de la tasa DTF anual más 5 puntos, de manera proporcional al tiempo de retraso.

36. La tasa DTF para el 31 de diciembre de 1998²⁶ era del 34,33% + 5 = 39,33% anual, por lo que la tasa por 24 días corresponde a 2,58%.

Suma adeudada: \$ 30 000 000,00

Intereses moratorios: \$ 774 000

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de marzo de 2000, expediente ACU-1199, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

²⁶ Consultado en la página web del Banco de la República, http://www.banrep.gov.co/estad/dsbb/sfin_006.xls

La anterior cantidad se actualizará utilizando la fórmula usualmente utilizada por la Sala:

$$VA = VH \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

37. En donde VA es el valor actual, VH el valor histórico, que corresponde al monto de los intereses moratorios que debieron ser reconocidos al demandante, índice final que es el IPC vigente a la fecha de la presente providencia e índice inicial, que es el IPC para el mes de julio de 1998, cuando tales intereses debieron ser pagados.

$$VA = 774\,000 \times \frac{112,14}{51,27}$$

$$VA = \$ 1\,692\,926,85$$

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

F A L L A

MODIFÍCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 14 de mayo de 2003, la cual quedará así:

PRIMERO: Declárase la nulidad parcial de la resolución n.º 2134 del 24 de septiembre de 1999 por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato de consultoría n. 2001-003-98 y la resolución n.º 1949 del 30 de agosto de 2000 que la confirmó, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia, es decir en cuanto no incluyó el reconocimiento de intereses moratorios a favor del contratista.

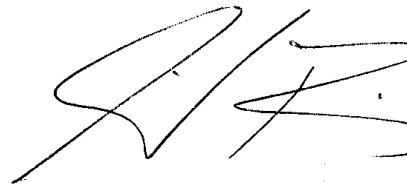
SEGUNDO: Condénese al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA en liquidación, a pagar a favor de la sociedad E.L. Profesionales Ltda., la suma de UN

MILLÓN SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTISÉIS PESOS 85/100 (\$ 1 692 926,85).

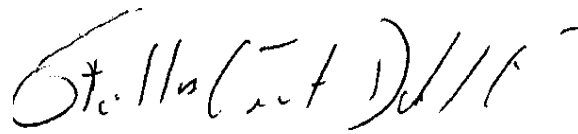
TERCERO: Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Sala



STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO