

CONSEJO DE ESTADO - Competencia / ACCION CONTRACTUAL - Segunda instancia / CONSEJO DE ESTADO - Apelación sentencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y el Código Contencioso Administrativo en sus artículos 82 -modificado por el artículo 1 de la Ley 1.107 de 2006- y 129, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, toda vez que el valor de la pretensión mayor ascendió a la suma de \$51'619.155,12 (fl. 2) y la cuantía que se requería para la época de presentación de la demanda -1º de diciembre de 1995- para que el asunto fuera susceptible del recurso de apelación, era de \$ 9'610.000,00.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 75 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 82 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 129 / LEY 1107 DE 2006 - ARTICULO 1 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 37

REGIMEN DE CONTRATACION ESTATAL - Vigencia Ley 80 de 1993 / CONTRATACION ESTATAL - Contrato de obra pública / CONTRATISTAS - Las entidades estatales deben propender por el arreglo directo de las diferencias y discrepancias surgidas / ARBITRAMENTO - Mecanismo alternativo de solución de conflictos - CLAUSULA COMPROMISORIA - inclusión / PACTO ARBITRAL - Inclusión de la cláusula compromisoria / CLAUSULA COMPROMISORIA - Debe establecer de manera concreta la materia que será objeto de decisión de un tribunal de arbitramento / TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Se constituye para decidir el conflicto o diferencia surgido entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato / CLAUSULA COMPROMISORIA - Deben estar incluidas todas las controversias que van a ser decididas por un tribunal de arbitramento / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LAS SENTENCIAS - Violación / VIOLACION DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LAS SENTENCIAS - Resolver sobre asuntos respecto de los cuales no le correspondía decidir al juez

Como el contrato de obra pública objeto de la presente controversia fue celebrado entre una entidad territorial –municipio- y un particular el 14 de febrero de 1994, el mismo está sometido a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, contentiva del régimen de la contratación de las entidades estatales, que ya había entrado en vigencia. El estatuto en mención, contempló el deber de las entidades estatales de propender por el arreglo directo de las diferencias y discrepancias surgidas con sus contratistas (art. 68) y como mecanismo alternativo de solución de conflictos, contempló entre otros, la posibilidad de incluir en los contratos estatales la cláusula compromisoria, a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato y estableció los requisitos mínimos de tal arbitramento (art. 70). Quiere decir lo anterior, que las entidades están autorizadas para pactar con sus contratistas la sustracción de las controversias derivadas de los negocios jurídicos con ellos celebrados, del conocimiento y decisión de su juez natural, es decir, del juez contencioso administrativo, para radicarlos en cabeza de un tribunal de arbitramento conformado por particulares designados por las mismas partes o por un tercero escogido por ellas para tal fin, quienes investidos de función jurisdiccional, procederán a decidir el litigio a través de un laudo, que hará tránsito a cosa juzgada. Lo anterior lo pueden hacer las partes a través de un

pacto arbitral, manifestado bien sea mediante la inclusión de una cláusula compromisoria en el contrato, en la cual se establezca de manera concreta la materia que será objeto de decisión de un tribunal de arbitramento en caso de presentarse en el futuro alguna controversia relacionada con ella, o a través de un compromiso, que podrán suscribir las partes una vez se presente el conflicto o diferencia concretos entre ellas y con ocasión de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato, para que los mismos sean decididos por un tribunal de arbitramento. En el presente caso, se observa que las partes acordaron en la cláusula compromisoria, que las controversias surgidas de la celebración, interpretación, ejecución o terminación del contrato serían sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento, pero no incluyeron lo concerniente a la liquidación del contrato, por lo cual el litigio que se suscitara con ocasión de la misma, seguía siendo de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa y su discusión y decisión, estarían por fuera de los límites materiales de la decisión la arbitral, so pena de rebasar el principio de congruencia de las sentencias, al resolver sobre asuntos respecto de los cuales no le correspondía decidir (...)

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 68 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 70 / DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 1 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 111 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 115

ARBITRO - Marco de actuación / MARCO DE ACTUACION DE LOS ARBITROS - La ley, las disposiciones incluidas en la cláusula compromisoria y las pretensiones incluidas en la demanda / MARCO DE ACTUACION DE LOS ARBITROS - Reiteración jurisprudencial / CLAUSLA COMPROMISORIA - Acuerdo de voluntades / CLASULA COMPROMISORIA - Las partes pueden dejarla sin efectos, renunciar a su aplicación y someter la decisión de la controversia al juez natural / CLAUSULA ARBITRAL - Derogación / DEROGACION DE LA CLAUSLA ARBITRAL - Acudir al juez natural y la no contestación de la demanda / DEROGACION DE LA CLAUSULA ARBITRAL - Reiteración jurisprudencial / CONTESTACION DE LA DEMANDA - Si se alega la existencia de la cláusula compromisoria como excepción, el juez de lo contencioso administrativo carecerá de jurisdicción para adelantar el proceso

Tal y como lo ha dicho la Sección refiriéndose al marco de actuación de los árbitros, "(...) debe recordarse que el marco de competencia de sus actuaciones, está dado en primer lugar por la ley; en segundo lugar, por las disposiciones de las partes en el pacto arbitral, respecto de los asuntos que serán sometidos a la decisión de los árbitros; y en tercer lugar, por las pretensiones incluidas en la demanda y las excepciones propuestas en la contestación de la demanda". (...) en relación con el pacto arbitral -cláusula compromisoria o compromiso-, la jurisprudencia de la Sección ha considerado que, puesto que se trata de un acuerdo de voluntades concluido entre las partes del contrato, ellas también pueden acordar dejarlo sin efectos, es decir, renunciar a su aplicación y someter la decisión de la controversia a su juez natural, en este caso, al contencioso administrativo, quien no puede alegar la existencia de dicha cláusula compromisoria para sustentar su incompetencia o falta de jurisdicción, pues "(...) si las partes acuden -pese al pacto- a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que renuncian a la cláusula arbitral o al compromiso, y por ende la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede asumir competencia". En el presente caso el contratista, consorcio E.V.S. Construcciones Ltda.-Jaime Lozano Espinosa, a pesar de la existencia de la cláusula compromisoria en el contrato que suscribió con el Municipio de Nóvita, presentó

demanda ante el Tribunal Administrativo del Chocó, para que éste dirimiera la controversia suscitada con ocasión de la expedición de la liquidación unilateral del contrato celebrado con dicha entidad y del incumplimiento contractual de la misma, lo cual significa que renunció a la justicia arbitral a la que se había deferido la decisión de tales litigios. A su turno, la entidad demandada, Municipio de Nóvita, no contestó la demanda, oportunidad en la que habría podido alegar la existencia de la cláusula compromisoria como excepción, en la medida en que constituía un hecho impeditivo para que la jurisdicción contencioso administrativa conociera de las pretensiones del demandante, puesto que en tanto la parte demandada insista en hacer valer el pacto arbitral y manifieste expresamente su voluntad de no renunciar a lo acordado en la cláusula compromisoria, ésta se torna obligatoria no sólo para las partes, sino también para el juez, quien en consecuencia, carecerá de jurisdicción para adelantar el respectivo proceso y de hacerlo, el mismo estará incurso en una causal de nulidad insaneable. No obstante, en casos como el presente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que ante la omisión de la entidad demandada respecto de su deber de contestar la demanda, se presenta una renuncia tácita de su parte a la facultad de acudir a la justicia arbitral en virtud del pacto contenido en el respectivo contrato estatal, lo que permite que el juez ordinario conozca de la controversia sometida a su conocimiento: (...) La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, también ha sido constante en considerar que se presenta una renuncia tácita al pacto arbitral, cuando quiera que se presenta la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, la parte demandada guarda silencio y no propone la excepción de falta de jurisdicción, lo cual habilita al juez para decidir la controversia sometida a su conocimiento. En virtud de lo expuesto, considera la Sala que, en el sub-lite, sí era procedente el análisis por parte del tribunal a-quo, de las pretensiones planteadas en su demanda por el consorcio E.V.S. Construcciones Ltda.–Jaime Lozano Espinosa, en la medida en que la entidad demandada, al no contestar la demanda, renunció tácitamente a la cláusula compromisoria pactada en el respectivo contrato, razón por la cual la sentencia de primera instancia será revocada y en su lugar, se decidirá de fondo la controversia.

NOTA DE RELATORIA: En relación con el marco de actuación de los árbitros, consultar sentencia de 7 de marzo de 2007, expediente número 32399, Consejero Ponente doctor Ramiro Saavedra Becerra. Respecto a la derogación de la cláusula arbitral, ver sentencia de 22 de abril de 2009, expediente número 29699, reiterada en sentencia 23 de junio de 2010, expediente número 18395, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero. En relación con la cláusula compromisoria y la falta de jurisdicción consultar sentencia de 6 de noviembre de 1997, expediente número 10964, Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández. La Corte Suprema de justicia ha considerado que ante la omisión de la entidad demandada respecto de su deber de contestar la demanda, se presenta una renuncia tácita de su parte a la facultad de acudir a la justicia arbitral, en este sentido consultar sentencia de la Sala de Casación Civil de 17 de junio de 1997, expediente número 4781, Magistrado Ponente Carlos Esteban Schloss, en el mismo sentido consultar Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 19 de marzo de 1998, expediente número 14097, Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 4 de septiembre de 2003, expediente número 10883, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enriquez y sentencia de 26 de febrero de 2004, expediente número 25094, Consejero Ponente doctor Germán Rodríguez Villamizar

**LIQUIDACION DEL CONTRATO - Etapa final del negocio jurídico /
LIQUIDACION DEL CONTRATO - De común acuerdo entre las partes /**

LIQUIDACION DEL CONTRATO - De forma unilateral por la parte contratante cuando la liquidación sea necesaria / CONTRATO DE OBRA - Regido por la ley 80 de 1993 / LIQUIDACION UNILATERAL - Entidad contratante / LIQUIDACION UNILATERAL - Carácter subsidiario / LIQUIDACION UNILATERAL - Expedición acto administrativo en aquellos eventos especificados en la norma

La liquidación del contrato, como es bien sabido, constituye la etapa final del negocio jurídico, en la cual las partes se ponen de acuerdo sobre el resultado último de la ejecución de las prestaciones a su cargo y efectúan un corte de cuentas, para definir, en últimas, quién debe a quién y cuánto, es decir para establecer el estado económico final del contrato, finiquitando de esa forma la relación negocial, como de tiempo atrás lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corporación, al considerar que la misma "(...) tiene como objetivo principal que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento". Dicha liquidación, en principio, debe realizarse de común acuerdo entre las partes, pero si ello no es posible, la entidad contratante deberá hacerlo en forma unilateral, en aquellos contratos en los que la liquidación sea necesaria. En el presente caso se trata, como ya se vio, de un contrato regido por las normas de la Ley 80 de 1993, la cual establecía, para la época de celebración del mismo, en relación con la liquidación de los contratos estatales lo siguiente: (...) De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que el contrato objeto de la presente litis es de obra pública, es decir de tracto sucesivo, resultaba legalmente procedente su liquidación, la que en principio, debía efectuarse de común acuerdo entre las partes. Es claro así mismo, el carácter subsidiario que el legislador le atribuyó a la facultad de liquidación unilateral frente a la liquidación de común acuerdo o bilateral, puesto que la entidad contratante sólo puede proceder a ejercer dicha facultad mediante la expedición de un acto administrativo, en aquellos eventos específicamente contemplados por la norma, es decir: a) Si el contratista no concurre a la liquidación de común acuerdo o, b) Si las partes no llegan a acuerdo alguno sobre la liquidación. Y es evidente que, en el presente caso, no se dio ninguna de las anteriores condiciones, toda vez que se acreditó la existencia de un acta original de liquidación bilateral del contrato de obra pública No. 001 de 1994, que no ha sido tachada de falsedad ni cuestionada su validez de manera alguna y que aparece suscrita tanto por el alcalde municipal de Nóvita como por el representante del consorcio E.V.S. Construcciones Ltda.-Jaime Lozano Espinosa, acta en la cual las partes, de común acuerdo, procedieron a verificar el estado final de ejecución de las prestaciones a su cargo, el grado de avance de las obras entregadas por el contratista, su recibo a satisfacción por parte del municipio contratante y el interventor y los montos reconocidos como contraprestación por la entidad, concluyendo en la existencia de un saldo a favor del contratista por valor de \$ 75'648.221,76, por concepto de i) acta de recibo de obra final en cuantía de \$ 51'619.155,17, ii) reajuste del acta No. 1 en cuantía de \$ 3'458.831,34 y iii) reajuste del acta final, por cuantía de \$20'570.235,25.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993

NOTA DE RELATORIA: La Sala de la Sección Tercera ha considerado que la liquidación del contrato termina la relación entre sus partes, no puede posteriormente demandarse reclamaciones que no se hicieron en su momento; en

este sentido consultar sentencia de 10 de abril de 1997, expediente número 10608, reiterado jurisprudencialmente en sentencia de 20 de noviembre de 2003, expediente número 15308 y sentencia de 6 de julio de 2005, expediente número 14113, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez. En relación al carácter subsidiario a la facultad de liquidación de un contrato de obra y la expedición de un acto administrativo, ver sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente número 15239.

ACTA BILATERAL DE LIQUIDACION - Acto jurídico / SUSCRIPCION DEL ACTA - Las partes manifiestan su conformidad con el contenido de la misma / VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET - No es de recibo que con posterioridad a la suscripción del acta bilateral de liquidación, las partes desconozcan su propia palabra y actúen con contra de lo acordado / PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Debe imperar en todas la negociaciones y específicamente en los contratos de la administración / LIQUIDACION DE COMUN ACUERDO - Las partes quedan sujetas a lo estipulado en ella / ACTA BILATERAL DE LIQUIDACION - Se impugna su validez con fundamento en alguno de los vicios del consentimiento / VICIOS DEL CONSENTIMIENTO - Error, fuerza o dolo / TERMINOS DE LA LIQUIDACION - Si el contratista no está de acuerdo con todos los términos debe suscribir el acta con objeciones y salvedades

El acta bilateral de liquidación, es un acto jurídico –convención- en el que confluye la voluntad de las partes contratantes, la cual se presume que fue manifestada libre de vicios, y en consecuencia obliga a quien hizo la correspondiente manifestación, dirigida a finiquitar la relación comercial entre las partes y a dejarlas mutuamente a paz y salvo, es decir que ellas han dado su consentimiento para el logro de esta finalidad. Al respecto, el artículo 1502 del Código Civil, establece que “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: (...) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”. Al suscribir el acta, las partes están manifestando su conformidad con el contenido de la misma, es decir que lo aceptan como cierto y correcto, admiten la veracidad de las afirmaciones efectuadas en dicho documento y que las sumas consignadas como saldo a favor de una u otra de las partes, son las que corresponden a la realidad de la ejecución contractual; por ello no es de recibo que, con posterioridad, las partes desconozcan su propia palabra y actúen en contra de lo acordado venire contra factum proprium non vale, toda vez que ello atenta contra la buena fe que debe imperar en todas las relaciones comerciales y específicamente en los contratos de la Administración (...) la jurisprudencia de la Sección ha considerado en forma reiterada que, frente a una liquidación de común acuerdo, las partes quedan sujetas a lo estipulado en ella y que sólo es posible disentir o renegar de su contenido, en la medida en que se impugne su validez con fundamento en alguno de los vicios del consentimiento: error, dolo o fuerza, pues de lo contrario, al suscribir el acta de liquidación bilateral sin observaciones, se torna inocua cualquier reclamación posterior sobre asuntos que fueron objeto del acuerdo liquidatorio. Por ello la única alternativa, cuando el contratista no está de acuerdo con todos los términos de la liquidación propuesta por la Administración - aparte obviamente de abstenerse de suscribirla-, es hacerlo con objeciones o salvedades, es decir, consignando expresamente en ella la constancia de los puntos concretos respecto de los cuales no se comparte dicha liquidación, dejando a salvo de esta forma, el derecho de reclamar posteriormente por aquellos reconocimientos a los que se cree tener derecho y que no fueron incluidos en el acta.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - 83 / CODIGO CIVIL - Artículo 1502 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 23 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 28 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1603

NOTA DE RELATORIA: La Sala de la Sección Tercera ha considerado que, tratándose de la suscripción del acta bilateral de liquidación, no es de recibo que, con posterioridad, las partes desconozcan sus propios actos; en este sentido consultar sentencia de 30 de mayo de 1996, expediente número 10100, Consejero Ponente doctor Jesús María Carrillo Ballesteros y sentencia de 16 de abril de 2006, expediente número 16041. En relación con la violación del principio de la buena fe y sus consecuencias, ver sentencia de 3 de diciembre de 2007, expediente número 24715 y acumulados, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio. La Sala ha estimado igualmente que al suscribirse el acta de liquidación bilateral sin observaciones, se torna inocua cualquier reclamación posterior sobre asuntos que fueron objeto del acuerdo liquidatorio, al respecto consultar sentencia del 17 de mayo de 1984, expediente número 2796, Consejero Ponente doctor José Alejandro Bonivento Fernández; sentencia 2 de diciembre de 1993, expediente número 8310, Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández; sentencia 16 de febrero de 1996, expediente número 7966, Consejero Ponente doctor Juan de Dios Montes Hernández; sentencia del 10 de abril de 1997, expediente número 10608, Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández; sentencia del 6 de agosto de 1998, expediente número 10496, Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque y sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente número 15596, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez.

ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL - La administración queda sujeta a su contenido / ACTUACIONES ESTATALES - Principio de legalidad / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Pilar del estado de derecho / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Las actuaciones administrativas y sus decisiones deben estar amparadas por una expresa autorización legal / LIQUIDACION DE CONTRATOS - La administración puede proceder a efectuarla, pero solo si se dan las circunstancias que la ley contempla para ello

Es necesario advertir que en materia de contratación, las entidades estatales también se hallan limitadas en su actuación por las normas de competencia, de tal manera que sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizadas por la Constitución y la ley y deben hacerlo en los términos de tal autorización, por cuanto de lo contrario, el funcionario en cuestión deberá responder por extralimitación de funciones (...) Se trata de una manifestación del principio de legalidad de las actuaciones estatales –a su vez, pilar del estado de derecho- y específicamente, de las actuaciones administrativas, de conformidad con el cual, las decisiones que se tomen en este ámbito, deben estar amparadas por una expresa autorización legal, puesto que si bien ellas actúan para el cumplimiento de aquella finalidad que, dentro de la estructura del Estado les ha sido señalada y que en consecuencia justifica su existencia, lo cierto es que deben hacerlo apegadas al ordenamiento jurídico, que protege los derechos e intereses de todas las personas y limita, en consecuencia, el poder estatal, para evitar las actuaciones arbitrarias que puedan atentarse contra ellos. Significa lo anterior, que si bien las autoridades pueden ejercer la función administrativa y como manifestación de la misma pueden proferir manifestaciones de voluntad unilateral que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de carácter general o de carácter particular o concreto, o dicho de otro modo, decisiones unilaterales obligatorias, es decir actos administrativos, ello resulta legal en la medida en que lo hagan dentro de los precisos límites de su competencia. (...) En materia de

liquidación de contratos, como ya se vio, la Administración puede proceder a efectuarla de manera unilateral, pero sólo si se dan las circunstancias que la ley contempla para ello, pues de lo contrario, estará actuando por fuera del ámbito de su competencia. Y eso fue precisamente lo que sucedió en el sub-lite, en donde el Municipio de Nóvita, suscribió un acta de liquidación bilateral, que luego desconoció y pretendió reemplazar por una decisión unilateral de contenido diferente, en la cual el resultado económico arrojó un monto inferior como saldo a favor del contratista.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 121 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 122

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 14 de abril de 2005, expediente número 13599, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enriquez

ACTO ADMINISTRATIVO - Causal de nulidad referida / CAUSAL DE NULIDAD REFERIDA - Falta de competencia / ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL - Presta mérito ejecutivo / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Acumulación de pretensiones derivadas de un mismo contrato

Observa la Sala que la parte actora manifestó en su demanda que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, la liquidación unilateral del contrato solamente es posible cuando no existe acuerdo sobre su contenido o cuando el contratista no se presenta a la misma, pero que en este caso, el acto administrativo "(...) no ha debido producirse, por cuanto sí existió acuerdo sobre la liquidación y su contenido, como lo prueba con el documento que sobre la misma se acompaña, debidamente suscrito por contratistas y contratante (...). Con los actos administrativos referidos y que se impugnan en esta demanda, la entidad estatal fue más allá de lo permitido y autorizado por la ley, por lo cual son ilegales", lo que en otras palabras, equivale a afirmar, como vicio invalidante, la falta de competencia de la entidad para proferir el acto administrativo acusado. De acuerdo con lo expuesto, la Sala considera que el acto administrativo demandado está incurso en la causal de nulidad referida, esto es, falta de competencia, razón por la cual debe ser anulado y así se decidirá en la parte resolutive de este fallo. Como consecuencia de dicha anulación, se advierte así mismo el incumplimiento contractual de la entidad demandada respecto de su obligación de cancelar el saldo pendiente de pago que arrojó la liquidación bilateral que suscribieron las partes, lo que así se declarará y, como consecuencia de ello, se condenará a la entidad demandada a la correspondiente indemnización de perjuicios. Y en este punto observa la Sala que, si bien el acta de liquidación bilateral presta mérito ejecutivo, por lo cual el cumplimiento de la obligación contenida en ella se puede obtener mediante la tramitación del correspondiente proceso ejecutivo, el hecho de que el demandante haya acudido a la acción contractual no obsta para que el juez contencioso administrativo se pronuncie sobre la existencia de tal obligación y profiera la respectiva condena, puesto que, tal y como sucedió en el sub-lite, se produjo una acumulación de pretensiones derivadas del mismo contrato, entre ellas, la declaratoria de incumplimiento contractual de la entidad demandada, respecto de su obligación de pago del saldo debido al contratista.

NOTA DE RELATORIA: La Sala de la Sección Tercera ha considerado que tratándose de controversias derivadas de un contrato estatal, el nuevo Estatuto Contractual, unificó en la jurisdicción de lo contencioso administrativa, la competencia para conocer tanto de los litigios derivados de los contratos estatales,

como de los procesos de ejecución y cumplimiento derivados de éstos, en este sentido consultar sentencia de 14 de febrero de 2002, expediente número 13238, Consejera Ponente doctora María Elena Giraldo Gómez

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C, diez (10) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 27001-23-31-000-1995-02484-01(15935)

Actor: E.V.S. CONSTRUCCIONES LTDA. Y JAIME LOZANO C.

Demandado: MUNICIPIO DE NOVITA

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el 19 de octubre de 1998, por medio de la cual declaró la falta de jurisdicción en el presente asunto (fls. 133 a 139).

ANTECEDENTES

I- Síntesis del caso

1. El 14 de febrero de 1994, el Municipio de Nóvita (Chocó) celebró contrato de obra pública con el consorcio conformado por la sociedad E.V.S. Construcciones Ltda. y el señor Jaime Lozano Espinosa, el cual una vez finalizó fue liquidado mediante acta de liquidación bilateral suscrita por las partes. No obstante, en una actuación ilegal de la administración, el alcalde municipal procedió a expedir una resolución de liquidación unilateral que arrojaba un menor valor como saldo a favor del contratista, quien la impugnó en sede administrativa, siendo confirmada dicha decisión. El tribunal declaró en forma errónea la falta de jurisdicción, por considerar que al contener el referido contrato una cláusula compromisoria, la controversia ha debido someterse a la decisión de árbitros, cuando en realidad

esta jurisdicción es la competente para conocer de las pretensiones, las cuales tienen vocación de prosperidad, puesto que de la declaratoria de nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral, surge el incumplimiento de la entidad demandada y se deriva su condena al pago de la suma debida por concepto de la liquidación bilateral suscrita por las partes.

II- Pretensiones

2. En la demanda presentada por la sociedad E.V.S. Construcciones Ltda. y el señor Jaime Lozano Espinosa en contra del Municipio de Nóvita Chocó el 1º de diciembre de 1995, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, las pretensiones están encaminadas a obtener i) que se declare la nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato de obra celebrado entre las partes, ii) se declare el incumplimiento contractual de la entidad demandada y iii) se condene al Municipio de Nóvita al pago de los perjuicios por el no pago de los reajustes debidos, el valor del acta final de obra y la sanción por incumplimiento de la entidad (fls. 1 a 6 y 67). Concretamente, el demandante pidió que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1- Que entre el demandado MUNICIPIO DE NOVITA-CHOCO y los demandantes E.V.S. CONSTRUCCIONES LIMITADA Y JAIME LOZANO ESPINOSA - CONSORCIO E.V.S. CONSTRUCCIONES LIMITADA - JAIME LOZANO ESPINOSA, se suscribió y ejecutó el contrato de obras públicas Número 001/94 PARA LA REHABILITACION Y OPTIMIZACION DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO DE NOVITA - CHOCO.

2- Que los demandantes ejecutaron las obras contratadas dentro de las exigencias y requerimientos técnicos señalados en el contrato.

3- Que el demandado recibió a satisfacción las obras contratadas de manos de los demandantes.

4- Que el demandado incumplió los acuerdos contractuales en los siguientes hechos: No pagó oportunamente a los demandantes el valor del anticipo acordado en el contrato; no ha cancelado a los demandantes el valor a favor establecido en el acta de liquidación del contrato.

5- Declarar sin valor la liquidación contenida en la Resolución Número 011 del 31 de marzo de 1995, al igual que la Resolución 015 del 17 de mayo de 1995 que confirmó la anterior¹.

6- Condenar al demandado MUNICIPIO DE NOVITA - CHOCO, a pagar a los demandantes, por concepto del contrato de que trata la presente demanda, las siguientes sumas de dinero y prestaciones e indemnizaciones:

a- TRES MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS (\$3.458.831,34), con sus correspondientes intereses comerciales moratorios y corrección moratoria (sic), a la tasa máxima certificada por la Superbancaria y devaluación certificada por el Banco de la República, causados desde el día 11 de diciembre de 1994 y hasta cuando se cancele su valor. Esto por concepto de reajustes con respecto al acta parcial de obra número 01 del 11 de noviembre de 1994.

b- CINCUENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS DIECINUEVE MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO PESOS CON DOCE CENTAVOS (\$51.619.155,12), con sus correspondientes intereses comerciales moratorios y corrección monetaria, a la tasa máxima certificada por la Superbancaria y la devaluación certificada por el Banco de la República, causados desde el día 15 de enero de 1995 y hasta cuando se cancele este valor. Ello por concepto del valor del Acta final de obra 002, ya deducido el valor por amortización total del anticipo.

c- VEINTE MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS (\$ 20.570.325,25), con sus correspondientes intereses comerciales moratorios y corrección monetaria a la tasa máxima certificada por la Superbancaria y la devaluación certificada por el Banco de la República, causados desde el día 15 de enero de 1995, y hasta cuando se cancele su valor. Esto por concepto de reajustes al acta final de obra 002.

d- DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL OCHENTA Y DOS PESOS CON NOVENTA CENTAVOS (\$19.992.082,90) por concepto de sanción por incumplimiento del contrato.

Igualmente solicito se condene al demandado al pago de las costas del proceso en el caso de ley.

¹ En la corrección de la demanda, la parte actora manifestó que la pretensión es “Declarar la nulidad de la Resolución Número 011 del 31 de marzo de 1995, emanada de la Alcaldía Municipal de Nóvita – Chocó, y por medio de la cual se procedió a la liquidación del Contrato Número 001 de 1994, de que trata la demanda. Igualmente habrá de declararse la nulidad de la Resolución Número 015 del 17 de mayo de 1995, emanada de la Alcaldía Municipal de Nóvita –Chocó, y mediante la cual se confirmó la resolución número 011 del 31 de marzo de 1995”. El demandante además manifestó que adicionaba la demanda con la siguiente pretensión: “7. Subsidiariamente solicito al Despacho, disponer y efectuar la liquidación del contrato, condenando al demandado a pagar a los demandantes, los valores que resultaren de dicha liquidación, con sus correspondientes intereses moratorios comerciales desde cuando fueron efectivamente recibidas las cantidades de obras, la corrección monetaria sobre dichos valores, y las sanciones e indemnizaciones a que hubiere lugar” (fl. 67).

III- Trámite procesal

3. El demandado no contestó la demanda. En la diligencia de conciliación, las partes no llegaron a acuerdo alguno y en la oportunidad procesal para alegar de conclusión, guardaron silencio.

4. El tribunal **a-quo** declaró la falta de jurisdicción en el presente asunto, por cuanto consideró que las partes pactaron en el contrato una cláusula compromisoria, en virtud de la cual la controversia debía ser sometida a la decisión de un tribunal de arbitramento, salvo que versara sobre la terminación unilateral del contrato o su caducidad y en el presente caso, lo que se demandó fueron las resoluciones por medio de las cuales el contrato se liquidó unilateralmente.

5. Inconforme con lo decidido, la parte actora interpuso recurso de apelación en el cual solicitó la revocatoria del fallo impugnado y la decisión de la controversia accediendo a las pretensiones de la demanda, por considerar, en primer lugar, que el Tribunal Administrativo era competente para decidir, ya que en el contrato lo que se pactó fue la posibilidad de acudir al arbitramento como aplicación de los medios alternativos de solución de conflictos, pero no una cláusula compromisoria en virtud de la cual se hubiere asumido la obligación de acudir necesariamente a un tribunal de arbitramento. Las partes podían optar por acudir a este mecanismo, pero no estaban obligadas a hacerlo. En segundo lugar, aún si se aceptara la existencia de la cláusula compromisoria en el contrato, según los términos de la misma se someterían al arbitramento las controversias derivadas de la celebración, interpretación, ejecución o terminación del contrato, y lo que originó el presente litigio, fue la liquidación del mismo, por lo tanto no cabía dentro de las previsiones contractuales y era de competencia del tribunal, teniendo en cuenta, además, que se impugnó el acto administrativo que contiene la liquidación unilateral del contrato. Por otra parte advirtió el apelante que el hecho de que la entidad no hubiera propuesto la existencia de la cláusula compromisoria como excepción, significaba que había renunciado tácitamente a ella y admitió que la controversia fuera resuelta por el juez originalmente competente. *“Cuando ese demandado, tácitamente renuncia a ese derecho, por no proponer la excepción*

previa, convalida la actuación de su contraparte, quien al formular la demanda, renuncia al pacto arbitral”.

6. Como petición subsidiaria, en caso de que la sala considere que sí hay falta de jurisdicción, solicita el apelante que el proceso sea enviado al juez competente, tal y como lo dispone el artículo 45 de la Ley 446 de 1998, es decir que se disponga la conformación de un tribunal de arbitramento y el envío del expediente a esa instancia (fls. 142 y 147).

7. Admitido el recurso de apelación y corrido el traslado para alegar, la Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado presentó concepto, en el cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que el pacto arbitral es renunciable. En consecuencia, cuando el consorcio contratista acudió a la jurisdicción contencioso administrativa, renunció a la aplicación de la cláusula compromisoria y la entidad demandada lo hizo tácitamente, al no alegar la excepción en su oportunidad, razón por la cual le corresponde a esta jurisdicción la solución de la controversia planteada. De otro lado, estimó la agencia del Ministerio Público que el acto de liquidación unilateral demandado está viciado de nulidad por violación de lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993 y por falta de competencia, toda vez que ya se había producido la liquidación bilateral del contrato celebrado por las partes, razón por la cual la entidad demandada debe ser condenada a cancelar el monto contenido en la mencionada acta, descontando los valores que, según oficios de distintos juzgados civiles, se ordenó retener de las sumas debidas al consorcio contratista, en virtud de órdenes de embargo emitidas en su contra (fl. 162).

CONSIDERACIONES

I- La competencia

8. El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, con fundamento en lo dispuesto

por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993² y el Código Contencioso Administrativo en sus artículos 82³ -modificado por el artículo 1 de la Ley 1.107 de 2006- y 129⁴, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, toda vez que el valor de la pretensión mayor ascendió a la suma de \$51'619.155,12 (fl. 2) y la cuantía que se requería para la época de presentación de la demanda -1º de diciembre de 1995- para que el asunto fuera susceptible del recurso de apelación, era de \$ 9'610.000,00.

II- El problema jurídico

9. La Sala debe establecer: i) si el pacto arbitral contenido en un contrato estatal – cláusula compromisoria- conduce a que obligatoriamente se deban llevar las controversias derivadas de tal contrato a un tribunal de arbitramento o si las partes pueden apartarse de lo acordado en él y acudir a la jurisdicción contencioso administrativa; ii) si el acto administrativo por medio del cual se liquidó unilateralmente el contrato celebrado entre las partes es válido o no, teniendo en cuenta la existencia de una previa liquidación bilateral del contrato, es decir de común acuerdo; y finalmente, iii) a qué reconocimientos tiene derecho el demandante, según lo probado en el proceso.

III- Hechos probados

10. El 14 de febrero de 1994, fue suscrito por las partes el contrato de obra pública No. 001 de 1994, cuyo objeto fue la rehabilitación y complementación del sistema de alcantarillado, que comprendía la construcción de 1239 mts de tubería PVC de 06" y 08" y suministro e instalación de 361 domiciliarias e intradomiciliarias del municipio de Nóvita, por valor de \$ 199'920.829,00 y con un plazo de duración de 112 días, contados a partir de la fecha en que el municipio impartiera al contratista la orden de iniciación de la obra contratada, que se daría una vez perfeccionado el contrato. En la forma de pago, se acordó la entrega de un anticipo equivalente al 40% del valor del contrato, que sería cancelado una vez perfeccionado, contra

² Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”*

³ Esta norma establece que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

⁴ Este artículo le atribuye al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, la competencia para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas por los tribunales en primera instancia.

cuenta de cobro y previa presentación por parte del contratista y aprobación del Municipio de las garantías de cumplimiento y buen manejo del anticipo. El pago del saldo, se haría mediante la presentación de cuentas de cobros mensuales, correspondientes a las labores desarrolladas en el respectivo mes, a las cuales se les descontaría un 30% como amortización del anticipo entregado, hasta completar su monto total. Se acordó que la entrega de los suministros sería en el sitio en donde se ejecutarán los trabajos y que serían pagados una vez fueran instalados, según las especificaciones técnicas correspondientes y que las facturas debían ir acompañadas de todos los comprobantes y documentos de soporte necesarios para sustentar las cantidades de obra ejecutada durante el mes anterior. El pago de las cuentas, se efectuaría dentro de los 30 días siguientes a su presentación. El contrato está acompañado del anexo con la lista de cantidades de obra y precios unitarios. En la cláusula décima quinta del contrato, se pactó (contrato original, fls. 13 a 29):

CLAUSULA DECIMA QUINTA: CONCILIACION DE CONTROVERSIAS.- Las diferencias o controversias que surjan entre el Municipio y el CONTRATISTA, por concepto de la celebración, interpretación, ejecución o terminación del presente contrato, y que no puedan ser resueltas de común acuerdo, serán dirimidas conforme al siguiente procedimiento: 15.1. Si la diferencia fuere de naturaleza técnica, contable o jurídica, podrá solicitar la intervención de árbitros a fin de que éstos diriman los conflictos contractuales presentados. 15.2.1. El respectivo laudo será proferido en derecho y el lugar de funcionamiento del tribunal será la ciudad de Quibdó. El laudo arbitral será obligatorio para las partes. 15.2.2. El tribunal estará compuesto por tres árbitros, los cuales serán designados de común acuerdo por las partes. 15.2.3. Si las partes no se pusieren de acuerdo en la designación de uno o más árbitros, éstos serán designados por la Cámara de Comercio de Quibdó y deberán ser abogados titulados. 15.3. En caso de duda sobre la naturaleza de la discrepancia entre las partes, se entenderá que ésta es de naturaleza jurídica y por consiguiente será dirimida por arbitramento. PARAGRAFO: Queda claro que las cláusulas de terminación unilateral y caducidad, así como sus efectos no son susceptibles de decisión arbitral.

11. El Municipio de Nóvita le entregó al contratista el anticipo pactado por valor de \$ 79'728.426,59, entre los días 20 y 23 de junio de 1994 (cuenta de cobro-orden de pago aportada por el alcalde del municipio demandado en diligencia ante el tribunal de primera instancia, fl. 97; acta de liquidación bilateral suscrita por las partes, fl. 39; acto de liquidación unilateral, fl. 83).

12. El 20 de septiembre de 1994, las partes suscribieron el otrosí No. 2, por medio del cual se prorrogó el plazo del contrato en 45 días, a partir del 14 de octubre de 1994 (fl. 30).

13. El plazo del contrato fue nuevamente modificado mediante otrosí No. 3 del 28 de noviembre de 1994, el cual lo prorrogó por 17 días a partir del 28 de noviembre de 1994, quedando la fecha final de entrega para el día 15 de diciembre de 1994 (fl. 31).

14. El 22 de febrero de 1995, el Alcalde del Municipio de Nóvita y el representante del consorcio E.V.S. Construcciones Ltda. - Jaime Lozano Espinosa, suscribieron un acta de liquidación bilateral del contrato 01 de 1994, en la cual se consignaron los siguientes datos (documento original, fls. 39 a 41):

Fecha de iniciación:	junio 20 de 1994
Fecha prórroga No. 1	septiembre 20 de 1994
Plazo prórroga No. 1	45 días
Fecha prórroga No. 2	noviembre 28 de 1994
Plazo prórroga No. 2	17 días
Fecha de terminación	diciembre 15 de 1994

Condiciones financieras:

Valor inicial del contrato	\$ 199'920.829,00
Valor final ejecutado	\$ 153'234.127,58
Valor de los reajustes	\$ 24'029.066,59

Actividades ejecutadas:

Las resumidas en el acta parcial de obra No. 1 y final.

15. El acta de iniciación de obras, según esta acta de liquidación bilateral, fue suscrita el 20 de junio de 1994 y el 15 de diciembre del mismo año fue suscrita el acta de recibo final del contrato, en la cual se estableció la terminación de la obra dentro del plazo pactado y ampliado legalmente y el recibo de la misma a satisfacción de la interventoría y del municipio de Nóvita.

Desarrollo financiero del contrato:

16. Se consignó en el acta que el 20 de junio de 1994 le fue entregado el anticipo al contratista, por valor de \$ 79'968.331,60, equivalente al 40% del valor del contrato y que durante su vigencia, fueron presentadas actas Nos. 1 y 2 y se tramitó por el municipio sólo la primera, así:

CONCEPTO	VALOR BRUTO	AMORT ANTIC	VALOR NETO
Acta 1 del 11-11-94	\$ 30'923.772,58,	\$ 9'277.13,77	\$21'646.640,81

Y se dejó constancia de que a la fecha de esta acta, se debía al contratista el valor de \$ 75'648.221,76, por los siguientes conceptos:

Acta de recibo de obra final	\$ 51'619.155,17
Reajuste acta No. 1	\$ 3'458.831,34
Reajuste acta final	\$ 20'570.235,25

17. El Alcalde del municipio de Nóvita expidió la Resolución No. 011 del 31 de marzo de 1995, por medio de la cual resolvió ordenar la liquidación unilateral y definitiva del contrato 01/94, suscrito con el consorcio E.V.S. Construcciones Ltda.- Jaime Lozano Espinoza y reconocer como saldo final a favor del contratista, la suma de \$ 40'419.082,13. En este acto administrativo se consignó que el día 20 de junio de 1994 fue entregado al contratista el anticipo pactado y se suscribió el acta de iniciación de las obras; que el contratista estaba retrasado en su ejecución, según oficios del 5 y 26 de mayo enviados por el interventor; que debido a su desinterés, éste sugirió la imposición de multas al contratista; que la alcaldía, el 20 de septiembre de 1994, sin consultar con el interventor le otorgó al contratista una prórroga de 45 días; que el 11 de noviembre de 1994, se efectuó la primera entrega parcial de obras por un valor total de \$ 30'923.772,58, del cual se amortizó el 30% del anticipo, es decir la suma de \$ 9'277.131,77, quedando un valor neto a pagar de \$ 21'646.640,81; que finalizado el plazo del contrato, la obra se entregó incompleta, manifestando el municipio que *"(...) por lo tanto la obra faltante la contratará el Municipio de Nóvita con los recursos del mismo contrato"*. Y que la liquidación final del contrato fue efectuada por la interventoría sin que el contratista la hubiera suscrito, a pesar de las múltiples comunicaciones efectuadas, razón por la cual se procedió a la liquidación unilateral, la cual arrojó los siguientes valores (documento público original, fl. 83):

OBRA CONTRATADA		
Según contrato original		\$ 199'920.829,60

OBRA EJECUTADA		
Valor mano de obra y materiales suministrados por el contratista		
Acta No. 01		\$ 30'923.772,58
Acta No. 02 (final)		\$ 93'450.541,23
VALOR TOTAL		\$124'374.313,81

AMORTIZACIÓN ANTICIPO		
Valor del anticipo recibido		\$ 79'968.331,60
Valor amortizado en acta No. 01	\$9'277.131,77	
Valor amortizado en acta No. 02	\$70'691.199,83	
SUMAS IGUALES	\$79'968.331,81	\$ 79'968.331,60

REAJUSTES		
Valor reajuste acta No. 01		\$ 3'458.501,59
Valor reajuste acta No. 02		\$14'201.239,14
TOTAL		\$17'659.740,73

VALOR LIQUIDACIÓN FINAL		
Valor obra ejecutada		\$124'374.313,80
Mas reajustes		\$ 17'659.740,73
TOTAL		\$ 142'034.054,53

SALDO FINAL		
Valor liquidación final		\$ 142'034.054,53
Menos obra pagada		\$101'614.972,41
SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA		\$ 40'419.082,13

18. La decisión administrativa de liquidación unilateral fue objeto de recurso de reposición y confirmada por la Resolución No. 015 del 17 de mayo de 1995. En la motivación de este acto administrativo, la entidad sostuvo que el contratista había demorado la iniciación de los trabajos, lo que se podía comprobar a través de oficios cruzados con la interventoría, en los que aquel avisa, el 18 de abril de 1994, que por paro cívico no había comunicación terrestre pero que en esa semana iniciaría los trabajos; y la interventoría le recuerda al contratista el 27 de abril y el 5 de mayo del mismo año, que deben iniciar las obras. No obstante, a renglón seguido se consigna que con la entrega del anticipo pactado, se suscribió el acta de inicio de la obra el 20 de junio de 1994. Se relacionan supuestos atrasos del contratista en la ejecución de las obras y se observa que citado para evaluar conjuntamente el avance del contrato, no asistió. Sin embargo, se consignó también en el acto, que *“Teniendo en cuenta que al finalizar el plazo del contrato aún faltaban algunos trabajos por ejecutar y que el contratista venía en los últimos dos meses con altos rendimientos y que de acuerdo al oficio fechado el 25 de noviembre de 1994 en el cual el contratista deja claro el compromiso de ‘terminar los trabajos en su totalidad y se hacen los ajustes pertinentes’ y en concordancia con la cláusula trigésima segunda del contrato, el interventor fija un último plazo para su recibo final (...)”*.

19. Dice la resolución, que al hacer un recorrido final por la obra, se pudo apreciar que no quedó totalmente terminada y dado que el contratista *“(...) no volvió jamás, el interventor elaboró la liquidación del Contrato el día 23 de enero de 1995”* y como aquel no se presentó para suscribirla, se procedió a efectuar la liquidación unilateral.

20. El contratista entregó el 11 de noviembre de 1994, obras por valor de \$30'923.772,58 y descontado el 30% de amortización del anticipo, le fueron cancelados \$ 21'646.772,58 (acta parcial de obra No. 01, Resolución No. 893 de 1994 por medio de la cual se ordena y reconoce un pago y cuenta de cobro - orden de pago suscrita por el contratista como constancia de recibido, aportadas por el alcalde municipal en diligencia de interrogatorio de parte iniciada por el **a-quo**, fls. 91, 92 y 93).

IV- Análisis de la Sala

21. Como el contrato de obra pública objeto de la presente controversia fue celebrado entre una entidad territorial –municipio- y un particular el 14 de febrero de 1994, el mismo está sometido a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, contentiva del régimen de la contratación de las entidades estatales, que ya había entrado en vigencia⁵.

22. El estatuto en mención, contempló el deber de las entidades estatales de propender por el arreglo directo de las diferencias y discrepancias surgidas con sus contratistas (art. 68) y como mecanismo alternativo de solución de conflictos, contempló entre otros, la posibilidad de incluir en los contratos estatales la cláusula compromisoria, a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato y estableció los requisitos mínimos de tal arbitramento (art. 70).

23. Quiere decir lo anterior, que las entidades están autorizadas para pactar con sus contratistas la sustracción de las controversias derivadas de los negocios jurídicos con ellos celebrados, del conocimiento y decisión de su juez natural, es decir, del juez contencioso administrativo, para radicarlos en cabeza de un tribunal de arbitramento conformado por particulares designados por las mismas partes o por un tercero escogido por ellas para tal fin, quienes investidos de función jurisdiccional, procederán a decidir el litigio a través de un laudo, que hará tránsito a cosa juzgada.

24. Lo anterior lo pueden hacer las partes a través de un pacto arbitral, manifestado bien sea mediante la inclusión de una cláusula compromisoria en el contrato, en la cual se establezca de manera concreta la materia que será objeto de decisión de un tribunal de arbitramento en caso de presentarse en el futuro alguna controversia relacionada con ella, o a través de un compromiso, que podrán suscribir las partes una vez se presente el conflicto o diferencia concretos entre ellas y con ocasión de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato, para que los mismos sean decididos por un tribunal de arbitramento.

⁵ Al tenor de lo dispuesto por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, sus disposiciones, salvo las excepciones allí dispuestas, entrarían a regir a partir del 1º de enero de 1994.

25. En el presente caso, se observa que las partes acordaron en la cláusula compromisoria, que las controversias surgidas de la celebración, interpretación, ejecución o terminación del contrato serían sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento, pero no incluyeron lo concerniente a la liquidación del contrato, por lo cual el litigio que se suscitara con ocasión de la misma, seguía siendo de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa y su discusión y decisión, estarían por fuera de los límites materiales de la decisión la arbitral, so pena de rebasar el principio de congruencia de las sentencias, al resolver sobre asuntos respecto de los cuales no le correspondía decidir, teniendo en cuenta el marco que a su accionar le imponen tanto la ley –según el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, modificado por el art. 111 de la Ley 446 de 1998 y compilado en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, el arbitraje debe recaer sobre conflictos de carácter transigible- como las partes, quienes disponen en la respectiva cláusula compromisoria o compromiso, de manera concreta y específica, los asuntos que serán materia de resolución por parte del tribunal de arbitramento.

26. Tal y como lo ha dicho la Sección refiriéndose al marco de actuación de los árbitros⁶, *“(...) debe recordarse que el marco de competencia de sus actuaciones, está dado en primer lugar por la ley; en segundo lugar, por las disposiciones de las partes en el pacto arbitral, respecto de los asuntos que serán sometidos a la decisión de los árbitros; y en tercer lugar, por las pretensiones incluidas en la demanda y las excepciones propuestas en la contestación de la demanda”*.

27. Por otra parte, aún en el evento en el que se considerara que la liquidación hacía parte de la materia que debía ser sometida a decisión arbitral, por ser la consecuencia obligada de la terminación del contrato, se observa que en relación con el pacto arbitral -cláusula compromisoria o compromiso-, la jurisprudencia de la Sección ha considerado que, puesto que se trata de un acuerdo de voluntades concluido entre las partes del contrato, ellas también pueden acordar dejarlo sin efectos, es decir, renunciar a su aplicación y someter la decisión de la controversia a su juez natural, en este caso, al contencioso administrativo, quien no puede alegar la existencia de dicha cláusula compromisoria para sustentar su incompetencia o falta de jurisdicción, pues *“(...) si las partes acuden -pese al pacto- a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que renuncian*

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2007, expediente 32399. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

*a la cláusula arbitral o al compromiso, y por ende la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede asumir competencia*⁷.

28. En el presente caso el contratista, consorcio E.V.S. Construcciones Ltda.- Jaime Lozano Espinosa, a pesar de la existencia de la cláusula compromisoria en el contrato que suscribió con el Municipio de Nóvita, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Chocó, para que éste dirimiera la controversia suscitada con ocasión de la expedición de la liquidación unilateral del contrato celebrado con dicha entidad y del incumplimiento contractual de la misma, lo cual significa que renunció a la justicia arbitral a la que se había deferido la decisión de tales litigios.

29. A su turno, la entidad demandada, Municipio de Nóvita, no contestó la demanda, oportunidad en la que habría podido alegar la existencia de la cláusula compromisoria como excepción, en la medida en que constituía un hecho impeditivo para que la jurisdicción contencioso administrativa conociera de las pretensiones del demandante, puesto que en tanto la parte demandada insista en hacer valer el pacto arbitral y manifieste expresamente su voluntad de no renunciar a lo acordado en la cláusula compromisoria, ésta se torna obligatoria no sólo para las partes, sino también para el juez, quien en consecuencia, carecerá de jurisdicción para adelantar el respectivo proceso y de hacerlo, el mismo estará incurso en una causal de nulidad insaneable⁸.

30. No obstante, en casos como el presente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que ante la

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, expediente 29.699, reiterada en sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 18395, C.P. Enrique Gil Botero, providencia en la cual se sostuvo que *“A esta actitud silenciosa, pasiva o tácita que asumen las partes en el proceso, es decir, al hecho de que una de ellas presente la demanda y la otra asista al proceso sin excepcionar la falta de jurisdicción, la jurisprudencia le ha asignado el efecto de derogar la cláusula arbitral. En otras palabras, se trata de la asignación de un efecto al silencio de las partes, atribuyéndose a su conducta y a su comportamiento el efecto de derogar la cláusula arbitral, para retornar al juez natural”*.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de noviembre de 1997, expediente 10964, C.P. Daniel Suárez Hernández, en la cual la parte demandada propuso excepción de cláusula compromisoria y de falta de jurisdicción. Dijo la Sala que *“(…) No sobra reiterar, que en el presente asunto, no se trata de la falta de alegación de la correspondiente excepción, sino muy por el contrario de reconocer la eficacia de la cláusula compromisoria, que ambos demandados desde el inicio del proceso aunque por distintos cauces procesales –el uno por la vía incidental y el otro como excepción en la contestación de la demanda- alegaron, en conducta procesal inequívoca de perseverar en los efectos del pacto arbitral contenido en el contrato que ha originado el presente proceso”*; y dado que se trata del vicio procesal insaneable de falta de jurisdicción que comporta la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, a la luz de lo preceptuado por el artículo 140, num. 1º del C.P.C., en concordancia con lo dispuesto en el inciso final del artículo 144 del mismo, así lo declaró en la parte resolutive de la providencia.

omisión de la entidad demandada respecto de su deber de contestar la demanda, se presenta una renuncia tácita de su parte a la facultad de acudir a la justicia arbitral en virtud del pacto contenido en el respectivo contrato estatal, lo que permite que el juez ordinario conozca de la controversia sometida a su conocimiento:

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

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

Salta a la vista, en consecuencia, el desacierto de la censura cuando pretende que se declare la nulidad del proceso o, en su defecto, se tenga por probada de oficio la excepción previa de cláusula compromisoria, toda vez que, respecto a la primera hipótesis, no puede ser nulo un proceso en el que las partes, tácitamente, consintieron la actuación ante la jurisdicción ordinaria (...).⁹

31. La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, también ha sido constante en considerar que se presenta una renuncia tácita al pacto arbitral, cuando quiera que se presenta la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, la parte demandada guarda silencio y no propone la excepción de

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de junio de 1997, expediente 4781, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

falta de jurisdicción¹⁰, lo cual habilita al juez para decidir la controversia sometida a su conocimiento.

32. En virtud de lo expuesto, considera la Sala que, en el **sub-lite**, sí era procedente el análisis por parte del tribunal **a-quo**, de las pretensiones planteadas en su demanda por el consorcio E.V.S. Construcciones Ltda.–Jaime Lozano Espinosa, en la medida en que la entidad demandada, al no contestar la demanda, renunció tácitamente a la cláusula compromisoria pactada en el respectivo contrato, razón por la cual la sentencia de primera instancia será revocada y en su lugar, se decidirá de fondo la controversia.

La liquidación del contrato

33. La liquidación del contrato, como es bien sabido, constituye la etapa final del negocio jurídico, en la cual las partes se ponen de acuerdo sobre el resultado último de la ejecución de las prestaciones a su cargo y efectúan un corte de cuentas, para definir, en últimas, quién debe a quién y cuánto, es decir para establecer el estado económico final del contrato, finiquitando de esa forma la relación negocial, como de tiempo atrás lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corporación, al considerar que la misma *“(...) tiene como objetivo principal que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento”*.¹¹

34. Dicha liquidación, en principio, debe realizarse de común acuerdo entre las partes, pero si ello no es posible, la entidad contratante deberá hacerlo en forma unilateral, en aquellos contratos en los que la liquidación sea necesaria.

¹⁰ Auto del 19 de marzo de 1998, expediente 14097, C.P. Ricardo Hoyos Duque, sentencia del 4 de septiembre de 2003, expediente 10883, C.P. Alier E. Hernández Enríquez; sentencia del 26 de febrero de 2004, expediente 25094, C.P. Germán Rodríguez Villamizar;

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10.608. Esta posición es reiterada en numerosas decisiones de esta Sección, como por ejemplo en la sentencia de 20 de noviembre de 2003, expediente 15.308 y sentencia del 6 de julio de 2005, expediente 14113, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

35. En el presente caso se trata, como ya se vio, de un contrato regido por las normas de la Ley 80 de 1993, la cual establecía, para la época de celebración del mismo, en relación con la liquidación de los contratos estatales lo siguiente:

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

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

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

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

ART. 61. De la liquidación unilateral. *Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.*

36. De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que el contrato objeto de la presente litis es de obra pública, es decir de tracto sucesivo, resultaba legalmente procedente su liquidación, la que en principio, debía efectuarse de común acuerdo entre las partes.

37. Es claro así mismo, el carácter subsidiario que el legislador le atribuyó a la facultad de liquidación unilateral frente a la liquidación de común acuerdo o bilateral, puesto que la entidad contratante sólo puede proceder a ejercer dicha facultad mediante la expedición de un acto administrativo, en aquellos eventos específicamente contemplados por la norma, es decir:

- a) Si el contratista no concurre a la liquidación de común acuerdo o,
- b) Si las partes no llegan a acuerdo alguno sobre la liquidación¹².

38. Y es evidente que, en el presente caso, no se dio ninguna de las anteriores condiciones, toda vez que se acreditó la existencia de un acta original de liquidación bilateral del contrato de obra pública No. 001 de 1994, que no ha sido tachada de falsedad ni cuestionada su validez de manera alguna y que aparece suscrita tanto por el alcalde municipal de Nóvita¹³ como por el representante del consorcio E.V.S. Construcciones Ltda.-Jaime Lozano Espinosa, acta en la cual las partes, de común acuerdo, procedieron a verificar el estado final de ejecución de las prestaciones a su cargo, el grado de avance de las obras entregadas por el contratista, su recibo a satisfacción por parte del municipio contratante y el interventor y los montos reconocidos como contraprestación por la entidad, concluyendo en la existencia de un saldo a favor del contratista por valor de \$ 75'648.221,76, por concepto de i) acta de recibo de obra final en cuantía de \$ 51'619.155,17, ii) reajuste del acta No. 1 en cuantía de \$ 3'458.831,34 y iii) reajuste del acta final, por cuantía de \$20'570.235,25.

39. El acta bilateral de liquidación, es un acto jurídico –convención- en el que confluye la voluntad de las partes contratantes, la cual se presume que fue manifestada libre de vicios, y en consecuencia obliga a quien hizo la correspondiente manifestación, dirigida a finiquitar la relación negocial entre las partes y a dejarlas mutuamente a paz y salvo, es decir que ellas han dado su consentimiento para el logro de esta finalidad. Al respecto, el artículo 1502 del Código Civil, establece que *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: (...) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”*.

40. Al suscribir el acta, las partes están manifestando su conformidad con el contenido de la misma, es decir que lo aceptan como cierto y correcto, admiten la veracidad de las afirmaciones efectuadas en dicho documento y que las sumas consignadas como saldo a favor de una u otra de las partes, son las que

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 15239, actor: Data Base System Ltda.

¹³ Se trata de la misma persona que, en calidad de alcalde municipal, suscribió posteriormente el acto de liquidación unilateral, fue notificada de la demanda y otorgó poder a abogado para representar judicialmente a la entidad (fls. 66, 70 y 86).

corresponden a la realidad de la ejecución contractual; por ello no es de recibo que, con posterioridad, las partes desconozcan su propia palabra y actúen en contra de lo acordado *venire contra factum proprium non valet*¹⁴, toda vez que ello atenta contra la buena fe que debe imperar en todas las relaciones negociales y específicamente en los contratos de la Administración, a la luz de lo dispuesto por el artículo 83 de la Constitución Política¹⁵, los artículos 23 y 28 de la Ley 80 de 1993¹⁶ y el artículo 1603 del C.C.C. Y como lo ha dicho la jurisprudencia de la Sección:

*La Buena fe -o bona fides- es un principio general del derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, y significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato entre las personas en una determinada situación social y jurídica. Dicho de otro modo, es la ética media de comportamiento entre los particulares y entre éstos y el Estado con incidencia en el mundo del derecho, descansa en la confianza respecto de la conducta justa, recta, honesta y leal del otro, y se constituye en un comportamiento que resulta exigible a todos como un deber moral y jurídico propio de las relaciones humanas y negociales.*¹⁷

*Por lo demás, la buena fe, en su carácter de principio, incorpora el valor ético de la confianza y lo protege, fundamenta el ordenamiento jurídico, sirve de cauce para la integración del mismo e informa la labor interpretativa del derecho.*¹⁸

En el ámbito de la contratación se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos,¹⁹ esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad²⁰, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido.

En efecto, en el derecho privado el artículo 1603 del Código Civil establece que los contratos deben celebrarse de buena fe; y los

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de mayo de 1996, expediente 10100, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹⁵ “**Art. 83.-** Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

¹⁶ El artículo 23, dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales de la contratación, dentro de los cuales está el de la buena fe y el artículo 28, estableció que el principio de la buena fe se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos.

¹⁷ Ver a este respecto. GONZÁLEZ, Pérez Jesús, *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, págs 44 y ss.

¹⁸ Cfr. GONZÁLEZ, Pérez Jesús, *Ob. Cit.* págs. 45 y 46.

¹⁹ Vid. DIEZ PICAZO, Luis, “La Doctrina de los Propios Actos”, Casa Editorial Bosch, 1963, págs. 137 y ss.

²⁰ Estado de entrega mutua de las partes de una relación jurídica a la conducta leal de la otra, bajo el entendido de que ella será recta y honesta.

artículos 835, 863 y 871 del Código de Comercio señalan que se presumirá la buena fe, que las partes deben proceder en la etapa precontractual de buena fe exenta de culpa -calificada- so pena de indemnizar perjuicios, y que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, respectivamente.

(..).

Así mismo, la jurisprudencia ha indicado que no se puede desconocer los actos y conductas expresadas válidamente por la administración o los proponentes, por incurrir en la prohibición de venire contra factum proprium non valet, en cuya virtud no le es lícito a las personas venir contra sus propios actos, desconocimiento que no se compadece con el principio de buena fe.²¹

La violación de la buena fe entraña la no obtención de los derechos en los que ella es requisito, o la invalidez del acto y, por supuesto, la obligación de reparar los daños ocasionados con una conducta así calificada, con la consiguiente indemnización de perjuicios.²²

41. En consecuencia, la jurisprudencia de la Sección ha considerado en forma reiterada que, frente a una liquidación de común acuerdo, las partes quedan sujetas a lo estipulado en ella y que sólo es posible disentir o renegar de su contenido, en la medida en que se impugne su validez con fundamento en alguno de los vicios del consentimiento: error, dolo o fuerza, pues de lo contrario, al suscribir el acta de liquidación bilateral sin observaciones, se torna inocua cualquier reclamación posterior sobre asuntos que fueron objeto del acuerdo liquidatorio²³.

42. Por ello la única alternativa, cuando el contratista no está de acuerdo con todos los términos de la liquidación propuesta por la Administración -aparte obviamente de abstenerse de suscribirla-, es hacerlo con objeciones o salvedades, es decir, consignando expresamente en ella la constancia de los puntos concretos respecto de los cuales no se comparte dicha liquidación, dejando a salvo de esta forma, el derecho de reclamar posteriormente por aquellos

²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 16 de abril de 2006, Exp. 16.041.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, expediente 24715 y acumulados, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 1984, expediente 2796, C.P. José Alejandro Bonivento Fernández; sentencia 2 de diciembre de 1993, expediente 8310, C.P. Daniel Suárez Hernández; sentencia 16 de febrero de 1996, expediente 7966, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10608, C.P. Daniel Suárez Hernández; sentencia del 6 de agosto de 1998, expediente 10496, C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 15596, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

reconocimientos a los que se cree tener derecho y que no fueron incluidos en el acta.

43. Lo anterior se predica del contratista, pero no sólo él queda obligado por los términos de la liquidación bilateral suscrita por las partes; la Administración también queda sujeta a su contenido. Al respecto, es necesario advertir que en materia de contratación, las entidades estatales también se hallan limitadas en su actuación por las normas de competencia, de tal manera que sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizadas por la Constitución y la ley y deben hacerlo en los términos de tal autorización, por cuanto de lo contrario, el funcionario en cuestión deberá responder por extralimitación de funciones (arts. 6, 121 y 122, C.P.²⁴).

44. Se trata de una manifestación del principio de legalidad de las actuaciones estatales –a su vez, pilar del estado de derecho- y específicamente, de las actuaciones administrativas, de conformidad con el cual, las decisiones que se tomen en este ámbito, deben estar amparadas por una expresa autorización legal, puesto que si bien ellas actúan para el cumplimiento de aquella finalidad que, dentro de la estructura del Estado les ha sido señalada y que en consecuencia justifica su existencia, lo cierto es que deben hacerlo apegadas al ordenamiento jurídico, que protege los derechos e intereses de todas las personas y limita, en consecuencia, el poder estatal, para evitar las actuaciones arbitrarias que puedan atentar contra ellos.

45. Significa lo anterior, que si bien las autoridades pueden ejercer la función administrativa y como manifestación de la misma pueden proferir manifestaciones de voluntad unilateral que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de carácter general o de carácter particular o concreto, o dicho de otro modo, decisiones unilaterales obligatorias, es decir actos administrativos, ello resulta legal en la medida en que lo hagan dentro de los precisos límites de su competencia.

²⁴ El artículo 6 establece que los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; el artículo 121, establece que *“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”* y el artículo 122, que *No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (...)*”.

46. Así lo ha manifestado la Sección, al sostener que “(...) la ilegalidad, por falta de competencia, para proferir un determinado acto administrativo no se puede purgar a través del “privilegio de decisión previa”, porque si bien éste supone la toma de decisiones por parte del Estado sin necesidad de contar con el consentimiento de los afectados o con la anuencia previa del juez, éstas sólo pueden ser adoptadas en ejercicio de una competencia establecida en la ley. Así, el privilegio de lo previo no constituye el fundamento de la competencia; por el contrario ésta es un presupuesto necesario de aquél”²⁵.

47. En materia de liquidación de contratos, como ya se vio, la Administración puede proceder a efectuarla de manera unilateral, pero sólo si se dan las circunstancias que la ley contempla para ello, pues de lo contrario, estará actuando por fuera del ámbito de su competencia. Y eso fue precisamente lo que sucedió en el **sub-lite**, en donde el Municipio de Nóvita, suscribió un acta de liquidación bilateral, que luego desconoció y pretendió reemplazar por una decisión unilateral de contenido diferente, en la cual el resultado económico arrojó un monto inferior como saldo a favor del contratista.

48. En este punto, también llama la atención de la Sala el hecho de que, como sustento de esta decisión unilateral, la entidad insistió en el supuesto incumplimiento del contratista y afirmó que no había entregado todas las obras acordadas, pero se echa de menos cualquier otra prueba en relación con el mismo: alguna conminación que se le hubiera efectuado al contratista, alguna multa que le hubiere sido impuesta, etc., que corroborara tal incumplimiento.

49. La anterior circunstancia –que obraran pruebas de las afirmaciones sobre el incumplimiento del contratista- no habría significado diferencia alguna en cuanto a lo aquí decidido, pero se resalta el hecho, para destacar que la competencia que se le otorgó a la administración pública para liquidar unilateralmente sus contratos, no es un remedio para solucionar posibles incumplimientos de los contratistas o para sancionarlos por lo que hicieron mal o dejaron de hacer, o para corregir deficiencias de la administración en su función de vigilancia y control de la ejecución de sus contratos, sino que se trata de un mecanismo creado por el legislador para garantizar que los negocios jurídicos que así lo requieran, puedan ser debidamente culminados a través del mecanismo de la liquidación, aún en

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2005, expediente 13599, C.P. Alier E. Hernández Enríquez

aquellos eventos en los que no se cuente con la colaboración y aceptación del contratista respecto del corte de cuentas efectuado por la entidad contratante y de esta forma, evitar que el negocio jurídico quede en un estado de indeterminación indefinida, en relación con su resultado final de ejecución y pago.

50. Lo cual evidencia, aún más, la ilegalidad del acto administrativo acusado, puesto que si ya se había logrado la liquidación de común acuerdo, ningún sentido ni utilidad podía tener una inoportuna liquidación unilateral por la entidad demandada y no se advierte cuál finalidad perseguía la Administración con esa actuación, como no fuera ir en contra de sus propios actos.

51. Ahora bien, observa la Sala que la parte actora manifestó en su demanda que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, la liquidación unilateral del contrato solamente es posible cuando no existe acuerdo sobre su contenido o cuando el contratista no se presenta a la misma, pero que en este caso, el acto administrativo *"(...) no ha debido producirse, por cuanto sí existió acuerdo sobre la liquidación y su contenido, como lo prueba con el documento que sobre la misma se acompaña, debidamente suscrito por contratistas y contratante (...). Con los actos administrativos referidos y que se impugnan en esta demanda, la entidad estatal fue más allá de lo permitido y autorizado por la ley, por lo cual son ilegales"*, lo que en otras palabras, equivale a afirmar, como vicio invalidante, la falta de competencia de la entidad para proferir el acto administrativo acusado.

52. De acuerdo con lo expuesto, la Sala considera que el acto administrativo demandado está incurso en la causal de nulidad referida, esto es, falta de competencia, razón por la cual debe ser anulado y así se decidirá en la parte resolutive de este fallo.

53. Como consecuencia de dicha anulación, se advierte así mismo el incumplimiento contractual de la entidad demandada respecto de su obligación de cancelar el saldo pendiente de pago que arrojó la liquidación bilateral que suscribieron las partes, lo que así se declarará y, como consecuencia de ello, se condenará a la entidad demandada a la correspondiente indemnización de perjuicios.

54. Y en este punto observa la Sala que, si bien el acta de liquidación bilateral presta mérito ejecutivo, por lo cual el cumplimiento de la obligación contenida en

ella se puede obtener mediante la tramitación del correspondiente proceso ejecutivo, el hecho de que el demandante haya acudido a la acción contractual no obsta para que el juez contencioso administrativo se pronuncie sobre la existencia de tal obligación y profiera la respectiva condena, puesto que, tal y como sucedió en el **sub-lite**, se produjo una acumulación de pretensiones derivadas del mismo contrato, entre ellas, la declaratoria de incumplimiento contractual de la entidad demandada, respecto de su obligación de pago del saldo debido al contratista. Al respecto, ha dicho la Sala:

Tratándose de controversias derivadas de un contrato estatal, el nuevo Estatuto Contractual unificó en la jurisdicción de lo contencioso administrativa, la competencia para conocer tanto de los litigios derivados de los contratos estatales, como de los procesos de ejecución y cumplimiento derivados de éstos.

Si bien en principio frente a la situación jurídica de incumplimiento a una obligación presuntamente clara, expresa y exigible, se encuentra prevista la vía ejecutiva, ello no obsta para que el particular acuda a la vía ordinaria con el fin de que se hagan las declaraciones pertinentes - de incumplimiento de la obligación - y de esta forma se actualice el respectivo título ejecutivo, siempre y cuando lo haga dentro del término contemplado por la ley, para el ejercicio oportuno de la acción.

El hecho de que no parezca razonable la utilización de la vía ordinaria con el fin de lograr la declaración de una obligación que en principio ya existe, no implica que el ejercicio de tal acción sea indebida; muy seguramente será una vía más larga y de mayor complejidad, pero es una vía que el administrado puede escoger legítimamente.

El legislador contempló la viabilidad de tal ejercicio cuando señaló en el Estatuto Civil que "() la acción ejecutiva se prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años, y convertida en ordinaria durará solamente otros diez" (Art. 2536)²⁶.

V- Los perjuicios

55. En relación con las demás pretensiones aducidas en la demanda y que apuntan a obtener una indemnización de perjuicios distinta a la derivada del incumplimiento del pago del saldo que arrojó a favor del contratista la liquidación del contrato, como la atinente al no pago oportuno del anticipo, el pago tardío de los reajustes y la sanción pecuniaria a la entidad por su incumplimiento, considera la Sala que las mismas son improcedentes.

²⁶ Sentencia del 14 de febrero de 2002, expediente 13238, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

56. En efecto se observa que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en las Resoluciones 011 y 015 de 1995 expedidas por el Municipio de Nóvita, recobra todo su valor comercial el acta de liquidación bilateral que había sido suscrita por las partes y que arrojó un saldo a favor del contratista, respecto del cual no obra prueba alguna en el plenario de que le haya sido cancelado, lo que justifica la condena que en el presente fallo se proferirá a su favor.

57. Y aquí se advierte que lo que se predicó en relación con la obligatoriedad de la liquidación bilateral frente a la entidad, también aplica para el contratista, puesto que suscribió el acta sin dejar en ella salvedad alguna, de tal manera que el corte de cuentas efectuado en dicha liquidación, está amparado como negocio jurídico que es, por la presunción de validez, que sólo puede ser desvirtuada mediante la comprobación de algún vicio del consentimiento, que no fue alegado ni mucho menos demostrado.

58. Significa lo anterior, que el resultado económico de la relación comercial que unió a las partes en virtud del contrato de obra pública No. 001 de 1994, es el contenido en tal acta de liquidación y el saldo que arrojó a su favor, es el único reconocimiento al que tiene derecho el demandante.

59. En razón de lo expuesto, la entidad demandada será condenada a pagar el monto de dicha liquidación, debidamente actualizado, más los intereses de mora por el no pago oportuno de tal obligación, para lo cual se aplicarán las normas que los regulan, esto es, el inciso 2º del numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, que establece que en caso de no haberlos pactado en el contrato, se aplicará una tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado y el artículo 1º del Decreto 679 de 1994, que dispone que para determinar el valor histórico actualizado al que se refiere la anterior norma, "(...) se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos".

60. Por otra parte, la entidad demandada alegó la existencia de órdenes judiciales de retención de pagos a favor del contratista y la Delegada del Ministerio Público

solicitó descontar de la liquidación de perjuicios, los valores que, según oficios de distintos juzgados civiles, se ordenó retener de las sumas debidas al consorcio contratista, en virtud de órdenes de embargo emitidas en su contra (fl. 162).

61. Al respecto, se observa que en la diligencia de conciliación que se adelantó en el presente proceso (fl. 120), la parte demandada sostuvo que la deuda pendiente de pago a favor del contratista era, en principio, el monto de \$40'419.082,13 que había resultado de la liquidación unilateral adelantada y respecto del cual el contratista había presentado cuenta de cobro el 18 de agosto de 1995, pero que *"(...) con fecha 17 de ese mismo mes y año (el de recibo de la cuenta de cobro) se le comunica a la administración municipal de Novita (sic) por parte de la Secretaria del Juzgado Civil del Circuito de Istmina que debe retener la suma de \$ 8.550.000,00 m/cte, de los dineros que dicha entidad adeuda a los hoy demandantes; en ese mismo sentido el día 4 de octubre se recibe otra comunicación pero esta vez proveniente del Juez Promiscuo Municipal de Istmina, ordenando la retención de \$ 2'300.000,00; como si esto fuera poco con fecha 29 de septiembre de la misma anualidad la señora Juez Civil del Circuito de Istmina ordena esta vez retener la suma de \$ 9.427.500,00; ya para los días 25 de junio y 2 de octubre de 1996 remata nuevamente el Juzgado Civil del Circuito de Istmina con retenciones de \$ 1.903.386,00 y \$ 13.335.976,00 respectivamente , para un total de \$ 35.516.862,00 m/cte, sumas estas giradas conforme a los mandatos judiciales ya citados (...)"*.

62. La entidad demandada no aportó pruebas de las afirmaciones efectuadas en la fracasada diligencia de conciliación, puesto que tan sólo entregó copias simples de los oficios supuestamente enviados a la alcaldía por los juzgados de Istmina (fls. 126 a 131) y copia simple de documento supuestamente suscrito por el Tesorero Municipal de Novita, en el que aparece una *"relación de descuentos hechos en la cuenta de ahorro N. 4436028105-1 en el B.C.H. de Quibdó, hechos a la firma contratista EVS y JAMES LOZANO ESPINOSA, contratista con Findeter y ordenados por los Juzgados CIVIL DEL CIRCUITO y PROMISCOU MUNICIPAL DE ISTMINA, respectivamente (...)"*.

63. Se trata, como ya se dijo, de copias simples de documentos públicos, las cuales, a la luz de lo establecido por el artículo 254 del C.P.C., carecen de valor probatorio, puesto que no reúnen ninguna de las condiciones allí establecidas para que las copias tengan el mismo valor del original: 1. Que hayan sido autorizadas

por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada, o 2. Que hayan sido autenticadas por notario previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le hubiera presentado, o 3. Que hayan sido compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial.

64. De acuerdo con lo anterior, estima la Sala que no existe certeza dentro del proceso de que realmente se hubieran ordenado en contra del consorcio contratista los embargos y retenciones de dineros a las que aludió la entidad demandada, como tampoco hay certeza de que efectivamente, se hayan puesto a órdenes de los juzgados civiles de Istmina cantidades de dinero provenientes del saldo del valor del contrato No. 001 de 1994, pendiente de pago a favor del contratista.

65. La ausencia de pruebas advertida, a juicio de la Sala, impide que en esta instancia se efectúe descuento alguno respecto del pago de la condena que se proferirá en contra de la entidad demandada y a favor del demandante. No obstante, de haber efectuado algún pago el Municipio por estos conceptos, el monto correspondiente debidamente actualizado desde la fecha del pago hasta la de esta providencia, será descontado de lo debido al demandante en virtud de la condena impuesta.

Liquidación

66. **Monto debido:** Corresponde al monto que arrojó la liquidación bilateral como saldo a favor del contratista, que fue la suma de **\$ 75'648.221,76**.

67. Fecha del incumplimiento: Se tendrá por tal, la fecha del acta de liquidación bilateral, esto es, el día 22 de febrero de 1995.

Período liquidar	a Capital histórico por período	I.P.C.	Valor actualizado	Tasa de interés	Interés Moratorio
22 de febrero a 31 de diciembre de 1995	75'648.221,76	20,71	91'314.968,48	11%	10'044.646,53

1 de enero a 31 de diciembre de 1996	91'314.968,48	19,47	109'093.992,84	12%	13'091.279,14
1 de enero a 31 de diciembre de 1997	109'093.992,84	21,64	132'701.932,84	12%	15'924.231,94
1 de enero a 31 de diciembre de 1998	132'701.932,84	17,68	156'163.634,56	12%	18'739.636,14
1 de enero a 31 de diciembre de 1999	156'163.634,56	16,70	182'242.961,53	12%	21'869.155,38
1 de enero a 31 de diciembre de 2000	182'242.961,53	9,23	199'063.986,87	12%	23'887.678,42
1 de enero a 31 de diciembre de 2001	199'063.986,87	8,75	216'482.085,72	12%	25'977.850,28
1 de enero a 31 de diciembre de 2002	216'482.085,72	7,65	233'042.965,27	12%	27'965.155,83
1 de enero a 31 de diciembre de 2003	233'042.965,27	6,99	249'332.668,54	12%	29'919.920,22
1 de enero a 31 de diciembre de 2004	249'332.668,54	6,49	265'514.358,72	12%	31'861.723,00
1 de enero a 31 de diciembre de 2005	265'514.358,72	5,50	280'117.648,44	12%	33'614.117,81
1 de enero a 31 de diciembre de 2006	280'117.648,44	4,85	293'703.354,38	12%	35'244.402,52
1 de enero a 31 de diciembre de 2007	293'703.354,38	4,48	306'861.264,65	12%	36'823.351,75
1 de enero a 31 de diciembre de 2008	306'861.264,65	5,69	324'321.670,60	12%	38'918.600,47
1 de enero a 31 de diciembre de 2009	324'321.670,60	7,67	349'197.142,73	12%	41'903.657,12

diciembre de 2009					
1 de enero a 31 de diciembre de 2010	349'197.142,73	2,00	356'181.085,58	12%	42'741.730,26
1 de enero a 31 de enero de 2011	356'181.085,58	0,52	358'033.227,22	2%	7'160.664,54

Total intereses de mora: \$ 455'687.801,35

Actualización:

68. Toda vez que la anterior liquidación de intereses de mora efectuada de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario 679 de 1994 contempla la aplicación de una tasa de interés pura, resulta procedente la actualización del valor del capital debido desde el 22 de febrero de 1995, hasta la fecha de esta sentencia.

69. La suma debida, se actualizará con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula:

$$Ca = Ch \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde:

Ca= capital actualizado.

Ch= capital histórico.

índice inicial = Índice de precios al consumidor IPC, vigente para la fecha en que se suscribió el acta de liquidación bilateral del contrato: 22 de febrero de 1995.

índice final = Índice de precios al consumidor IPC, vigente a la fecha de la presente sentencia.

$$Ca = 75'648.221,76 \frac{106,19}{27,57}$$

$$Ca = 291'370.499,40$$

70. En consecuencia, el valor actualizado del saldo pendiente de pago a favor del contratista que arrojó la liquidación bilateral suscrita por las partes, fue de doscientos noventa y un millones trescientos setenta mil cuatrocientos noventa y nueve pesos con cuarenta centavos (**\$ 291'370.499,40**).

Valor total de la indemnización:

71. Corresponde al saldo pendiente de pago debidamente actualizado más intereses de mora: setecientos cuarenta y siete millones cincuenta y ocho mil trescientos pesos con setenta y cinco centavos (**\$ 747'058.300,75**).

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

RESUELVE

REVÓCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el 19 de octubre de 1998. En su lugar se dispone:

PRIMERO: Declárese la nulidad de las Resoluciones Nos. 011 del 31 de marzo y 015 del 17 de mayo de 1995, expedidas por el alcalde municipal de Nóvita, por las razones expuestas en las consideraciones.

SEGUNDO: Condénese al Municipio de Nóvita a pagar a favor del consorcio conformado por la sociedad E.V.S. Construcciones Ltda. y el señor Jaime Lozano Espinosa, la suma de setecientos cuarenta y siete millones cincuenta y ocho mil trescientos pesos con setenta y cinco centavos (**\$747'058.300,75**).

TERCERO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidente subsección

RUTH STELLA CORREA PALACIO

DANILO ROJAS BETANCOURTH