



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

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicación: 73001-23-33-000-2015-00166-01 (67782)
Demandante: CONSTRUCTORA METROPOLITANO S.A.S. Y RAFAEL HUBERTO ÁLVAREZ BUSTILLO (INTEGRANTES DEL CONSORCIO CHAPARRAL – TOLIMA)
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Temas: CONTRATO DE OBRA – Concepto. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Diferencias con el desequilibrio económico del contrato. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Concepto - liquidación bilateral de los contratos regidos por el EGCAP – se formaliza mediante documento suscrito por las partes – fuerza vinculante. PAGO DE ACTAS PARCIALES DE OBRA.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 1 de julio de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la actora.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 29 de noviembre de 2010, el Consejo Superior de la Judicatura, en adelante CSJ y el Consorcio Chaparral – Tolima, en lo sucesivo el Consorcio, suscribieron el contrato de obra No. 154 de 2010, cuyo objeto consistió en “*ejecutar las obras necesarias para la construcción de los Despachos Judiciales de Chaparral-Tolima*”, con un plazo de ejecución de 8 meses y por un valor inicial de \$1.607.259.217.

La Constructora Metropolitana S.A.S. y Rafael Humberto Álvarez Bustillo, integrantes del Consorcio, afirman que la entidad incurrió en mora en el pago de las actas de obra Nos. 2 y 3. Además, alega que las suspensiones de las que fue objeto



el negocio jurídico tuvieron lugar por causas imputables a la demandada y ocasionaron el rompimiento del equilibrio económico del contrato.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. El 11 de diciembre de 2014¹, la Constructora Metropolitana S.A.S. y Rafael Humberto Álvarez Bustillo, integrantes del Consorcio Chaparral – Tolima², mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, presentaron demanda contra el CSJ.

1.2. En la demanda la parte actora formuló las siguientes pretensiones, que se transcriben textualmente, incluso con eventuales errores:

“II. PRETENSIONES

Primera: Que se ordene la liquidación del contrato No 154 de 2010 celebrado entre CONSORCIO CHAPARRAL TOLIMA y EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, en relación a lo que no se tuvo en cuenta en la liquidación del contrato, que fueron establecidos en la nota aclaratoria como son:

Mora en el pago del Acta No. 2, en sus diferentes cortes.

Mora en el pago del Acta No. 3.

Sobre costos generados por las suspensiones imputables a la entidad contratante.

Utilidad dejada de percibir en las diferentes suspensiones.

Segunda: Que se declare el incumplimiento del contrato por parte del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, por el no pago oportuno de las actas No 2 y 3, así como los sobrecostos generados por las suspensiones imputables a dicha entidad.

Tercero: Que se ordene el pago del contrato No. 154 de 2010, en relación al desequilibrio económico, por las siguientes circunstancias, todas ellas ajenas a la voluntad del contratista:

- a) *Mora en el pago del Acta No. 2, en sus diferentes cortes.*
- b) *Mora en el pago del Acta No. 3.*
- c) *Sobre costos generados por las suspensiones imputables a la entidad contratante.*
- d) *Utilidad dejada de percibir en las diferentes suspensiones.*

¹ Fls. 247-262, C.2.

² Fl. 56, C.1.



Cuarta: Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la entidad demandada al pago de una suma no inferior a **1.249.701.247.00**, de acuerdo con lo siguiente:

- Acta No. 2 e intereses sobre la misma:

Corte a 21 de marzo de 2012:	\$301.550.882
Intereses sobre el corte al 21 de marzo de 2012:	\$6.893.428

Intereses acta número 2 corte fecha 4 de julio de 2011	\$23.282.441
Intereses de cata número corte 26 de diciembre de 2011	\$25.379.012

- Avance de obra ejecutada de acuerdo a lo certificado por el Supervisor del contrato con corte Junio de 2011 (70%):

Valor:	\$301.660.464
Intereses:	\$14.383.866

Avance obra ejecutada según certificado por el supervisor del CSJ con corte al 28 de febrero de 2012 (23%) restante: \$192.690.585

Intereses	\$14.095.776
-----------	--------------

- Sobre costos generados por las suspensiones imputables a la Entidad:

➤ Suspensión No. 1 – costos administrativos de acuerdo al porcentaje de AIU ofrecido:

▪ Administración	\$9.304.965
▪ Intereses:	\$3.779.337

➤ Suspensión No 2- costos administrativos de acuerdo al porcentaje de AIU ofertado:

▪ Administración	\$86.226.004
▪ Intereses	\$14.841.872

➤ Suspensión No. 3-costos administrativos de acuerdo al porcentaje de AIU ofertado:

Administración	\$61.412.766
Intereses	\$1.725.807

- Utilidad que se tiene derecho a percibir de acuerdo al componente de U (Utilidad) de la propuesta económica presenta (sic) por la mayor permanencia en obra:

▪ Valor:	\$76.131.522
▪ Intereses:	\$16.339.212

Quinta: Que a la suma contenida en las pretensiones 4 y 6 se les reconozca intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida desde que estas se causaron hasta cuando se verifique efectivamente el pago.

Subsidiaria a la pretensión quinta: en efecto solicitamos que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.



Sexta: *Que las sumas reconocidas a favor de la parte demandante sean debidamente actualizadas y/o indexadas hasta cuando la entidad demandada realice el desembolso correspondiente.*

Séptima: *Que se condene a la parte demandada al pago de las costas y agencias en derecho.”*

1.3. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte actora enunció los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.3.1. Indicó que el 29 de noviembre de 2010, el CSJ y el Consorcio suscribieron el contrato de obra No. 154 con el objeto de realizar “*las obras necesarias para la construcción de los despachos judiciales de Chaparral – Tolima*”, con un plazo de ejecución de 8 meses y un valor inicial de \$1.607.259.217. Agregó que la fecha de iniciación fue el 7 de diciembre de 2010.

1.3.2. Expuso que el CSJ incumplió el pago de la contraprestación pactada por la demora injustificada en el trámite de las actas de obra. En particular, frente al acta No. 2 sostuvo que la interventoría tardó más de 3 meses en darle el respectivo trámite y, a pesar de haber solicitado el pago, de manera arbitraria ordenó suspenderlo por inconsistencias en la inversión del anticipo, aspecto que, a su juicio, constituye “*(...) la imposición de una sanción sin siquiera permitir el agotamiento del debido proceso*”. Además, afirmó que “*el impago por parte del CSJ del Acta en mención le generó al consorcio graves problemas financieros, debido a que ese incumplimiento llevó a su vez a que este último incumpliera el pago de deudas anteriores, ocasionando los problemas de embargo a las cuentas del consorcio y que aumentaron el desequilibrio financiero del citado contrato de obra*”.

1.3.3. Sostuvo que el contrato fue suspendido en tres ocasiones, adicionado en su valor y prorrogado en su plazo, de la siguiente manera:

- El 7 de diciembre de 2010 se suspendió por primera vez, con el fin de legalizar el contrato de interventoría. En el acuerdo de voluntades se estipuló como fecha de reinicio la misma del contrato de interventoría, es decir, el 21 de diciembre de 2010.
- El 30 de diciembre de 2010 se adicionó el valor del contrato en \$68.311.084.



- El 1 de agosto de 2011 nuevamente se suspendió el contrato con el objeto de que el CSJ obtuviera la aprobación de las redes eléctricas, reiniciando la ejecución el 19 de diciembre del mismo año.
- El 2 de enero de 2012 se prorrogó el plazo de ejecución hasta el 7 de marzo de 2012.
- Finalmente, el 21 de febrero de 2012 se suspendió el contrato una vez más, a efectos de adelantar una licitación para una nueva interventoría, estipulándose como fecha de reinicio el 19 de septiembre de 2012.

1.3.4. Refirió que debido al incumplimiento en el pago del acta de obra No. 2, al Consorcio le embargaron los recursos disponibles en el CSJ. Frente a esta situación, indicó que se realizaron reuniones con presencia del contratista, la interventoría y delegados del CSJ, con ocasión de las cuales se llegó a los siguientes acuerdos:

*“Por parte de la interventora del contrato:
 “aprobación del balance de la obra y aprobación del acta No. 2 y la aprobación de prórroga de los contratos”*

*Por parte del contratista
 “reprogramar el anticipo (...) contratos de los proveedores y reprogramar la obra faltante y del Acta de corte No. 2, las memorias corregidas”.*

1.3.5. Precisó que la interventoría no dio cumplimiento a los compromisos adquiridos en las citadas reuniones, mientras que el contratista, por el contrario, hizo entrega de la documentación requerida.

1.3.6. Afirmó que, mediante memorando interno URFMEM11-867 del 26 de diciembre de 2011, el director de recursos físicos e inmuebles del CSJ manifestó a la unidad de asistencia legal que *“la obra se encuentra ejecutada en un 70% (...) a esta fecha de ejecución solamente se le ha girado al contratista el corte No. 1 por un 5% del valor total del contrato en el mes de febrero y entregado el anticipo el 23 de febrero”.*

1.3.7. Resaltó que, mediante memorando URFMEM11-884 del 27 de diciembre de 2011, el mismo director de recursos físicos e inmuebles del CSJ reiteró la viabilidad del pago del Acta No. 2.



1.3.8. Puso de presente que la unidad de asistencia legal del CSJ, mediante oficio del 27 de diciembre de 2011, conceptuó que *“se autorice el pago del corte de obra No. 2 del contrato No. 154 de 2010 (...) con el fin de evitar a la Entidad, por una parte, una demanda contractual por un desequilibrio económico que afecta en este momento al CONSORCIO CHAPARRAL – TOLIMA, y por otra, evitar que el pago del corte de obra No. 2 se cancele por medio de vigencias expiradas, de no poderse cancelar en la vigencia actual”*.

1.3.9. Añadió que a pesar del concepto favorable de la unidad de asistencia legal para la cancelación del Acta No. 2, *“la entidad contratante nunca realizó el pago de esta acta y además generó que se volviera una vigencia expirada”*.

1.3.10. Refirió que el 21 de febrero de 2012, mediante oficio CCT-154-160-200212 enviado al CSJ, el Consorcio solicitó la suspensión del plazo de ejecución del contrato al encontrarse sin interventoría. En este sentido, indicó que mediante acta de la misma fecha el contrato fue suspendido, por las siguientes razones:

“Teniendo en cuenta que a la fecha no se cuenta con Interventoría externa, debido a la manifestación de no aceptar prórroga del tiempo del contrato 162 de 2010, el cual expiró el 7 de enero de 2012 y a fin de evaluar las labores efectuadas por el contratista y no recibidas por la arquitecta Yolanda Giraldo Cuartas, se le solicitó a la Sociedad Colombiana de Ingenieros presentar su oferta para efectuar la interventoría sobre las obras no recibidas y liquidación del contrato 154 del 2010”.

1.3.11. Sostuvo que en marzo de 2012 el coordinador del proyecto del CSJ realizó una visita, con ocasión de la cual certificó la ejecución del 97% de las obras.

1.3.12. Indicó que, mediante documento DEAJ12-1387 del 17 de mayo de 2012, el director ejecutivo del CSJ le informó al Consorcio que el proceso de contratación de la interventoría tardaría *“alrededor de dos (2) meses”*.

1.3.13. Adujo que mediante oficio DEAJ12-1582 del 24 de mayo de 2012, el director ejecutivo le manifestó al Consorcio que *“a la fecha no se ha adelantado ninguna gestión ante la sala administrativa sobre las vigencias expiradas hasta tanto no se tenga el valor exacto a pagar por la ejecución del contrato de obra No. 054 de 2010”*.



1.3.14. Señaló que la actuación del CSJ referente al impago del Acta No. 2 y la indefinición sobre la contratación de la interventoría alteró el equilibrio económico del contrato.

1.3.15. Resaltó que, mediante comunicación del 8 de noviembre de 2012, se remitió a la nueva interventoría, Consorcio San Sebastián, el acta de liquidación bilateral “*con las salvedades correspondientes a las reclamaciones del Consorcio*”. El acta fue suscrita por el representante legal del Consorcio Chaparral-Tolima, el representante legal del Consorcio San Sebastián y el profesional de apoyo técnico de la unidad de recursos físicos e inmuebles del CSJ.

1.4. Como fundamento jurídico de la demanda, la parte actora manifestó que se vulneraron los artículos 1602 y 1603 del código civil y los artículos 4 y 27 de la Ley 80 de 1993.

1.4.1. Expuso que el CSJ, de manera injustificada, demoró el trámite de las actas de obra No. 2 y 3, incumpliendo el contrato en cuanto al pago de la contraprestación pactada.

1.4.2. Asimismo, indicó que se alteró el equilibrio económico del contrato como resultado de las distintas suspensiones y la indefinición sobre la contratación de una nueva interventoría.

2. Contestación de la demanda

2.1. Mediante auto del 27 de febrero de 2015³ el Juzgado Primero Administrativo Oral de Descongestión del Circuito de Ibagué declaró la falta de competencia en razón de la cuantía y remitió el proceso a las oficinas de reparto del Tribunal Administrativo del Tolima.

³ FI. 265, C.2.



2.2. Por auto del 8 de abril de 2015⁴, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda y ordenó la notificación de dicho proveído a la demandada y al Ministerio Público.

2.3. El 12 de julio de 2017 el CSJ contestó⁵ la demanda, en la que se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones. En cuanto a los hechos indicó atenerse a lo probado en el proceso, refirió que el CSJ no es responsable por el incumplimiento contractual de la interventoría y agregó que no se demostró la existencia de un daño antijurídico a cargo de la demandada.

De igual modo, formuló como excepciones las que denominó:

- (i) “*FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA*”, toda vez que el CSJ no es la llamada a responder administrativamente por los hechos que fueron narrados en la demanda.
- (ii) “*INEXISTENCIA DE PERJUICIOS*”, pues el CSJ no le ocasionó daño alguno a la demandante.
- (iii) “*INNOMINADA O GENÉRICA*”.
- (iv) “*FALTA DE COPIAS AUTÉNTICAS*”, en el entendido que los documentos aportados por la actora fueron allegados en copia simple y la Ley 1395 de 2010 señala que deben aportarse copias auténticas.

3. Audiencia inicial

3.1. El 22 de septiembre de 2015 se llevó a cabo la audiencia inicial⁶, en el marco de la cual el Tribunal adelantó las etapas de saneamiento del proceso⁷, excepciones

⁴ Fls. 270-271, C2.

⁵ Fls. 280-283, C2.

⁶ Fls. 293-299, C2.

⁷ El *a-quo* puso de presente que no se presentaron irregularidades ni nulidades procesales.



previas⁸, requisitos de procedibilidad⁹, fijación del litigio¹⁰, conciliación¹¹, medidas cautelares¹² y decreto de pruebas¹³, sin que las partes manifestaran observación o recurso alguno frente a las decisiones que en el curso de esta fueron adoptadas.

3.2. En cuanto a la fijación del litigio, se transcribe lo manifestado en la audiencia inicial, por su relevancia a efectos de precisar las pretensiones del libelo introductorio¹⁴:

“Consenso o acuerdo:

De conformidad con lo anterior se pudo establecer que no hay consenso entre las partes frente a ningún hecho como quiera que la entidad demandada en su escrito de contestación se limitó a manifestar que no le constaba ningún fundamento fáctico narrado en el escrito de demanda en una actitud que no se compadece para con la contraparte ni con la administración de justicia y que refleja una conducta que no puede ser aceptada pues al parecer no consultó el proceso para pronunciarse sobre los hechos que tenían respaldo probatorio. Sin embargo, se procede a indagar a las partes sobre los hechos relacionados anteriormente.

*Apoderada demandante:
 Me ratifico en los hechos de la demanda*

*Apoderada entidad demandada:
 Sin manifestación frente a los hechos.*

Diferencias o desacuerdos:

En cuanto a las diferencias relevantes entre las partes encontramos que las mismas radican en que la entidad que ha sido convocada a juicio manifiesta que la responsable del presunto desequilibrio económico del contrato fue la entonces interventora. Razón por la cual no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

Se procede a fijar el objeto del litigio de la siguiente manera:

⁸ El *a-quo* precisó que la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva no prosperaba, como quiera que el objeto de la controversia tiene causa en el contrato de obra No. 154 de 2010, en ese sentido, le asiste interés al CSJ de acudir al proceso en calidad de demandada.

⁹ El *a-quo* verificó el agotamiento del requisito de procedibilidad de acuerdo con la certificación de conciliación fallida.

¹⁰ El *a-quo* fijó el litigio en los siguientes términos: “¿Hay lugar a liquidar el contrato de obra No. 154 del 29 de noviembre del 2010 y en consecuencia, ordenar el pago de la mora contractual, la utilidad dejada de percibir, el pago de los intereses moratorios y los costos administrativos AIU, si hay lugar a restablecer el equilibrio económico del mismo, y si hay lugar a declarar el incumplimiento del acto contractual?”.

¹¹ Durante la audiencia el *a-quo* declaró fallida la etapa de conciliación,

¹² Se agotó dicha etapa sin medidas cautelares.

¹³ El Tribunal tuvo como pruebas las documentales aportadas por la parte demandante. Además, negó los oficios solicitados por la demandante al referirse a los antecedentes del contrato y las testimoniales solicitadas por tratarse del interventor y no de terceros. Finalmente, consideró que no era necesario fijar fecha para la audiencia de pruebas.

¹⁴ FI. 300, C2. CD grabación de la audiencia inicial minuto 9:48 a 16:40.



Radicado: 73001-23-33-000-2015-00166-01 (67782)
 Demandante: CONSTRUCTORA METROPOLITANO S.A.S. Y OTRO

Se trata de establecer si hay lugar a declarar el incumplimiento del contrato de obra No. 154 del 29 de noviembre de 2010 por parte de la accionada, restablecer el equilibrio económico del mismo y ordenar su liquidación en relación con lo no tenido en cuenta al momento de suscribir la liquidación bilateral con el consecuente pago de los saldos adeudados.

En este punto el despacho interroga a la apoderada de la parte demandante sobre las pretensiones porque unas parecen principales y otras subsidiarias, para que por favor aclare cuáles son las pretensiones principales y cuáles son las pretensiones subsidiarias, teniendo en cuenta que primero aduce que se debe ordenar la liquidación del contrato No. 154 en lo que no tuvo en cuenta la liquidación, es decir, la mora en el pago del acta No. 2 en los diferentes cortes, la mora en el pago del acta No. 3, los costos imputables al contratante por suspensión del proceso. Pero igualmente solicita declarar el incumplimiento del contrato y no pago oportuno de las actas No. 2, No. 3 y sobrecostos por suspensiones imputables al contratante. También solicita que se ordene el pago del contrato No. 154 en relación con el desequilibrio económico de acuerdo con la mora en el pago del acta No. 2, 3, sobrecostos por suspensiones y utilidad dejada de percibir y que se condene a la demandada al pago de \$1.249.701.247 por acta No. 2 e intereses. Igualmente solicita el pago de intereses moratorios y la indexación de las sumas.

Apoderada demandante:

La pretensión principal es que se ordene la liquidación efectiva del contrato 154 de 2010 celebrado entre el consorcio chaparral Tolima y el CSJ teniendo en cuenta que las suspensiones se derivaron fue de la parte demandada. Respecto a la pretensión tercera que se ordene el pago del contrato 154 en relación con el desequilibrio económico eso es teniendo en cuenta el mismo incumplimiento, entonces esa sería subsidiaria.

Juez solicita aclararlas, a lo cual la apoderada de la demandante indica:

Principal:

1. Liquidación del contrato 154.

Subsidiarias:

- 1. Declarar incumplimiento del contrato, ordenar el pago de la mora en el pago del acta 2 por los diferentes cortes, mora en el pago del acta 3, la utilidad dejada de percibir por las distintas suspensiones.**
- 2. Cobro de los intereses de mora desde el 21 de marzo de 2012 respecto al acta no. 2.**
- 3. Respecto al acta no. 3 los costos administrativos según el AIU ofertado.**
- 4. Reconocer los intereses de mora.**

Apoderada demandada:

Sin manifestación.

Para la fijación del litigio se hará de la siguiente manera:

Se trata de establecer si hay lugar a liquidar el contrato No. 154 del 2010 y en consecuencia ordenar el pago en la mora en las actas no. 2 y 3 y la utilidad dejada de percibir, más intereses de mora acta no. 2 y acta no. 3, costos administrativos según porcentajes AIU ofertados, si hay lugar al restablecimiento del equilibrio contractual y subsidiariamente si hay lugar a declarar el incumplimiento del contrato.

Apoderada demandante:



*De acuerdo.
Apoderada demandada:
Conforme.”*

4. Alegatos de conclusión

Una vez finalizada la audiencia inicial se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto por escrito, respectivamente¹⁵.

4.1. La parte demandante¹⁶ afirmó que cumplió a cabalidad con sus obligaciones, lo cual fue consignado en el acta de liquidación bilateral, en la cual se incluyeron las salvedades que corresponden a las reclamaciones contenidas en el libelo introductorio.

4.2. La demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

5. Sentencia de primera instancia

5.1. Mediante sentencia del 1 de julio de 2021¹⁷, el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

5.2. Como fundamento de la decisión, en su sentencia el *a quo*, tras referirse a los hechos controvertidos y las pruebas aportadas al proceso, se pronunció acerca de la naturaleza de las actas de liquidación bilateral y las salvedades, frente a lo cual manifestó que al proceso se allegó un acta de liquidación bilateral en la que, después de las firmas del acta, se consignan unas salvedades de la parte actora que solamente están suscritas por el consorcio, lo que, a su juicio, permite inferir que estas últimas no hacen parte del acta de liquidación. En síntesis, manifestó:

“(…) En primer lugar, se debe indicar que las salvedades realizadas por el contratista no fueron incluidas dentro del acta de liquidación bilateral, sino que: i) se adicionaron en dos hojas después de las firmas de las partes en el acta, y ii) las salvedades solo

¹⁵ Fls. 293-299, C2.

¹⁶ Fls. 333-336, C2.

¹⁷ Fls. 349-358, C. Principal.



fueron firmadas por el contratista; por lo que no podrían tenerse como incluidas dentro del acta firmada por las partes”.

5.3. En este sentido, concluyó que, como las salvedades quedaron consignadas por fuera del acta de liquidación bilateral, no se cumple con los requisitos para estudiar la controversia sometida a juicio en sede judicial, aunado a que no es posible determinar con claridad *“la inconformidad y el motivo que las causó y el origen de los valores que fueron descritos”*.

A este respecto, textualmente sostuvo:

“En consecuencia, como quiera que en este asunto el contrato de obra No. 154 de 2010, terminó con un acta de liquidación bilateral, lo cual exige que solo se pueda demandar en sede judicial, aquellas inconformidades expresadas dentro de su texto, se negarán las pretensiones de la demanda, porque las salvedades fueron presentadas por el contratista por fuera del acta de liquidación y con posterioridad a las firmas de las partes, además, de no reunir los requisitos jurisprudenciales para su presentación y reclamación, pues, no se detalló de manera clara, concreta y específica el motivo de la inconformidad y la fuente u origen de los valores consignados en esta”.

Finalmente, condenó en costas a la parte demandante, por concepto de agencias en derecho, las cuales fueron tasadas en la suma de 1 SMLMV.

6. Recurso de apelación

6.1. El 21 de julio de 2021 la demandante interpuso recurso de apelación¹⁸, el cual fue concedido el 19 de octubre de 2021¹⁹ y admitido el 10 de diciembre de 2021²⁰.

6.2. En su recurso, solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, que se *“decida de fondo y en derecho sobre el asunto que se recurre”*.

6.2.1. Precisó que el objeto de la litis era la liquidación del contrato, declarar el incumplimiento por el pago tardío de las actas de obra No. 2 y No. 3, y declarar el desequilibrio económico originado en la mayor permanencia, con ocasión de las suspensiones de las que fue objeto el negocio jurídico. Como consecuencia de lo

¹⁸ Fls. 369-373, C. Principal.

¹⁹ Fl. 375 C. Principal.

²⁰ Fls. 381-382, C. Principal.



anterior, solicitó condenar a la entidad al pago de los intereses de mora junto con los mayores costos administrativos y la utilidad dejada de percibir.

6.2.2. En cuanto a la decisión del Tribunal, consideró que el *a quo* solo tuvo en cuenta el acta final de obra y de liquidación bilateral del contrato, las cuales “no se están impugnando”. Agregó que “en ninguno de los apartes de la contestación de la demanda, encontramos que se hiciera referencia al contenido de las actas, como que tampoco se atacara de manera directa las mismas, todo el asunto tiene relevancia con la interventora Olma Yolanda Giraldo, dando cuenta que se falló más allá de lo excepcionado”. En efecto, afirmó que la demandada no hizo alusión al texto adicional al acta de liquidación bilateral, “toda vez que tenía pleno conocimiento de la reclamación judicial”.

6.2.3. Finalmente, tras aducir que la demandada tuvo conocimiento anticipado de las inconformidades del Consorcio desde la citación a la diligencia de conciliación extrajudicial, siendo “idénticas” a las plasmadas en “documento anexo” al acta de liquidación, puso de presente el principio *iura novit curia*.

7. Actuación en segunda instancia

7.1. Mediante providencia del 10 de diciembre de 2021²¹ se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

7.2. La actora, la demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia; (2) medio de control procedente; (3) legitimación en la causa; (4) caducidad; (5) problema jurídico; (6) análisis de la Sala; (6.1.) régimen del contrato sometido a juicio; (6.2.)

²¹ Fls. 381-382, C. Principal.



solución al problema jurídico; (6.3.) hechos probados; (6.3.2.) del acta de liquidación bilateral del contrato; (6.4.) del fondo de la controversia; y (7) costas.

1. Jurisdicción y competencia

Con fundamento en el artículo 104 del CPACA, se advierte la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del asunto, el cual versa sobre la liquidación, el incumplimiento y el desequilibrio económico del contrato de obra No. 154 de 2010, suscrito por el Consejo Superior de la Judicatura, que ostenta la calidad de entidad estatal²², de donde se desprende claramente su naturaleza pública.

Por su parte, esta Sala del Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 1 de julio de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dada la vocación de doble instancia del proceso, teniendo en cuenta que la cuantía para el año 2014²³ supera los 500 SMLMV, de conformidad con lo establecido en los artículos 150²⁴ y 152-5²⁵ del CPACA, vigentes a la fecha de la presentación de la demanda.

²² Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“(…).

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

²³ Para el año 2014 el valor del salario mínimo legal mensual vigente era de \$616.000. Información obtenida de la página oficial del Banco de la República de Colombia <https://www.banrep.gov.co/es/salarios>. Para este año, el tope correspondiente a los 500 SMLMV equivalía a \$308.000.000. En este caso, la cuantía de la demanda se estimó en un monto de \$1.249.701.247.

²⁴ **“ARTÍCULO 150. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia”.**

²⁵ **“ARTÍCULO 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en**



2. Medio de control procedente

De acuerdo con el artículo 141²⁶ del CPACA, el medio de control de controversias contractuales es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como, resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución y liquidación del contrato estatal, así como la legalidad de los actos administrativos proferidos en desarrollo de éste. Así, puede cualquiera de las partes solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (v) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (vi) que se hagan otras declaraciones y condenas. De igual manera, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato.

En el presente caso el medio de control ejercido por la parte actora es adecuado, por cuanto a través de su demanda persigue que se liquide el contrato, que se declare el incumplimiento y la ruptura del equilibrio económico del contrato No. 154 de 2010 y se condene al pago de perjuicios.

los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

²⁶ “ARTÍCULO 141. CONTROVERSIA CONTRACTUAL. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.”



3. Legitimación en la causa

3.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 141²⁷ del CPACA, según el cual la legitimación en las acciones contractuales se encuentra, en principio²⁸, en cabeza de las partes del contrato, la Sala concluye que el Consorcio y el CSJ están legitimados en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, toda vez que son los extremos de la relación contractual que suscitó la controversia objeto de examen en sede judicial (hecho probado 6.3.1.2.).

4. Caducidad

El literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, aplicable al caso concreto²⁹, dispone que el medio de control de controversias contractuales caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la

²⁷ "ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes."

²⁸ Es menester señalar que además de las partes del contrato, tanto el Ministerio Público como los terceros que acrediten un interés directo podrán acudir al medio de control de controversias contractuales para solicitar la nulidad absoluta del contrato.

²⁹ Para efectos del cómputo de la caducidad se debe acudir a las reglas contenidas en las normas vigentes al momento en que inició a correr el término. Al respecto, Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 24 de abril de 2017. Rad.: 50602. En esta providencia se puso de presente que, "[e]n punto de la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para la determinación de la regla de caducidad cuando se presentan conflictos entre normas que, en principio, regulan la misma situación, esta Corporación puntualizó [...] la Sala considera que el 40 debe aplicarse para definir el conflicto en el tiempo respecto de la aplicación de normas sobre caducidad, en tanto se trate de términos que ya hubieren empezado a correr sin que haya iniciado el respectivo proceso. En efecto, cuando el artículo 40 ibídem se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, está haciendo mención a las normas procesales, entre otras, a las normas de caducidad que, tal y como lo indica dicha norma, son de aplicación inmediata. Teniendo en cuenta lo anterior, se modifica lo dicho por la Sala en la providencia del 27 de mayo de 2005, en los términos de este proveído, de manera que, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo cuando se trate de leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del mismo, entre las cuales se consideran incluidas las normas que establecen términos de caducidad para el ejercicio de las acciones, que por ser de carácter procesal, son de aplicación inmediata. En este orden de ideas, se tiene que la norma de caducidad aplicable deberá ser la vigente al momento en que ya hubieren empezado a correr los términos contemplados en normas legales anteriores, las cuales se aplicarán de manera preferente."



ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento, para lo cual contempla distintas hipótesis dependiendo de si el contrato es de ejecución instantánea, si no requiere de liquidación o si, por el contrario, se trata de un contrato que sí la requiera y fue efectuada.

“Art. 164.- Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

(...)

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;

De acuerdo con lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 60³⁰ de la Ley 80 de 1993, el negocio jurídico que ocupa la atención de la Sala es un contrato de obra y, por tanto, requiere de liquidación, la caducidad de la acción se contabilizará atendiendo lo dispuesto en el literal j) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta que el contrato no ha sido liquidado, tal como se expondrá más adelante (apartado 6.3.2.).

En este orden de ideas, en el *sub examine* se encuentra establecido que la demanda fue presentada dentro de los dos años de que trata el numeral v), literal

³⁰ Ley 80 de 1993 “Artículo 60. De su ocurrencia y contenido. <Aparte subrayado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Entró a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el artículo 33 de la misma Ley> Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga”.



j) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que:

- (i) El Contrato de Obra No. 154 de 2010 se suscribió el 29 de noviembre de 2010 (hecho probado 6.3.1.2.).
- (ii) Su plazo de ejecución se pactó en 8 meses (hecho probado 6.3.1.2.) finalizando el 4 de octubre de 2012, según el acta de recibo final del contrato (hecho probado 6.3.1.20.).
- (iii) De conformidad con la cláusula segunda del contrato, el plazo para su liquidación bilateral se fijó en 4 meses contados a partir de la terminación y recibo a satisfacción de las obras (hecho probado 6.3.1.20.).
- (iv) A partir del 5 de octubre de 2012 comenzó a correr el plazo de 4 meses acordado para la liquidación voluntaria del contrato. Esto significa que dicho término transcurrió entre el 5 de octubre de 2012 y el 5 de febrero de 2013. Se encuentra establecido que durante dicho período no se efectuó la liquidación de este contrato (apartado 6.3.2.).
- (v) Por lo anterior, a partir del 6 de febrero de 2013 empezó a correr el plazo de 2 meses que tenía el CSJ para liquidar unilateralmente el contrato, el cual venció el 6 de abril de 2013. También se encuentra establecido que durante dicho período la entidad no efectuó la liquidación unilateral del contrato.
- (vi) Expirado el término anterior, comenzó a correr el plazo de dos (2) años que tenía el Consorcio para el ejercicio oportuno de la acción, habiéndose suspendido con la solicitud de conciliación extrajudicial presentada por la demandante el 16 de octubre de 2014, trámite que finalizó el 10 de diciembre de 2014 cuando se declaró fallida la conciliación³¹.
- (vii) Teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 11 de diciembre de 2014, la Sala concluye que ello tuvo lugar dentro del término previsto en el numeral 2º, literal j) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

5. Problema jurídico

A partir de lo manifestado por el Tribunal en la sentencia de primera instancia, así como también de los reparos expuestos en el recurso de apelación, le corresponde

³¹ FI.186, C.1.



a la Sala establecer si se reúnen los presupuestos de la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de pago de las actas de obra y si se acreditó el rompimiento de la ecuación financiera del contrato como resultado de la mayor permanencia en obra.

6. Análisis de la Sala

Antes de resolver los problemas jurídicos planteados, conviene referirse brevemente acerca del régimen del contrato sometido a juicio.

6.1. Régimen del contrato de obra No. 154 de 2010

A este efecto, teniendo en cuenta que el contrato de obra No. 154 de 2010 fue suscrito por el CSJ y el Consorcio, con el objeto de realizar “*las obras necesarias para la construcción de los despachos judiciales de Chaparral – Tolima*”, se colige que el régimen aplicable al negocio jurídico es el previsto en la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de la remisión al derecho privado prevista en el artículo 13 *ibídem*, estatuto vigente al tiempo de su celebración³², de modo que este será el marco normativo bajo el cual se abordará el análisis de las pretensiones de la demanda.

Cabe añadir que el artículo 32-1 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de obra como aquel que “*celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago*”. De igual manera, en cuanto a su contenido, es de resaltar que el estatuto general de contratación de la administración pública establece que las estipulaciones contractuales han de ajustarse a las disposiciones legales que correspondan a la naturaleza y la esencia del negocio jurídico de que se trate, pudiendo las partes acordar libremente, en el marco de su autonomía de la voluntad, las cláusulas que consideren convenientes o necesarias y que no contraríen el ordenamiento jurídico³³.

³² Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 “*En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*”.

³³ El artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en efecto dispone: “*Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. / Las entidades podrán celebrar los*



6.2. Solución al problema jurídico

En el recurso de apelación presentado por la Constructora Metropolitana S.A.S. y Rafael Humberto Álvarez Bustillo, integrantes del Consorcio, contra la sentencia del 1 de julio de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, la recurrente centra su reproche en afirmar que el *a quo* debió examinar de fondo y en derecho la demanda. En tal sentido, reiteró que el objeto de la litis era la liquidación del contrato No. 154 de 2010, el pago tardío de las actas No. 2 y No. 3, el desequilibrio económico originado en la mayor permanencia, con ocasión de las suspensiones del negocio jurídico y la utilidad dejada de percibir.

Por tanto, comoquiera que solo la parte demandante presentó recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 320³⁴ y 328³⁵ del C.G.P.³⁶, se resolverá el asunto *sub lite* únicamente en relación con los reparos expuestos por la recurrente.

Sobre la competencia del *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, cabe resaltar que la Sala Plena de esta Sección, mediante sentencia del 9 de febrero de 2012³⁷, unificó su jurisprudencia refiriendo que el mencionado recurso se encuentra sujeto o limitado a los argumentos planteados por el recurrente y que, por tal motivo,

contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. / En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración."

³⁴ "Artículos 320: "El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]".

³⁵ "Artículo 328. Competencia del Superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones".

³⁶La aplicación del Código General del Proceso en el caso concreto se fundamenta en lo resuelto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto del 5 de junio de 2014, mediante el cual se unificó la jurisprudencia para señalar que el Código General del Proceso en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo entró a regir a partir del 1º de enero de 2014 y que "en los eventos de remisión al Código de Procedimiento Civil, se entenderá que las normas aplicables serán las dispuestas en la nueva legislación procesal", sin perjuicio del régimen de transición previsto en el artículo 624 del Código General del Proceso, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 25 de junio de 2014. Rad.:49299.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2012, Rad.: 21060.



toda inconformidad con lo resuelto por el *a quo* que no se alegue en la alzada, está llamada a excluirse del debate de segunda instancia en virtud del principio dispositivo y de congruencia. Así lo refirió esta Sección en aquella oportunidad:

“(...) En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro – y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”.

En esa misma sentencia de unificación, la Sala Plena reiteró que mediante el recurso de apelación se garantiza el derecho de impugnación contra una decisión judicial, y por ende es obligación del recurrente controvertir los argumentos del juez de primera instancia con sus propias consideraciones, en aras de solicitarle al superior que decida sobre el asunto que presenta ante la segunda instancia.

Bajo esta óptica, se establecerán cuáles son los hechos probados en el proceso relevantes para resolver el caso *sub judice*.

6.3. Hechos probados

6.3.1. En el caso concreto la Sala analizará los documentos aportados al proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 246³⁸ del C.G.P.

6.3.1.1. Está acreditado que al proceso licitatorio No. 22 de 2010 se presentó el Consorcio, según da cuenta copia simple del oficio del 26 de octubre de 2010,

³⁸ “Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...] Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.



mediante el cual se le informa al CSJ la conformación del Consorcio integrado por la sociedad Constructora Metropolitano Ltda. y Rafael Humberto Álvarez Bustillo³⁹.

6.3.1.2. Está probado que el 29 de noviembre de 2010, el CSJ y el Consorcio suscribieron el contrato de obra No. 154 de 2010, cuyo objeto, al tenor de su cláusula primera, consistió en “*ejecutar las obras necesarias para la construcción de los Despachos Judiciales de Chaparral-Tolima*”, según da cuenta copia del contrato⁴⁰.

Con relación a las obligaciones del contratista, en la cláusula segunda se estableció que el Consorcio, entre otras, ejecutaría el contrato de conformidad con lo previsto en los pliegos de condiciones. Principalmente, debía realizar la obra en los sitios señalados y ciñéndose a los planos e indicaciones suministradas por el CSJ. Asimismo, en cuanto a la suscripción del acta de liquidación del contrato se estipuló:

“(...) 8) Firmar, conjuntamente con el Interventor y el Coordinador designado, las Actas de Inicio de la Obra, Suspensión, Reinicio, de Cortes Parciales de Obra, Recibo Definitivo, Liquidación Final del Contrato y llevar debidamente actualizada la Bitácora de la Obra.

Para su validez las Actas de Suspensión, Reinicio y Liquidación requieren de la aprobación del Director Ejecutivo de Administración Judicial.”

Por su parte, frente a las obligaciones a cargo del CSJ, se resalta que, en la cláusula tercera, entre otras, se estableció que este pagaría el valor del contrato de acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones y en las cláusulas sexta y séptima del contrato. Asimismo, que contrataría un interventor externo, para auditar y supervisar la obra.

En cuanto al plazo de ejecución, en la cláusula sexta quedó establecido que “*el plazo de ejecución de los trabajos será de ocho (8) meses, a partir de la firma del acta de iniciación del contrato*”.

De acuerdo con la cláusula séptima, el valor del contrato fue de \$1.607.259.217, incluidos impuestos, y, como forma de pago, en la cláusula octava se indicó que se

³⁹ Fls. 70-71, C1.

⁴⁰ Fls. 7-47, C.1.



entregaría un anticipo correspondiente al 50% del valor del contrato y el saldo restante sería pagado mediante cortes mensuales de obra de los cuales se amortizaría el anticipo recibido. En cuanto al último pago, se indicó que se haría posterior a la liquidación del contrato de obra.

6.3.1.3. Se demostró que el contrato inició el 7 de diciembre de 2010, según da cuenta el acta de suspensión No. 2⁴¹.

6.3.1.4. Quedó acreditado que el 30 de diciembre de 2010, las partes suscribieron el adicional No. 1, con el objeto de adicionar el valor del contrato en la suma de \$68.311.084, según da cuenta la copia simple del documento⁴².

6.3.1.5. Está probado que el 2 de enero de 2012, las partes suscribieron el adicional No. 2 con el objeto de prorrogar el plazo del contrato hasta el 7 de marzo de 2012, según da cuenta la copia simple del documento ⁴³.

De conformidad con los antecedentes del acuerdo modificatorio, *“el CONTRATISTA solicita prorrogar el plazo del Contrato de Obra No. 154 de 2010, en los siguientes términos: “igualmente, es de establecer que la ampliación del plazo, en este punto también se hace necesaria por las festividades, pues para hacer un ejemplo la fábrica de la ventanería (como se había dicho requiere de 20 días, para la elaboración) cierra el 22 de diciembre, y ya no se alcanza a tener las mismas para esta fecha”.*

Por otro lado, en el parágrafo de la cláusula segunda se adujo:

“La presente prórroga no genera costo adicional alguno para EL CONSEJO SUPERIOR, razón por la cual el CONTRATISTA reconoce que el nuevo plazo no demanda recursos que alteren el equilibrio de la ecuación económica y no realizará reclamaciones por este motivo”.

6.3.1.6. Consta que el 7 de diciembre de 2010 se suspendió el contrato hasta el 21 de diciembre de 2010, por las siguientes razones⁴⁴:

⁴¹ Fl. 67-68, C.1.

⁴² Fls. 62-64, C.1.

⁴³ Fl. 65, C.1.

⁴⁴ Fl. 66, C.1.



Radicado: 73001-23-33-000-2015-00166-01 (67782)
 Demandante: CONSTRUCTORA METROPOLITANO S.A.S. Y OTRO

“A la fecha no se ha legalizado el contrato de interventoría externa, una vez legalizado se dará reinicio del contrato de obra e inicio del contrato de interventoría con la misma fecha”.

6.3.1.7. El 1 de agosto de 2011 se suscribió el acta de suspensión No. 2 del contrato hasta el 19 de diciembre de 2011, por las siguientes razones⁴⁵:

“Radicación, trámites y obtención de aprobación de diseños y puesta en marcha de las redes eléctricas ante Enertolima para el contrato de obra No. 154 de 2010 que tiene por objeto la construcción y terminación de los despachos judiciales en Chaparral Tolima”.

6.3.1.8. Se demostró que el contrato estuvo suspendido desde el 21 de febrero de 2012 hasta el 19 de septiembre de 2012, por las siguientes razones⁴⁶:

“Teniendo en cuenta que a la fecha no se cuenta con Interventoría externa, debido a la manifestación de no aceptar la prórroga del tiempo del contrato 162 de 2010, el cual expiró el 7 de enero de 2012 y que a fin de evaluar las labores ejecutadas por el Contratista y no recibidas por la arquitecta Yolanda Giraldo Cuartas, se le solicitó a la Sociedad Colombiana de Ingenieros presentar su oferta para efectuar la Interventoría sobre las obras no recibidas y liquidación del Contrato 154 de 2010”.

Resalta la Sala que en las mencionadas actas de suspensión no se encuentran notas aclaratorias que imputen costos al CSJ o al Consorcio a causa de las diferentes suspensiones.

6.3.1.9. Se probó que el 22 de junio de 2011⁴⁷, el director de recursos físicos e inmuebles del CSJ se dirigió a la dependencia de presupuesto indicando que allegaba el acta de obra No. 2 con el fin de tramitar su pago por valor de \$150.737.638, según da cuenta el memorando de la fecha.

En los anexos de dicho memorando se encuentra la factura de venta 005 del 9 de junio de 2011 suscrita por el Consorcio con la amortización del anticipo, por un valor total de \$150.737.638.

⁴⁵ Fls. 67-68, C.1.

⁴⁶ Fl. 69, C.1.

⁴⁷ Fl. 58, C.1.



A su vez, se allegó una tabla que detalla las obras realizadas y que fueron incluidas dentro del acta de obra No. 2 de fecha 31 de mayo de 2011, dando como resultado un avance de ejecución del contrato del 23,39%.

6.3.1.10. Consta que, mediante oficio del 11 de julio de 2011⁴⁸, la interventoría del contrato solicitó la suspensión de los pagos al Consorcio debido a que *“el anticipo entregado por la Entidad no ha sido debidamente sustentado (...) además en estos momentos el plazo contractual va en un 84% y a la fecha lleva el 30% de obra ejecutada, lo que prevé un incumplimiento en el contrato”*. El 14 de julio de 2011 el CSJ procedió a ordenar al Consorcio el cumplimiento del requerimiento solicitado por la interventoría.

6.3.1.11. Quedó probado que mediante órdenes de pago se realizaron abonos al Consorcio por las obras ejecutadas, precisados de la siguiente manera según consta en la tarjeta de control de pagos del CSJ⁴⁹:

- Anticipo 50%: abono de \$803.629.608.50 saldo de \$871.940.692.50
- Pago acta de obra No. 1: abono de \$45.200.240 saldo de \$826.740.452.50

6.3.1.12. Consta que para el mes de julio de 2011 el CSJ realizó una visita de seguimiento a la ejecución de las obras⁵⁰, dando como resultado un 70% de avance del contrato y un saldo pendiente por valor de \$803.629.608.50. Dentro del acta de visita se plasmaron los siguientes compromisos:

- “1. Legalizar la documentación solicitada por la interventoría y poner en funcionamiento todos los equipos que hacen parte del contrato.*
- 2. Entregar programación para cada uno de los bloques con agrupación de ítems, ruta crítica, secuencia lógica, grupo de trabajo y flujo de fondos.*
- 3. Ventanería contractuales obra interior con vidrio crudo y exterior con vidrio templado.*
- 4. Legalización del anticipo acorde a lo legalmente establecido.*
- 5. Recepción de todos los soportes requeridos y posterior radicación ante Enertolima para la energización final del proyecto.*
- 6. Trámites necesarios para el diseño del domo.*
- 7. Legalizar a la interventoría los contratos de barandas, divisiones de baños, equipos de aire acondicionado y domo.*

⁴⁸ Fl. 109, C.1.

⁴⁹ Fl. 111, C.1.

⁵⁰ Fls. 112-131, C.1.



8. Cancelar todos los pagos pendientes a subcontratista, proveedores, personal de obra y administrativo”.

6.3.1.13. Está acreditado que el 3 de noviembre de 2011⁵¹ el Consorcio presentó ante el CSJ una solicitud de restablecimiento económico del contrato por la demora en el pago del acta de obra No. 2 y en el recibo de los equipos que forman parte de las obras. Para la Sala resulta pertinente transcribir los siguientes apartes de la comunicación:

“(…) **2. RESUMEN SOBRE EL PAGO DE LAS ACTAS DE OBRA**

(…)

2.2. Acta de Obra No. 02:

Teniendo en cuenta todas las afectaciones del retraso de la elaboración del acta numero 1 el contratista toma la determinación de iniciar el proceso de elaboración del acta N. 2 de forma inmediata es así, el 21 de febrero del 2011, se hace entrega del oficio CCT-154-020^a-170211, por medio de la cual se solicita que se informe un procedimiento para las mayores cantidades de obra.

(…)

*Como queda claro en este recuento de hechos documentados, **un acta que debía ser tramitada mensualmente, tuvo una duración de 108 días (más de 3 meses y medio) en poder de la interventoría, dejando al Contratista en una situación desfavorable económicamente, ya que el flujo de caja es necesario para poder ejecutar las obras de forma normal, y a la fecha a (sic) sido imposible hacer otra acta con la interventoría.***

El día 27 de mayo el acta No. 2 fue debidamente aprobada por la interventoría y mediante comunicación enviada a la aprobación por parte del supervisor el cual dio su aprobación. Con ello, el día 3 de junio se radicó en Tesorería del Consejo Superior de la Judicatura para su inmediato pago de conformidad con lo establecido en la Cláusula Octava del contrato.

No obstante lo anterior el Consejo Superior de la Judicatura NUNCA pagó a este Consorcio el Acta No. 2, se repite ya aprobada por la interventoría y el supervisor designado por esta entidad, incumpliendo flagrantemente el contrato que nos ocupa.

*De acuerdo con la información suministrada por la misma entidad, el impago de esa Acta obedeció a que mediante oficio ICH-C162-2010-042, con fecha 11 de julio del 2011, la interventoría **dio ORDEN DE NO PAGO al Consejo Superior de la Judicatura** del Acta No.2, después de haberla tenido en su poder 108 días y aprobada por ella misma y por conceptos ajenos a la misma. Debe mencionarse que el Acta llevaba los documentos necesarios para su aprobación, como lo es la firma de la interventoría del Acta y las memorias (no había razón alguna para ello, aduciendo que la obra tan solo llevaba un avance del 30%, cuando la Entidad emite concepto del 70%).*

⁵¹ Fls. 133-152, C.1.



Lo anterior denota un incumplimiento por parte de la entidad.

(...)

El acta N. 3 fue radicada el día 19 de agosto del 2011 a la interventoría bajo el radicado CCT-156-082-19082011 del 19 de agosto del 2011 y a fecha de hoy no se tiene respuesta alguna sobre el tema.

(...)

*De acuerdo a lo anterior el Consejo Superior de la Judicatura debía haber cancelado el Acta No. 2 desde el día junio 13 del 2011, **sin que hubiere realizado el pago en forma oportuna** (...).*

6.3.1.14. Reposo el memorando del 26 de diciembre de 2011⁵² remitido por el director de recursos físicos e inmuebles del CSJ a la unidad de asistencia legal y de presupuesto con el fin de solicitar la viabilidad del pago del acta de obra No. 2, del cual se destaca:

“(...) A esta fecha de ejecución de obra solamente se le ha girado al contratista el corte No. 1 por un 5% del valor total del contrato en el mes de febrero y entregado el anticipo el 23 de febrero y la obra real ejecutada va en un 70% aproximadamente.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expresado, esta Unidad solicita a la Unidad de Asistencia Legal y de Presupuesto si jurídicamente y presupuestalmente es viable pagar el corte No.2 que esta revisado y elaborado en conjunto por los profesionales en ambas partes para que así el valor restante sea menor.

Para esta Unidad, y de acuerdo a la visita efectuada a la obra, lo relacionado en el corte No.2 está ejecutado en obra y suministrado en equipos (...).

6.3.1.15. Consta que el director de la unidad de asistencia legal del CSJ, en comunicación del 27 de diciembre de 2011⁵³, sugirió el pago del acta de obra No. 2. En sus términos indicó:

“(...) sugiere esta Jefatura de Unidad, se autorice el pago del Corte de Obra No. 2 del Contrato de Obra No. 154 de 2010, con base en los documentos reseñados en el Memorando URFMEM11-884 de fecha 27 de diciembre de 2011, suscrito por el Director de la Unidad de Recursos Físicos e inmuebles del Consejo Superior de la Judicatura con el fin de evitar a la Entidad, por una parte, una demanda contractual por un desequilibrio económico que afecta en este momento al CONSORCIO CHAPARRAL-TOLIMA, y por otra, evitar que el pago del corte de obra No. 2, se cancele por medio de vigencias expiradas, de no poderse cancelar en la vigencia actual”.

⁵² Fls. 153-154, C.1.

⁵³ Fls. 155-156, C.1.



6.3.1.16. Quedó demostrado que el 30 de diciembre de 2011⁵⁴ el Consorcio presentó un derecho de petición ante el CSJ, con el fin de solicitar el pago del acta de obra No. 2. Al respecto, en la misma fecha el CSJ le respondió indicándole que la unidad de presupuesto iniciaría los trámites pertinentes para efectuar el referido desembolso, tal como consta en oficio DEAJAL11-6273.

6.3.1.17. Está acreditado que en marzo de 2012⁵⁵, el CSJ realizó una visita a las obras, de la cual levantó un acta en la que dejó consignado que el porcentaje de avance era del 97% y que el saldo pendiente por pagar de \$803.629.608.50. Asimismo, anotó la siguiente observación en cuanto al resumen del estado de la obra:

“El estado de la obra a la fecha es bueno, cumpliendo con las especificaciones y calidad de materiales y buena mano de obra”.

6.3.1.18. Consta que el 17 de mayo de 2012⁵⁶, el CSJ le informó al Consorcio que no se había elegido a la nueva Interventoría, motivo por el cual el contrato solo podría reanudarse al finalizar ese trámite de contratación, tal como consta en oficio DEAJ12-1387.

6.3.1.19. Se acreditó que el 24 de mayo de 2012⁵⁷, el CSJ le dio respuesta al Consorcio informándole que el pago del acta de obra No. 2 se realizaría una vez autorizadas las vigencias expiradas y corroborado el valor exacto de las obras ejecutadas, tal como consta en oficio DEAJ12-1582.

6.3.1.20. Consta que el 4 de octubre de 2012⁵⁸ las partes suscribieron el acta de recibo final de obra, documento aportado en copia simple y con la firma del representante legal del Consorcio, la Interventoría, el Director de la unidad de recursos físicos e inmuebles del CSJ, el profesional de apoyo de la unidad de recursos físicos e inmuebles del CSJ, el Director Ejecutivo Administrativo Judicial del CSJ y el supervisor del contrato del CSJ. Del resumen de la obra ejecutada, se tiene lo siguiente:

⁵⁴ Fl. 157, C.1.

⁵⁵ Fls. 158-170, C.1.

⁵⁶ Fls. 171-172, C.1.

⁵⁷ Fl. 173, C.1.

⁵⁸ Fls. 187-200, C.1.



Radicado: 73001-23-33-000-2015-00166-01 (67782)
 Demandante: CONSTRUCTORA METROPOLITANO S.A.S. Y OTRO

“VALOR INICIAL:	1.607.259.217,00
VALOR ADICIONAL No.1:	68.311.084,00
VALOR TOTAL:	1.675.570.301,00
VALOR TOTAL EJECUTADO:	1.668.546.262,00
PAGO DEL ANTICIPO:	Febrero 23 de 2011, Orden de pago No 118
PRIMER PAGO ACTA PARCIAL No 1:	Mayo 16 de 2011, Orden de pago No 1028”

6.3.1.21. Se encuentra copia simple de un documento denominado acta de liquidación bilateral de fecha 17 de octubre de 2012, con la firma del contratista, el interventor y el profesional de apoyo de la unidad de recursos físicos e inmuebles del CSJ.⁵⁹

6.3.2. Del acta de liquidación bilateral del contrato

6.3.2.1 El Tribunal en el fallo de primera instancia resolvió negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en que las notas consignadas como salvedades por la parte actora en el acta de liquidación bilateral fueron plasmadas luego de las firmas de las partes, de tal suerte que, a su juicio, no hacían parte del documento y, por lo tanto, no comportaban salvedades en estricto sentido.

Por su parte, en el recurso de apelación la actora solicitó decidir “*de fondo y en derecho sobre el asunto que se recurre*”.

A su vez, en la fijación del litigio fueron precisadas las pretensiones de la demanda, quedando determinado como pretensión principal la liquidación del contrato, incluyendo los conceptos reclamados y, como pretensión subsidiaria, declarar el incumplimiento contractual.

Al respecto, debe recordarse que la liquidación bilateral es una actuación posterior a la terminación normal o anormal, que supone un acuerdo de voluntades que finiquita la relación negocial⁶⁰, en virtud del cual las partes determinan si existen prestaciones, obligaciones o derechos a su cargo, realizan un balance de las

⁵⁹ Fls. 175-185, C.1.

⁶⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Rad.: 27777



cuentas y, si es del caso, efectúan las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar⁶¹.

Dicha liquidación, que surge del acuerdo entre las partes, adquiere la característica de un negocio jurídico y, como tal, resulta vinculante para las partes, de tal suerte que no puede ser desconocido posteriormente ante la instancia judicial por parte de quien lo suscribe, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o se deje expresa constancia de la existencia de salvedades o discrepancias respecto del cruce de cuentas que allí se consigna⁶².

6.3.2.2. Así las cosas, descendiendo al caso concreto, al efectuar una revisión del documento aportado como “*acta de liquidación bilateral*” (hecho probado 6.3.1.21.), se aprecia que solo se encuentra suscrito por el contratista, el interventor y el profesional de apoyo de la unidad de recursos físicos e inmuebles del CSJ.

De esta forma, desconociendo la solemnidad propia de los contratos estatales regidos por el EGCAP, el acta no se encuentra suscrita por la entidad ni se aprecia en modo alguno que el documento mencionado cuente con la “*aprobación del Director Ejecutivo de Administración Judicial*”, tal como se dispuso en la cláusula segunda del contrato.

No puede pasar por alto la Sala, que la liquidación bilateral del contrato objeto de la litis, como negocio jurídico sujeto a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, requiere que el necesario acuerdo de voluntades de las partes revista la formalidad del escrito, sin que a tal efecto pueda considerarse suficiente la firma del interventor o del profesional de apoyo de la unidad de recursos físicos e inmuebles del CSJ, porque ninguno de ellos ostenta su representación para celebrar acuerdos de voluntades en nombre y representación de la contratante.

⁶¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 2007. Rad.:16370.

⁶² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de agosto de 1998. Rad.: 10496, en la que se dijo que “*La liquidación de un contrato queda en firme y por lo tanto no puede ser impugnada judicialmente si el acta correspondiente es aceptada y suscrita por las partes, sin salvedad alguna y sólo en la medida en que se hagan salvedades, el contratista se reserva la posibilidad de reclamar judicialmente*”.



Al respecto, esta Corporación ha señalado, en criterio que ahora se reitera, lo siguiente:

“El contenido del acta de liquidación bilateral del contrato reviste obligatoriedad para las partes y no puede ser desestimado en los estrados judiciales, toda vez que con ella se desarrolla la obligación legal de establecer el finiquito de la cuenta contractual, de conformidad con el contenido del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, el cual se impone como regla general en los contratos de tracto sucesivo cuando se rigen por el referido Estatuto.

En consonancia con lo dicho, debe destacarse que en el inciso primero del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 existió norma expresa que sometió el acta de liquidación bilateral a acuerdo entre “las partes”, circunstancia considerada por la jurisprudencia como indicativa del requisito de la firma del representante legal de ambos extremos negociales, para determinar la obligatoriedad del acta y extraer de allí el efecto de la firma sin salvedades.

Dar cabida a una interpretación contraria a lo expuesto equivaldría a formular una posición que desconoce: i) la regla derivada del derecho romano, “nemo auditur propiam turpitudinem allegans”, según la cual nadie puede alegar su propia culpa para fundar una pretensión; ii) la obligatoriedad de soportar los efectos de los actos propios, de conformidad con la cual “venire contra factum proprium non valet”, es decir, que a nadie le es lícito venir contra sus propios actos y iii) el principio de la buena fe o “bona fides” que debe imperar en las relaciones jurídicas y en el proceso judicial⁶³.

*Acompasando lo dicho al subexamine, la Sala observa que en este proceso se acreditaron los documentos contentivos del acta de liquidación bilateral del contrato, **sin** la firma del Alcalde Municipal del Galapa, representante legal de la entidad contratante.*

En el antedicho documento se observa que quien suscribió el acta en representación el municipio fue el Secretario de Planeación, Aquiles de Moya, respecto de quien, a pesar de indicarse en el contenido del acta que actuaba en representación de la alcaldía, no se hizo alusión alguna al hecho de que se encontrara expresamente delegado para tal efecto, como tampoco obra en el plenario el respectivo acto de delegación (...)

En este sentido, resulta clara la imposibilidad de atribuir el efecto del acuerdo de voluntades al acta de liquidación del contrato exhibida en este proceso sin la firma del representante legal de la entidad contratante, toda vez que no provino de una parte contractual en la forma y términos en que ella ha debido ser representada, en tratándose del finiquito del estado financiero y económico del proyecto.

Se advierte, entonces, que ante la ausencia de firma del representante legal o del delegatario con funciones de representación de la entidad estatal contratante, no es

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 11 de abril de 2012, radicación número: 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434), Actor: Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., demandado: Municipio de Chachagüí; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente (E): Hernán Andrade Rincón, sentencia de 27 de mayo de 2015, radicación: 540012331000200001661 01, expediente: 38695, actor: Consorcio Construcar, demandado: INPEC, referencia contractual – apelación sentencia.



viable para este caso aplicar la interpretación jurisprudencial consistente en la fuerza imperativa del acta de liquidación bilateral como claro reflejo de los actos propios, siendo necesario, en este caso, entrar a valorar la prueba de las discrepancias o inconformidades que el demandante expuso acerca de los reconocimientos económicos que en su favor se debían por concepto de mayor permanencia en obra y de mayores cantidades de obra ejecutada.

Como consecuencia, se reafirma que el acta liquidación del contrato solo se tiene como prueba de los hechos, en tanto acredita que se adelantó el trámite contractual de elaborar y aprobar dicha acta, pero no se deriva de ella la fuerza de un acuerdo de voluntades acerca de lo que cada parte adeuda a la otra con ocasión de la ejecución de la obra.

Así las cosas, la Sala abordará el estudio del asunto a la luz de las pruebas que obran en el plenario, con el fin de determinar la procedencia de los reconocimientos pretendidos en la demanda por concepto de mayor permanencia en obra y de mayores cantidades de obra, todo lo cual, según indica el libelista, produjo el desequilibrio económico del contrato por la ocurrencia de circunstancias imprevisibles que en este caso se concretaron en la ola invernal y en las fallas geológicas del terreno⁶⁴.

En suma, a partir de la valoración probatoria la Sala se abstendrá de tener por demostrado, en virtud del documento aportado, que el contrato hubiere sido liquidado de mutuo acuerdo, porque el documento aportado solo se puede considerar como un proyecto de acta que a lo sumo da cuenta de que entre las partes se surtieron gestiones encaminadas a la liquidación del negocio jurídico, sin que sea posible tenerlo por liquidado, toda vez que, se itera, aquel no se suscribió por quien ostentaba capacidad para obligar a la entidad demandada y por ende no nació a la vida jurídica⁶⁵.

Bajo el contexto que ha quedado expuesto, la Sala procederá a estudiar: (i) el pago tardío de las actas de obra No. 2 y No. 3; (ii) el pago de los sobrecostos generados por las suspensiones imputables al CSJ; y (iii) el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir por la mayor permanencia en obra, con ocasión de las diferentes suspensiones.

6.4. Del fondo de la controversia

A este efecto, la Sala considera necesario hacer referencia a la diferenciación entre la responsabilidad contractual y la ruptura del equilibrio económico del contrato,

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de marzo de 2017, Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00105-01(51526)

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de agosto de 2015, Rad. 42656



teniendo en cuenta la circunstancia de que en la demanda los hechos que fundamentan la reclamación de la parte actora son invocados como fuente de desequilibrio económico del contrato, no obstante lo cual se advierte que paralelamente la parte actora fundó dicho desequilibrio en el incumplimiento contractual, sobre la base de entender que la ruptura de la conmutatividad del contrato que sobreviene por causas ajenas al contratista se enmarca en la responsabilidad por incumplimiento del contrato.

En este orden de ideas, conviene comenzar por señalar que las condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y de celebrar el contrato, debe mantenerse durante el cumplimiento y ejecución del mismo, de tal suerte que, frente al principio "*pacta sunt servanda*", que como es sabido hace referencia a la firmeza y solidez del vínculo contractual⁶⁶, se erige la denominada "*cláusula rebus sic stantibus*"⁶⁷, instituto en virtud del cual las estipulaciones contractuales son acordadas por las partes sobre la base de las circunstancias presentes al momento en el que son convenidas, de tal suerte que, si bien los contratos son ley para las partes, ante la alteración sustancial de la economía del contrato por la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes e impredecibles, las partes tienen derecho a pedir el restablecimiento del equilibrio económico⁶⁸. Con todo, debe anotarse que no toda variación de la ecuación financiera constituye un rompimiento del equilibrio económico o financiero del contrato⁶⁹, comoquiera que existen riesgos propios que se derivan de la actividad contractual, los cuales deben ser asumidos por las partes. En este sentido, se ha señalado que la equivalencia prestacional puede verse afectada: (i) por factores externos a las partes que se enmarquen en la denominada "teoría de la imprevisión";

⁶⁶ En el ordenamiento jurídico colombiano el principio *pacta sunt servanda* se encuentra contenido en el artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual todo contrato acordado entre las partes tiene fuerza de ley para quienes lo celebran, de tal suerte que las obligaciones que de él emanan no pueden ser desconocidas ni modificadas por uno solo de los contratantes. Su observancia, por tanto, es piedra angular de la seguridad jurídica. Cfr. Hinestrosa, Fernando. "El principio del *pacta sunt servanda*: y la estipulación de intereses". *Con-Texto* (12), 32-38. 2001.

⁶⁷Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el principio del *rebus sic stantibus* "postula la implícita inclusión en su contenido de una condición necesaria, esencial, fundamental e imprescindible para el cumplimiento, atañedora a la permanencia constante del marco de circunstancias fácticas o jurídicas, o estado de cosas primario, a cuya invariabilidad sujeta su obligatoriedad, y aún cuando, hay distintas posturas acerca de su exacto origen, suele atribuirse a la escuela del derecho medieval inspirada en las fuentes romanas". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 21 de febrero de 2012.

⁶⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2016. Rad.: 38449

⁶⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2018. Rad.: 52666.



(ii) por actos de la entidad contratante que modifiquen las condiciones “*ius variandi*”; y (iii) por actos de la administración como Estado “hecho del príncipe”⁷⁰.

Por su parte, el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del negocio jurídico, bien sea por su inexecución absoluta o por su ejecución imperfecta o tardía, a lo que cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la infracción de las estipulaciones plasmadas en el texto contractual, sino también de aquellas contenidas en todos los documentos que lo integran, como es el caso, por ejemplo, de los pliegos de condiciones⁷¹.

En suma, mientras la teoría del equilibrio o equivalencia de la ecuación económica procura garantizar que en la ejecución del contrato se mantengan las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento de su celebración, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en virtud del negocio jurídico por ellas acordado se ubica en el marco de la responsabilidad contractual, es decir, aquella que surge de la inexecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato existente y válido⁷². Por tanto, aun cuando se advierte cierta confusión en la propia legislación⁷³ y la jurisprudencia, que en torno al tema tampoco ha sido del todo consistente, pues en algunas decisiones se ha identificado el incumplimiento del contrato como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico⁷⁴, no deben confundirse la responsabilidad contractual y la teoría del equilibrio o equivalencia económica del contrato, dadas las diferencias que se advierten no solo en los presupuestos, sino también en los efectos o consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso⁷⁵.

⁷⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2016. Rad.: 38449.

⁷¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del del 6 de febrero de 2020. Rad.: 63.123.

⁷² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 15 de julio de 2020. Rad.:28794

⁷³ Por ejemplo, en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993 al disponer que “*si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato*”.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 15 de febrero de 1999, Rad. 11194 y del 21 de junio de 1999, Rad.: 14943.

⁷⁵ Sobre la necesaria distinción entre estas figuras, en Sentencia del 15 de julio de 2020 esta Subsección ha precisado:

“*La teoría del equilibrio o equivalencia de la ecuación económica pretende garantizar que, en desarrollo del contrato, se mantengan las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento en que fue celebrado. Dicho equilibrio puede verse afectado por factores externos a las partes o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o*



En este orden de ideas, en casos como el que ocupa la atención de la Sala corresponde al juez de la causa determinar desde cuál óptica debe emprenderse el respectivo análisis.

Descendiendo al caso concreto, al margen de las referencias de la parte actora en la demanda, se observa que aquella fundó sus pretensiones en la liquidación del contrato, ordenando el pago tardío de las actas de obra No. 2 y No. 3, y en el desequilibrio económico del contrato originado en la mayor permanencia, con ocasión de las suspensiones de las que fue objeto el negocio jurídico. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a la entidad al pago de los intereses de mora junto con los mayores costos administrativos y la utilidad dejada de percibir. Subsidiariamente solicita que se declare el incumplimiento del contrato.

Como se aprecia, coexisten dos reparos por parte de la demandante: por un lado, alega la responsabilidad contractual por el incumplimiento de la obligación de pagar las actas de obra No. 2 y No. 3; y, por el otro, aduce un desequilibrio económico del negocio jurídico por los sobrecostos y pérdida de utilidad a causa de la mayor permanencia en obra generada por la mayor duración del plazo contractual. Por tanto, bajo esta óptica es que la Sala abordará el análisis del caso concreto.

por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad.

En el incumplimiento, en cambio, se estudia el comportamiento de las partes frente a la ejecución del contenido obligacional, esto es, si fue tardío, defectuoso o conforme con lo que libre y voluntariamente acordaron, aspecto que debe analizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual.

Esta diferencia no es simplemente conceptual, pues la tasación económica en uno y otro caso es distinta. En la ruptura del equilibrio económico del contrato lo que se pretende es evitar puntos de pérdida (art. 5 de la Ley 80 de 1993), sin perjuicio de lo expuesto en cuanto al hecho del príncipe, y, en el incumplimiento, la indemnización plena de los perjuicios que se derivan de la desatención de las obligaciones del contrato.

En el incumplimiento, además, se faculta a la entidad pública para sancionar al contratista mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, o para imponer multas y declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato (artículos 60 y 70 del Decreto Ley 22 de 1983, 14 y 18 de la Ley 80 de 1993 y 17 de la Ley 1150 de 2007).” Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de julio de 2020, Rad.:28794. En el mismo sentido, véase Sentencia del 21 de septiembre de 2020, Rad.: 47106.



6.4.1. Del incumplimiento del contrato de obra No. 154 de 2010

Aduce la actora que la entidad pública demandada incumplió el contrato No. 154 de 2010, al incurrir en mora frente al pago de las actas de obra No. 2 y No. 3, las cuales, según se alude en la demanda, el CSJ injustificadamente se negó a pagarle a pesar de que corresponden a lo pactado y ejecutado con ocasión del contrato.

A partir de lo anterior, es necesario dilucidar en el proceso si la obligación de efectuar el pago se incumplió totalmente o si se cumplió de manera defectuosa o tardía por parte del CSJ, para pasar a establecer, en segundo lugar, las consecuencias que se derivan de dicho incumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en la ley y al tenor de lo estipulado por las partes en el contrato materia de la controversia.

Frente a la oportunidad de cumplimiento, se debe tener en cuenta que el deudor debe cumplir su obligación cuando la misma es exigible, circunstancia que se presenta: (i) cuando es pura y simple, desde su nacimiento; (ii) si es a plazo, al vencimiento del mismo y (iii) si es condicional, al cumplirse la condición.

En este sentido, la Sala abordará el examen del *sub judice*, partiendo del análisis de las obligaciones establecidas en el contrato de obra No. 154 de 2010, puntualmente aquellas correspondientes al pago de las actas de obra.

Sobre el particular, en la cláusula octava se acordó lo concerniente al pago de las facturas, en los siguientes términos:

“EI CONSEJO SUPERIOR, efectuará al CONTRATISTA los pagos inherentes a la ejecución del contrato, de la siguiente manera:

- 1) *Un anticipo equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato, equivalente a la suma de **OCHOCIENTOS TRES MILLONES SEISCIENTOS VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS OCHO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS** (\$803.629.608.50) Mcte; para su pago, el contrato debe estar suscrito y debidamente legalizado con la presentación de la factura o cuenta de cobro y del plan de inversiones por parte del contratista con la aprobación por parte del Interventor del contrato, el Coordinador de la unidad de recursos físicos e inmuebles y con la aprobación de las garantías establecidas en el texto contractual.*



- 2) *El saldo se pagará mediante cortes mensuales de obra de los cuales se amortizará proporcionalmente el anticipo recibido. Para el pago de los cortes mensuales de obra debe el **CONTRATISTA** acreditar el pago de los aportes al sistema integral de seguridad social, es decir, salud, riesgos profesionales, pensión y aportes parafiscales a las cajas de compensación familiar, instituto colombiano de bienestar familiar – ICBF y servicio nacional de aprendizaje – SENA, artículo 23 Ley 1150 de 2007.*

PARÁGRAFO PRIMERO: *Para el último pago se deberá haber liquidado previamente el contrato de obra y entregar los planos record exigidos, los respectivos manuales de mantenimiento, libro diario de obra o bitácora y haber presentado el último informe mensual.*

PARÁGRAFO SEGUNDO: *Para hacer efectivo el tercer pago, el **CONTRATISTA** deberá acreditar el pago total de la contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor de la obra del correspondiente contrato o de la respectiva adición. (...)*

De acuerdo con lo anterior, las partes acordaron la entrega de un anticipo equivalente al 50% del valor del contrato y estipularon que el saldo restante se cancelaría mediante cortes mensuales que se pagarían, previa amortización proporcional del anticipo, obligándose el contratista a comprobar el pago de los aportes al sistema de seguridad integral de seguridad social. Finalmente, se pactó que para el último pago debía haberse liquidado el contrato, además, previamente el contratista debía haber entregado los planos récord, los manuales de mantenimiento, la bitácora de obra y el último informe mensual y, por último, debía también acreditar el pago total de la contribución equivalente al 5% del valor de la obra.

6.4.1.1. Del acta de obra No. 2.

Con el propósito de decidir el desacuerdo frente al pago del acta de obra No. 2, viene bien recordar que, al amparo de lo estipulado en la cláusula octava, para el pago del valor de las actas mensuales de obra con la respectiva amortización del anticipo, se requería acreditar el pago de los aportes al sistema integral de seguridad social.

En el proceso se demostró que el 31 de mayo de 2011 la Interventoría y el Consorcio suscribieron el acta de obra No. 2, en la que se estableció que, luego de amortizar el anticipo, el valor total a reconocer ascendía a \$150.737.638. Como anexo del acta fue allegada la factura de venta No. 005 del 9 de junio de 2011 suscrita por el



Consortio, sin fecha de recibido (hecho probado 6.3.1.9.), y como soportes se incluyó la bitácora de obra. De igual manera, quedó acreditado que el CSJ ordenó realizar el pago de \$150.737.638 por concepto del acta de obra No. 2, de conformidad con la factura de venta No. 005 del 9 de junio de 2011 (hecho probado 6.3.1.9.), quedando un saldo total del contrato pendiente por pagar de \$676.002.814.50, según se indica en la tarjeta de control de pagos del CSJ (hecho probado 6.3.1.11.).

En ese orden de ideas, salta a la vista que se acordó el pago del acta de obra No. 2 por un valor de \$150.737.638, entendiéndose que, al momento de realizarse el respectivo desembolso, quedaría un saldo pendiente del contrato por la suma de \$676.002.814.50.

A partir de la correspondencia cruzada durante la ejecución contractual, se advierte que mediante oficio del 11 de julio de 2011 la misma interventoría del contrato solicitó la suspensión de los pagos al Consortio, debido a que *“el anticipo entregado por la Entidad no ha sido debidamente sustentado (...) además en estos momentos el plazo contractual va en un 84% y a la fecha lleva el 30% de obra ejecutada, lo que prevé un incumplimiento en el contrato”* (hecho probado 6.3.1.10.).

Igualmente, reposa el memorando del 26 de diciembre de 2011, suscrito por el director de recursos físicos e inmuebles del CSJ y dirigido a la unidad de asistencia legal, con el fin de solicitar la viabilidad del pago del acta de obra No. 2 (hecho probado 6.3.1.14.), unidad que, en respuesta del 27 de diciembre de 2011, sugirió el pago de la misma (hecho probado 6.3.1.15.).

De igual manera, quedó acreditado que el 30 de diciembre de 2011 el Consortio presentó derecho de petición ante el CSJ con el fin de solicitar el pago del acta de obra No. 2, en cuya respuesta, de la misma fecha, el CSJ indicó que *“la Unidad de Asistencia Legal, sugirió la cancelación del Corte de Obra No. 2 del Contrato de Obra No. 154 de 2010, y está dentro de la competencia de la Unidad de Presupuesto realizar los trámites pertinentes para efectuar el referido desembolso”* (hecho probado 6.3.1.16.).



Posteriormente, se estableció que el 24 de mayo de 2012 el CSJ le informó al Consorcio que el pago del acta de obra No. 2 se realizaría una vez autorizadas las vigencias expiradas y corroborado el valor exacto de las obras ejecutadas; asimismo, afirmó el CSJ que la entidad procedería *“a pagar los cortes de obra, siempre que las cuentas estén presentadas con el cumplimiento de los requisitos (...)”* (hecho probado 6.3.1.19).

Del recorrido probatorio que antecede, la Sala evidencia, en primer lugar, que el procedimiento de pago de las actas mensuales de obra no quedó supeditado a un término o plazo específico, sino al cumplimiento de una serie de condiciones, tales como la comprobación por parte del contratista del pago de los aportes al sistema integral de seguridad social, y la presentación de la correspondiente factura con los soportes respectivos.

En tal sentido, la correspondencia que se analizó en precedencia evidenció que el pago del acta de obra No. 2 se supeditó al cumplimiento de los anteriores requisitos y se subordinó a la observancia de razones de tipo financiero (hecho probado 6.3.1.1.9) al tratarse del pago de un pasivo de vigencias expiradas, sin que por ello se pudiera afirmar que la entidad contratante incurrió en una mora en su pago. De hecho, en el proceso no se demostró que el contratista hubiera dado cumplimiento a las condiciones previstas en el contrato para el pago⁷⁶.

En consideración a lo explicado, los argumentos concernientes al retardo en el pago del acta parcial de obra No. 2 deben ser desestimados.

6.4.1.2. Del acta de obra No. 3

En lo que atañe al acta de obra No. 3, tras revisar el expediente, se advierte que en el proceso no obra prueba de su existencia. En efecto, no se encuentra documento que acredite que la misma fue suscrita por las partes del contrato.

Sobre el particular, la Sala observa que, si bien en la solicitud de restablecimiento económico del contrato presentada por el Consorcio ante el CSJ el 3 de noviembre

⁷⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de febrero de 2020. Rad.: 63123.



de 2011 se hace mención a que el Acta de obra No. 3 fue radicada el 19 de agosto de 2011 ante la interventoría sin obtener “*respuesta alguna sobre el tema*” (hecho probado 6.3.1.13), cierto es que el expediente no permite establecer la falta de pago de las obras que la parte actora afirma haber ejecutado y que, según aduce, fueron consignadas en el Acta de obra No. 3, dado no se allegó ninguna prueba que permita corroborar su suscripción.

En consecuencia, la Sala estima que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, de donde la circunstancia alegada, en cuanto a que la mora en el pago requiere de prueba, cuya omisión por la demandante, a quien corresponde tal *onus*, impide su declaración, lo que conduce a despachar de forma negativa el cargo alegado.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala negará el cargo alegado por la parte actora, concerniente a la responsabilidad contractual de la entidad demandante, porque en el proceso no se probó que esta haya incurrido en mora en el pago de las Actas de Obra No. 2 y No. 3.

6.4.2. De la ruptura del equilibrio económico del contrato originado en la mayor permanencia, con ocasión de las suspensiones de las que fue objeto el negocio jurídico

En el asunto *sub judice* la parte actora afirmó que se presentó un desequilibrio económico del contrato con ocasión de los sobrecostos administrativos en que incurrió y de la utilidad que dejó de percibir, por la mayor permanencia en la obra que implicó las suspensiones de que fue objeto el contrato durante el plazo de ejecución, originadas, a su juicio, en circunstancias imputables a la entidad contratante.

En este sentido, de conformidad con los hechos probados en el proceso la Sala encuentra demostrado que el plazo contractual inicialmente pactado fue de 8 meses contados a partir de la firma del acta de inicio del contrato, la cual tuvo lugar el 7 de



diciembre de 2010 (hecho probado 6.3.1.3.). Durante la ejecución del contrato se suscribió el adicional No. 1 con el objeto de adicionar el valor del contrato en la suma de \$68.311.084 (hecho probado 6.3.1.4.) y el adicional No. 2 con el objeto de prorrogar el plazo del contrato hasta el 7 de marzo de 2012 (hecho probado 6.3.1.5.). De igual manera, se suscribieron tres actas de suspensión que pasan a ser detalladas (hechos probados 6.3.1.6., 6.3.1.7. y 6.3.1.8.):

- (i) Acta de suspensión No. 1 del 7 de diciembre de 2010, cuyo fundamento fue expuesto por las partes así:

“A la fecha no se ha legalizado el contrato de interventoría externa, una vez legalizado se dará reinicio del contrato de obra e inicio del contrato de interventoría con la misma fecha”.

- (ii) Acta de suspensión No. 2 del 1 de agosto de 2011, sustentada en la siguiente forma:

“Radicación, trámites y obtención de aprobación de diseños y puesta en marcha de las redes eléctricas ante Enertolima para el contrato de obra No. 154 de 2010 que tiene por objeto la construcción y terminación de los despachos judiciales en Chaparral Tolima”.

- (iii) Acta de suspensión No. 3, con fecha del 21 de febrero de 2012. El fundamento para suscribir el acuerdo de voluntades fue el siguiente:

“Teniendo en cuenta que a la fecha no se cuenta con Interventoría externa, debido a la manifestación de no aceptar la prórroga del tiempo del contrato 162 de 2010, el cual expiro el 7 de enero de 2012 y que a fin de evaluar las labores ejecutadas por el Contratista y no recibidas por la arquitecta Yolanda Giraldo Cuartas, se le solicito a la Sociedad Colombiana de Ingenieros presentar su oferta para efectuar la Interventoría sobre las obras no recibidas y liquidación del Contrato 154 de 2010”.

En este punto, observa la sala que en los fundamentos para suspender el contrato confluye una causa imputable al CSJ, consistente en el retardo en la contratación de una nueva interventoría, obligación que de conformidad con el contrato, particularmente de lo pactado en la cláusula tercera⁷⁷, se encontraba a cargo del CSJ.

⁷⁷ “(...) el CONSEJO SUPERIOR, se obliga, a: 1) Contratar un interventor externo, que ejercerá las funciones de auditaje y supervisión de la obra (...)”.



Desde esa perspectiva, la Sala considera que la suscripción de las suspensiones invadió en alguna medida la órbita de responsabilidad del CSJ, lo que conduce a concluir que en efecto se originó una mayor permanencia en obra para el contratista.

Empero, se advierte que la parte actora no aportó pruebas que permitan acreditar los costos administrativos ni la utilidad reclamados, presentando en su demanda un simple cálculo de los mismos sobre la base de proyectar los componentes de administración y utilidad contenidos en el cálculo del A.I.U. que presentó con su propuesta, pero sin allegar ningún medio probatorio que de cuenta de la causación de los gastos administrativos en los que supuestamente incurrió con ocasión de las suspensiones y de la utilidad que en efecto dejó de percibir.

Precisamente sobre este particular, la Jurisprudencia de esta Corporación ha precisado:

“(...) se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato. En efecto, ha manifestado el Consejo de Estado que “en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos [como suele suceder en los de obra pública], le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato”.

En síntesis, con independencia de la causa que se invoque como factor de desequilibrio económico y financiero del contrato estatal, dentro de los requisitos necesarios para su reconocimiento y el consecuente restablecimiento de la ecuación contractual, existen unos elementos comunes que deben acreditarse en forma concurrente tales como la imprevisibilidad, la alteración extraordinaria y fundamentalmente la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato, pues no es viable inferir a priori que acontecido el hecho del príncipe o el hecho de imprevisión haya necesariamente rompimiento del equilibrio contractual y surja el deber de reparar”⁷⁸.

En este sentido, es menester resaltar, en suma, que para que prospere el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato se debe demostrar la imprevisibilidad, la alteración extraordinaria y una pérdida real, grave y anormal de

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 28 de junio de 2012. Rad.: 21990. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 29 de enero 2004, Rad.: 10779.



la economía del contrato, sin que sea de recibo, como lo pretende la parte actora, entender causados los mayores costos administrativos y la utilidad en el porcentaje pactado dentro del A.I.U. del contrato por el solo transcurso del tiempo⁷⁹.

Para la Sala era indispensable que la actora aportara las pruebas que soportaran la causación de los valores reclamados, lo cual no se encuentra acreditado en el proceso, toda vez que no fue aportada prueba alguna que se encamine a determinar la causación de los sobrecostos administrativos y de la utilidad dejada de percibir.

Es decir, ante la falta de elementos probatorios, no existe forma para determinar si los gastos en que incurrió el Consorcio durante la ejecución del contrato incidieron negativamente en el resultado de sus utilidades o pérdidas, para colegir si la ecuación económica del contrato se afectó gravemente o si persistía el equilibrio creado al momento de contratar.

En línea con lo expuesto, concluye esta Sala de Subsección que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía al tenor del artículo 167 del Código General del Proceso, de donde los perjuicios que se alegan requieren de prueba, cuya omisión por la demandante impide su reconocimiento y, aunque el juez posee claras facultades oficiosas para decretar pruebas y con ello auscultar algunos vacíos que en materia probatoria pudo dejar una deficiente concepción de la prueba por el extremo procesal interesado y de esta manera buscar la verdad material, dichas facultades deben utilizarse para esclarecer las partes oscuras que puedan quedar en el proceso, pero no puede esgrimirse para suplir la ritualidad probatoria que corresponde atender a las partes desequilibrando la relación jurídico procesal entre ambos extremos, pues al juez le corresponde guardar la debida neutralidad en el transcurso del proceso, salvo que se presenten o existan condiciones excepcionales que exijan a este hacer uso de las atribuciones oficiosas en materia probatoria, las cuales en el caso concreto no se advierten.

Por lo anterior, advierte la Sala que se debe confirmar la sentencia recurrida en cuanto negó las pretensiones de la demanda, al no demostrar la parte actora la excepcional onerosidad que abra paso a las pretensiones condenatorias contra el

⁷⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2017. Rad.:50762



CSJ, es decir, la alteración extraordinaria y anormal de la economía del contrato, o sea, la ruptura del equilibrio económico del mismo. Por un lado, porque no se demostraron los costos adicionales en los que incurrió el contratista a causa de las suspensiones y, por otro lado, puesto que la parte actora no acreditó la utilidad dejada de percibir por la mayor permanencia en obra a causa de las diferentes suspensiones.

6.4.3. Liquidación del contrato

Procedería efectuarse la liquidación del contrato; sin embargo, la Sala encuentra que el extremo activo no allegó los soportes de seguridad social y parafiscales, de suerte que no acreditó la parte actora el incumplimiento que adujo en el pago oportuno del valor consignado en el acta de obra No. 2. Asimismo, al no allegar el acta de obra No. 3 no fue posible analizar la procedencia de reconocimiento alguno sobre la misma.⁸⁰

De igual manera, tampoco encuentra la Sala prueba de la ruptura del equilibrio económico del contrato. Por un lado, porque no se demostraron los costos adicionales en los que incurrió el contratista a causa de las suspensiones. Por otro lado, puesto que la parte actora no acreditó la utilidad dejada de percibir por la mayor permanencia en obra a causa de las diferentes suspensiones.

Así las cosas, se reitera que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso la parte actora no atendió la carga específica de allegar las pruebas necesarias para demostrar el supuesto de hecho perseguido, lo que impide su reconocimiento.

6.4.4. Por las razones expuestas la Sala encuentra que los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia no tienen vocación de prosperidad, lo que impone confirmar el fallo apelado en cuanto negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en esta providencia.

⁸⁰ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2022. Rad.: 65483.



7. Condena en costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 establece que, “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Al punto, el artículo 365 del Código General del Proceso, vigente para el momento en el que se interpuso la demanda, establece las siguientes reglas para proceder a la condena en costas, a saber:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

[...]

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

[...]

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

Bajo este entendido, se condenará en costas en segunda instancia a la parte demandante, pues no prosperó el recurso de apelación que interpuso en contra de la sentencia de primera instancia. Por otro lado, no se fijarán agencias en derecho, dado que la parte demandada no intervino en segunda instancia⁸¹, de tal manera que aquellas no se entienden causadas⁸².

⁸¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2021. Rad.: 51034

⁸² Cfr. Art. 365 y ss. CGP.



Radicado: 73001-23-33-000-2015-00166-01 (67782)
Demandante: CONSTRUCTORA METROPOLITANO S.A.S. Y OTRO

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 1 de julio de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 365.8 del C.G.P. En la liquidación no se incluirá el pago de agencias en derecho de la segunda instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría REMITIR el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Magistrado
Aclaración de voto