

CONTRATOS FINANCIADOS CON FONDOS EXTRANJEROS - Régimen jurídico / CONTRATOS FINANCIADOS CON FONDOS EXTRANJEROS - Potestativo. Aspectos por los cuales se regirían por estatutos de organismo internacional, los demás quedan sujetos a la legislación nacional

El inciso final del art. 13 original de la Ley 80 de 1993 –modificado luego por el art. 20 de la Ley 1150 de 2007- consagró una exclusión al régimen jurídico contenido en dicho estatuto contractual, en virtud de la cual se facultó a las entidades públicas para celebrar contratos con organismos multilaterales de crédito, con personas extranjeras de derecho público, o con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, pero sobre todo se les autorizó acogerse a sus reglamentos internos de contratación para adelantar los proyectos derivados de esos convenios, siempre que dichos organismos los financien. No obstante, el inciso final citado no autorizó la remisión en bloque a los estatutos internos de esos organismos, porque estableció límites: dispuso que los contratos celebrados en desarrollo de esos convenios se podían regir por ellos "... en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pagos y ajustes". Lo anterior significa que no todos los aspectos jurídicos de esos contratos se gobiernan por los estatutos del organismo internacional, sino que pueden regirse en dos aspectos: i) el procedimiento de selección del contratista, que incluye la adjudicación, y ii) algunas cláusulas especiales del contrato, relacionadas con la ejecución, el cumplimiento, el pago y los ajustes. A contrario sensu, esto implica que los demás aspectos jurídicos quedan sujetos a la legislación nacional, es decir, a la Ley 80 de 1993. En los términos indicados, del inciso final del art. 13 se infiere que esos contratos se administran a través de dos ordenamientos, con la innegable complejidad jurídica que esto ofrece: el estatuto de cada organismo internacional, en los dos aspectos autorizados; y la Ley 80, en los demás tópicos. Sin embargo, lo anterior no significa que fatalmente todo contrato celebrado al amparo de un convenio suscrito con alguno de esos organismos se tenga que regir por sus estatutos –en los dos aspectos destacados-. El artículo 13 es claro en señalar que "... podrán someterse..." a los reglamentos de tales entidades, así que es alta la discrecionalidad para decidir si se acoge la opción, y será la entidad pública quien lo defina, en medio de la negociación con el organismo internacional. En todo caso, si se acoge a la alternativa ofrecida no puede extenderse sus alcances más allá de los dos aspectos señalados, que en todo caso son suficientemente amplios.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 13 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 20

CONFLICTOS CONTRACTUALES REGIDOS TOTAL O PARCIALMENTE POR ESTATUTOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES - La jurisdicción natural es la administrativa.

Los contratos celebrados por las entidades estatales con organismos de cooperación, ayuda o asistencia, incluso con organismos de derecho público internacional, son válidos pero tiene limitaciones cuando se aprovecha la posibilidad de someter los contratos que desarrollen esos convenios a las normas contractuales de esos organismos. Sin embargo, se produjo un cambio importante frente a la normativa preexistente, porque según el art. 20 lo que se rige por los estatutos internos de esos organismos es todo el proceso selección y el contrato; mientras que en el inciso cuarto del art. 13 de la Ley 80 eran dos aspectos: i) el procedimiento de selección del contratista, que incluye la adjudicación, y ii) algunas cláusulas especiales del contrato, relacionadas con la ejecución, el

cumplimiento, el pago y los ajustes. El cambio es sustancial, porque pasó de tener limitaciones a no tenerlas. (...) No obstante lo expresado, en una u otra ley -esto es decisivo para el caso concreto- el juez de las controversias de esos contratos regidos -parcial (art. 13 o totalmente (art. 20)- por los estatutos de organismos internacionales –salvo pacto en contrario que incorpore un mecanismo alternativo de solución de conflictos- es la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esta conclusión es evidente tratándose de los contratos regidos integralmente por el inciso final del art. 13 –como el del caso concreto- porque los dos aspectos en los que se podía regir por la normativa foránea no incluía al juez del contrato. Esto significa que ni en una ley ni en otra fue variado el juez natural de las controversias, es decir, si bien el régimen sustantivo del negocio pueden escogerlo la entidad y el organismo internacional, no sucede lo mismo con la jurisdicción natural, así que es la de lo contencioso administrativo, en los términos que expresa el art. 75 de la Ley 80 de 1993; salvo pacto expreso en contrario para utilizar un mecanismo alternativo de solución de conflictos -también autorizado por la Ley 80-, o ley especial que excluya expresamente esta competencia, pero la Ley 80 no es esa. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre inmunidad jurisdiccional de un organismo internacional, consultar auto de 26 de marzo de 2009, exp. 34460

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 13 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 20

SILENCIO ADMINISTRATIVO - En las reclamaciones contractuales presentadas a la administración

El régimen jurídico del silencio administrativo ha variado entre los estatutos contractuales contenidos en los Decretos-ley 150 de 1976 y el Decreto-ley 222 de 1983 –que tenían la misma regulación de este tema-, de un lado; y la Ley 80 de 1993, del otro. La diferencia consiste en que si bien, en los dos primeros era posible que el contratista presentara peticiones o reclamaciones a la administración, en caso de configurarse el silencio administrativo se entendía que lo pedido se negaba; en cambio, con la Ley 80 de 1993, procediendo también el derecho de petición, en caso de silencio lo pedido se entiende concedido. **NOTA DE RELATORIA:** En el mismo sentido consultar sentencia de 12 de febrero de 2014, exp. 21576

SILENCIO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL - En vigencia del Decreto Ley 150 de 1976 y del Decreto Ley 222 de 1983. Igual regulación

Pese a la extensión y densidad que tuvo el Decreto-ley 222, porque trató de regular demasiados temas de la contratación, lo cierto es que no reguló la institución del silencio administrativo que surgía en caso de falta de respuesta de la administración a una petición que presentara el contratista, lo que significó que ante el vacío se debía acudir al Código Contencioso Administrativo, que en el inciso segundo del art. 1 dispuso que cuando un tema de procedimiento administrativo carecía de regulación especial, se aplicaba subsidiariamente dicha normativa. Precisamente, como el Decreto-ley 222 no trató el tema, esto significaba: i) Que, desde luego, procedía el ejercicio del derecho de petición al interior de la actividad precontractual, contractual y post-contractual, porque la naturaleza y origen de ese derecho es constitucional –art. 45 de la Constitución Política de 1886; y arts. 23 y 74 de la Constitución Política de 1991-. ii) Por la razón anterior, las entidades públicas tenían el deber de responder las solicitudes, pero como no existía plazo especial el vacío lo cubría el CCA., así que en el caso concreto era de 15 días hábiles, conforme lo dispuso el art. 6. iii) No obstante, si pasado el término anterior la administración no contestaba, surgía la

responsabilidad disciplinaria del funcionario, pero el contratista debía esperar la respuesta para controvertir la decisión que se le notificara, si fuera necesario. iv) Sin embargo, en caso de que transcurrieran tres (3) meses desde que se presentó la reclamación, sin que se notificara la respuesta, se entendía negada la petición, decisión ficta o presunta cuya naturaleza corresponde a la de un acto administrativo. v) De otro lado, el régimen analizado no discriminaba entre las peticiones o reclamaciones presentadas durante las etapas: precontractual, de ejecución del contrato y post-contractual, así que los términos de respuesta y de configuración del silencio eran los mismos en cualquier de ellas.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 150 DE 1976 / DECRETO LEY 222 DE 1983 / CONSTITUCION POLITICA DE 1886 - ARTICULO 45 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 23 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 74

SILENCIO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL - En vigencia de la Ley 80 de 1993 / ACTO FICTO POSITIVO - Configuración. Requisitos

El art. 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993 modificó parcialmente el régimen preexistente en materia contractual. Estableció un supuesto especial de silencio administrativo positivo, teniendo en cuenta que la regla general que regía era el silencio negativo, salvo norma legal especial que establezca lo contrario. (...) Esta disposición se reglamentó en su momento por el art. 15 del Decreto 679 de 1994 (...) Para que se configure el acto ficto positivo, las normas transcritas establecieron varios requisitos: i) la solicitud la debe presentar el contratista, ii) debe hacerlo ante la administración, iii) durante la ejecución del contrato y iv) la entidad ha debido guardar silencio frente a ella, por un lapso de tres (3) meses. Sin embargo, esta norma no contempla toda la estructura jurídica formal y material del silencio administrativo, toda vez que una buena parte de su regulación se mantiene en el Código Contencioso Administrativo, al cual se debe acudir, nuevamente por aplicación del inciso segundo del art. 1 del Decreto 01 de 1984 –hoy del art. 2 de la Ley 1437 de 2011-, que dispone: “Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles.”

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25 NUMERAL 16 / DECRETO 679 DE 1994 - ARTICULO 15 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 1 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 2

SILENCIO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL - Configuración de la excepción de inepta demanda por no demandar el acto administrativo negativo

La legislación aplicable a este contrato es una mezcla de los estatutos internos del Banco Mundial y la Ley 80 de 1993 –según se analizó antes-, pues se celebró el 25 de junio de 1996, entre la demandante y el INAT. (...) la reclamación presentada por la Unión Temporal, el 19 de febrero de 1998 se debió responder dentro de tres (3) meses siguientes contados desde esa fecha, es decir, el 19 de mayo de 1998. Pero como fue posterior, entonces se configuró el silencio administrativo negativo. Sin embargo, aun cuando esto ocurrió, el acto ficto derivado de la falta de contestación dentro del término previsto, se reemplazó por el oficio GMPI-720 que la entidad emitió el 15 de mayo de 1998, del cual tuvo conocimiento la Unión Temporal el 20 del mismo mes y año, en atención a lo previsto en el inciso segundo del artículo 40 del CCA que impone a la administración el deber de decidir sobre la petición, a pesar de la ocurrencia del

silencio. (...) al revisar las pretensiones de la parte demandante, la Sala encuentra que el contratista no demandó este acto administrativo que resolvió la reclamación, es decir que la definición administrativa del tema quedó sin control, y con presunción de legalidad. Por esta razón, se declarará, oficiosamente, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, porque así fuera cierto que el INAT incumplió el contrato de obra, lo determinante para este proceso es que los efectos del acto administrativo quedarían incólumes, toda vez que la parte actora no solicitó su nulidad, así que aún se presume válido. (...) la reclamación presentada en febrero de 1998 coincide en su objeto con las pretensiones de reconocimiento y pago de perjuicios solicitados en la acción contractual. Por ende, si el mismo demandante intentó definir el conflicto en la vía administrativa, debió desvirtuar la presunción de validez de la respuesta de la entidad pública. (...) como el demandante acudió voluntariamente a la administración para reclamar los perjuicios, teniendo la posibilidad de demandar directamente ante la jurisdicción contenciosa, es decir, sin necesidad de agotar la vía gubernativa, al haberlo hecho quedó atado a la respuesta del INAT, por tanto, al demandar luego el incumplimiento contractual debió solicitar la nulidad del acto administrativo que le negó exactamente las mismas prestaciones. (...) si bien, es verdad que para ejercer la acción contractual no es requisito acudir previamente a la administración para discutir el derecho, y luego demandar el acto –art. 135 del Decreto 01 de 1984-; lo cierto es que la Unión Temporal (sic) lo hizo, y por actuar así obtuvo una respuesta de la administración, que constituye un acto administrativo, y por eso ya era necesario demandarlo, para removerlo del ordenamiento. (...) lastimosamente al juez contencioso administrativo no le está permitido, oficiosamente, estudiar la validez de un acto administrativo contractual como este, por ende, quien pretenda dejarlo sin efectos tiene la carga de demandarlo, en los términos que exigía el CCA., para garantizar el derecho de defensa de la contra parte. (...) la Sección Tercera, en eventos como el relatado, y de manera uniforme y sistemática, ha declarado, oficiosamente, la ineptitud sustantiva de la demanda, porque resulta inocuo estudiar el asunto de fondo si el acto administrativo que resolvió la situación jurídica está vigente, y no se demandó. **NOTA DE RELATORIA:** Si el contratista no impugna el acto administrativo por medio del cual la Administración liquida el contrato unilateralmente, ya sea mediante los recursos de la vía gubernativa o de las acciones contencioso administrativas, las decisiones adoptadas en tal acto son intangibles y se tornan inmodificables, al respecto consultar sentencia de diciembre 5 de 2007, exp. 14460. Sobre la correcta individualización del acto y las consecuencias derivadas de su incumplimiento, ver sentencia de 15 de abril de 2010, rad. 11001032400020030032301; Sección Segunda, sentencias de: 19 de junio de 2008, exp. 6336-05; 19 de junio de 2008, exp. 0963-07 y 18 de mayo de 2011, expediente 1282-10; Sección Tercera, sentencias de: 14 de abril de 2005, exp. 11849; 27 de noviembre de 2006, exp. 22099 y de Sala Plena sentencia de 12 de diciembre de 1988, exp: S-047. Sobre la carga del demandante de individualizar el acto demandado, consultar Sala Plena, sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 37513. Respecto a la declaratoria de ineptitud sustantiva de la demanda, de manera oficiosa, ver sentencia de 9 de diciembre de 2011, exp. 20410.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 40

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., junio doce (12) de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 13001-23-31-000-1999-00275-01(28279)

Actor: UNION TEMPORAL NOERO ARANGO Y OTROS

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACION DE TIERRAS-INAT-

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 20 de mayo de 2004, por el Tribunal Administrativo de Bolívar -fls. 461 a 544, cdno. ppal.-, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

"FALLA

"PRIMERO: Declárase no probada la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada.

"SEGUNDO: Declárase que en el Contrato No. 083 de 1996 celebrado entre el INAT y la UNION TEMPORAL NOERO ARANGO & HERRERA DURAN se presentaron circunstancias imprevistas no imputables al contratista y se incumplió el contrato por parte del INAT, lo que trajo como consecuencia el rompimiento del equilibrio financiero del mismo.

"TERCERO: En consecuencia se ordena al INAT a reconocer y pagar a la Unión Temporal demandante los siguientes conceptos:

"1. Por mayor permanencia en la obra (Suspensión de Hecho del Contrato del 9 de julio a 14 de octubre de 1997):

"La suma de CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES CIENTO VEINTE MIL PESOS M/CTE (\$165.120.000) que deberá actualizarse de acuerdo al artículo 178 del C.C.A. mediante la siguiente fórmula que para el efecto ha establecido el Consejo de Estado.

$$VA = \frac{Vh \times \text{Indice (sic) Final}}{\text{Indice (sic) Inicial}}$$

“En donde Vh es la suma arriba señalada, Va es el valor actualizado que se busca, Indice (sic) Final es el Indice (sic) de Precios al consumidor vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia e Indice (sic) inicial es el Indice (sic) de Precios vigente al momento en que se causó la obligación de reconocer la mayor permanencia esto es a partir del 9 de julio de 1997. Sobre la anterior suma de dinero se liquidarán intereses a la tasa del 0.5% mensual, según lo explicado en la parte motiva.

“2. Por Pérdida de Productividad de los Equipos:

“La suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$292.904.143) suma que deberá actualizarse de acuerdo al artículo 178 del C.C.A. mediante la siguiente la fórmula que para el efecto ha establecido el Consejo de Estado:
$$VA = \frac{Vh \times \text{Indice (sic) Final}}{\text{Indice (sic) Inicial}}$$

“En donde Vh es la suma arriba señalada, Va es el valor actualizado que se busca, Indice (sic) Final es el Indice (sic) de Precios al consumidor vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia e Indice (sic) inicial es el Indice (sic) de Precios vigente al momento en que se causó la obligación de reconocer la pérdida de productividad por facturación menor a la propuesta, es decir, 30 de abril de 1997, mas (sic) los intereses de mora liquidados a la tasa indicada en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

“3. Por sobrecostos en el Item (sic) ‘Protección en Piedra Pegada’:

“La suma de \$65.683.841, que se actualizará de acuerdo al IPC, según la formula (sic) que para el efecto ha establecido el Consejo de Estado y que se transcribió anteriormente.

“4. Por sobrecostos en el Item (sic) ‘Cargue Material de Excavación’:

“La suma de \$3.965.680, que se actualizará de acuerdo al IPC, según la formula (sic) que para el efecto ha establecido el Consejo de Estado y que se transcribió anteriormente, más los intereses a la tasa del 1% mensual (art. 4 Ley 80/93).

“5. Por Mora en el pago de la facturación de la obra:

“La suma de \$3.023.955,00, que se actualizará de acuerdo al IPC, según la fórmula que ha establecido el Consejo de Estado, calculándose sobre la suma que arroje, intereses moratorios a la tasa establecida en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

“6. Por la diferencia en la liquidación de reajustes:

“La suma de \$91.254.980,34., que deberá pagar el INAT debidamente actualizada de acuerdo al IPC, aplicando la fórmula que

para el efecto ha establecido el Consejo de Estado, mas (sic) los intereses por mora a la tasa de 1% mensual.

“También deberá cancelar la suma de \$16.762.781,74 por concepto de *Acta de Obra No. 8*. suma que deberá actualizarse de acuerdo al IPC y sobre la cantidad que arroje dicho ajuste, deberá liquidarse intereses moratorios a la tasa establecida en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

“7. Por Utilidad dejada de percibir:

“La suma de \$19.415.743,5 que será ajustada al IPC según la fórmula que se ha señalado en esta sentencia, mas (sic) los intereses liquidados al 1% mensual.

“CUARTO: Declárase liquidado el Contrato No. 083 de 1996 celebrado entre la Unión Temporal NOERO ARANGO & HERRERA DURAN y el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras INAT. Para el efecto, descuéntase la suma de \$153.999.467,56 debidamente actualizada, mas (sic) los intereses a la tasa del 1% mensual, de la condena que deberá pagar el INAT a la Unión Temporal demandante. Téngase esta sentencia como liquidación final de dicho contrato.

“QUINTO: Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

“SEXTO: Exímanse de responsabilidad a los llamados en garantía por la demandada.” –fls. 541 a 544, cdno. ppal-

ANTECEDENTES

1. La demanda

La Unión Temporal Noero Arango S.A. y Herrera y Durán Ltda. -en adelante la demandante o la parte actora- en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda, el 6 de agosto de 1999 –fls. 1 a 119, cdno. 1- contra el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras –en adelante el demandado, el Instituto o el INAT- con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones –fl. 3 a 6, cdno. 1-:

“II. PRETENSIONES

“PRIMERA.- Que se declare el incumplimiento por parte del INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACION (SIC) DE TIERRAS - INAT- del Contrato de Obra No. 083 de 1.996 suscrito con la UNION (SIC) TEMPORAL NOERO ARANGO S.A./ HERRERA Y DURAN (SIC) LTDA., celebrado el día 25 de junio de 1.996, y cuyo objeto fue la construcción del sistema de canales de drenaje terciario en las

zonas norte, central y sur y sus obras complementarias del Distrito de Riego de María La Baja.

“PRETENSION (SIC) SUBSIDIARIA A LA PRETENSION (SIC) PRIMERA.- Que se declare en relación con el Contrato de Obra No. 083 de 1.996 celebrado el 25 de junio de 1.996 por el INAT con la UNIOON (SIC) TEMPORAL NOERO ARANGO S.A./HERRERA Y DURAN (SIC) LTDA., la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas no imputables al Contratista, que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato.

“SEGUNDA.- Que como consecuencia de la declaración anterior se condene al INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACION (SIC) DE TIERRAS -INAT- al restablecimiento de los derechos de la UNION (SIC) TEMPORAL NOERO ARANGO S.A. / HERRERA Y DURAN (SIC) LTDA., a través de la indemnización de los perjuicios y reconocimiento y pago de los sobrecostos de todo orden que a ésta le fueron causados, bien sea en razón del incumplimiento contractual por parte de dicha entidad, o por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato, todo de conformidad con los artículos 4, 5 y 27 de la Ley 80 de 1.993.

“TERCERA.- Que se liquide el contrato estatal No. 083 de 1997, cuyo objeto fue la construcción del sistema de canales de drenaje terciario en las zonas norte, central y sur y sus obras complementarias del Distrito de Riego María La Baja.

“CUARTA.- Que en la liquidación del contrato estatal No. 083 de 1997, se incluyan las sumas correspondientes a la reclamación presentadas por la UNION (SIC) TEMPORAL NOERO ARANGO - HERRERA Y DURAN (SIC) LTDA. al INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACIÓN DE TIERRAS –INAT y respecto de la cual operó el silencio administrativo positivo, de conformidad con lo prescrito en el numeral 16 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, según escritura pública No. 1197 del 20 de mayo de 1.998, otorgada en debida forma de acuerdo con lo estipulado en el artículo 42 del Código Contencioso Administrativo a este efecto.

“PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CUARTA.- Que en la liquidación del contrato estatal No. 083 de 1997, se incluya la totalidad de los mayores costos en que incurrió la UNION (SIC) TEMPORAL NOERO ARANGO - HERRERA Y DURAN LTDA. con ocasión de la ejecución del contrato estatal No. 083 de 1997, según resulten probados en este proceso.

“QUINTA.- Que se declare que la decisión contenida en la comunicación G,PI-720 del INAT, fue extemporánea, y en consecuencia carece de eficacia o validez y no afecta en ninguna forma el silencio positivo ocurrido el día 19 de mayo de 1.998, fecha en la cual la administración ha debido resolver la solicitud de reconocimiento de perjuicios presentados por mi poderdante el día 19 de febrero de 1.998.

“SEXTA.- Que se declare la nulidad de la expresión *‘El contratista deja constancia que esta suspensión no ocasionará reclamación alguna al INAT’*, contenida en el ACTA DE SUSPENSIÓN del contrato 083-96 suscrita por las partes el 30 de julio de 1996.

“SEPTIMA (SIC).- Que se condene al INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACIÓN DE TIERRAS –INAT al pago de intereses moratorios por todo el tiempo de la mora a la tasa doblada del interés civil corriente sobre las sumas liquidadas que resulten a su cargo ya sea por su incumplimiento contractual o por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato (Código de Comercio, artículo 884), de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.34 PAGOS del CAPITULO (SIC) II ‘CLAUSULAS (SIC) GENERALES Y CONDICIONES LEGALES DEL CONTRATO DE OBRA, FINANCIADO POR EL BANCO MUNDIAL’ de los pliegos de condiciones de la licitación pública SAT - 18 de 1996.

“PRIMERA PRETENSION (SIC) SUBSIDIARIA A LA PRETENSÓN SEPTIMA (SIC) PRINCIPAL.- En subsidio de la pretensión séptima principal, solicito que se condene al INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACIÓN DE TIERRAS - INAT al pago de las sumas que resulten a su cargo junto con los correspondientes intereses comerciales desde la época de la causación de los perjuicios y sobrecostos hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio.

“SEGUNDA PRETENSION (SIC) SUBSIDIARIA A LA PRETENSÓN SEPTIMA (SIC) PRINCIPAL.- En subsidio de la pretensión séptima principal y de la primera subsidiaria, solicito que se condene al INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACIÓN DE TIERRAS - INAT al pago actualizado o corregido monetariamente (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a su cargo desde la época de la causación de los perjuicios y sobrecostos hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que adicionalmente se ordene pagar intereses legales doblados sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo período (Ley 80 de 1.993, art. 4, núm. 8).

“TERCERA PRETENSION (SIC) SUBSIDIARIA A LA PRETENSÓN SEPTIMA (SIC) PRINCIPAL.- En subsidio de la pretensión séptima principal y de las anteriores pretensiones subsidiarias, solicito que se condene al INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACIÓN DE TIERRAS - INAT al pago actualizado o corregido monetariamente (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a su cargo desde la época de la causación de los perjuicios y sobrecostos hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que adicionalmente se ordene pagar intereses legales sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo período (Ley 80 de 1.993, art. 4, num. 8).

“OCTAVA.- Que se ordene al INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACION (SIC) DE TIERRAS –INAT- dar cumplimiento a la

sentencia de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

“NOVENA.- Que se condene al INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACIÓN DE TIERRAS -INAT- al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.”

Manifestó que entre la Unión Temporal y el INAT se suscribió, el 25 de junio de 1996, el contrato de obra pública No. 083, cuyo objeto consistió en “la construcción del sistema de canales de drenaje terciarios y sus obras complementarias, en el Distrito de Riego de María La Baja, Regional No. 3, Departamento de Bolívar.” –fl. 15, cdno. 1-. Las partes dejaron constancia de que las cláusulas generales de los contratos de obra acordados con el Banco BIRF integraban el negocio jurídico.

El valor del negocio jurídico se estipuló en \$1.390'796.051. Además, el plazo previsto en el pliego fue de 7 meses, y en el contrato de 12 meses. No obstante, finalmente el término de ejecución fue de 7 meses contados a partir de la firma del acta de iniciación de las obras. El contratista detalló los siguientes aspectos que fundamentan su pretensión:

i) Incumplimiento en la entrega de los predios para ejecutar las obras contratadas. Precisó que el acta de iniciación del contrato debió suscribirse, a más tardar, el 12 de julio de 1996, de conformidad con lo previsto en el numeral 2.57 del pliego, y en esta misma fecha la entidad debió entregar los predios para ejecutar las obras. No obstante, el contrato no inició por hechos directamente derivados del incumplimiento del INAT. En efecto, cuando se suscribió el mismo la entidad no había adquirido los terrenos, razón por la que, el 2 de julio, las partes suscribieron el Acta No. 1, con la que suspendieron el término hasta el 26 de julio de 1996, fecha en la que reanudaron el plazo.

Asimismo, el acta de iniciación se suscribió el 29 de julio de 1996 y el 30 de julio de ese año se suspendió el contrato, por segunda vez, porque la entidad aún no había adquirido los predios. Finalmente, el plazo se reanudó el 9 de diciembre siguiente, sin embargo para el 5 de enero de 1997 el contratante aun no ponía a disposición de la Unión Temporal la totalidad de los terrenos.

ii) Modificación al programa de trabajo previsto inicialmente. Precisó que los constantes problemas con los propietarios de los predios implicaron, además

de la suspensión del término de ejecución del contrato, modificaciones a los programas de trabajo e inversiones inicialmente previstos que, en conclusión, le ocasionaron al demandante los mayores costos que reclama.

Señaló que mantuvo informada a la interventoría de esa situación y requirió a la administración para que formulara soluciones, advirtiéndole que los inconvenientes mencionados le ocasionarían perjuicios y mayores costos al contratista. En este sentido, el 22 de enero de 1997, el INAT y la interventoría realizaron la "Revisión y Proyección de cómputos de obras por ejecutar - Anexo 2", donde se evidenció la menor ejecución de los *ítems* contractuales: 4.0 Descapote y 6.1 A Excavación en material común o para canales de drenaje, situación que también le causó perjuicios al demandante.

Además, el interventor le entregó al INAT una lista de los usuarios que al 21 de febrero de 1997 no habían negociado del predios, y días después le informó de aquéllos que no permitieron la construcción de los canales. Asimismo, le comunicó al contratante su preocupación por la ejecución parcial de las "cercas contractuales" debido a la negativa de algunos usuarios. Adicionalmente, el INAT conoció la censura de los usuarios en permitir la construcción de los canales de drenaje tras la negativa del Instituto en pagar las mejoras y porque, de otro lado, cultivaron arroz hasta la cerca, de modo que invadieron los nueve metros negociados con la entidad.

Por las dificultades que impidieron el normal desarrollo de la obra, el 3 de abril de 1997 el interventor le envió al contratante el Acta de Modificación de cantidades de obra No. 1, con el nuevo programa de trabajo e inversiones, en el que se establecían las nuevas cantidades de obra. A continuación le remitió la relación de precios no negociados, que le impedían al contratista la ejecución del objeto convenido.

El 25 de abril de 1997, el interventor sometió a consideración del INAT las nuevas alternativas de ejecución contractual, porque a la entidad le favorecía ejecutar el contrato de acuerdo con los precios pactados. Asimismo, el 30 de abril de esa anualidad le ratificó la proyección de cantidades de obra a ejecutar y concluyó que una vez se cumplieron las metas físicas quedó un valor de \$239'900.758,04 por invertir, como consecuencia de: "menores cantidades de obra, especialmente en las excavaciones para canales de drenaje y descapote.

“... No ejecución de aproximadamente el 10% de los canales proyectados, como consecuencia de las oposición de los propietarios de predios.” –fls. 28 y 29, cdno. 1-.

Además, puso en consideración una alternativa para ejecutar la totalidad del presupuesto contractual, en los siguientes términos: “Para una mejor comprensión de la situación, informamos que el monto que quedaría pendiente de inversión sería suficiente para construir alrededor de 23.000 mil (sic) metros de canales, que complementarían el sistema de drenaje terciario del Distrito de Marialabaja.

“Ponemos a su consideración el asunto que nos ocupa con el fin de que se nos den las autorizaciones que correspondan, en procura de la inversión total del valor contratado.” –fl. 29, cdno. 1-.

El interventor también sometió a consideración del contratante el *ítem* de “cargue para retiro” del material de excavación que no se incluyó en la modificación No. 1 del contrato, por valor de \$761 m3; en la misma oportunidad informó que el monto adeudado al contratista encajaba en el valor total contratado.

De otra parte, señaló que en su propuesta estableció que ejecutaría 180m2 del *ítem* 15.1 -“Protección en piedra pegada”-, pero que, con el fin de ejecutar las obras adicionales, finalmente adelantó 4.624,32 m2 por el mismo concepto, incurriendo en mayores costos, porque la piedra requerida para esta actividad no estaba disponible en el área –ni en cantidad, ni en capacidad de flujo-.

iii) Vencimiento del plazo de ejecución del contrato. El contratista sostuvo que, de conformidad con la cláusula quinta del negocio jurídico, el plazo debió expirar el 9 de julio de 1997. No obstante, el 25 de agosto le reiteró al INAT su preocupación por la indefinición en que se encontraba el contrato, porque para cumplir sus obligaciones mantuvo su organización administrativa, el personal y el equipo disponible, además aseguró que la falta de ejecución le causó sobrecostos cada vez mayores.

Por su parte, la entidad reiteró su voluntad de liquidar el contrato, pero conminó al contratista a entregar las obras pendientes, referenciadas en el informe final de interventoría, para elaborar las actas respectivas.

En ese orden, la Unión Temporal señaló que presentó, el 27 noviembre de 1997, el acta de obra No. 8, que correspondió a obras adelantadas en el período comprendido entre el 1 y el 7 de junio de 1997, y el INAT exigió que pasara la cuenta de cobro con fecha de junio de ese año, no con la del mes en que realizaría el pago o que de lo contrario no respondería por el monto adeudado, debido a que el presupuesto del contrato era de la vigencia de 1996. No obstante, el contratista afirmó que dejó la salvedad de reclamar el reconocimiento de los mayores costos no cubiertos en esa acta.

De otra parte, aseguró que una situación similar se produjo con las actas Nos. 1 a 7, presentadas por el contratista para su pago el 2 de octubre de 1997, por lo que en noviembre de ese año, en comunicación remitida al Señor y Viana, señaló: “Me permito someter a su consideración las actas de reajuste números 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7, para su aprobación y pago de conformidad con la ley y el contrato.

El contratista también afirmó que el contrato se suspendió de “hecho” en su ejecución, desde el 31 de mayo de 1997 –porque la interventoría le solicitó que se abstuviera de ejecutar obra sin autorización suya o del INAT- y sólo hasta el 14 de octubre el contratista tuvo conocimiento de la decisión de la entidad de liquidar el contrato, fecha en la que aún no se ejecutaba la totalidad de las obras. Sin embargo, el contratista mantuvo el personal y sus equipos en el lugar de las obras, después del 31 de mayo de ese año.

iv) Configuración del silencio administrativo positivo por falta de respuesta a la reclamación presentada en la vía administrativa. Afirmó la Unión Temporal que mediante comunicación del 15 de febrero de 1998 -radicada ante el INAT el 19 de febrero de 1998- solicitó el reconocimiento y pago de los mayores costos en los que incurrió durante la ejecución del contrato, para que se tuvieran en cuenta en la liquidación. Esta solicitud la negó el INAT –vía fax- el 20 de mayo de 1998, mediante comunicación fechada el 15 de mayo, esto es, un día después de que se configuró el “silencio administrativo positivo”, el cual se protocolizó como lo exigía el Código Contencioso Administrativo.

El INAT ha negado que se configuró el silencio administrativo positivo, argumentando, entre otras razones, que: i) al revisar los archivos de la entidad encontró que la solicitud fue radicada por la contratista el 20 de febrero de 1998, y

que por ende la respuesta sí fue oportuna; ii) que la petición se presentó cuando el contrato estaba vencido y no cuando estaba en ejecución –fls 52 a 57, cdno. 1-.

v) *Vigencia del contrato.* El demandante afirmó que para la fecha de la presentación de la demanda el negocio estaba vigente, de conformidad con la cláusula quinta, que estableció: “El contrato estará vigente desde la firma del contrato hasta su liquidación. El plazo de ejecución es de doce (12) meses contados a partir de la firma del acta de iniciación”. –fl. 57, cdno. 1-. A continuación, el demandante detalló los sobrecostos y perjuicios en que incurrió:

i) *Sobrecostos por mayor permanencia en obra.* a) Retrasos en la entrega de terrenos en los que debía construirse el proyecto: el contratista reprocha al INAT porque no puso a su disposición la totalidad de los planos definitivos conforme a los que se realizarían las obras ni los terrenos para su ejecución. Estos problemas ocasionaron que la obra se ejecutara en un tiempo mayor al previsto, de tal manera que el plazo que se pactó en 7 meses se extendió 8.9 meses y, en consecuencia, se hicieron inversiones periódicas en materiales, instalaciones –bodegas, oficinas, campamentos- personal de obra, personal de vigilancia y administración. En estos términos, los perjuicios reclamados consisten en que el contratista trabajó más tiempo del previsto, y además le disminuyeron las obras contratadas.

b) Imposición constante de modificaciones, por parte de la entidad, al objeto contractual inicialmente previsto, reduciendo la utilización de equipos y de personal.

ii) *Pago tardío de cuentas.* Atribuyó al INAT la mora en el pago de las actas de obra ejecutadas, porque excedió los 60 días previsto para ello.

iii) *Ajuste deficiente del valor de las obras ejecutadas o congelación indebida de reajustes.* Las cantidades de obra fueron inferiores a las proyectadas en el programa de trabajo, esto condujo a un aparente retraso; sin embargo, el INAT lo sancionó por retardar la ejecución.

iv) *Retención de equipos durante la ejecución del contrato.* Los usuarios del Distrito de Riego de María la Baja retuvieron los equipos de propiedad de la Unión

Temporal, como mecanismo de presión contra el INAT, ocasionándole perjuicios y desacelerando la programación y avance de las obras.

v) *Pérdida de productividad de los equipos destinados a la ejecución de las actividades de “descapote” y “excavación” de material común para canales.* Señaló que en los pliegos se dispuso que del ítem “descapote” se ejecutarían 296.048 m³, y del ítem “excavación material común para canales” 495.808m³, por valor de \$1'139.050.312. Atendiendo a esta información, la Unión Temporal adquirió y se comprometió a tener disponibles los equipos necesarios para ejecutar estas actividades, esto es, 3 retroexcavadoras tipo oruga, 4 buldóceres tipo oruga, 2 retrocargadoras, 1 cargador y 5 volquetas, por valor de \$525'711.424. No obstante, la cantidad de obra ejecutada por “descapote” ascendió a 85.277,73 m³, por valor de \$163'136.297; y la “excavación de material común para canales” fue de 94.480,77 m³, que costó \$121'.691.231,80. Por lo que el valor final de facturación por concepto de estas dos actividades fue de \$284'827.529, es decir, inferior al previsto en el pliego.

Señaló que sólo pudo amortizar \$142'413.764,50, por concepto de adquisición de equipos, de modo que quedó pendiente la suma \$423'297.629 que tuvo que asumir en su totalidad.

vi) *Sobrecosto en la ejecución de las actividades de “Protección en piedra pegada” y “Cargue material de excavación”.* Sostuvo que en los pliegos de condiciones se estipuló que del ítem “protección en piedra pegada” se ejecutarían 180 m², razón por la que el contratista estimó una distancia de “acarreo” de 5 kilómetros; sin embargo, la cantidad ejecutada ascendió a 4.624,32 m², lo que significó un desplazamiento hasta Turbaco (Bolívar), que se encuentra a una distancia de 50 kilómetros.

De otra parte, respecto al ítem “cargue material de excavación”, durante la ejecución desarrolló dos actividades adicionales denominadas: “sobrecarreo hasta 3 kilómetros” y “sobrecarreo hasta 5 kilómetros”, relacionados con el transporte de material sobrante de excavación de los canales, pero el INAT se negó a pagarlo.

vii) *Utilidad dejada de recibir por inejecución del contrato.* Las modificaciones impuestas por el INAT y la falta de disponibilidad de los terrenos y

de planos disminuyeron la ejecución de las obras, y en consecuencia la utilidad del contratista.

El demandante cuantificó sus perjuicios, y consideró que la actuación de la administración desconoció los artículos 2, 3, 6, 58, 121, 122, 123, 209 de la Constitución; los artículos 41, 42 y 87 del Código Contencioso Administrativo; los artículos 3, 4, 5, 24, 27 y 45 de la Ley 80 de 1993; los artículos 14, 1501, 1546, 1602, 1603, 1610, 1613, 1614, 1615, 2056, 2341 y 2347; el artículo 58 del Régimen Político y Municipal; los artículos 868, 870, 871 y 884 del Código de Comercio; la Ley 446 de 1998 y la jurisprudencia del Consejo de Estado que refiere al restablecimiento económico del contrato y al enriquecimiento sin causa.

2. Contestación de la demanda

2.1. *INAT*: Confirmó unos hechos de la demanda, negó algunos y precisó, respecto a otros, que se atendería a lo probado. Sostuvo, entre otras cosas, que en la segunda suspensión del contrato la Unión Temporal dejó constancia de que no reclamaría ante el INAT. Asimismo, afirmó que cuando se suscribió el acta de iniciación -29 de julio de 1996- el contratista no disponía del equipo en el sitio de las obras, que el contrato tuvo un plazo de 12 meses discriminados así: 15 días para la legalización, 7 meses para su ejecución y 4.5. meses para la liquidación, y que los términos se cumplieron, porque el tiempo de suspensión no se computa en el plazo contractual.

De otra parte, las partes no acordaron un término para entregar los terrenos, y los cambios de alineamiento que hizo la interventoría fueron imprevistos, porque el Instituto licitó la construcción de las obras en consideración a que los propietarios de los predios aceptaban las condiciones del contrato, aun cuando posteriormente se advirtió su falta de colaboración.

Aseguró que el acta de modificación en las cantidades de obra y el nuevo programa de trabajo e inversiones también fueron suscritos por el contratista, y que no era cierto que la Unión Temporal incurrió en parálisis desde el mes de mayo de 1997, porque facturó en ese mes y en el siguiente los valores más altos durante la ejecución del negocio jurídico.

También se refirió a la calidad de las obras y a la prueba de que el residente le llamó la atención al contratista por la mala calidad de los trabajos. Afirmó que el plazo del contrato sí venció el 8 de julio de 1997, y que no se prorrogó antes de su vencimiento.

Explicó que los sobrecostos demandados coinciden con la reclamación del 15 de febrero de 1998, formulada por la Unión Temporal, y que la entidad contestó el 15 de mayo de ese año, mediante oficio GMPI-720 No. 02622, donde reconoció algunos de ellos.

En otro contexto, precisó que no se configuró el silencio administrativo positivo porque la petición de la Unión Temporal se radicó en el INAT el 20 de febrero de 1998, fecha para la cual el plazo –incluyendo las suspensiones- había vencido.

Finalmente, formuló las excepciones de: i) caducidad de la acción, porque la ejecución del contrato finalizó el 8 de julio de 1997, y de conformidad con la Ley 446 de 1998 “las acciones relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.” –fl. 10, cdno. 1-, y ii) cobro de lo no debido, porque el contratista no amortizó la totalidad del anticipo, constituyéndose en deudor del INAT. Asimismo, llamó en garantía al interventor, al Director General del Instituto, y a los funcionarios que debían evaluar y negociar las mejoras, los predios y la imposición de servidumbres.

2.2. Los llamados en garantía: Los evaluadores y negociados de las mejoras, los predios y la imposición de servidumbres, señalaron que la responsabilidad era, exclusivamente, del INAT, quien contrató la negociación de los predios de manera simultánea con las obras de ingeniería que debía ejecutar la Unión Temporal, y que la mayoría de los hechos relativos a la acción contractual de la referencia no les constan.

Por su parte, el *Director General del INAT* señaló, entre otras cosas, que las suspensiones y reanudaciones del contrato fueron de mutuo acuerdo, y que el INAT sí fue diligente en la adquisición de los predios. Asimismo, aseguró que estuvo vinculado a la entidad hasta el 10 de septiembre de 1996, razón por la que no le constan los hechos posteriores. Además, sostuvo que su permanencia en la Dirección del INAT fue de seis (6) meses, aproximadamente, y que previo a ello

ya se habían emitido las recomendaciones y existían las condiciones para contratar las obras. Precisó que para la fecha de suscripción del contrato existía la Resolución No. 04768, que permitía firmar negocios jurídicos sin que se formalizaran los procedimientos de adquisición de predios.

Finalmente, la *sociedad interventora* se refirió a las conductas *malintencionadas* de los usuarios de los predios –fl. 161, cdno. 3-, que impidieron el desarrollo normal de los programas y, en consecuencia, ocasionaron las modificaciones de algunos *ítems* del negocio. Frente al llamamiento en garantía, aseguró que cumplió profesional y diligentemente su labor.

3. Alegatos de conclusión

3.1. Del demandante: No alegó de conclusión.

3.2. De la entidad demandada: Reiteró sus argumentos de defensa y señaló que la Unión Temporal renunció a reclamar por la primera suspensión del contrato, porque entendió que no necesitaba del personal en el sitio de la obra durante este período. En ese orden, en la primera suspensión del contrato no hubo disponibilidad de equipos para adelantar las obras, es decir, no existe causa para reclamar. Asimismo, reiteró que las actas de obra fueron canceladas en el plazo establecido en el pliego de condiciones, es decir, dentro de los 60 días siguientes a la presentación.

3.3. Del Director General del INAT, en su condición de llamado en garantía: Reiteró los argumentos expuestos en la contestación, es decir, que su conducta no es reprochable, porque no fue dolosa ni gravemente culposa, y por ende debe ser absuelto de una condena patrimonial.

3.4. Concepto del Ministerio Público: Consideró que debía desestimarse la excepción de caducidad; y se refirió al silencio administrativo positivo, que a juicio del demandante se configuró por falta de contestación a su reclamación. En este sentido, precisó que no existe certeza sobre la fecha de presentación de la reclamación y destacó la diferencia que hay entre *vigencia del contrato* –que incluye el término previsto por las partes para la liquidación- y *plazo de ejecución* de las obras, para concluir que al que se refiere el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 es al término de ejecución de los trabajos, es decir los 7 meses

establecidos inicialmente en el pliego de condiciones. Es decir, que en su concepto, tampoco se configuró el silencio administrativo positivo.

Respecto a los sobrecostos en que incurrió el contratista, afirmó que el contratante sí incumplió sus obligaciones, porque las causas por las que se suspendió por primera vez el acuerdo son imputables a la entidad. Pero también aseguró que si en el acta de suspensión no se determinó la fecha de reanudación de las tareas mal hizo el contratista en tener disponible equipo y personal, aun cuando no tenía certeza del inicio de sus actividades.

De todos modos, el Ministerio Público consideró que no hay prueba para determinar la ocurrencia de esos sobrecostos, y que el contratista tampoco probó su afectación económica, porque se evidenció que en la primera suspensión aún no contaba con el equipo ni el personal disponibles.

Además consideró sin fundamento la “suspensión de hecho”, teniendo en cuenta que el plazo del contrato estaba vencido y, de otro lado, advirtió que en ese período el contratista sí se encontraba ejecutando algunas obras, pero se trató de aquellas de corrección a las que estaba obligado en actas anteriores.

Señaló, así mismo, que al contratista le asiste el derecho a que le reconozcan la utilidad dejada de percibir porque no ejecutó la totalidad de las obras. Finalmente, indicó que no se entiende por qué la Unión Temporal calculó 5 kilómetros de distancia de acarreo en el ítem de “protección en piedra pegada”, “si no tenía certeza de la posibilidad de obtener el material suficiente en esa distancia para la eventualidad de un aumento del ÍTEM (SIC)...” –fl. 458, cdno. 1-.

4. Sentencia de primera instancia

El *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones. Desestimó la excepción de caducidad de la acción y consideró que no se configuró el silencio administrativo positivo, porque la reclamación del contratista no se presentó dentro del término de ejecución de las obras –fl. 488, cdno. ppal.-.

Asimismo, señaló que no reconocería perjuicios derivados de la suspensión del contrato –que inició el 30 de julio de 1996 y terminó el 9 de diciembre de ese año-

, porque la Unión Temporal renunció a reclamar, además de que no acreditó los perjuicios.

Con relación a la reclamación por mayor permanencia en la obra –del período comprendido entre el 9 de julio y el 14 de octubre de 1997-, sostuvo que el contratista mantuvo a disposición de la obra toda su infraestructura, con la firme convicción de que se construirían más canales de drenaje necesarios para complementar lo estipulado en el programa, y que se ejecutarían, adicionalmente, las cantidades de obra que compensarían el saldo que faltó por ejecutar. De manera que el INAT le creó expectativas al contratista respecto a la realización de nuevos trabajos, dejando a la Unión Temporal a la espera y con la disponibilidad de equipos y personal. Por esto, la entidad “actuó negligentemente, constituyéndose su comportamiento en una falla del servicio por cuanto, si definitivamente no se iban a realizar las obras adicionales que se habían acordado anteriormente, lo que seguía era proceder a liquidar el contrato, trámite que no se inició sino hasta octubre de 1997” –fl. 529, cdno. ppal.-.

De otra parte, aseguró que la entidad sí le ocasionó perjuicios al contratista, porque no le permitió ejecutar todo el ítem de “excavación de material común y descapote”. Lo mismo dispuso de los sobrecostos del ítem “Protección en piedra pegada” –fl. 530, cdno. ppal.-, porque el beneficio proyectado por el contratista sufrió un menoscabo por causas no imputables a éste, y de los sobrecostos por “Cargue de material de excavación”, debido a que el contratista tuvo que trasladarlos a una distancia superior a la inicialmente prevista –fl. 533, cdno. ppal.-.

El tribunal también concedió al contratista la “mora en el pago de la facturación de la obra”, la “diferencia en la liquidación de reajustes” y la “utilidad dejada de percibir”, pero con el descuento de la amortización del anticipo. Finalmente, no condenó a los llamados en garantía –fls. 537 a 541, cdno. ppal.-.

5. Recursos de apelación

La decisión la impugnaron ambas partes:

5.1. Unión Temporal: Señaló que los peritos utilizaron como índice de actualización de los perjuicios el de mayo de 1996 –mes de la presentación de la

propuesta-, sin embargo, en la sentencia de primera instancia, para efectos de actualizar las sumas reconocidas en su favor –que además fueron tomadas del dictamen pericial-, se utilizaron los índices de julio de 1997 y abril de ese año, “sin tener en cuenta que dichas sumas se encontraban referidas a precios de presentación de la propuesta del Contratista (mes de mayo de 1996)”. En consecuencia solicitó: i) la actualización del valor reconocido por “mayor permanencia”, “Pérdida de Productividad de equipos”, “Utilidad dejada de percibir por el Contratista” y “sobrecostos en ‘Protección en piedra pegada’ y ‘Cargue de material de excavación’ ” desde mayo de 1996 –fecha de la presentación de su oferta-; y ii) la actualización del valor reconocido por la corrección monetaria de las actas de reajustes definitivos No. 1 al 8, desde noviembre de 1997 –fecha en que el contratista solicitó el pago-.

De otra parte, precisó que en la demanda se deprecó el pago de intereses moratorios, o en su defecto el reconocimiento de intereses comerciales, el pago de las sumas actualizadas o corregidas monetariamente con el reconocimiento de intereses legales doblados y el pago de las sumas actualizadas o corregidas monetariamente con el reconocimiento de intereses legales sobre tal monto. No obstante la sentencia negó estas pretensiones, porque los intereses solo se causan a partir de la existencia de la mora del deudor, y son imposibles de reconocer cuando el derecho aun está en discusión.

La Unión Temporal también señaló que el Tribunal guardó silencio frente a sus pretensiones primera, segunda y tercera subsidiarias a la séptima principal, porque de conformidad con el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, “... sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.” Además, de conformidad con el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, “(...) la notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce efecto de requerimiento judicial para constituir en mora al deudor...”.

5.2. *INAT*: Apeló la decisión porque el Tribunal erró al condenarlo por los siguientes dos conceptos: i) mayor permanencia en la obra y ii) pérdida de la productividad de los equipos. Señaló que no existió mayor permanencia porque las obras ejecutadas se desarrollaron dentro del término convenido, y precisó que no existió suspensión de hecho, como lo dispuso el *a quo*, sino que el plazo

contractual se venció, que no se acreditó la disponibilidad de los equipos en el lugar de las obra y que las modificaciones a las cantidades se hicieron de común acuerdo.

6. Alegatos en el trámite del recurso

6.1. *Demandante:* insistió en sus peticiones de actualización y reconocimiento de intereses de mora, además de que aseguró que mantuvo sus equipos disponibles y sufrió perjuicios por mayor permanencia en la obra – sustentando su afirmación en el recuento de las pruebas practicadas en el proceso-.

6.2. *INAT:* Reiteró que cuando venció el contrato la Unión Temporal no ejecutó ninguna obra, ni mantuvo equipos disponibles para desarrollar el objeto acordado.

6.3. *Llamados en garantía:* El Director del Instituto de Adecuación de Tierras que celebró el negocio jurídico iteró que desempeñó el cargo desde el 20 de febrero de 1996 hasta el 10 de septiembre de ese año, por lo que la mayoría de controversias del contrato ocurrieron cuando no estaba vinculado al INAT. Además, afirmó que los acuerdos para la negociación de los predios fueron anteriores a la suscripción del contrato, y que estaba habilitado para suscribirlos sin adquirirlos, de conformidad con la Resolución No. 04768, pero que pese a ello advirtió todas las recomendaciones del Comité Técnico de Adjudicación.

De otra parte, señaló que su conducta no fue dolosa ni gravemente culposa, razón por la que no procedía una condena patrimonial en su contra.

6.4. *Ministerio Público:* Señaló que el reconocimiento por mayor permanencia es inadmisibles, toda vez que el plazo del contrato se venció y las prórrogas “tácitas” –fl. 637, cdno.,. ppal.- son ilegales. Además, la entidad pública no debía pagar la suma actualizada desde la presentación de la oferta, porque los derechos patrimoniales deben reconocerse desde la ejecución real y efectiva del contrato, y reiteró el argumento del *a quo* para negar los intereses moratorios, en razón a que -a su juicio- no hay certeza del derecho. De otra parte, sostuvo que el Tribunal sí se refirió a la corrección monetaria y, en consecuencia, no hay lugar a

pronunciarse, nuevamente, respecto a las pretensiones subsidiarias a la séptima principal.

CONSIDERACIONES

El debate se contrae a determinar si la Unión Temporal demandante tiene derecho al reconocimiento de los perjuicios *adicionales* que reclama, teniendo en cuenta que en primera instancia la decisión le fue parcialmente favorable –porque declaró que el INAT incumplió el contrato y, en consecuencia, le generó perjuicios patrimoniales, por mayor permanencia y sobrecostos derivados de la utilidad dejada de percibir y la modificación del programa de trabajo-. El INAT también apeló, pidiendo que se revoquen algunas de las condenas.

No obstante, y previo al estudio correspondiente para decidir el recurso, se advierte desde ahora que la Sala revocará la sentencia y, en su lugar, declarará la *ineptitud sustantiva de la demanda* y se inhibirá para fallar de fondo. Para justificar esta decisión se expondrán las siguientes razones i) la jurisdicción y la competencia de la Corporación para conocer el presente asunto; ii) lo probado en el proceso; y iii) el caso concreto y la excepción de *inepta demanda*.

1. Jurisdicción y competencia para conocer las controversias originadas en contratos regidos por las normas del BANCO MUNDIAL.

La Sala debe analizar si tiene jurisdicción para conocer las controversias contractuales originadas en negocios celebrados al amparo de las normas especiales de los organismos multilaterales de crédito y los de ayuda, asistencia o cooperación –art. 13 de la Ley 80-, teniendo en cuenta que el contrato *sub iudice* tiene esta naturaleza. Para justificar la conclusión a la que se llegará es necesario analizar los siguientes aspectos:

1.1. Régimen jurídico del contrato objeto de la controversia

En el pliego de condiciones del proceso de selección que adelantó el INAT para escoger al contratista se dispuso, entre otras cosas, que la fuente de financiación provenía de un contrato de empréstito suscrito con el Banco Internacional de

Reconstrucción y Fomento (BIRF) equivalentes a US\$114.000.000, para financiar los programas de riego en pequeña y mediana escala a nivel nacional¹.

Asimismo, a folio 20 del cuaderno 9 se dispuso que hacían parte integral de los documentos de la licitación: i) las normas del Banco Mundial contenidas en el documento “Adquisiciones con préstamo BIRF y crédito de la AIF”, y ii) la Ley 80 de 1993. Adicionalmente, el numeral 2.01 de los pliegos dispuso en la misma línea, respecto a la normatividad aplicable al proceso de selección y al contrato, que: “El proceso de selección y el contrato se regirá según los términos del art. 13 de la ley 80 de 1993, de manera general, por lo ordenado en dicho estatuto y sus decretos reglamentarios; y de manera especial, por las normas del Banco Mundial –Entidad financiadora– contenidas en estos pliegos, en sus reglamentos y el contrato de empréstito; la circular de cláusulas generales del INAT, que los contratistas aceptan conocer y que se entiende incorporado en el contrato y por las leyes civiles y comerciales Colombianas.” –fl. 34, cdno. 9-.

Del mismo modo, en el numeral 2.58. del pliego de condiciones se señaló que el contrato se liquidaría en un término que no excediera de los 4 meses siguientes a la fecha de terminación del plazo de ejecución y entrega final y total de las obras o a la expedición del acto administrativo que ordenara la terminación, *de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993*. En ese capítulo de las disposiciones del pliego también se precisó que, en caso de requerirse, el contratista debía extender, ampliar y/o modificar la garantía única en las condiciones establecidas en el artículo 60 del estatuto de la contratación administrativa –fl. 58, cdno. 9-. Sin embargo, también se indicó que para liquidar el contrato se haría uso del procedimiento y de las condiciones dispuestas en la circular de cláusulas generales de los contratos a suscribir por el INAT.

¹ El numeral 1.01 del pliego dispuso: “El Instituto Nacional de Adecuación de Tierras – INAT- ha recibido un crédito del préstamo 2667-CO del BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FORMENTO (BIRF), en diversas monedas, equivalentes a U.S. \$114.000.000.00 de los E.E.U.U. para financiar los programas de riego en pequeña y mediana escala, a nivel nacional y se propone utilizar parte de éstos (sic) recursos para financiar parcialmente el contrato objeto de esta Licitación. El BIRF efectuará pagos solamente a petición del Instituto Nacional de Adecuación de Tierras -INAT- y previa aprobación de conformidad con las estipulaciones y condiciones del convenio del préstamo; por lo demás, éstos (sic) pagos estarán sujetos, en todos sus aspectos, a las cláusulas y condiciones de dicho convenio. Salvo que el BIRF acepte expresamente otra cosa, nadie más que el INAT podrá definir derecho alguno en virtud del convenio del préstamo no reivindicar parte alguna de los fondos del préstamo.” –fl. 16, cdno. 9-.

De otra parte, en las cláusulas generales de los contratos suscritos por el INAT, se estableció que en los casos previstos en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 se procedería a la liquidación del negocio –fl. 212, cdno. 9-. En este documento se señaló –numeral 1.33-: “Sujeción a la ley Colombiana. Los contratos que celebre el INAT con personas extranjeras se encuentra (sic) sometidos a la legislación Colombiana. Sin embargo, de conformidad con el art. 13 de la Ley 80 de 1993, los contratos celebrados para la ejecución de fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.” –fl. 213, cdno. 9-.

En el mismo sentido, en las cláusulas del contrato, en concordancia con lo dispuesto antes, se estipuló: “NOVENA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO- Forma parte integral del presente contrato el anexo donde se fijan las cláusulas generales para los contratos de obra acordadas con el Banco dentro del marco del préstamo 2667-CO, y contenida en los pliegos y las que la modifiquen o adicionen, los documentos de inscripción en el registro de proponentes, los planos, diseños y las modificaciones que el contratante realice a los mismos, el pliego de condiciones, los adendos que se efectúen, la propuesta del CONTRATISTA debidamente corregida por el INAT, las actas que se levanten en los procesos de selección del CONTRATISTA y en desarrollo del contrato, las comunicaciones que el contratante envíe al CONTRATISTA, los anexos del contrato, las actas de interventoría, cualquier documento suscrito por las partes durante la vigencia contractual...” –fl. 192, cdno. 10-.

En el texto del contrato también se estipuló la siguiente cláusula: “DÉCIMA: NORMAS APLICABLES Y SUJECIÓN A LA LEY COLOMBIANA. Los contratos que celebre el contratante con personas extranjeras se encuentran sometidos a la legislación colombiana. Sin embargo (sic) de conformidad con el Art. 13 de la Ley 80 de 1993, los contratos celebrados para la ejecución de fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a las normas de tales entidades en lo relacionado con procedimientos de formación, adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago, ajustes, por tanto para los demás en cuanto no sean

contrarias a dicho reglamento serán aplicables las normas civiles y comerciales, lo establecido en la Ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias y las normas internas sobre contratación expedidas por el contratante.” –fl. 193, cdno. 10-.

De lo expuesto se concluye que el régimen jurídico aplicable al contrato objeto de la controversia es una mezcla entre el reglamento del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y la Ley 80 de 1993, mixtura admisible en virtud del art. 13 de la Ley 80, conforme se analizará a continuación.

1.2. Régimen jurídico de los contratos financiados con fondos extranjeros.

El inciso final del art. 13 original de la Ley 80 de 1993 –modificado luego por el art. 20 de la Ley 1150 de 2007- consagró una exclusión al régimen jurídico contenido en dicho estatuto contractual, en virtud de la cual se facultó a las entidades públicas para celebrar contratos con organismos multilaterales de crédito, con personas extranjeras de derecho público, o con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, pero sobre todo se les autorizó acogerse a sus *reglamentos internos de contratación* para adelantar los proyectos derivados de esos convenios, siempre que dichos organismos los financien².

No obstante, el inciso final citado no autorizó la remisión *en bloque* a los *estatutos internos* de esos organismos, porque estableció límites: dispuso que los contratos celebrados en desarrollo de esos convenios se podían regir por ellos “... *en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pagos y ajustes*”.

² “Art. 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

“Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

“Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

“Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.” (Negrillas fuera de texto)

Lo anterior significa que no todos los aspectos jurídicos de esos contratos se gobiernan por los estatutos del organismo internacional, sino que pueden regirse en dos aspectos: i) el procedimiento de selección del contratista, que incluye la adjudicación, y ii) algunas cláusulas especiales del contrato, relacionadas con la ejecución, el cumplimiento, el pago y los ajustes. A *contrario sensu*, esto implica que los demás aspectos jurídicos quedan sujetos a la legislación nacional, es decir, a la Ley 80 de 1993.

En los términos indicados, del inciso final del art. 13 se infiere que esos contratos se administran a través de dos ordenamientos, con la innegable complejidad jurídica que esto ofrece: el estatuto de cada organismo internacional, en los dos aspectos autorizados; y la Ley 80, en los demás tópicos.

Sin embargo, lo anterior no significa que fatalmente todo contrato celebrado al amparo de un convenio suscrito con alguno de esos organismos se tenga que regir por sus estatutos –en los dos aspectos destacados-. El artículo 13 es claro en señalar que “... *podrán someterse...*” a los reglamentos de tales entidades, así que es alta la discrecionalidad para decidir si se acoge la opción, y será la entidad pública quien lo defina, en medio de la negociación con el organismo internacional. En todo caso, si se acoge a la alternativa ofrecida no puede extenderse sus alcances más allá de los dos aspectos señalados, que en todo caso son suficientemente amplios.

Es importante recordar que por oposición a esta legislación el Decreto-ley 222 de 1983 fue muy cuidadoso en admitir la aplicación de estatutos contractuales de organismos extranjeros a las entidades estatales con las cuales tenían negocios o proyectos. Como regla general lo prohibió³. No obstante en algunos eventos se

³ En este sentido, el art. 74 del Decreto 222 de 1983 –equivalente al actual art. 13 de la Ley 80- dispuso en su momento:

“Art. 74. DE LA SUJECION A LA LEY COLOMBIANA Y DE LA RENUNCIA A RECLAMACION DIPLOMATICA. Los contratos que se celebren con personas extranjeras están sometidos a la ley colombiana y a la jurisdicción de los tribunales colombianos. En ellos debe constar la renuncia del Contratista extranjero a intentar reclamación diplomática en lo tocante a las obligaciones y derechos originados en el contrato, salvo el caso de denegación de justicia.

“Se entiende que no hay denegación de justicia cuando el Contratista ha tenido expeditos los recursos y medios de acción que, conforme a las leyes colombianas, puedan emplearse ante las jurisdicciones ordinaria o contencioso-administrativa.

admitieron injerencias pequeñas de esta naturaleza⁴. En todo caso, la Ley 80 rompió esa tradición, y autorizó la aplicación de múltiples regímenes contractuales, todo dependiendo de la naturaleza jurídica de la persona con la cual se celebren los convenios a que se refiere el inciso final del art. 13.

En este contexto, la libertad o licencia fue objeto de grandes abusos, porque en ocasiones las entidades estatales celebraron convenios con organismos de derecho internacional sin que en su objeto hubiera ánimo de colaboración, ayuda o financiación en favor de las entidades estatales colombianas. Celebraron acuerdos para que las entidades estatales eludieran la Ley 80 –aplicando los estatutos de los organismos internacionales-, y con ese fin entregaban a los organismos internacionales su presupuesto anual para que lo administraran, aplicando las normas de contratación extranjeras, en muchos casos bastante flexibles, a cambio de una remuneración, denominada *comisión de administración*, es decir, las entidades estatales pagaban por este servicio.

“La ejecución de los contratos celebrados en el exterior, que deben cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana.

“Los contratos no podrán cederse a personas extranjeras que no renuncien expresamente a dicha reclamación diplomática.”

Para ratificar que no hubo mayor espacio para que los estatutos contractuales de organismos internacionales rigieran en Colombia, el art. 233 estableció:

“Art. 233. DE LAS ESTIPULACIONES PROHIBIDAS EN LOS CONTRATOS DE EMPRÉSTITO. En ningún contrato de empréstito se podrá convenir que el prestamista se reserve la facultad de proporcionar una lista de proveedores que obligue al prestatario, o la de hacer las adjudicaciones de los respectivos contratos de suministro, ni que el prestatario se obligue a adquirir bienes o servicios en un determinado país...”

En forma relacionada con la norma anterior, el art. 275 establecieron una norma similar a las anteriores:

“Art. 275: DE LOS CRÉDITOS EXTERNOS PARA REALIZAR ESTUDIOS DE FACTIBILIDAD. En los contratos de empréstito externo para financiar estudios de factibilidad de proyectos de inversión pública, no podrán pactarse cláusulas que impliquen la obligación de contratar en el exterior o con extranjeros la consultoría o la interventoría en el exterior o con extranjeros la consultoría a la intervención de los respectivos proyectos u obras.

⁴ El art. 276 permitió colateralmente que la ejecución de algunos contratos de crédito –los de proveedores- estuviera atada a ciertas restricciones contractuales en cuanto a los vendedores de los productos. Sin embargo, no se autorizó la vigencia abierta de los estatutos contractuales de los organismos internacionales:

“Art. 276 DE LA PROHIBICION DE ATAR LOS CRÉDITOS EXTERNOS. Cuando las entidades a que se refiere este estatuto, celebren contratos de empréstito *diferentes al crédito de proveedores*, no podrán pactar cláusulas que aten en cualquier forma la financiación con la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia específica, salvo lo dispuesto en el artículo 286 de este estatuto.” (Resaltos fuera de texto)

Frente a esta situación, muy reprochable, reaccionó por primera vez el Decreto reglamentario 2170 de 2002 –modificado por el Decreto 1896 de 2004-, que estableció limitaciones a esa práctica:

“Artículo 15. Reglas para la celebración de contratos con organismos multilaterales. Para la celebración de contratos que involucren la administración de recursos públicos, con los organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional de que trata el inciso final del artículo 13 de la ley 80 de 1993, las entidades cumplirán las siguientes reglas:

“1. La selección del organismo se realizará mediante concurso en el cual deberán prevalecer como criterios de selección los señalados en el numeral 4o del artículo 4o del presente decreto para la prestación de servicios especializados.

“2. Los contratos tendrán indicadores que permitan hacer una medición de la gestión financiera, operativa y de eficacia en la ejecución.

“3. Al finalizar la ejecución del contrato la entidad contratante solicitará al organismo contratado la presentación de un informe debidamente auditado.

“4. Se liquidarán conforme a la ley.

“Parágrafo. Este artículo no se aplicará cuando se trate de contratos celebrados en cumplimiento de compromisos financieros internacionales adquiridos por el país o cuando el objeto de los mismos sea la administración de recursos provenientes exclusivamente de cooperación internacional o de la contrapartida nacional de los mismos.”

Fueron tantos los problemas y la relajación que surgió de este comportamiento que por eso, y por el abuso, el inciso final del art. 13 de la Ley 80 fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-249 de 2004. Allí se precisó que el alcance que tenía la posibilidad de no aplicar la Ley 80 y en su lugar emplear las normas internas de esos organismos, se refería, únicamente, a la celebración de contratos donde los entes u organismos internacionales aportaran recursos; en consecuencia, la disposición se declaró inaplicable en relación con contratos cuyos recursos provinieran de los presupuestos nacional o territoriales, cuando no correspondieran a donaciones o empréstitos. Esto significó que el inciso no debía aplicarse a *contratos de administración de recursos* estatales, porque eludían la Ley 80, so pretexto de que los organismos internacionales administran esos recursos:

“Como bien se puede inferir, desde el punto de vista de los recursos vinculados a la contratación estatal, este inciso se refiere con exclusividad a los ingresos percibidos por el Tesoro Público de parte de entes u organismos internacionales. Por lo mismo, este inciso es enteramente inaplicable en relación con aquellos contratos relativos a recursos del presupuesto general de la Nación o de los presupuestos territoriales, cuando tales recursos no correspondan a donaciones o empréstitos. Así por ejemplo, este inciso resulta inaplicable en relación con los contratos de administración de recursos estatales que las autoridades competentes no hayan aforado legalmente a título de donación o empréstito. Por lo tanto, al decir la norma que los respectivos contratos, "(...) podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y ejecución y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes". Tal discrecionalidad sólo puede asumirse, y por ende, ejercerse válidamente, dentro de los precisos linderos de los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, lo cual usualmente ocurre a título de empréstito o de donación. Por ello mismo, toda interpretación en contrario del inciso en comento, únicamente podría propiciar una ejecución presupuestal extraña a la realización de los fines del Estado.

“Ahora bien, como acertadamente lo expresa la Vista Fiscal, el inciso cuarto del artículo impugnado entraña un precepto especial de contratación, que por virtud de la misma ley 80 de 1993 permite la inaplicación del Estatuto de Contratación Pública en la hipótesis de los contratos relativos a fondos percibidos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismo de cooperación, asistencia o ayuda internacionales. Lo cual encuentra justificación en el hecho de que Colombia hace parte de esos organismos internacionales, como por ejemplo el FMI o el BID, y al hacer parte de ellos puede aceptar sus estatutos y régimen de contratación en cumplimiento de convenios, tratados y resoluciones de entidades supranacionales en los que el país ha participado activamente, como la ONU y la OEA, con sus filiales.”

Asimismo, en esa providencia, la Corte Constitucional concluyó que, en el caso específico de las donaciones que hacían los organismos internacionales a que se alude –como se ha dicho, en vigencia del texto primigenio de la Ley 80 de 1993-, era válido admitir la sujeción a regímenes contractuales diferentes, toda vez que no debía variarse la voluntad de los donantes, que pretendían el cumplimiento de fines de interés social, en consecuencia podían plasmar sus reglamentos junto con el beneficio, y por supuesto intervenir en los procesos de formación, adjudicación y ejecución de los contratos financiados con sus recursos. En este orden, consideró:

“Por otra parte, -continúa la vista fiscal- nótese que en el caso de las donaciones la norma impugnada se ajusta al artículo 62 superior, cuando dispone que el destino de las donaciones para

finés de interés social no puede ser variado a menos que el objeto de las mismas desaparezca. Por tanto no es razonable desconocer la voluntad de los donantes, la cual se puede plasmar en la decisión de que la entidad receptora acoja sus reglamentos, mediante los cuales pueda intervenir en la formación, adjudicación y ejecución de los contratos financiados con sus recursos.

“Por consiguiente, de acuerdo con la interpretación asumida por esta Corporación el inciso cuarto del artículo acusado resulta constitucional.”

La circunstancia analizada, que desdibujó la finalidad del inciso final del art. 13, porque propició la elusión injustificada del estatuto contractual, provocó la expedición de la Ley 1150 de 2007. Fue por eso que el artículo 32 derogó el inciso final del artículo 13 de la Ley 80: “A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993:... el inciso 4° del artículo 13, el artículo...”⁵

⁵ En el Concepto No. 1979, del 25 de marzo de 2010, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado –CP. Luis Fernando Álvarez- precisó que en el proceso legislativo de expedición de la Ley 1150 de 2007 se advirtió la necesidad de limitar la contratación de las entidades estatales con los organismos a que se refiere el inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, porque durante su vigencia se evidenció la elusión generalizada a los procedimientos contractuales previstos en el estatuto de contratación estatal: “Revisado el proceso legislativo en el Congreso de la República que culminó con la expedición de la ley 1150, se aprecia que en los debates allí realizados se manifestó reiteradamente la necesidad de limitar la contratación de las entidades estatales con organismos internacionales de cooperación, en virtud a la convicción existente de que con tales convenios se evadían las reglas del Estatuto de Contratación previsto en la ley 80 de 1993.”

Asimismo, se refirió a la desnaturalización de los contratos celebrados con los organismos de cooperación, y a la exequibilidad condicionada del inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en el entendido de que se podían acoger a regímenes distintos del previsto en el estatuto de la contratación pública, siempre que los recursos para la celebración de convenios o contratos, provinieran de empréstitos o donaciones de los sujetos internacionales a que refería la norma en cita: “En el mismo sentido, esta Sala en el concepto 1909 de 2008, ya había advertido sobre la ‘desnaturalización’ de los contratos o convenios celebrados con entidades de cooperación internacional, prevista en su momento en el inciso 4 del artículo 13 de la ley 80, norma que no sobra recordar había sido declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C - 249 de 2004, en los siguientes términos: ‘Declarar la EXEQUIBILIDAD del cuarto inciso del artículo 13 de la ley 80 de 1993, en el entendido de que la discrecionalidad allí prevista sólo puede ejercerse válidamente, en relación con los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, esto es, en relación con contratos de empréstito, donación, asistencia técnica o cooperación celebrados por las respectivas entidades estatales con entes u organismos internacionales.’ ” (Mayúsculas y negrilla textuales).

“Dado el anterior contexto y el objeto de la ley 1150 de 2007 consistente en “*dictar disposiciones aplicables a toda contratación con recursos públicos*” (art. 1 *ibidem*), la Sala considera que el legislador en ejercicio de su potestad de configuración, estimó oportuno derogar expresamente el inciso 4 del artículo 13 de la ley 80 (art. 32, *ibid.*), regular integralmente la materia relacionada con los contratos suscritos con organismos internacionales (art. 20, *ibid.*) y, dentro del régimen de transición, fijar las reglas específicas relativas a los convenios o contratos celebrados con tales organismos (art. 31, *ibid.*), prohibiendo la adición o prórroga de los que se habían suscrito con anterioridad a la vigencia de la ley 1150.”

El artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 reguló nuevamente el tema, e impuso un *mínimo* a la financiación, si se aspiraba a excluir de la Ley 80 de 1993 los contratos amparados en ella; si la financiación es inferior los contratos se someten a los procedimientos previstos en la Ley 80. En este sentido, el inciso primero señaló que los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos de “organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales” podrán –facultativamente- someterse a sus reglamentos contractuales, en eventos contrarios, es decir cuando se trate de aportes inferiores al 50%, la norma aplicable es la Ley 80:

“Artículo 20. De la contratación con organismos internacionales. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.”

El artículo 20 también distinguió los sujetos y los negocios jurídicos a que se refirió el inciso derogado del artículo 13 de la Ley 80. En ese orden, en el *inciso segundo* señaló que los convenios o contratos celebrados por personas extranjeras de derecho público o por organismos de derecho internacional, “cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros” pueden acogerse a los regímenes de dichos entes, no obstante, en este inciso no se impuso el límite de financiación, establecido para la contratación de organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales:

“A juicio de la Sala, la señalada prohibición legal está encaminada a evitar que las partes de los contratos celebrados con organismos internacionales de cooperación o asistencia puedan convenir estipulaciones para evitar que sus contratos terminen y lograr así perpetuarlos en el tiempo, proscripción que encuentra claro y evidente fundamento en los antecedentes arriba expuestos que evidenciaban la ‘desnaturalización’ de dichos convenios.”

“Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.”

Esta norma, recogiendo la historia, la filosofía del Decreto 2170 de 2002 y la sentencia C-249 de 2003, señaló que las entidades no podían celebrar “*contratos de administración de recursos*” con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, sin embargo, en esta oportunidad también distinguió los sujetos a los que no dio un trato diferenciado el inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80:

“Las entidades estatales no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

“Parágrafo 1°. Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos.

“Parágrafo 2°. Las entidades estatales tendrán la obligación de reportar la información a los organismos de control y al Secop relativa a la ejecución de los contratos a los que se refiere el presente artículo.

“Parágrafo 3°. En todo Proyecto de cooperación que involucre recursos estatales se deberán cuantificar en moneda nacional, los aportes en especie de la entidad, organización o persona cooperante, así como los del ente nacional colombiano. Las contralorías ejercerán el control fiscal sobre los proyectos y contratos celebrados con organismos multilaterales.”

En este contexto normativo y jurisprudencial, se concluye que los contratos celebrados por las entidades estatales con organismos de cooperación, ayuda o asistencia, incluso con organismos de derecho público internacional, son válidos pero tiene limitaciones cuando se aprovecha la posibilidad de someter los

contratos que desarrollen esos convenios a las normas contractuales de esos organismos.

Sin embargo, se produjo un cambio importante frente a la normativa preexistente, porque según el art. 20 lo que se rige por los estatutos internos de esos organismos es todo el proceso selección y el contrato; mientras que en el inciso cuarto del art. 13 de la Ley 80 eran dos aspectos: i) el procedimiento de selección del contratista, que incluye la adjudicación, y ii) algunas cláusulas especiales del contrato, relacionadas con la ejecución, el cumplimiento, el pago y los ajustes. El cambio es sustancial, porque pasó de tener limitaciones a no tenerlas.

1.3. Conclusión: la jurisdicción natural de los conflictos contractuales regidos, total o parcialmente, por los estatutos de los organismos internacionales es la administrativa.

No obstante lo expresado, en una u otra ley -esto es decisivo para el caso concreto- el juez de las controversias de esos contratos regidos -parcial (art. 13 o totalmente (art. 20)- por los estatutos de organismos internacionales -salvo pacto en contrario que incorpore un mecanismo alternativo de solución de conflictos- es la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esta conclusión es evidente tratándose de los contratos regidos integralmente por el inciso final del art. 13 - como el del caso concreto- porque los dos aspectos en los que se podía regir por la normativa foránea no incluía al juez del contrato.

Esto significa que ni en una ley ni en otra fue variado el juez natural de las controversias, es decir, si bien el régimen sustantivo del negocio pueden escogerlo la entidad y el organismo internacional, no sucede lo mismo con la jurisdicción natural, así que es la de lo contencioso administrativo, en los términos que expresa el art. 75 de la Ley 80 de 1993; salvo pacto expreso en contrario para utilizar un mecanismo alternativo de solución de conflictos -también autorizado por la Ley 80-, o ley especial que excluya expresamente esta competencia, pero la Ley 80 no es esa⁶.

⁶ La Sección Tercera se pronunció sobre un problema relacionado con la inmunidad jurisdiccional de un organismo internacional -auto del 26 de marzo de 2009, exp. 34.460-. En el caso concreto reconoció que la ley sí puede reconocer ese privilegio jurídico; no obstante, indicó que en el caso concreto el contrato que celebraron no quedaba amparado por la prerrogativa, porque desbordó el objeto para el cual Colombia la había concedido, así que la justicia administrativa asumió el control judicial. Por su importancia se cita in extenso para comprender la tesis:

“El Tribunal a quo fundamentó el rechazo de la demanda, en esencia, en la falta de jurisdicción para conocer de la controversia, arguyendo que de la interpretación conjunta de libelo de demanda se desprende que las pretensiones formuladas por los integrantes del Consorcio Intersidri son atribuibles a la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello, organismo internacional de derecho público que se encuentra amparado con la prerrogativa de inmunidad jurisdiccional reconocida por el Estado Colombiano a través de la Ley 122 de 1985, circunstancia que, sumada a la ausencia de imputabilidad jurídica de los hechos de la demanda a la Nación colombiana impiden tramitar el proceso ante la jurisdicción del Estado colombiano.

(...)

“En efecto, el artículo 2º del Acuerdo establece que el Gobierno de Colombia reconoce inmunidad a los funcionarios directivos de la -SECAB- de nacionalidad distinta a la colombiana en la forma reconocida a los funcionarios diplomáticos acreditados ante el Gobierno de Colombia. Se trata de una inmunidad personal de la misma connotación a la establecida por la Convención de Viena de 1975 en los ámbitos penal, civil y administrativo para los agentes diplomáticos. En los artículos subsiguientes estableció una serie de inmunidades relativas a las cosas, en tanto establece que la sede de la SECAB será inviolable (artículo 3º); la correspondencia y demás formas de comunicación de la SECAB no será censurada (artículo 5º). etc.

(...)

“Con base en las anteriores precisiones, considera la Sala que el objeto del Convenio de Cooperación celebrado entre el Fondo DRI y la SECAB, no guarda una relación directa con las finalidades de la Organización - Convenio Andrés Bello, menos aún con las finalidades de la SECAB en Colombia, pues dicho objeto no se enmarca dentro de los servicios al desarrollo, al incentivo, a la promoción, a la divulgación o a la integración de los Estados signatarios del Convenio Andrés Bello, en áreas como la educación, la cultura, la ciencia y la tecnología, el objeto se contrajo a la supervisión y a la prestación de apoyo técnico y administrativo respecto de los Convenios cofinanciados con recursos del Fondo DRI, lo cual pareciera indicar que el fin determinante por parte de éste era el impulso de la gestión institucional en el área a su cargo, es decir, en el desarrollo rural, de suerte que los Contratos celebrados en virtud del Convenio Matriz, naturalmente tuvieron la misma connotación, con el ingrediente adicional que en el específico evento, el proceso de selección, la escogencia del contratista y la celebración del negocio jurídico estuvo a cargo de la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello, circunstancia que por sí misma no desnaturaliza el fin de la contratación que, como se dijo anteriormente, era la gestión institucional del Fondo DRI, razón por la cual la Sala no encuentra una relación causal entre la función de la SECAB y el objeto de los negocios jurídicos celebrados, ni siquiera en el área de desarrollo corporativo.

“Las anteriores circunstancias permiten concluir que la cláusula de inmunidad de jurisdicción que ampara a la SECAB no puede extenderse al específico evento, como quiera que la controversia que se pretende someter al conocimiento de la Jurisdicción del Estado Colombiano, es ajena, reitera la Sala, a la finalidad intrínseca del órgano de derecho internacional y, por ende, no puede predicarse una eventual afectación de la autonomía e independencia funcional en los términos del artículo 15 del Tratado Internacional de la Organización -Convenio Andrés Bello, pues la actuación desprovista de tal connotación equivale a la misma de un particular, por ausencia de objeto del principio de no injerencia.

“Extender en el específico evento la inmunidad de jurisdicción equivaldría a reconocer la misma de manera absoluta, materializando el criterio subjetivo que, como se ha venido diciendo, no es de recibo para la Sala, pues no es aceptable que la simple verificación de la existencia de la prerrogativa en el instrumento de derecho internacional conduzca indefectiblemente a la exclusión del poder jurisdiccional interno, sin razonamiento jurídico válido.

“Por otra parte, cabe anotar que el Convenio Matriz de Cooperación y el Contrato celebrado con el Consorcio Intersidri, fueron ejecutados con dineros del Estado colombiano, razón que aunada a la anterior, reafirma la inaplicabilidad de la prerrogativa de inmunidad de jurisdicción.

“En efecto, la simple celebración del negocio jurídico con un contratante amparado con dicha prerrogativa sitúa a su co-contratante en un plano de desigualdad relativo, porque puede verse comprometida la eficacia del principio *-pacta sunt servanda-* en la medida en que un contrato

2. Lo probado en el proceso, que impone declarar de oficio la ineptitud sustantiva de la demanda.

Para enfocar el alcance de la controversia, pero sobre todo el sentido de la decisión que se anunció, la Sala hará un recuento detallado de las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, que resultan relevantes para decidir el caso bajo estudio.

a) Se destaca la existencia de un contrato de obra –fls. 191 y ss., cdno. 10- celebrado el 25 de junio de 1996, entre el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras –la entidad demandada- y la Unión Temporal Noero Arango S.A.- Herrera y Duran Ltda. –la demandante-, cuyo objeto consistió en la construcción del sistema de canales de drenaje terciario en las zonas Norte, Central y Sur y sus obras complementarias del Distrito de Riego de María la Baja, Regional No. 3 departamento de Bolívar.

El valor inicial se pactó en \$1.390'796.051, y el plazo de ejecución de 7 meses – ver fl. 158, cdno. 3, fl. 6 cdno. 3, fl. 29, cdno. 3-, contados a partir de la suscripción del acta de iniciación.

b) De manera confusa, el 2 de julio de 1996, las partes, de común acuerdo, dijeron suspender los términos del contrato, porque la entidad estaba negociando los predios donde se desarrollaría el objeto convenido –fl. 17, cdno. 2-. La Sala expresa que es “confusa” esta acta, porque para esa fecha aún no se había suscrito el “acta de iniciación” del plazo, de allí que por sustracción de materia

válidamente celebrado obliga a las partes intervinientes a cumplirlo y, en este evento, una de las partes no podría ser conminada a cumplirlo, afectándose eventualmente la conmutatividad que, por regla general, informa los contratos. No obstante, la situación de desigualdad es de mayor proporción cuando la relación negocial se ejecuta en su totalidad con dineros del Estado colombiano y se impide a éste ejercer el poder jurisdiccional sobre la controversia que se suscita en torno al contrato, porque en este caso, dada la relación funcional y el contenido obligacional del negocio, el organismo internacional debe someterse al derecho interno y a la jurisdicción interna.⁶ Lo contrario implicaría una cesión desproporcionada de los atributos de independencia y soberanía del Estado, traducida en el completo desconocimiento de la plenitud, autonomía y exclusividad del ordenamiento jurídico, sin que medie justificación válida.

“En conclusión, la inmunidad de jurisdicción que ampara a la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello, reconocida por el Estado colombiano mediante la Ley 122 de 1985, no es aplicable en el asunto sub – lite y, por ende, el Estado colombiano puede ejercer jurisdicción sobre el organismo.”

nada había que suspender. El plazo se dijo reanudarlo el 26 de julio de 1996 – Acta visible a fl. 18, cdno. 2-.

Pocos días después, el 29 de julio se firmó, ahora sí, el “acta de iniciación” de obra –fl. 53, cdno. 3-; sin embargo, al día siguiente –30 de julio de 1996- se suscribió otra “Acta suspendiendo” el término, porque aun se estaban negociando los predios; no obstante el contratista hizo constar que “... ésta suspensión no ocasionará reclamación alguna al INAT.” –fl. 19, cdno. 2-. Finalmente, pasados un poco más de 4 meses, el 9 de diciembre, se retomaron las actividades contractuales –fl. 20, cdno. 2-, mediante “Acta de reiniciación”.

En estos términos, el plazo del contrato venció el 9 de julio de 1997, porque las partes no suscribieron más actas de suspensión de términos, de manera que el plazo de ejecución de siete (7) meses corrió interrumpidamente de allí en adelante.

c) El INAT le informó al contratista, el 14 de octubre de 1997, que procedieran a liquidar el contrato, tal como este lo afirmó en la demanda, a fls. 41 y 42 del cdno. 1, lo que denota que la ejecución de las obras cesó, para pasar a considerar la liquidación correspondiente.

d) No existe prueba de que el contrato se haya liquidado –de hecho, es una de las pretensiones de la demanda-, pero sí que la Unión Temporal le presentó una reclamación al Instituto Nacional de Adecuación de Tierras, el 19 de febrero de 1998 –meses después del vencimiento del plazo-, donde formalizó su inconformidad frente a todos los hechos generadores del incumplimiento que le imputa.

En la *petición* –que obra a folios 139 a 187 del cdno. 3.- la Unión Temporal manifestó lo siguiente: “... me dirijo a Usted con el fin de solicitarle el reconocimiento y pago de los mayores costos en que la Unión Temporal que represento incurrió con ocasión de su ejecución, con el fin de que sean tenidos en cuenta para su reconocimiento en la liquidación del contrato, de conformidad con la ley y el contrato.” A continuación detalló cada uno de los conceptos, cuyo reconocimiento pretendía de la administración:

i) Precisó en su reclamación que el INAT disminuyó sustancialmente el valor contratado, esto debido a las modificaciones del programa, a la falta de disponibilidad de planos y terrenos, y a los “distintos tropiezos contractuales”, reduciendo con ello la plena utilización de los equipos y del personal destinados a la obra.

La Sala advierte que en la demanda se presentó exactamente la misma solicitud. En efecto, el contratista sostuvo que los constantes problemas con los propietarios de los predios implicaron, además de la suspensión del término de ejecución del contrato, modificaciones a los programas de trabajo e inversiones inicialmente previstos que, en conclusión, le ocasionaron al demandante los mayores costos que reclama.

ii) En la reclamación se pronunció frente a los *retrasos en la entrega de terrenos*, y afirmó que “debido a las suspensiones registradas en el contrato y a las continuas oposiciones de los dueños de los terrenos en los que se ejecutarían las obras, y al no haberse tomado por el INAT las medidas pertinentes, el plazo de ejecución contractual venció sin que se hubieren cumplido las metas físicas del proyecto, trayendo con ello al contratista los consiguientes perjuicios económicos (...) Como se dijo, el acta de iniciación de los trabajos se suscribió por las partes el día 26 de julio de 1996. Al iniciarse el plazo contractual y empezar la ejecución de la obra, la misma se vio afectada la ocurrencia de hechos no imputables al contratista, generados básicamente en la no disponibilidad de los terrenos en los que aquella habría de realizarse. En efecto, el INAT, no obstante constituir una de sus obligaciones esenciales bajo el contrato, en tanto que de su cumplimiento dependían el cabal cumplimiento de los programas de inversión inicialmente programados, no puso a disposición del contratista ni la totalidad de los planos definitivos conforme a los cuales habría de realizarse las obras contratadas, ni los terrenos requeridos para su ejecución.” –fl. 160, cdno. 3-

Este aspecto también se incluyó en la demanda, donde se aseguró que cuando se suscribió el contrato -25 de junio de 1996- la entidad no había adquirido los terrenos para ejecutar el objeto del negocio, situación que produjo las suspensiones contractuales hasta el 9 de diciembre de ese año –fecha de reanudación del plazo-, no obstante, para el 5 de enero de 1997 el contratante

aun no ponía a disposición de la Unión Temporal la totalidad del terreno donde debía realizarse el objeto convenido.

iii) La Unión Temporal también reclamó al INAT la *mora en el pago de actas de obra*, y sostuvo que le ocasionó un perjuicio de \$4'836.896,89 –fls. 160 a 162, cdno. 3 -. Este mismo aspecto se incorporó a la demanda que presentó la contratista, donde reclamó del INAT la mora en el pago de las actas de obra, toda vez que excedió el plazo de 60 días previsto para ello –fls. 61 y 62, cdno. 1-. Adicionalmente, a folio 71 del cuaderno 1 cuantificó el perjuicio en \$4'836.896,85.

iv) Igualmente, la unión temporal valoró en la reclamación los costos derivados de la mayor permanencia y, en consecuencia, este concepto también incluyó el monto por disponibilidad del personal durante la suspensión comprendida entre el 30 de julio y el 9 de diciembre de 1996, y el período comprendido entre el 9 de julio y el 14 de octubre de 1997. –fls. 166 y 167, cdno. 3-. En la demanda también se refirió a la disponibilidad de personal derivada de la suspensión del plazo y de la expectativa en la ejecución de nuevas obras, y a folio 71 del cuaderno 1 cuantificó el daño en \$27'529.449.

v) En la reclamación administrativa la Unión Temporal solicitó el pago de los perjuicios por disponibilidad de los equipos, igualmente durante los períodos comprendidos entre el 30 de julio y el 9 de diciembre de 1996, y el 9 de julio y el 14 de octubre de 1997 –fls. 168 y 169, cdno. 3-. En la demanda se procedió igual, es decir, se pretende el pago de los perjuicios solicitados, por valor de \$1'016.000.000.

vi) La contratista también se refirió en su reclamación a la pérdida de productividad de los equipos –fl. 172, cdno. 3- destinados a los *ítems* de “Descapote” y “Excavación”. Precisó que el déficit de amortización del equipo exigido ascendió a \$423'297.659,24; aspecto que también hace parte de las pretensiones de la demanda, pues precisó que en los pliegos se dispuso que del *ítem* “descapote” se ejecutarían 296.048 m³ y del *ítem* “excavación material común para canales” 495.808m³, por valor de \$1'139.050.312. A folio 71 del cuaderno 1 cuantificó los perjuicios en \$423'297.659,24.

vii) En la reclamación precisó que la retención de los equipos, de conformidad con la relación de paradas por problemas con los usuarios que obra

a folios 170 y 171 del cuaderno 3, ascendió, a mayo de 1996, a \$28'170.000. No obstante, en la demanda señaló que los usuarios del Distrito de Riego de María la Baja retuvieron los equipos de propiedad de la Unión Temporal, como mecanismo de presión contra el INAT, ocasionándole perjuicios al contratista y desacelerando la programación y el avance de las obras –fls. 65 a 66, cdno. 1-.

viii) En la vía gubernativa la Unión Temporal se refirió a los sobrecostos derivados de la ejecución de las actividades de colocación de piedra y cargue de material para acarreo, que a su juicio constituyen actividades adicionales, y que reclamó en cuantía de \$79'484.193,87 –fls. 174 y 175, cdno. 3-. En la demanda también pretendió el pago por este concepto, porque sostiene que en los pliegos de condiciones se estipuló que del ítem “protección en piedra pegada” se ejecutarían 180 m², razón por la que el contratista estimó una distancia de “acarreo” de 5 kilómetros. Sin embargo, la cantidad ejecutada por la Unión Temporal ascendió a 4.624,32 m², lo que exigió desplazarse hasta Turbaco (Bolívar), que se encuentra a una distancia de 50 kilómetros del sitio de las obras.

De otra parte, respecto al ítem “cargue material de excavación”, señaló que durante la ejecución del contrato desarrolló dos actividades adicionales denominadas: “sobrecarreo hasta 3 kilómetros” y “sobrecarreo hasta 5 kilómetros”, relacionados con el transporte de material sobrante de excavación de los canales, pero el INAT se negó a pagarlo. –fl. 68 y 69, cdno. 1-.

Además, cuantificó sus perjuicios en \$79'848.194, es decir, el mismo valor que pretendió en la reclamación administrativa. –fl. 71, cdno. 1-.

ix) Ante la administración pública también exigió la indebida liquidación de los reajustes pagados. Aseguró que el reajuste reclamado ascendió a \$113'951.738,70 mientras que el reajuste reconocido fue de \$91'254,980,34. Este ítem también hace parte de la demanda –fls. 62 a 65, cdno. 1-, porque el contratista aseguró que las cantidades de obra fueron inferiores a las proyectadas en el programa de trabajo, y esto condujo a un aparente retraso. Sin embargo, el INAT lo sancionó por retardar la ejecución de las obras. Concretamente, en la demanda se reclaman los siguientes valores: “... Ajuste deficiente del valor de las obras ejecutadas o congeladas indebida de reajustes:

“Reajustes reclamados 113951738,70

“Reajustes reconocidos 91254980,34

“Diferencia que reclama 22696758,36” –fl. 71, cdno. 1-.

x) Finalmente, en la reclamación del 15 de febrero de 1998 la contratista solicitó el pago de la *utilidad dejada de percibir por la inejecución de la totalidad de las obras*, que ascendió a 24'387.082.01. Este aspecto también hace parte de la demanda, donde señaló que las modificaciones impuestas por el INAT y la falta de disponibilidad de los terrenos y los planos disminuyeron la ejecución de las obras, afectando la utilidad esperada –fls. 69 y 70, cdno. 1-. En la acción contractual la estimó en \$19'414.920,79 –fl. 71, cdno. 1-.

A modo de conclusión, la Sala observa que las pretensiones reclamadas en el proceso *sub iudice* se corresponden perfectamente con las solicitadas en la reclamación que la Unión Temporal le presentó a la entidad pública, en febrero de 1998, cuando el plazo de ejecución del contrato había terminado.

e) De otro lado, también está demostrado que la reclamación a que se viene haciendo referencia la contestó el INAT mediante oficio No. GMPI-720 del 15 de mayo de 1998, enviado al contratista el 20 de mayo del mismo año.

La entidad negó la pretensión económica del contratista, expresando frente a cada reclamación que:

“1. DISPONIBILIDAD DE PERSONAL

“a) Período del 30 de julio al 9 de diciembre de 1996.

“Para este período se debe tener en cuenta que en acta de suspensión de fecha 30 de julio de 1996, ‘el contratista deja constancia que ésta (sic) suspensión no ocasionaría reclamación al INAT’.

“De otra parte, revisados los archivos de control de personal, equipo y estado del tiempo en la obra para este período, no se observa la disponibilidad de personal al cual se refiere su reclamación. ‘solo se tiene una presencia esporádica del ingeniero residente, según informa la firma SENIOR Y VIANA.

“b) Período del 9 de julio al 14 de octubre de 1997

“En cuanto a este período es preciso aclarar, que los términos contractuales no fueron suspendidos, pues para determinar esta circunstancia debe existir una Acta de Suspensión de conformidad

con los términos y procedimientos establecidos en la Circular 8420 del 10 de septiembre de 1994.

“El único personal que estuvo presente, lo fue en el mes de julio-97, pero adelantando algunas correcciones sobre las obras señaladas por la firma Interventora SENIOR Y VIANA LTDA.

“2. DISPONIBILIDAD DE EQUIPOS

“a) Período del 30 de julio al 9 de diciembre de 1996.

“Además de lo precisado en el numeral anterior, durante este período no hubo equipo disponible para adelantar las obras. En los archivos control de personal, equipo y estado del tiempo, el primer equipo que llegó a las obras fue un camión Ford - 350 el 9 de diciembre - 96, luego arribó el 11 de diciembre un bulldozer; fechas en las cuales el contrato ya se encontraba en ejecución.

“b) Período del 9 de julio al 14 de octubre de 1997

“Se reafirma lo dicho para este período en el numeral 1.b

“Además, se destaca que en los dos últimos meses (mayo y junio) del período en ejecución, la utilización de equipos y maquinaria fue mínima, por cuanto se incrementaron en mayor volumen (sic) las excavaciones a mano, como lo demuestran las Actas de obra No. 6 y 7 del contrato en mención.

“Por las anteriores consideraciones, no es procedente las reclamaciones tratadas anteriormente, en los puntos 1 y 2.

“3. COSTOS DE PARADA DE EQUIPOS POR LA OPOSICIÓN DE ALGUNOS USUARIOS EN LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS

“Se tendrá en cuenta al momento de la liquidación, de conformidad con la relación elaborada por la firma Interventora Senior y Viana Ltda.

“4. MORA EN EL PAGO DE LA FACTURACION (SIC) DE LA OBRA EJECUTADA

“Revisadas las diferentes Actas presentadas para la cancelación de las cuentas, únicamente presenta mora en el pago las Actas Nos. 1, 2 y 3, por cuanto las demás, según relación de la Tesorería (detallada más adelante) fueron canceladas dentro del plazo establecido en el Pliego de Condiciones, numeral 2.40, es decir dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la presentación.

“Cuenta	Concepto	Valor	Fecha radicación	Fecha pago
0632/97	Acta 01	\$23'208.559,38	19 marzo/97	28 mayo/97
0633/07 (sic)	Acta 02	74'360.335,74	19 marzo/97	28 mayo/97

0958/97	Acta 03	65'347.542,59	22 abril/97	28 mayo/97
1194/97	Acta 04	144'173.482,49	14 mayo/97	27 junio/97
1241/97	Acta 05	237'568.487,60	19 mayo/97	11 junio...

“5.FALTA O PERDIDA (SIC) DE PRODUCTIVIDAD DE LOS EQUIPOS POR FACTURACION (SIC) MENOR A LA PROPUESTA EN LOS ITEM (SIC) DESCAPOTE Y EXCAVACION (SIC) A MAQUINA (SIC)

“No se considera pertinente reconocer los costos de capital, más los costos Indirectos, por los equipos relacionados en la propuesta original, debido a que la modificación en las cantidades de obra, se hicieron con base a un acuerdo contenido en el Acta de Modificación de Cantidades Obra del 20 de febrero de 1997, donde se definieron algunos Item (sic) no previstos inicialmente, se ajustó las cantidades por ejecutar, los cuales se revisaron y actualizaron entre el contratista, el Interventor y el INAT, cuyos resultado si bien se disminuyeron la (sic) cantidades por ejecutar por el ítem descapote y excavación, a la vez se aumentaron para otros Items (sic) adicionales, como excavación a mano, concreto, relleno con material seleccionado entre otros más, para cumplir con las metas físicas del proyecto en la forma prevista y optimizar los recursos...

“6. OBRAS ADICIONALES NO RECONOCIDAS

“a) Revisión de precios de piedra pegada.

“No considera viable su solicitud por cuanto los precios unitarios contenidos en su propuesta no pueden ser objeto de modificación porque existan mayores cantidades de obra. En el numeral 8 de su propuesta (carta de presentación), se obligó, a ejecutar las obras para el INAT, a los precios unitarios contenidos en la lista de cantidades y precios incluidos en la misma, ‘sin que tales precios sufran modificación alguna por los cambios en las cantidades de obra ordenadas por la entidad contratante’ (...)

“b) Cargue para material de acarreo.

“Revisada y evaluada su solicitud, se tendrá en cuenta en la liquidación de acuerdo a (sic) al concepto favorable de la firma Interventora Senior y Viana Ltda., por un valor de \$760/M3.

“7. INDEBIDA LIQUIDACIÓN DE AJUSTES PACTADOS

“Se reafirma lo expresado en nuestro oficio 7108 del 26 de diciembre/97 y el oficio SYV-2535 del 7 de octubre/97 de la firma Interventora Senior y Viana, en cuanto a que el Instituto solamente está obligado a cancelar únicamente los reajustes a los meses en que la obra fue programada. Si el costo de las obras ejecutadas corresponde a fechas posteriores a las establecidas en la programación, se reajustaran (sic) tomando los índices de reajustes correspondientes a los meses en que dicha obra fue programada.

“8. UTILIDAD DEJADA DE RECIBIR POR EL CONTRATISTA POR INEJECUCIÓN DEL CONTRATO

“De acuerdo al informe final de la Interventoría y el margen de utilidad de la propuesta se evaluará y cuantificará (sic) conjuntamente en el proceso de liquidación...” –fls. 39 a 42, cdno. 3-.

En los términos expresados, la respuesta negó la solicitud indemnizatoria del contratista.

3. El *silencio administrativo* en las reclamaciones contractuales presentadas a la administración.

Para enfocar la solución del problema que ofrece el caso *sub iudice* la Sala seguirá exacta, y fielmente, la filosofía expresada en un caso idéntico, resuelto en la sentencia del 12 de febrero de 2014 –Sección Tercera, Subsección C, exp. 21.576-. De esta manera téngase en cuenta que el régimen jurídico del silencio administrativo ha variado entre los estatutos contractuales contenidos en los Decretos-ley 150 de 1976 y el Decreto-ley 222 de 1983 –que tenían la misma regulación de este tema-, de un lado; y la Ley 80 de 1993, del otro. La diferencia consiste en que si bien, en los dos primeros era posible que el contratista presentara peticiones o reclamaciones a la administración, en caso de configurarse el silencio administrativo se entendía que lo pedido se negaba; en cambio, con la Ley 80 de 1993, procediendo también el derecho de petición, en caso de silencio lo pedido se entiende concedido.

3.1. El silencio administrativo contractual en vigencia del Decreto-ley 150 de 1976 y del Decreto-ley 222 de 1983 –que tenían la misma regulación de este tema-.

Pese a la extensión y densidad que tuvo el Decreto-ley 222, porque trató de regular demasiados temas de la contratación, lo cierto es que no reguló la institución del silencio administrativo que surgía en caso de falta de respuesta de la administración a una petición que presentara el contratista, lo que significó que ante el vacío se debía acudir al Código Contencioso Administrativo, que en el inciso segundo del art. 1 dispuso que cuando un tema de procedimiento administrativo carecía de regulación especial, se aplicaba subsidiariamente dicha

normativa⁷. Precisamente, como el Decreto-ley 222 no trató el tema, esto significaba:

i) Que, desde luego, procedía el ejercicio del derecho de petición al interior de la actividad precontractual, contractual y post-contractual, porque la naturaleza y origen de ese derecho es constitucional –art. 45 de la Constitución Política de 1886; y arts. 23 y 74 de la Constitución Política de 1991-.

ii) Por la razón anterior, las entidades públicas tenían el deber de responder las solicitudes, pero como no existía plazo especial el vacío lo cubría el CCA., así que en el caso concreto era de 15 días hábiles, conforme lo dispuso el art. 6.

iii) No obstante, si pasado el término anterior la administración no contestaba, surgía la responsabilidad disciplinaria del funcionario, pero el contratista debía esperar la respuesta para controvertir la decisión que se le notificara, si fuera necesario.

iv) Sin embargo, en caso de que transcurrieran tres (3) meses desde que se presentó la reclamación, sin que se notificara la respuesta, se entendía negada la petición⁸, decisión ficta o presunta cuya naturaleza corresponde a la de un acto administrativo.

⁷ “Art. 1. CAMPO DE APLICACION. Las normas de esta parte primera del código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder Público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este Código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de "autoridades".

“Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles.

“Estas normas no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza, requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas.

“Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.” (Negrillas fuera de texto)

⁸ “Art. 40. SILENCIO NEGATIVO. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

v) De otro lado, el régimen analizado no discriminaba entre las peticiones o reclamaciones presentadas durante las etapas: precontractual, de ejecución del contrato y post-contractual, así que los términos de respuesta y de configuración del silencio eran los mismos en cualquier de ellas.

3.2. El silencio administrativo en vigencia de la Ley 80 1993.

El art. 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993 modificó parcialmente el régimen preexistente en materia contractual. Estableció un supuesto especial de silencio administrativo positivo, teniendo en cuenta que la regla general que regía era el silencio negativo, salvo norma legal especial que establezca lo contrario⁹. Dispone la norma:

“La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto.”

⁹ Sobre el tema expresa Eduardo García de Enterría que: “El silencio positivo tuvo siempre un sentido y una funcionalidad diferentes. El art. 95 LPA lo refirió a los supuestos de autorizaciones y a los de aprobaciones que hubieran de acordarse en ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores, es decir, a casos de control, preventivo o a posteriori, de la regularidad de ciertas actuaciones de los particulares o de órganos o entidades administrativas inferiores cuya voluntad debiera ser integrada por otra Administración superior. En este marco se comprende sin dificultad que el silencio de la Administración llamada a otorgar la autorización o aprobación pudiera sustituir a éstas pura y simplemente, suavizando así el rigor propio del control policial o de tutela, instrumentado por la norma, pues conocida la actividad a controlar y transcurrido un tiempo prudencial sin que se formulase objeción alguna por el órgano llamado a ejercerla, era lógico suponer el nihil obstat, la inexistencia del veto.” (Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas. Madrid. 1997. Pág 588 y ss.)

El Profesor Fernando Garrido Falla “Afirma que es base de partida del silencio positivo: “que la disponibilidad sobre la actividad de que se trata pertenece al sujeto que se dirige en petición a la Administración y que lo que a ésta compete es un poder o facultad de veto que responde a su papel de vigilante del interés público; que dispone de un determinado lapso de tiempo para ejercerlo y que, si no lo ejerce, la actuación del peticionario surte plena eficacia jurídica.
(...)”

“Las entidades u organismos sometidos a cierto tipo de tutela o fiscalización superior,(.) actuaban en el ejercicio de su competencia, por lo que el principio era el de la validez y eficacia de sus actos (aunque sometidos a la condición suspensiva y resolutoria de que no fuesen desautorizados por la autoridad superior). Obviamente, si la desautorización no se producía, surtían plenamente sus efectos. En eso consistía la técnica del silencio positivo.

“Y es éste, cabalmente, el régimen del silencio positivo en la ley 30/1992. ¿ Que significa, si no, hablar de derechos preexistentes? Pues si el derecho preexiste, es decir, si es anterior que la Administración lo conceda, está claro que lo que a ésta puede conceder la ley - en el mejor de los casos - es un derecho de veto a utilizar durante un plazo determinado y cuyo no uso - al igual que ocurre con otras instituciones de derecho público y constitucional - determina automáticamente la eficacia jurídica de los actos del “peticionario Pues si el derecho preexiste, es decir, si es anterior que la Administración lo conceda, está claro que lo que a ésta puede conceder la ley - en el mejor de los casos - es un derecho de veto a utilizar durante un plazo determinado y cuyo no uso - al igual que

“Art. 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:(...)”

“16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley.”

Esta disposición se reglamentó en su momento por el art. 15 del Decreto 679 de 1994, que estableció:

“Art 15.- Del silencio administrativo positivo. De conformidad con el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993, las solicitudes que presente el Contratista en relación, con aspectos derivados de la ejecución del contrato y durante el período de la misma, se entenderán resueltas favorablemente a las pretensiones del contratista si la entidad estatal contratante no se pronuncia durante de los tres (3) meses a la fecha de presentación de la respectiva solicitud.”

Para que se configure el acto ficto positivo, las normas transcritas establecieron varios requisitos: i) la solicitud la debe presentar el contratista, ii) debe hacerlo ante la administración, iii) durante la ejecución del contrato y iv) la entidad ha debido guardar silencio frente a ella, por un lapso de tres (3) meses.

Sin embargo, esta norma no contempla toda la estructura jurídica formal y material del silencio administrativo, toda vez que una buena parte de su regulación se mantiene en el Código Contencioso Administrativo, al cual se debe acudir, nuevamente por aplicación del inciso segundo del art. 1 del Decreto 01 de 1984 – hoy del art. 2 de la Ley 1437 de 2011-, que dispone: “Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles.”

En virtud del *primer requisito*, la solicitud la debe “presentar el contratista”, lo que parece obvio, aunque sólo en forma aparente, porque en realidad eso no lo

ocurre con otras instituciones de derecho público y constitucional - determina automáticamente la eficacia jurídica de los actos del “peticionario” (en realidad petionario de que?) (Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Tecnos. Madrid. 1994. Pág. 490)

establece el art. 25.16 de la Ley 80. Lo que dispone es que “las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato...” si la entidad no se pronuncia en 3 meses se configura el silencio positivo, y resulta que en esa etapa perfectamente pueden formular peticiones, relacionadas con el contrato, la compañía de seguros que ampara al contratista, otras entidades estatales o los ciudadanos –por ejemplo las veedurías, y en general cualquiera persona-. De entenderse literalmente la norma, toda petición en esta etapa, sin importar de quien provenga, produciría el silencio positivo.

Sin embargo, el art. 15 del decreto reglamentario citado, interpretando correctamente el espíritu de la ley, establecía que la solicitud debe provenir del contratista, para que, eventualmente, produzca el silencio positivo. La Sala comparte este criterio, porque es razonable y consulta el sentido natural de la norma. Por tanto otra solicitud, en caso de mora de la administración en responderla, dará lugar a que se configure el silencio administrativo negativo, que es la regla general que contempla el CCA.

El *segundo requisito*, establece que la solicitud se debe “presentar a la administración”, lo que parece obvio, porque así lo establece, expresamente, el art. 25.16 de la ley 80, y también su decreto reglamentario. Por tanto, las peticiones, reclamaciones u observaciones que también suele presentar el Estado al contratista, por distintas razones derivadas de la celebración del contrato, no configurarán este silencio, y ni siquiera el negativo, simplemente porque este régimen no cubre las respuestas que también debe dar el contratista a las comunicaciones de la entidad.

Se trata de un sistema jurídico diferencial, donde el Estado, como parte del contrato, tiene una carga mayor que la del contratista, como integrante del negocio jurídico; estableciendo la ley un beneficio exclusivamente para éste.

El *tercer requisito* exige que la petición se presente durante la *ejecución* del contrato, y excluye la configuración de esta modalidad de silencio frente a las solicitudes presentadas durante las etapas pre-contractual, de perfeccionamiento del contrato y de liquidación¹⁰. En estos tres casos, el silencio que se configura

¹⁰ Esta Sección ha sostenido invariablemente esta tesis, entre muchas otras sentencias en la de 7 de octubre de 1999 –exp. 16.165-, donde expresó: “Se destaca de la ley que el silencio u omisión de la Administración Contratante respecto de las peticiones del contratistas **por fuera del término**

ante una petición es el negativo –en el evento de no responderse-, pasados 3 meses de presentada la petición, por aplicación del art. 40 del CCA.¹¹ –hoy del art. 83 de la ley 1437 de 2011-, pues no existiendo norma especial en la Ley 80 que regule estos supuestos, entonces rige este código.

En estos términos, la Ley 80 restringió a una etapa muy precisa del *iter* contractual la posibilidad de que se configure el silencio positivo, momento cuya existencia tiene variables que afectan su concreción. Pero antes de analizar ese aspecto es importante considerar que lo determinante para el artículo 25.16 no es tan solo que se esté en la etapa de ejecución, sino que la petición se presente durante ella, sin importar cuándo se resuelva o deba resolver. En estos términos, lo definitivo es la presentación de la solicitud, no la fecha o momento de la respuesta. En tal sentido, dispone claramente la norma que “las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato...” son las que tienen la posibilidad de configurar este silencio, haciendo abstracción de la etapa en la cual se respondan.

de ejecución contractual, de otra parte, no originan presunta respuesta positiva. Recuérdese que la ley condicionó la formulación de la petición a que se haga dentro “*en el curso de la ejecución del contrato*”.

En el mismo sentido la sentencia de esta misma Sección de 16 de febrero de 2001 –exp. 18.063-: “Es cierto que el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, dispone que en las solicitudes que se presenten en la ejecución del contrato, si la entidad no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Sobre el particular, la norma es aplicable a las diferencias presentadas dentro de la ejecución del contrato y con ocasión de su desarrollo. En cambio, en el caso sub examine el contrato había sido ejecutado, las obras entregadas y en fase de liquidación.”

Igualmente en el auto de diciembre 13 de 2001 –exp. 19.818- “b) Sin perjuicio de lo anterior, es especialmente relevante para el caso advertir, que las peticiones respecto de las cuales la entidad demandante pretende la ejecución del silencio administrativo positivo, fueron elevadas por ésta a la entidad demandada luego de que tuviera lugar la ejecución de los respectivos contratos, según aparece expresamente consignado en la segunda de las declaraciones que contiene la respectiva escritura pública de protocolización (fl. 3 vlto. y 4 cdno. 1), circunstancia bajo la cual no tiene aplicación la figura jurídica que sobre el particular consagra el numeral 16 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, ya que el silencio administrativo positivo establecido en dicha norma se predica respecto de las peticiones que los contratistas dirigidas a las entidades estatales ‘**en el curso de la ejecución del contrato**’, mas no frente a toda clase de solicitudes, como ocurre en el presente caso, en donde las peticiones de Coopguanentá Ltda. fueron presentadas con posterioridad a dicha ejecución.”

¹¹ “Art. 40. SILENCIO NEGATIVO. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

“La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto.”

Sin embargo, la identificación de la fase de ejecución de un contrato estatal es un aspecto que en la praxis presenta usualmente variables, si se quiere distinguirla adecuadamente. El criterio inicial lo ofrece el inciso segundo del art. 41 de la ley 80 de 1993, que establece:

“Art. 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.” (Negrillas fuera de texto)

Formalmente, cuando se cumplan las condiciones previstas en el inciso segundo ya es posible iniciar la fase de ejecución contractual. No obstante, se acostumbra pactar condiciones especiales para ello, por ejemplo: i) que la iniciación queda sujeta a la suscripción de un “acta de iniciación” del contrato –luego de cumplir los requisitos del art. 41-, o ii) que será tan pronto se aprueben las garantías –es decir, que no se suscribe un “acta de inicio”-, y, en fin, iii) se acuerdan fórmulas semejantes, que contribuyen a determinar el inicio del plazo del contrato.

Cuando el contrato no regula el tema, a las partes y/o al juez les corresponde interpretar el problema, a la luz de la ley y del negocio jurídico mismo, para determinar cuál es el momento de iniciación de esta etapa.

El cuarto requisito que establece la ley, destacado atrás, exige de la administración responda oportunamente la petición.

4. El caso concreto, a partir de las normas que regulan el silencio administrativo y la configuración de la excepción de *inepta demanda*.

La demanda es el instrumento a través del cual se ejercita el derecho de acción, es decir, que inicia el proceso judicial para obtener -mediante la sentencia- la resolución de las pretensiones que formula el demandante¹². Considerando,

¹² Devis Echandía definió la demanda en los siguientes términos: “El derecho de acción abstracto, subjetivo y público a que se realice un proceso y se dicte una sentencia, debe ejercitarse por medio de un instrumento adecuado. Es decir, como la acción es un derecho y como por su ejercicio se impone al funcionario público, sujeto pasivo del mismo en representación del Estado, la

entonces, la importancia que tiene la demanda como mecanismo introductorio del proceso, es preciso tener en cuenta que la ley ha establecido diversos requisitos para el cumplimiento del presupuesto procesal denominado “demanda en forma”.

De acuerdo con esto, no cualquier escrito denominado demanda pone en funcionamiento la jurisdicción, toda vez que se debe cumplir con los requisitos dispuestos por la ley para estructurarla en debida forma. Es así como, el Código Contencioso Administrativo reguló su contenido mínimo en los artículos 137 a 139¹³ y, por tanto, para estructurarla de conformidad con las normas legales, es necesario acudir, únicamente, a lo establecido en esas disposiciones. En este sentido, los artículos 137 y 138 prescriben:

“Art. 137. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

“1. La designación de las partes y de sus representantes.

“**2. Lo que se demanda.**

“3. Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción.

“4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

“5. La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer.

“6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.” (Resalta la Sala)

“Art. 138. Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

obligación de proveer, es obvio que ese derecho debe ser ejercitado mediante la comunicación de su titular con el juez y que sólo mediante este medio se surten sus efectos. Pero esto no quiere decir que la acción se origine con el proceso, porque ella existe antes de ser ejercitada (véase num. 106).
(...)

“Desde este punto de vista, la demanda es el instrumento para ejercitar la acción, y no se la debe confundir con ésta; pues en la demanda se contiene, además, la pretensión del demandante (véase num. 127). En efecto, quien presenta una demanda no se limita a pedirle al juez que mediante un proceso dicte una sentencia, sino, además, que en esta sentencia le resuelva favorablemente determinadas peticiones para satisfacer su interés, lo que no constituye objeto de la acción, sino de la pretensión. Esta no puede formularse sin la demanda.” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal, teoría general del proceso Tomo I, Sexta edición. Editorial ABC. Bogotá, 1978. Pág. 373

¹³ Cabe advertir que, considerando que el Código Contencioso Administrativo reguló lo concerniente al contenido de la demanda, no es necesario acudir, de acuerdo con el artículo 267 del CCA, a lo dispuesto sobre la materia en el Código de Procedimiento Civil. Dicho artículo dispone: “En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo.”

“Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

“Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

“Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren.” (Negrillas fuera de texto)

En cuanto a la necesidad de cumplir los requisitos exigidos para la presentación de una demanda en forma -y pueda existir proceso judicial-, la doctrina ha señalado:

“La acción se dirige al juez, y por eso los sujetos de ella son únicamente éste y el actor; la pretensión va dirigida a la contraparte, necesarios para que pueda originarse el proceso, **debe contener lo que se pide, con sus fundamentos de hecho y de derecho; es decir, la pretensión y su razón. Para que el objeto de la acción se cumpla y haya proceso, basta que se reúnan los presupuestos procesales (competencia, capacidad de las partes, debida representación, ausencia de vicios de nulidad, condiciones de forma para toda demanda y las especiales para la clase de proceso de que se trata; véanse num. 157-162);** pero para que prospere la pretensión y la sentencia sea favorable, se requiere, además, que el actor pruebe el derecho en que la funda, que ese derecho no sea desestimado por consecuencia de una excepción del demandado, que se tenga legitimación en la causa e interés sustancial para obrar y que se reúnan los demás presupuestos materiales y sustanciales estudiados en el capítulo XV.”¹⁴ (Negrilla fuera del texto)

Conforme a lo anterior, y teniendo presente que este análisis se realiza para estudiar la procedencia de la excepción de inepta demanda, es preciso considerar que ésta se constituye, exclusivamente, cuando falta alguno de los presupuestos expresados, esto es, cuando no se cumple con lo prescrito en los artículos 137 a 139 del CCA.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala recuerda que la legislación aplicable a este contrato es una mezcla de los estatutos internos del Banco Mundial y la Ley 80 de 1993 –según se analizó antes-, pues se celebró el 25 de junio de 1996, entre la demandante y el INAT.

¹⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. Cit. Pág. 374.

Para enfocar la solución al problema jurídico que ofrece el caso *sub iudice*, habrá de reiterarse como ya se dijo la tesis sostenida en la sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 12 de febrero de 2014 –exp. 21.576- que resolvió un caso similar al *sub iudice*, es decir, una demanda por incumplimiento contractual definida por la entidad contratante mediante actos administrativos proferidos durante la ejecución del contrato –tesis que se ha sostenido en múltiples providencias, incluso en algunas de esta misma Subsección, entre ellas: sentencia de diciembre 19 de 1990 -exp. 3.351-; sentencia de febrero 8 de 1996 -exp. 8.827-, sentencia de 22 de abril de 2009 -exp. 15.598-; sentencia del 24 de enero de 2011 -exp. 16.492- y sentencia del 26 de marzo de 2014 –exp. 25.389-.

Por tanto, se advierte que la reclamación presentada por la Unión Temporal, el 19 de febrero de 1998 se debió responder dentro de tres (3) meses siguientes contados desde esa fecha, es decir, el 19 de mayo de 1998. Pero como fue posterior, entonces se configuró el silencio administrativo negativo. Sin embargo, aun cuando esto ocurrió, el acto ficto derivado de la falta de contestación dentro del término previsto, se reemplazó por el oficio GMPI-720 que la entidad emitió el 15 de mayo de 1998, del cual tuvo conocimiento la Unión Temporal el 20 del mismo mes y año, en atención a lo previsto en el inciso segundo del artículo 40 del CCA que impone a la administración el deber de decidir sobre la petición, a pesar de la ocurrencia del silencio, en efecto, esta norma dispone:

“Artículo 40. Silencio negativo. (...)

“La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto.”

No obstante lo anterior, al revisar las pretensiones de la parte demandante, la Sala encuentra que el contratista no demandó este acto administrativo que resolvió la reclamación, es decir que la definición administrativa del tema quedó sin control, y con presunción de legalidad. Por esta razón, se declarará, oficiosamente, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, porque así fuera cierto que el INAT incumplió el contrato de obra, lo determinante para este proceso es que los efectos del acto administrativo quedarían incólumes, toda vez que la parte actora no solicitó su nulidad, así que aún se presume válido.

En efecto, hay que recordar, en primer lugar, que el demandante presentó al INAT una reclamación, que contenía los mismos *ítems* que se reclamaron en la acción contractual iniciada luego, es decir, se alegó el incumplimiento del contratante y los consecuentes perjuicios derivados de la mayor permanencia en la obra.

En este sentido -como lo concluyó la Sala-, la reclamación presentada en febrero de 1998 coincide en su objeto con las pretensiones de reconocimiento y pago de perjuicios solicitados en la acción contractual. Por ende, si el mismo demandante intentó definir el conflicto en la vía administrativa, debió desvirtuar la presunción de validez de la respuesta de la entidad pública.

Entonces, como el demandante acudió voluntariamente a la administración para reclamar los perjuicios, teniendo la posibilidad de demandar directamente ante la jurisdicción contenciosa, es decir, sin necesidad de agotar la vía gubernativa, al haberlo hecho quedó atado a la respuesta del INAT, por tanto, al demandar luego el incumplimiento contractual debió solicitar la nulidad del acto administrativo que le negó exactamente las mismas prestaciones¹⁵.

¹⁵ Esta tesis se ha reiterado en muchas ocasiones. Por ejemplo, en la sentencia de diciembre 19 de 1990 -exp. 3.351-, la Sección Tercera se inhibió para fallar debido a que, existiendo un acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato, el demandante no impugnó su legalidad. Al respecto sostuvo: "Existe otro impedimento para el pronunciamiento de fondo de la controversia, cual es la no impugnación del acto de liquidación, dictado unilateralmente por el Fondo. Está bien probado que ese acto se produjo y que no fue suscrito por el contratista. Esta no suscripción le abrió también la puerta para su impugnación, pero se omitió también esa salida. Ha dicho la jurisprudencia, con apoyo en el estatuto contractual, que cuando la administración no logra acuerdo de liquidación con el contratista o éste no interviene en esa operación, debe hacerlo unilateralmente mediante acto administrativo debidamente motivado, contra el cual, luego de su notificación, podrá agotarse la vía gubernativa. Acto administrativo que, como tal, tendrá que impugnarse cuando la pretensión del contratista parta de realidades diferentes."

Posteriormente, decidiendo el grado jurisdiccional de consulta, conoció de una sentencia que dirimió el conflicto contractual entre EMPOSUCRE y el señor Eduardo Ojeda Ávila. En esa oportunidad la Corporación realizó un análisis sobre la liquidación del contrato, concluyendo que cuando se está en desacuerdo con ella -ya sea parcial o totalmente-, se debe demandar, expresamente, el acto administrativo que contiene la liquidación. Los términos de la providencia son los siguientes: "Se hace el recuento precedente para entender el sentido de los siguientes hitos jurisprudenciales ya reiterados:

"a) Ordinariamente los contratos de obra pública y de suministro deberán liquidarse a su terminación normal o anormal, para definir quién debe a quién y cuánto.

"b) Si las partes liquidan de común acuerdo y el acta se suscribe sin salvedades, en principio, no podrá impugnarse jurisdiccionalmente, salvo que haya habido un vicio en el consentimiento de una de las partes que intervino en el convenio.

“c) Si el acta se suscribe con salvedades, el debate jurisdiccional será posible, pero sólo en lo que fue materia de desacuerdo.

“En este evento, no habrá que pedir la nulidad del acta respectiva. Se entiende sí que en lo que no hubo desacuerdo el acta permanecerá intangible.

“d) Pero puede suceder que el contratista no comparezca a la liquidación o se niegue a suscribir el acta por tener objeciones en cuanto a su contenido. Aquí, la administración tendrá que liquidar el contrato mediante resolución motivada, o sea por acto administrativo. **En esta hipótesis, como la lesión al contratista la produce dicho acto, para efectos del resarcimiento deberá pedirse expresamente su nulidad; petición que no convierte esta acción en una de restablecimiento, porque su índole estrictamente contractual no se pierde con la existencia de la aludida resolución.**” (Resalta la Sala) -Sección Tercera. Sentencia de marzo 15 de 1991, exp. 6.053-

Así mismo, en sentencia de marzo 15 de 1991, se analizó un caso similar, pues existiendo acto administrativo de liquidación este no fue demandado, pero se solicitó la declaratoria de incumplimiento contractual. Se razonó entonces del siguiente modo: “Si en la demanda el actor se limita a pedir que se declare el incumplimiento del contrato por parte de la entidad administrativa, y no ataca la validez de las resoluciones que liquidaron el contrato, tales resoluciones se convierten en un obstáculo para revisar si en ellas la administración reconoció las cargas patrimoniales que se derivaron de la ejecución del contrato en particular, puesto que el acto administrativo de liquidación de un contrato, una vez ejecutoriado y en firme, queda amparado por la presunción de veracidad en todos los aspectos de hecho y de derecho.

“En las anteriores condiciones, si se toma en cuenta que las resoluciones mediante las cuales se liquidó unilateralmente el contrato y se confirmó la liquidación, por tratarse de típicos actos administrativos, luego de su ejecutoria quedaron en firme y amparados por la presunción de legalidad, de tal forma que sólo eran susceptibles de impugnación mediante el ejercicio de la acción contractual ante esta jurisdicción. No obstante, como se deduce del examen del expediente, en este proceso no se demandó la nulidad de ninguno de tales actos, omisión que indefectiblemente conduce a concluir que los mismos se encuentran vigente (sic) y que, por consiguiente las determinaciones tomadas por la administración en este proceso deben mantenerse sin modificación.” -Sección Tercera. Sentencia de marzo 5 de 1994, exp. 8857-

Y en sentencia de febrero 8 de 1996 -exp. 8.827-, analizando la controversia surgida entre la sociedad Gutiérrez Contreras Ltda. contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja, y a título de *obiter dicta*, la Sección reiteró la obligación de controvertir -en la acción contractual- el acto administrativo de liquidación. Allí sostuvo: “Aunque con lo anteriormente expuesto, sería suficiente para desestimar las súplicas de la demanda, la Sala agrega que el demandante, en el presente proceso no impugnó la resolución No. 0622 del día 28 de agosto de 1.989, que contiene la liquidación del contrato. Esta realidad lleva al sentenciador a dejar incólume la legalidad del mismo, pues este aspecto no fue cuestionado a lo largo del informativo (...). Pues bien, dentro del anterior marco jurisprudencial, es verdad que la liquidación que hicieron las partes del negocio jurídico debe ser mantenida, pues si bien es cierto, el actor solicita que se declare el incumplimiento del contrato, guardó silencio (sic), en cuanto hace relación a la impugnación del acto administrativo que recoge la liquidación del contrato, y como el a-quo, lo observó:

“ ‘Aquí no se ha cuestionado, no se ha demandado, en ningún momento la resolución 00672 del 28 Agosto de 1989, que contiene la liquidación. Entonces ese es un acto administrativo que tiene plena presunción de legalidad y que permanece intacto por no haber sido cuestionado.’ ”

En otra ocasión la Sala analizó una demanda que pretendía la condena de la entidad pública contratante, por incumplimiento del contrato. En esa oportunidad se acreditó que el convenio se liquidó unilateralmente, a través de un acto administrativo, actuación contra la cual se interpuso recurso de reposición, pero, al acudir a la jurisdicción, el contratista no demandó su legalidad, por tanto, luego de que el *ad quem* advirtió que la acción contractual exige la impugnación de dicho acto, se inhibió para fallar de fondo. En tal sentido sostuvo: “La liquidación del contrato implica, entonces, un ajuste de cuentas definitivo; en ella se fija lo que a la terminación del contrato la entidad quedó debiendo al contratista o lo que éste le quedó debiendo a aquélla, por causa de las

Esto significa que si bien, es verdad que para ejercer la acción contractual no es requisito acudir previamente a la administración para discutir el derecho, y luego demandar el acto –art. 135 del Decreto 01 de 1984¹⁶–; lo cierto es que la Unión Tempotral lo hizo, y por actuar así obtuvo una respuesta de la administración, que constituye un acto administrativo, y por eso ya era necesario demandarlo, para removerlo del ordenamiento.

Además, adquiere la mayor importancia saber que la reclamación presentada al INAT era idéntica en contenido a las pretensiones formuladas en la demanda, y si la contratista conocía la respuesta negativa de la administración, debió demandar

obligaciones cumplidas en desarrollo del contrato y las actualizaciones a que pudo tener derecho, o los sobrecostos en que incurrió en razón de la prórroga del plazo del contrato, extremos que generan créditos a su favor que tienen origen en el contrato mismo y que por ende deben ser resueltos en el acta de liquidación; y que si el contratista no impetra la nulidad de la misma, no puede luego reclamar adiciones sobre las sumas establecidas, que tienen el carácter de definitivas.
(...)

“En el sub iudice la contratista no firmó el acta de liquidación por no estar de acuerdo con ella; habría podido firmarla y mencionar en el acto sus objeciones, lo que le hubiera permitido demandar directamente.

“Al no firmar el acta, la entidad profirió una resolución de liquidación unilateral del contrato, contra la cual el actor interpuso recurso de reposición, agotando, como lo advierte el mismo en su demanda, la vía gubernativa.

“Pero lo extraño aquí, es que habiendo agotado dicha vía, el demandante no hubiese demandado la nulidad del acto de liquidación y de la resolución que confirmó su contenido; lo que no le permite a la jurisdicción pronunciamiento de fondo sobre las peticiones formuladas en su demanda.

“El hecho de que la acción sea contractual, como el mismo demandante lo advierte en su escrito de alegaciones, no impedía la impugnación de los actos comprensivos de dicha liquidación, ya que la presencia del acto contractual que en alguna forma incida o afecte la relación negocial, no convierte la acción en una de nulidad o de nulidad y restablecimiento, como lo ha reiterado la jurisprudencia.” - Sección Tercera. Sentencia de agosto 15 de 1996, exp. 9.818-

¹⁶ La exigencia procesal comentada para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no admite discusión, pero no se extiende a las acciones de: simple nulidad, reparación directa, electoral o contractual, entre otras, según se deduce de la siguiente norma:

“Art. 135. POSIBILIDAD DE DEMANDA ANTE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA ACTOS PARTICULARES. La demanda para que se declare la **nulidad de un acto** particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se **restablezca el derecho** del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

“El silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa.

“Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos.”
(Negrillas fuera de texto)

Este mismo requisito para demandar se conserva idéntico en el art. 161.2 del CPACA.

la nulidad de ese acto, y además el incumplimiento y la liquidación del contrato. Basta observar el artículo 138 del C.C.A., para constatar que la pretensión anulatoria no excluye otras, y que bien podía el demandante solicitar la nulidad del acto, la liquidación y el incumplimiento del negocio¹⁷.

Esta situación es muy frecuente en materia contractual, pero la legislación¹⁸ y la jurisprudencia de esta Corporación han sido enfáticas en señalar que es necesario individualizar y determinar con claridad el acto administrativo que define una situación jurídica contractual, so pena de que la demanda sea inepta, y el estudio de las pretensiones inocuo. Por ejemplo, la Sección Tercera, en sentencia del 9 de diciembre de 2011, expediente No. 20.410, estableció, en esta línea argumentativa, que¹⁹:

¹⁷ En otro proceso se llegó a la misma conclusión, al analizar una controversia contractual entre la sociedad Sumar Ltda. y Empresas Públicas de Medellín ESP., donde la Sala se inhibió para fallar de fondo el asunto, considerando que el demandante no controvertió el acto administrativo de liquidación proferido por la entidad pública, por tanto, consideró que no era posible realizar un juicio de legalidad frente a dicho acto, el cual, luego de notificado, alcanzó su ejecutoria. Al respecto se expresó: “Si como se indicó, la entidad adoptó mediante acto administrativo la liquidación que la contratista se negó a suscribir precisamente porque no contenía el reconocimiento de los valores que reclamó directamente a la entidad y que ahora reclama ante esta jurisdicción, fácil resulta inferir que su petición quedó claramente definida mediante un acto administrativo que se presume legal y goza de propiedades como las de tener carácter ejecutorio y ejecutivo, por virtud de las cuales, una vez en firme, *‘es suficiente por sí mismo para que la Administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento’* (art. 64 C.C.A.).

“Cabe igualmente advertir que en el caso concreto el demandante formuló su demanda mediante cuestionamientos claros al acto de liquidación unilateral del contrato, como quiera que afirmó reiteradamente que la entidad le adeudaba sumas de dinero que no quiso reconocer en oficios que le remitió durante la ejecución del contrato, ni en el acto administrativo por medio del cual lo liquidó. Con este propósito solicitó pruebas encaminadas a probar que la entidad aún le adeudaba sumas de dinero por la ejecución de prestaciones derivadas del contrato y en todas las oportunidades procesales manifestó que se había negado a suscribir el acta de liquidación bilateral del contrato porque en ella no se consignaba el reconocimiento de las sumas reclamadas.

“Se tiene por tanto que si las pretensiones contenían cuestionamientos, expresos o tácitos, al acto de liquidación unilateral, resultaba necesario pedir su nulidad, conforme lo ha precisado la Sala en varias providencias.

“(…)

“La anterior consideración ha sido reiterada en diversas providencias, en las que se afirmó que si el contratista no impugna el acto administrativo por medio del cual la Administración liquidó el contrato unilateralmente, ya sea mediante los recursos de la vía gubernativa o de las acciones contencioso administrativas, las decisiones adoptadas en tal acto son intangibles y se tornan inmodificables:” - Sección Tercera. Sentencia de diciembre 5 de 2007, exp. 14.460-.

¹⁸ El inciso primero del artículo 138 del C.C.A., establece que “Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.”

¹⁹ Respecto a la correcta individualización del acto y las consecuencias derivadas de su incumplimiento Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 15 de abril de 2010, radicación 11001032400020030032301; Sección Segunda, sentencias de: 19 de junio de 2008, exp. 6336-05; 19 de junio de 2008, exp. 0963-07 y 18 de mayo de 2011, expediente 1282-10; Sección

“Esta exigencia tiene su explicación lógica, pues si se trata de excluir del tráfico jurídico una decisión ilegal que se halla contenida, como ya se explicó, en dos actos materialmente diferentes, los dos tienen que ser objeto de la declaratoria de nulidad, pues perviviendo uno de ellos, resulta inane la decisión judicial y se produce una situación contradictoria en virtud de la cual, subsistiría un acto que en esencia resulta ilegal, pero que por no haber sido demandado, no fue declarada su nulidad. Al respecto, el Consejo de Estado, en sus distintas secciones, se ha pronunciado sobre la necesidad de la correcta individualización del acto y las consecuencias derivadas del incumplimiento de dicho deber (...).”

Cabe advertir que lastimosamente al juez contencioso administrativo no le está permitido, oficiosamente, estudiar la validez de un acto administrativo contractual como este, por ende, quien pretenda dejarlo sin efectos tiene la carga de demandarlo, en los términos que exigía el CCA., para garantizar el derecho de defensa de la contra parte.

Por esta razón, la Sección Tercera, en eventos como el relatado, y de manera uniforme y sistemática, ha declarado, oficiosamente, la ineptitud sustantiva de la demanda, porque resulta inocuo estudiar el asunto de fondo si el acto administrativo que resolvió la situación jurídica está vigente, y no se demandó. En este sentido, se pronunció en la misma sentencia del 9 de diciembre de 2011, expediente 20.410²⁰:

“La falencia advertida en la demanda que dio origen al presente proceso impide decidir sobre las pretensiones, pues no puede el juzgador, oficiosamente, pronunciarse sobre la validez de un acto administrativo que no fue demandado y resultaría inane el estudio de la resolución que sí lo fue, pues no contiene la decisión de fondo que origina la inconformidad del actor, la cual en todo caso subsistiría como acto presuntamente legal. En tales condiciones, encuentra la Sala que hay una ineptitud sustantiva de la demanda, toda vez que no fue individualizado en debida forma el acto administrativo objeto de la demanda y en consecuencia, resulta imposible proferir una decisión de fondo sin transgredir el principio de congruencia de las sentencias, razón por la cual se proferirá un fallo inhibitorio.”

Tercera, sentencias de: 14 de abril de 2005, expediente 11849; 27 de noviembre de 2006, expediente 22099; Sala Plena sentencia de 12 de diciembre de 1988, exp: S-047.

²⁰ Sobre la carga del demandante de individualizar el acto demandado, se pronunció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 37513.

En conclusión, reitérese esta idea, si la Unión Temporal Noero Arango S.A. y Herrera y Durán Ltda. pretendía en este proceso el pago de perjuicios, reclamados con antelación en la vía administrativa, debió solicitar la anulación del acto administrativo que le negó la petición. Ahora, la Sala puede declarar de oficio esta excepción, incluso en la segunda instancia, porque la facultad-obligación la confiere en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

“ARTÍCULO 306. RESOLUCION SOBRE EXCEPCIONES.
Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.
“(…)”

Incluso, la ley especial vigente para la fecha de celebración y ejecución del negocio –Decreto 01 de 1984-, también facultó al juez para declarar la excepción. El artículo 164 del CCA. estableció:

“Art. 164. EXCEPCIONES DE FONDO. (...)”

“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.
(...)”

“El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la *reformatio in pejus*.”

Por esta razón, es ineludible para el juez administrativo pronunciarse sobre una excepción que encuentre probada, aun cuando no la proponga el demandado, salvo que se trate de: compensación, nulidad relativa o prescripción. Por ende, si la advierte debe declararla. Ahora, como la excepción acreditada es la ineptitud de la demanda, no está entre las prohibidas.

Finalmente, la Sala se inhibirá de emitir un pronunciamiento de fondo, comoquiera que la demanda es inepta sustantivamente, en este orden cabe precisar que en la sentencia del 20 de enero de 2011, exp. 0850-09, se señaló que cuando no se demanda el acto administrativo y se exige de todos modos la inobservancia de sus efectos jurídicos, el juez debe inhibirse de condenar o absolver, puesto que no procede ningún pronunciamiento de mérito:

“No siempre el proceso termina con fallo condenatorio o absolutorio, puede culminar con sentencia inhibitoria en casos extremos cuando el Juez no tiene otra alternativa a pesar de haber hecho uso de todas sus facultades y prerrogativas para integrar los presupuestos procesales. Esta figura ha sido definida como "... aquella en cuya virtud, por diversas causas, el juez pone fin a una etapa del proceso, pero en realidad se abstiene de penetrar en la materia del asunto que se le plantea, dejando de adoptar resolución de mérito, esto es, "resolviendo" apenas formalmente, de lo cual resulta que el problema que ante él ha sido llevado queda en el mismo estado inicial. La indefinición subsiste.”

“Por el contrario, la presentación de la demanda con estricta observancia de los requisitos legalmente establecidos constituye un presupuesto para entablar la relación procesal, de modo tal que viabiliza un pronunciamiento de fondo, favorable o no, sobre lo pretendido por el interesado al momento de ejercer su derecho de acción.

“En conclusión, cuando lo solicitado es la declaratoria de nulidad de actos administrativos, la determinación exacta y precisa de lo que se demanda, exige la inclusión de todos aquellos actos que constituyan y contengan la totalidad de la voluntad de la administración, para mantener la coherencia y unidad entre los actos jurídicos que permanezcan vigentes en el ordenamiento luego de proferido un fallo judicial, so pena de obtener como ya se dijo una decisión inhibitoria y no una denegatoria de pretensiones. Así las cosas, tal y como se anunció se revocará la decisión del a quo que se inhibió parcialmente respecto de las comunicaciones acusadas, y negó las demás pretensiones de la demanda, para en su lugar proferir sentencia inhibitoria por ineptitud sustantiva de la misma.”

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

FALLA

Primero. Revócase la sentencia proferida el 20 de mayo de 2004, por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Segundo. En su lugar, inhíbese para fallar, por estar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G. OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

**SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA**

**IMPROCEDENCIA DE DECLARAR OFICIOSAMENTE LA INEPTITUD
SUSTANTIVA DE LA DEMANDA - Por no haberse demandado el acto
administrativo negativo / OMISION DE DEMANDAR EL ACTO
ADMINISTRATIVO NEGATIVO - Procede el estudio de fondo y negar la
pretensiones de la demanda**

Discrepo en cambio de la consecuencia que se deriva del hecho de no haber sido demandado el acto administrativo negativo pues a mi juicio, precisamente por conservar el acto incuestionado la presunción de legalidad y acierto, lo que se impone es decidir de fondo negando las pretensiones de la demanda. En efecto, si se parte de la base de la existencia de un acto administrativo que le negó las reclamaciones al contratista y ahora éste viene a formular las mismas reclamaciones pero como pretensiones de su demanda, resulta claro que debe haber una respuesta a sus pedimentos demandatorios en el sentido de negárselos porque existe un acto administrativo que ya se los negó y que produjo y produce todos sus efectos pues su validez ni siquiera ha sido cuestionada. Luego, en mi opinión, la sentencia ha debido ser de fondo revocando la del Tribunal para negar las pretensiones del demandante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., junio doce (12) de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 13001-23-31-000-1999-00275-01(28279)

Actor: UNION TEMPORAL NOERO ARANGO Y OTROS

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACION DE TIERRAS-INAT-

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto y consideración acostumbrada presento la razón que me mueve a salvar el voto:

La mayoría de la Sala deduce una sentencia inhibitoria a partir del hecho de no haber demandado el actor el acto administrativo negativo.

Comparto todas las consideraciones atinentes al silencio administrativo negativo y a que este ha debido ser impugnado por el demandante.

Discrepo en cambio de la consecuencia que se deriva del hecho de no haber sido demandado el acto administrativo negativo pues a mi juicio, precisamente por conservar el acto incuestionado la presunción de legalidad y acierto, lo que se impone es decidir de fondo negando las pretensiones de la demanda.

En efecto, si se parte de la base de la existencia de un acto administrativo que le negó las reclamaciones al contratista y ahora éste viene a formular las mismas reclamaciones pero como pretensiones de su demanda, resulta claro que debe haber una respuesta a sus pedimentos demandatorios en el sentido de negárselos porque existe un acto administrativo que ya se los negó y que produjo y produce todos sus efectos pues su validez ni siquiera ha sido cuestionada.

Luego, en mi opinión, la sentencia ha debido ser de fondo revocando la del Tribunal para negar las pretensiones del demandante.

En estos términos dejo presentado mi salvamento de voto.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA