



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

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

Proceso número: 2500023260001991085601 **(18.561)** ACUMULADO¹
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda.
Demandado: Fondo Vial Nacional
Acción: Contractual

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Rafael Crispín Landinez; el Instituto Nacional de Vías –INVÍAS- y la sociedad Botero Aguilar y Cía. en contra de la sentencia del 23 de marzo de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante la cual resolvió (fls. 518 y 519, c. ppal 2):

PRIMERO: Declárese no probada la excepción de pleito pendiente.

SEGUNDO: Declárese probada la objeción parcial que al dictamen pericial formuló la parte actora.

TERCERO: Niéganse las pretensiones aducidas por la sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda., en cuanto demanda para sí condena al pago de perjuicios a título de incumplimiento y compensación económica a título de ruptura del equilibrio financiero del contrato no. 490-83 y sus adicionales.

CUARTO: Niégase la pretensión de declaratoria de nulidad del acta de liquidación del contrato no. 490-83, acta de liquidación no. 051 de 31 de diciembre de 1993.

QUINTO: Declárese que el FONDO VIAL NACIONAL incumplió el contrato no. 490 de 5 de diciembre de 1983 e incurrió en desarrollo de éste en conductas que determinaron la ruptura del equilibrio financiero del mismo.

¹ Mediante auto del 22 de septiembre de 1994, el a quo acumuló al proceso 91D-7491 el proceso 91D-7492 (fls. 231 y 232, c. ppal, exp. 7491); igualmente, mediante auto del 8 de mayo de 1997, se acumuló el proceso 96-D-11764 (fls. 375 y 376, c. ppal, exp. 7491).

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

SEXTO: Condénase al FONDO VIAL NACIONAL a reconocer y pagar al señor RAFAEL CRISPÍN LANDINEZ la suma de SEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CUARENTA Y DOS PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$6.946.587.042.49) suma que se actualizará entre la fecha de esta sentencia y la de su ejecutoria, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

De la suma antes indicada se reconocerá y pagará al señor ÁLVARO ESCOBAR HENRÍQUEZ el equivalente al 35% de dicha suma, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Condénase al FONDO VIAL NACIONAL a reconocer y a pagar al señor RAFAEL CRISPÍN LANDINEZ, a título de indemnización por perjuicios morales subjetivos, el valor en pesos colombianos, según certificación del Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, de 500 gramos oro fino.

De la suma antes indicada se reconocerá y pagará al señor ÁLVARO ESCOBAR HENRÍQUEZ el equivalente al 35% de dicha suma, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: Abstiénese de condenar en costas a la parte actora.

NOVENO: Para el cumplimiento de este fallo se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

DÉCIMO: Si esta sentencia no fuere apelada, consúltese con el Honorable Consejo de Estado.

SÍNTESIS DEL CASO

Dentro del contrato de obra 490 del 5 de diciembre de 1983, suscrito entre el Fondo Vial Nacional y el señor Gustavo Rodríguez Díaz, quien lo cedió al señor Rafael Crispín Landinez, se imputan unos incumplimientos a la entidad pública contratante y se reclama la indemnización de perjuicios correspondiente. Igualmente, se demanda la nulidad del acta de liquidación bilateral del mencionado acuerdo.

I. ANTECEDENTES

1. LAS DEMANDAS

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

1.1. Expediente 91-D-7491

El 25 de octubre de 1991 (fl. 19, c. ppal), el señor Rafael Crispín Landinez, en ejercicio de la acción contractual regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra del Fondo Vial Nacional (fls. 2 a 19, c. ppal)².

1.1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 55 a 65, c. ppal):

1.1.1.1. El 19 de agosto de 1983, el Fondo Vial Nacional adjudicó la licitación pública internacional 09 del mismo año al señor Gustavo Rodríguez Díaz, para la ejecución de las obras en la carretera Guasca-Gachetá. En consecuencia, los mencionados suscribieron el contrato de obra 490 del 5 de diciembre siguiente.

1.1.1.2. El 10 de diciembre de 1985, el señor Gustavo Rodríguez Díaz cedió el contrato al señor Rafael Crispín Landinez, acto aprobado por el Fondo Vial Nacional.

1.1.1.3. Para la ejecución, el contratista destinó todo el equipo exigido en el pliego de condiciones y en el contrato, cumpliendo con la calidad y cantidad requerida para la finalización de la obra.

1.1.1.4. El Fondo Vial Nacional incurrió en los siguientes incumplimientos: (i) las apropiaciones presupuestales siempre fueron insuficientes y los pagos tardíos; (ii) durante 1986 cambió las especificaciones de la vía y (iii) a mediados de 1989 varió la fuente de materiales del contrato, que sólo

² La demanda fue adicionada y reformada (fls. 54 a 77, c. ppal).

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

pudo ser utilizada hasta septiembre de ese año, cuando se obtuvo la autorización de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

1.1.1.5. Los incumplimientos impactaron negativamente los tiempos de ejecución e impusieron una carga desmedida al contratista por la mayor permanencia en la obra de los equipos requeridos, así como la logística necesaria para efectos de ajustarse a las nuevas exigencias.

1.1.1.6. El 30 de octubre de 1989, finalizó el contrato por vencimiento del plazo pactado, sin que atendiera la solicitud del contratista para su prórroga y desconociendo que el artículo 58 del Decreto Ley 222 de 1983 la imponía.

1.1.1.7. La situación contractual se tornó tan perjudicial para el contratista que se vio avocado a presentar concordato preventivo ante un juez de Bogotá e, incluso, la afectación llegó a ser moral.

1.1.1.8. Pese a las múltiples solicitudes del actor, el contrato no se ha liquidado.

1.1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, el actor deprecó las siguientes pretensiones (fls. 74 y 75, c. ppal):

1) Que el Fondo Vial Nacional incurrió en negligencias, omisiones, culpas, incumplimientos violaciones a la ley y al contrato, en, moras, durante la ejecución del contrato No. 490-83 y adicionales, lo mismo que en hechos y actuaciones que causaron graves perjuicios a Rafael Crispín Landínez.

2) Que tales violaciones a la ley, al contrato, moras, incumplimientos, negligencias, culpas, hechos y actuaciones, le impidieron al contratista la normal ejecución del contrato y le causaron daños y perjuicios, que deben serle resarcidos.

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

3) Que tal resarcimiento debe ordenarse, por lo cual, debe condenarse al F.V.N. por los siguientes valores y conceptos:

Por concepto de obras ejecutadas y no pagadas \$170.000.000.oo.

*Por concepto de intereses sobre el anterior valor \$50.000.000.oo.
Por concepto de lucro cesante por equipos y maquinarias inactivas, o subutilizados, totalmente improductivos para mi cliente \$2.380.000.000.oo.*

Por concepto de otros gastos administrativos improductivos \$170.000.000.oo.

Por concepto de utilidades dejadas de recibir por el demandante durante el contrato 490-83 y adicionales \$500.000.000.oo.

Por haber entrado en concordato preventivo y haber llegado al colapso de la economía del demandante \$500.000.000.oo.

Por concepto de daño moral equivalente a 1.000 gramos oro en la fecha de la demanda \$7.500.000.oo.

Las anteriores sumas son calculadas a la fecha de la presentación de la demanda.

4) Que en todo caso, se ordene el ajuste del valor de la condena, según los criterios aplicables, para evitar el envilecimiento de su valor intrínseco.

5) Que se condene en costas al Fondo Vial Nacional.

1.2. Expediente 91-D-7493

El 29 de octubre de 1991 (fl. 62 rev., c. ppal), la sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda., en ejercicio de la acción contractual regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra del Fondo Vial Nacional (fls. 3 a 62, c. ppal).

1.2.1. Síntesis de los hechos

La sociedad actora sustenta sus pretensiones en similares términos a los expuestos por el señor Rafael Crispín Landinez (fls. 10 a 37, c. ppal); sin embargo, precisa que ejecutó el contrato en estudio para los meses de junio a octubre de 1989, previa cesión de los derechos del contrato 490 de

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

1983 por parte de su contratista, la cual no fue autorizada por la entidad pública demandada por problemas de identificación, en tanto se cedió a Botero Aguilar y Cía. S.A. y no como actualmente corresponde a su razón social, aunque el proceso de transformación a la primera denominación aún continúa.

1.1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 4 a 10, c. ppal):

PRIMERO: Que el FONDO VIAL NACIONAL incumplió el contrato número CUATROCIENTOS NOVENTA (490) de fecha cinco (5) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), suscrito entre el mencionado establecimiento público y el señor GUSTAVO RODRÍGUEZ DÍAZ, relacionado con la construcción de las obras necesarias para la pavimentación de la carretera Guasca-Gachetá, ruta 57, tramo 01 y calles de Gachetá con una longitud aproximada de 50 kilómetros, así como sus adicionales los contratos QUINIENTOS DIECISÉIS (516) de mil novecientos ochenta y cinco (1985); CERO SETENTA Y NUEVE A S (079A) de mil novecientos ochenta y seis (1986); CERO SETENTA Y NUEVE (079) de mil novecientos ochenta y siete (1987); CERO NOVENTA (090) de mil novecientos ochenta y ocho (1988); y DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE (297) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), especialmente porque (se relacionan presuntos incumplimientos de la entidad pública, tales como: (i) no permitir la ejecución total de la obra; (ii) demorar su iniciación; (iii) cambiar unilateralmente las condiciones pactadas; (iv) no restablecer el equilibrio económico y (v) no brindar todos los recursos económicos necesarios para la ejecución de la obra) (...).

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, el FONDO VIAL NACIONAL es responsable y por tanto está obligado a la indemnización, de los daños de toda índole sufridos por el señor RAFAEL CRISPÍN LANDINEZ, cedente y vendedor de los derechos de los cuales es titular mi poderdante, derivados del incumplimiento contractual, constituidos por los perjuicios materiales en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante, así como los extracostos o gastos financieros en que ha tenido que incurrir desde el momento en que se presentaron los hechos constitutivos del incumplimiento hasta cuando efectivamente se resarzan los perjuicios sufridos.

TERCERO: Que como consecuencia de lo anterior, se condene al FONDO VIAL NACIONAL a pagar a la sociedad BOTERO AGUILAR Y CÍA LTDA. en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, el monto actualizado de esos

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

daños y perjuicios, que en la fecha ascienden a una suma en ningún caso inferior al valor en la fecha del día en que se introduce el presente libelo, a ciento ochenta y dos mil quinientos treinta y ocho (182.538) salarios mínimos mensuales.

CUARTO: Que las cantidades que constituyan el monto indemnizatorio se actualicen en su cuantía teniendo en consideración la pérdida del poder de compra del peso colombiano al momento de la expedición del proveído definitorio, a fin de que se compensen los efectos de esa pérdida del poder adquisitivo del dinero en el período comprendido entre la época de causación del daño y la fecha del fallo final y definitivo.

QUINTA: Que si no se pudiere establecer de otra manera con los elementos de convicción que obren en autos, para indemnizar el lucro cesante se condene al FONDO VIAL NACIONAL a pagar intereses sobre el valor del daño emergente actualizado, para el período comprendido entre la época de causación del daño y la fecha de la sentencia, a la tasa que se determine como aquella que compensa plenamente el perjuicio consistente en no haber recibido en la oportunidad prevista los ingresos provenientes de la ejecución del contrato y de la aplicación total de sus cláusulas y, en consecuencia, en no haber podido dar a dichos dineros una destinación productiva.

SEXTA: Que el FONDO VIAL NACIONAL pagará a la sociedad demandante, en su condición ya expresada en este escrito, intereses comerciales sobre las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia durante los (6) seis meses siguientes a su ejecutoria, e intereses moratorios después de ese término, tal como lo prescribe el artículo 177 del C.C.A.

1.3. Expediente 96-D-11764

El 11 de enero de 1996 (fl. 20 rev., c. ppal), el señor Rafael Crispin Landinez, en ejercicio de la acción contractual regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra del Fondo Vial Nacional (fls. 2 a 20, c. ppal).

1.3.1. Síntesis de los hechos

Los supuestos fácticos se corresponden con los formulados en el proceso 91-D-7491 por el mismo actor (fls. 2 a 14, c. ppal). Con todo, el actor precisó (fls. 13 y 14, c. ppal):

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

30. Al existir un acuerdo sobre las cantidades ejecutadas y no pagadas, pero subsistiendo el desacuerdo sobre las demás pretensiones de la demanda, radicada bajo el 7491 aquí mencionada, las partes resolvieron de consuno solemnizar un acta de liquidación para pagar únicamente las cantidades de obra ejecutadas por el contratista y no reconocidas ni pagadas por la entidad contratante, sin que tal liquidación implicara para el ingeniero Rafael Crispín Landínez, renuncia a las demás pretensiones de la demanda.

31. El acuerdo de voluntades relativo a la no renuncia de las demás pretensiones a que se refiere el hecho 30 inmediatamente anterior, se logró de manera verbal, pero clara e inequívoca entre el señor jefe de la oficina jurídica del ministerio de Obras Públicas y Transporte, quien ejercía las funciones de jefe de la oficina jurídica para el Fondo Vial Nacional y el Ingeniero Rafael Crispin Landínez (...).

34. Igualmente, en el acuerdo mencionado en los hechos 30 y 31 de esta demanda se convino que después de efectuada la liquidación, se adelantaría un procedimiento conciliatorio de las demás pretensiones de la demanda.

35. Como hasta el momento el Instituto Nacional de Vías no ha autorizado ningún tipo de conciliación, y está vigente la liquidación del contrato, es necesario demandarla para remover este obstáculo que eventualmente podría impedir la prosperidad de las pretensiones de la demanda que cursa bajo la radicación 7491 de la Sección Tercera del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

1.3.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, el actor deprecó las siguientes pretensiones (fls. 14 y 15, c. ppal):

- 1. Que se declare la nulidad del acta de liquidación del contrato No. 490-83 a que se refiere esta demanda.*
- 2. Pido que a título de restablecimiento del derecho, se hagan todos los pronunciamientos condenatorios y de contenido patrimonial que aparecen formulados dentro del proceso radicado bajo No. 7491 que cursa ante ese mismo tribunal.*
- 3. Pido también, que se condene a la entidad demandada a pagar a mi poderdante las sumas que se causen por concepto de intereses por las demoras en los pagos en que incurrió la demandada tanto en la cancelación del acta de liquidación como en la cancelación de las demás actas de obra y de ajuste.*

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

4. Pido que se actualicen y ajusten monetariamente las anteriores sumas, y se ordene el pago de los intereses a que haya lugar.

5. Que se condene en costas a la entidad demandada.

1.3.3. Concepto de la violación

Estimó contrario al ordenamiento jurídico el hecho de que la liquidación no incorporara la indemnización de perjuicios causados por el incumplimiento de la entidad pública demandada, que se concretó en (i) las apropiaciones presupuestales insuficientes; (ii) los pagos tardíos; (iii) el cambio de las especificaciones de la vía y (iv) la variación de la fuente de materiales del contrato (fls. 15 a 17, c. ppal).

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Frente a la demanda del señor Rafael Crispín Landinez (exp. 91-D-7491), el Fondo Vial Nacional se limitó a decir que no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las pretensiones del actor, ante la falta de agotamiento de los trámites para liquidar el contrato (fls. 78 a 82 y 94 a 97, c. ppal).

2.2. Respecto de la demanda de la sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. (exp. 91-D-7493), la demandada sostuvo que no aprobó la cesión del contrato con la mencionada sociedad, tal como lo impone el artículo 6 del Decreto Ley 222 de 1983 y la cláusula séptima del contrato en cuestión (fls. 154 a 157, c. ppal).

Igualmente, llamó en garantía al contratista Rafael Crispín Landinez (fls. 160 a 162, c. ppal), quien una vez vinculado (fls. 164 a 169, c. ppal), manifestó su oposición al llamamiento por la inexistencia de un contrato de cesión con la sociedad actora (fls. 176 a 178, c. ppal).

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

2.3. En el proceso 96-D-11764, el Fondo Vial Nacional (fls. 30 a 36, c. ppal) precisó que sólo hasta el 25 de agosto y el 7 de octubre de 1993 el contratista Crispín Ladinez entregó la obra a satisfacción y el acta de precios unitarios no previstos, respectivamente, razón por la cual la liquidación bilateral se produjo el 31 de diciembre de 1993, mediante acta 51, la cual fue firmada sin salvedades, de lo que se sigue que no hay obligaciones pendientes entre las partes.

Propuso como excepción (i) la legalidad del acta de liquidación, toda vez que ella está desprovista de cualquier vicio del consentimiento y (ii) pleito pendiente, siendo que los mismos hechos, partes y causas son puestos de presente en el proceso 91-D-7491.

3. CESIÓN DE DERECHOS LITIGIOSOS

El 18 de febrero de 1993 (fls. 124 y 130, c. ppal, exp. 91-D-7491), el *a quo* aceptó la cesión de derechos litigiosos que realizó el señor Rafael Crispín Ladinez al abogado Álvaro Escobar Enríquez del 35% de los derechos litigiosos dentro del proceso 91-D-7491.

4. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, el INVIAS, además de reiterar sus argumentos de defensa, pidió abstenerse de valorar el dictamen practicado dentro del proceso 91-D-7493, toda vez que éste se inició por una sociedad que no demostró su calidad de cesionaria y, por ende, no puede servir de prueba para el proceso 91-D-7491 (fls. 306 a 312 y 432 a 434, c. ppal).

El señor Rafael Crispín Landinez reiteró los argumentos de sus intervenciones (fls. 313 a 335 y 442 a 453, c. ppal).

La sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. estimó que al ser notificada la cesión demandada desde ese mismo momento se produjeron todos sus

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

efectos jurídicos, sin que el deudor pudiera validamente oponerse a la misma (fls. 336 a 352 y 455 a 469, c. ppal).

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 23 de marzo de 2000 (fls. 224 a 235, c. ppal 2), el a quo, para acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, sostuvo³:

II. Analizará la Sala las excepciones oportunamente propuestas por la parte demandada, así:

a. La afirmación de legalidad del acta de liquidación del contrato es un medio de defensa que no tiene la naturaleza de excepción, pues los hechos que se aducen como fundamento de la misma no la conforman, ya que se limitan a negar los hechos y el fundamento de derecho invocados por el actor y, en tal sentido, la negación de los supuestos fácticos y/o jurídicos en que se apoyan las pretensiones formuladas en el libelo constituye una simple no aceptación de éstos, pero no una excepción en el sentido propio o estricto del término (...).

b. En relación con la excepción de pleito pendiente, que se fundamenta en la existencia de otro proceso entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, se anota que ésta no se configura por cuanto si bien es cierto en los procesos nos. 91-D-7491 y 96-D-11764 las partes demandantes, Rafael Crispín Landinez, y la parte demandada, Instituto Nacional de Vías, son las mismas, las pretensiones en uno y otro proceso son diferentes y, en lo que respecta al proceso No. 91-D-7493 en relación con los procesos anteriormente relacionados, la parte demandante es otra, Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. No se configura la excepción propuesta al no existir identidad de pretensiones en un caso y de partes en el otro (...).

IV.- Se pronunciará la Sala, en primer término, sobre las pretensiones formuladas por la sociedad Botero Aguilar y Cía Ltda., materia del proceso radicado bajo el No. 91-D-7493, las cuales habrán de ser denegadas, al no encontrarse el Fondo Vial Nacional, que es la entidad contra la cual se dirige la demanda, legitimado en la causa

³ La decisión fue aclarada por el magistrado Juan Carlos Garzón Martínez, porque no se probaron los perjuicios causados con la suspensión de la obra ni la pérdida de utilidad por la imposibilidad de terminar la obra, esto último por cuanto la forma de pago por precios unitarios sólo obligaba a pagar lo ejecutado (fls. 522 a 526, c. ppal 2).

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

para responder por las pretensiones que frente a él aduce dicha sociedad (...).

Anota la Sala, en primer término, que el aludido “Acuerdo de venta, cesión, endoso y traspaso” se realizó, de una parte, a nombre del señor Rafael Crispín Landínez (vendedor) y, de otra parte, a nombre de la sociedad Botero Aguilar y Cía. S.A. (compradora), siendo suscrito el respectivo contrato por la persona primeramente mencionada y por el representante legal de la sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. Como se observa a simple vista no es la misma persona que figura en el texto del contrato como parte compradora y quien los suscribe, razón para afirmar que de él no puede pretenderse derivar derecho alguno, dada la no identidad de la parte contratante. Cabe agregar a este respecto que quien figura como parte compradora es una sociedad inexistente, como expresamente se señala en la demanda, cuando se explica la ausencia de tal identidad argumentando que al momento de la firma del contrato se tramitaba la transformación de la sociedad de compañía limitada a compañía sociedad anónima, transformación que a la postre no se logró (...).

Aún en el supuesto de entender que entre el señor Rafael Crispín Landínez y la sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. se celebró efectivamente un contrato de cesión, en virtud del cual aquél cedió a ésta los derechos y obligaciones derivados del contrato No. 490-83 y sus adicionales, contrato de obra pública suscrito entre la mencionada persona natural como contratista y el Fondo Vial Nacional como contratante, se trata de un acuerdo de voluntades que genera sus efectos jurídicos en el ámbito individual o particular de estas dos personas, que las vincula a ella exclusivamente y que no trasciende en sus efectos en lo que respecta al Fondo Vial Nacional, como se desprende del artículo 6 del Decreto-Ley No. 222 de 1983, Estatuto de Contratación Nacional bajo cuya vigencia se celebró el contrato No. 490-83, “celebrado el contrato no podrá sino con autorización previa de la entidad contratante” (sic), preceptiva que la cláusula séptima del contrato reitera, al prohibir la cesión del contrato sin previo consentimiento escrito de la entidad contratante. Dado que el Fondo Vial Nacional no autorizó, no consintió en la cesión del contrato No. 490-83 por parte del contratista, señor Rafael Crispín Landínez, a la sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda., dicha cesión no vincula, como ya se anotó, al Fondo Vial Nacional, razón para que no sea éste el llamado o legitimado para responder frente a las pretensiones formuladas por la mencionada sociedad, siendo, en el evento de considerar, dadas las circunstancias ya anotadas de ausencia de identidad entre la sociedad que figura como cesionaria y la sociedad que suscribe el contrato de cesión, que el contrato de cesión produjo efectos jurídicos, es el señor Rafael Crispín el llamado a responder por los presuntos derechos que aduce la sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda., derechos que son materia del proceso instaurado por aquél contra el Fondo Vial Nacional.

Anota la Sala, finalmente, que aún en el supuesto de que la sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. hubiese hecho uso de la figura procesal procedente en el evento que se analiza, cuál es la intervención ad

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

excludendum, el resultado habría sido el mismo, dado que no existe vínculo jurídico alguno entre el Fondo Vial Nacional y la sociedad en mención, que permita a ésta pretender el derecho que reclama para sí el señor Rafael Crispín Landínez (...).

V.- Se pronunciará la Sala sobre las pretensiones materia del proceso No. 96-D-11764, instaurado por el señor Rafael Crispín Landínez contra el Fondo Vial Nacional, así:

a. La pretensión de declaratoria de nulidad del acta de liquidación del contrato No. 490-83 habrá de ser denegada.

En efecto de los hechos de la demanda se colige que la irregularidad que sirve de soporte al pedimento de nulidad del acta de liquidación del contrato radica en la no inclusión en ella de valores provenientes de una serie de reclamaciones formuladas por el contratista a título, algunas, de incumplimiento del contrato y a título, otras, de ruptura del equilibrio financiero del contrato, pero no aduce la parte actora vicio alguno del consentimiento que pueda afectar la validez del acuerdo de voluntades materia de la referida acta. Por el contrario, en los hechos de la demanda se afirma que las partes contratante y contratista convinieron y, por tanto, éste dio expresamente su asentimiento para que en ella no fuera incluido valor alguno por concepto de las referidas reclamaciones (...).

b.- En cuanto a las demás pretensiones, la Sala se pronunciará sobre ellas al resolver los pedimentos formulados en el proceso No. 91-D-7491.

VI.- Se pronunciará la Sala sobre las pretensiones aducidas en el proceso No. 91-D-7491 instaurado por el señor Rafael Crispín Landínez contra el Fondo Vial Nacional así:

a. Las pretensiones primera y segunda están llamadas a prosperar.

En efecto, del material probatorio recaudado se colige con absoluta claridad, de una parte, que el Fondo Vial Nacional incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales al no satisfacer oportunamente sus obligaciones de cancelar las sumas debidas al contratista por concepto de obra ejecutada por éste y según las distintas actas levantadas a este respecto.

(...) La entidad contratante no estaba obligada a acceder a la solicitud de prórroga del plazo de ejecución del contrato, máxime cuando para la época en que se dio trámite a la solicitud el contratista se encontraba en difícil situación que comprometía su capacidad operativa y financiera (...). La expresión que contiene el artículo 58 del Decreto-Ley No. 222 de 1983, atinente a la suscripción de contratos adicionales que textualmente reza “se suscribirá un contrato adicional” y de la que pretende la parte actora deducir el supuesto incumplimiento que se analiza, debe entenderse dentro de un contexto lógico de la realidad y de la norma, según el cual, el mandato imperativo atañe que una vez definida la conveniencia y necesidad de modificar el plazo o el valor convenido, para aumentarlos, tal decisión

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

deberá contenerse en un contrato adicional (...). En cuanto al incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad contratante consistente en no haber incluido en el acta de liquidación del contrato las sumas reclamadas por el contratista, no considera la Sala configurado el aludido incumplimiento, pues mal puede argumentarse que la entidad contratante incumple una obligación a su cargo cuando se niega a reconocer, para fines de incluir en el acta de liquidación, una suma de dinero a favor del contratista, que es, precisamente, materia de reclamo por éste y aquélla controvierte o desconoce.

De otra parte, encuentra la Sala igualmente configurada la ruptura del equilibrio financiero del contrato, en razón a la mayor permanencia en la obra que hubo de soportar el contratista con sus consecuentes incidencias económicas que alteraron, en contra de éste, la correlación y equivalencia existente al momento de suscribirse el contrato. Esta mayor permanencia en la obra, originada inicialmente en la necesidad de definir nuevos diseños y especificaciones y en la demora en la toma de tal decisión, así como, luego, en la suspensión de los trabajos por el contratista, en razón de la mora, mayor a dos meses, en la satisfacción de las obligaciones económicas a cargo del contratante, suspensión expresamente autorizada por la cláusula vigésima, literal h) del contrato, según la cual éste puede justificadamente suspender los trabajos cuando se presente retraso por parte del Fondo Nacional superior a dos meses en el pago al contratista de las cuentas por acta de obra ejecutada, mora que se presentó sobradamente y en exceso de los dos meses, períodos éstos durante los cuales se halla acreditado que la maquinaria y el personal permanecieron en el sitio de la obra y a disposición de ésta, generando la no utilización de los equipos y unos costos administrativos que incidieron en la economía del contrato. Igualmente, la parálisis de los equipos y del personal, determinada por la conducta de la entidad contratante, determinó la imposibilidad para el contratista de ejecutar parte de la obra, dado que el contrato expiró, por vencimiento del plazo y conforme a la estipulación expresa contenida en la cláusula vigésima tercera del contrato, generándose para el contratista la pérdida de la utilidad sobre la parte de la obra no ejecutada. De la misma manera, se halla establecido que la entidad contratante decidió modificar especificaciones en algunos de los ítems y un cambio de la fuente de materiales prevista, La Toma, a la fuente de materiales Puente Reyes y que tales decisiones generaron sobrecostos, la última de ellas por la composición del material y las condiciones del terreno para fines del acarreo.

b. Las pretensiones de condena a la indemnización de los perjuicios causados y a la compensación económica, consecuentes del incumplimiento de las obligaciones contractuales las primeras y de la ruptura del equilibrio financiero del contrato, las segundas, por parte de la entidad contratante y, conforme a lo anteriormente expuesto, están llamadas a prosperar, así:

1. Los intereses por mora en el pago de las actas de obra y de las actas de ajuste, incluida el acta 67A, materia del acta de liquidación

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

del contrato, ascienden a la suma a la suma de \$69.577.152, a 30 de octubre de 1984 (sic). // (...) Dicha suma actualizada (...) asciende a la suma de \$503.706.083.52.

2. Los perjuicios originados en la situación de iliquidez, determinados por el incumplimiento en el pago oportuno de las obligaciones económicas del contratante y que llevaron al contratista a iniciar el proceso de concordato preventivo, se estiman en la suma de \$77.439.280, al mes de noviembre de 1989. Dicha suma actualizada (...) asciende a la suma de \$552.575.916.77.

3. El valor por concepto de obra no ejecutada asciende a la suma de \$210.591.181 a octubre 30 de 1989, fecha de finalización del contrato, y siendo el porcentaje de utilidad sobre los costos directos el 10%, según la oferta que dio origen al contrato No. 490-83, el valor a reconocer por este concepto asciende a la suma de \$21.059.118.10 a octubre 30 de 1989. // Dicha suma actualizada (...) asciende a la suma de \$152.458.179.09 (más interés técnico por \$13.133.519). // El valor total a reconocer por este concepto es de \$165.591.698.09 (...).

4. El valor a reconocer por concepto de parálisis de maquinaria durante los primeros cinco meses del plazo de ejecución del contrato, teniendo en cuenta las tarifas horarias establecidas en los análisis de la oferta y las tarifas establecidas por la Asociación Colombiana de Ingenieros, asciende la suma de \$92.734.059, al 30 de octubre de 1989 (...). // El valor total a reconocer por este concepto es de \$729.184.870.34.

5. El valor a reconocer por costos indirectos, administración y utilidades, causados durante los cinco meses de ejecución del contrato (...). // El valor a reconocer por este concepto es de \$191.172.109.17.

6. El valor a reconocer por concepto de cambio de fuente de los materiales, (...) asciende a la suma de \$267.368.929.63.

7. No se reconocerá suma alguna por sobrecostos originados en el cambio de fuente de materiales (...), en razón a que no aportó prueba alguna sobre dicho traslado (se refiere a la instalación de plantas de asfalto, pavimento y eléctrica), aparte de la afirmación que hace el contratista en el oficio de 23 de octubre de 1989 y a que se encuentra acreditado que dichas plantas no fueron instaladas por el contratista dada la expiración del contrato.

8. El valor a reconocer por concepto de cambio de especificaciones en los ítems de sub base granular, base granular, concreto asfáltico, transportes y cunetas (...) // asciende a la suma de \$31.249.720.08.

9. No se reconocerá suma alguna por concepto de obras ejecutadas y no pagadas, por cuanto el valor de las mismas (98.440.160.97) materia del acta 64A, fue reconocido en acta de liquidación final 051 del 31 de diciembre de 1993, valor que, aunque con mora, tal como lo reconoce en forma expresa el actor en los hechos de la demanda que

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

dio origen al proceso 96-G-11764. Se precisa que los intereses por la mora en el pago de tal obligación se hallan incluidos en el punto No. 1 anterior.

10. En cuanto a la pretensión indemnizatoria por concepto de sub utilización de los equipos puestos a disposición de la obra (...) // el valor total a reconocer por este concepto es de \$1.354.001.221.49 (fls. 505, 506 a 517, c. ppal 2).

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, el señor Rafael Crispín Landinez; la entidad pública demandada y la sociedad Botero Aguilar Cía. Ltda. interponen y sustentan recurso de apelación (fls. 544 a 563, c. ppal 2).

1.1. El primero en mención recurrió (i) la decisión de no condenar en costas a las partes vencidas; (ii) la negativa de reconocer los sobrecostos originados en el cambio de la fuente de materiales de Puente Reyes a Puente Flores, en tanto impuso desmontar, transportar y reinstalar la planta industrial, actividades que generaron costos para el contratista, cuya cuantificación debió ser objeto de una condena en abstracto ante la falta de elementos de proceder en concreto y (iii) estimó que la condena por perjuicios morales debió corresponder a 1.000 gramos oro y no 500 como lo dispuso el *a quo*, en razón de la grave afectación que sufrió el actor como consecuencia de la ejecución del contrato (fls. 544 a 546, c. ppal 2).

1.2. La entidad pública demandada solicitó (i) condenar en costas a la sociedad Botero Aguilar Cía. Ltda., toda vez que demostrada con suficiencia su falta de legitimación en la causa por activa, al no acreditar su calidad de cesionario del contrato 490 de 1983, insistió en comparecer al presente juicio e incluso oponerse a las fórmulas conciliatorias, las cuales proponían un arreglo inferior a la condena resultante; (ii) revisar la cuantificación de los *ítems* reconocidos en primera instancia, por cuanto no se corresponden con lo pedido en la demanda; (iii) estimar las precisiones del salvamento de voto del magistrado Juan Carlos Garzón, en lo relativo a

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

la ausencia de prueba de los perjuicios causados con la suspensión de la obra y la pérdida de utilidad por la imposibilidad de terminar la obra, esto último por cuanto la forma de pago por precios unitarios sólo obligaba a pagar lo ejecutado y, por último, (iv) en el evento de conservar la condena, ajustarla a lo conciliado con el contratista, es decir \$4.000.000.000 (fls. 547 a 550, c. ppal 2).

1.3. La sociedad Botero Aguilar Cía. Ltda. (i) adujo probada su calidad de cesionaria de los derechos del contrato 490 de 1983 a través del acuerdo del 15 de junio de 1989, documento que no fue tachado de falso. En tal sentido, estimó infundado el argumento del *a quo* de tener por inexistente a la sociedad, en tanto si bien en la cesión de derechos se identificó como sociedad anónima, debido al proceso de transformación adelantado para ese fin, el cual finalmente se frustró, lo cierto es que el señor Rafael Crispín Landinez conocía a la beneficiaria de la cesión, sin que una cuestión formal, como su denominación, pueda desconocer esa realidad. Además, sostuvo que lo pactado fue una cesión de derechos y no de contrato, en consecuencia no se necesitaba el consentimiento del deudor y su perfeccionamiento se seguía de la notificación de la cesión al deudor; por último, de forma contradictoria, (ii) al tiempo que se abstuvo de cuestionar las condenas impuestas, solicitó tener en cuenta en su integridad el dictamen rendido por los ingenieros Julio E. Ordóñez y Jaime Farias Parra.

2. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, las partes reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 612 a 661, c. ppal 2).

IV. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

La presente controversia es de conocimiento de esta jurisdicción, en tanto está comprometida una entidad pública, el Fondo Vial Nacional, en la actualidad INVÍAS⁴, y, además, la controversia gira en torno a un contrato administrativo, en particular de obra pública⁵; asimismo, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos⁶.

De otra parte, la acción contractual resulta la vía procesal pertinente para reclamar en el presente asunto, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo vigente para la época⁷.

⁴ El artículo 1 de la Ley 64 de 1967 prescribía: “Con el propósito de mejorar y extender la red de carreteras nacionales, conservar y mejorar las vías fluviales y realizar con mayor eficiencia la inversión en las mismas, créase el Fondo Vial Nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, encargado de atender a los gastos que demanden el estudio, construcción, conservación y pavimentación de las carreteras nacionales, el estudio conservación y mejoramiento de las vías fluviales y de auxiliar al Fondo Nacional de Caminos Vecinales”.

⁵ Se trataba de un contrato regulado por el Decreto Ley 222 de 1983, en los términos de los artículos 1, 16, numeral 2, y 80 a 129. Precisa recordar que el contrato 490 fue suscrito el 5 de diciembre siguiente y el decreto en cita empezó a regir desde el 9 de febrero de ese mismo año con su publicación en el Diario Oficial 36.189.

⁶ El numeral 7 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, imponía el conocimiento en primera instancia a los Tribunales Administrativos de los procesos referentes a contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad celebrados por la Nación, las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuya cuantía, para 1991 (fl. 19, c. ppal, exp. 91-D-7491 y fl. 62, c. ppal, exp. 91-D-7493) y 1996 (fl. 20 rev., c. ppal, exp. 96-D-11764), años de la presentación de las demandas, superara la suma de \$4.900.000 y \$13.460.000. En consecuencia, como las cuantías corresponden a \$2.380.000.000 (lucro cesante, fl. 17, c. ppal, exp. 91-D-7491, igual para el exp. 96-D-11764, fl. 15, c. ppal) y \$9.440.865.360 (justificación cuantía, fl. 58, c. ppal, exp. 91-D-7493), esta Corporación es la competente para desatar la presente controversia.

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

1.2. La legitimación en la causa

El Fondo Vial Nacional, actualmente INVÍAS, se encuentra legitimado en la causa por pasiva, atendiendo a su calidad de contratante dentro del convenio 490 de 1983 (fls. 80 a 97, c. ppal, exp. 91-D-7493, copia auténtica contrato) y dado que fue quien suscribió el acta de liquidación 051 del 31 de diciembre de 1993 demandada (fls. 4 a 8, c. 11, copia auténtica acta)⁸.

Frente a la legitimación en la causa del señor Rafael Crispín Landinez y la sociedad Botero Aguilar Cía. Ltda. se muestra imperioso precisar:

(i) El contrato de obra 490 del 5 de diciembre de 1983, fue suscrito entre el Fondo Vial Nacional y el señor Gustavo Rodríguez Díaz (fls. 8 a 42, c. 8, copia auténtica).

(ii) Mediante contrato 0516 del 10 de diciembre de 1985, el contratista Rodríguez Díaz cedió el mencionado contrato de obra al señor Rafael Crispín Landinez (fls. 61 a 64, c. 11, copia auténtica). Dicho contrato fue suscrito por el representante legal del Fondo Vial Nacional y en el numeral quinto de las consideraciones se consignó “[q]ue mediante télex de fecha 29 de octubre de 1985 dirigido al Secretario Técnico del Ministerio de Obras

⁷ Texto subrogado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989: *ARTÍCULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones”.*

⁸ Vale advertir que la entidad pública contratante fue el Fondo Vial Nacional - establecimiento público de orden nacional, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte-, que luego desapareció –durante la ejecución del contrato 490 de 1983 y sus adicionales-, al ser reestructurado, adquiriendo la denominación de Instituto Nacional de Vías –INVÍAS-, mediante el Decreto 2171 de 1992 –art. 52-, “*Por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la Rama Ejecutiva del orden Nacional*”. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 16.017, M.P. Enrique Gil Botero.

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

Públicas y Transporte enviado por el BIRF, éste acepta la cesión” (fl. 62, c. 11).

(iii) El 15 de junio de 1989, el señor Rafael Crispín Landinez (vendedor) suscribió con la sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda.⁹ (comprador) el contrato de “venta, cesión endoso y traspaso de derechos”, en los siguientes términos¹⁰:

PRIMERA: EL VENDEDOR cede, endosa, traspasa y da en venta a favor del COMPRADOR la totalidad de derechos y obligaciones que posee sobre el contrato # 490-83 y sus adicionales, que tiene celebrados o llegare a celebrar con el FONDO VIAL NACIONAL, para la PAVIMENTACIÓN DE LA CARRETERA GUASCA-GACHETÁ, RUTA 57 Y CALLES DE GACHETÁ. EL VENDEDOR traspasa en la misma forma al COMPRADOR la totalidad de los derechos que posee o que llegaren a surgir de dicho contrato #490-83 y sus adicionales, tanto por su ejecución como por sumas, beneficios, reclamaciones, reconocimientos indemnizaciones y en general sumas o derechos resultantes de cualquier índole a favor del VENDEDOR por dicho contrato, con la única excepción de las obras ejecutadas pendientes de recibo en actas parte de la interventoría de LÓPEZ ARANDO LTDA. que esta firma certifique en el término de 16 días a partir de la fecha, acorde con la CLÁUSULA CUARTA de este acuerdo. SEGUNDA: EL COMPRADOR reconocerá al VENDEDOR un 10% (diez por ciento) de las sumas que le pague el MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS y/o el FONDO VIAL NACIONAL por concepto de acta de obra y actas de ajuste en desarrollo del CONTRATO #490-83 y sus adicionales a que se refiere el presente acuerdo. Para este efecto, de cada cuenta de cobro correspondiente a dicha obra. EL COMPRADOR endosara a favor del VENDEDOR el 10% de la respectiva acta, constituyendo esta la única y total compensación del COMPRADOR para con el VENDEDOR por razón de la venta, cesión, endoso y traspaso de que trata el presente acuerdo. TERCERA: Para asegurar el cumplimiento del presente acuerdo, se establece entre las partes es el procedimiento relatado a continuación: 1) Como primer objetivo, sus partes cooperarán para obtener del MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS su autorización al trámite de la prórroga del plazo que le ha solicitado el VENDEDOR, a partir del vencimiento actual del contrato #490-83 y sus adicionales, a saber JUNIO 30 DE 1989. 2)

⁹ El documento fue suscrito por el señor Edgar Botero Henao, en su calidad de representante legal de la sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda., según se lee al pie de su firma (fl. 78, c. 8), aunque el texto del contrato de cesión refiere como comprador a la firma Botero Aguilar y Cía. S.A.

¹⁰ Dicha cesión fue protocolizada el 28 de octubre de 1991, mediante escritura pública 3.309 de la Notaría Treinta y Tres del Círculo de Bogotá F(ls. 73 y rev., c. ppal, exp. 91D-7493)

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

Una vez legalizada la prórroga en cuestión. EL VENDEDOR propondrá al FONDO VIAL NACIONAL la cesión del contrato a que se refiere este acuerdo, a favor del COMPRADOR o de quien éste designe. 3) Si el FONDO VIAL no aceptare la CESIÓN, o se decidiere entre las partes no tramitarla, EL VENDEDOR propondrá al FONDO VIAL un SUBCONTRATO sobre la obra a que se refiere este ACUERDO, a favor del COMPRADOR o de quien éste designe. 4) En caso de que el Fondo Vial no aceptare el SUBCONTRATO, o se decidiere entre las partes no tramitarlo, se mantendrán en su totalidad los términos del presente ACUERDO, teniendo en cuenta para el efecto que el VENDEDOR continuará figurando como CONTRATISTA ante el FONDO VIAL NACIONAL, entendiéndose que la totalidad de derechos y obligaciones por el contrato #490-83 y sus adicionales se mantendrán a favor del COMPRADOR en los mismos términos y condiciones previstos en el presente ACUERDO. En todos los casos, EL VENDEDOR prestará toda su cooperación, durante el desarrollo de la totalidad del contrato y su posterior liquidación, para lograr el pleno éxito y tramitación de las actas, acuerdos, reclamaciones, solución diferencias, entrega y pago de las obras objeto del presente ACUERDO. CUARTA: (...) Cualquier obra o derecho a favor del VENDEDOR que resultare con posterioridad al término de los 16 días establecidos para la certificación de la interventoría y no incluidos en este, pasarán a propiedad del COMPRADOR, en los términos y condiciones previstos en el presente ACUERDO. QUINTA: EL COMPRADOR adquirirá adicionalmente del VENDEDOR, los materiales triturados para pavimento y base granular, a razón de \$3.000 pesos por metro cúbico suelto, en el lugar en que se encuentren, bien sea en la cantera o en la vía; así mismo, materiales de sub base en las mismas condiciones, a razón de \$700.00 m3. (...) SÉPTIMA: EL VENDEDOR cooperará en la cesión y/o mantenimiento para la utilización por el COMPRADOR de los contratos de arrendamiento y de las fuentes de materiales, regalías etc que tenga celebrados con terceros para la ejecución de las obras, y así mismo permitirá al comprador el uso de las instalaciones provisionales existentes en la obra (fl. 76 y 77, c. ppal, exp. 91-D-7493).

Del contrato en cita se desprende que:

- (i) Aunque la denominación del texto de la cesión da cuenta de que la cesionaria es la sociedad Botero Aguilar Cía. S.A. y no Botero Aguilar Cía. Ltda., al pie de la firma se denomina a ésta última y se identifica a su representante legal.
- (ii) Se cedieron no sólo los derechos sino también las obligaciones del contrato 490 de 1983.

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

(iii) La sociedad Botero Aguilar Cía. Ltda., en su calidad de cesionaria, se comprometió a ejecutar el contrato y reconocer al cedente, señor Rafael Crispín Landinez, el 10% de las actas de obra y de reajuste correspondientes.

(iv) La cesión de que trata el contrato en cita se condicionó a la prórroga del contrato 490 de 1983 y la aceptación del Fondo Vial Nacional; la primera se verificó el 23 de junio de 1989 (fl. 80 y rev., c. 8, copia auténtica)¹¹; la segunda, no fue satisfecha, en tanto la entidad pública decidió no aprobar la cesión, según respuesta dirigida al *a quo* el 16 de marzo de 1993 por parte del Director de Licitaciones y Contratos del Ministerio de Obras Públicas y Transporte (fl. 33, c. 6) y tal como lo confesó¹² la sociedad cesionaria en su demanda (fl. 35, c. ppal, exp. 91-D-7493)¹³.

(v) Si fracasaba la cesión se podía proponer una subcontratación, lo que deja entrever el ánimo de asumir la ejecución del contrato. En esa misma vía, está el compromiso de adquirir los materiales para la construcción y la obligación del contratista de ceder y mantener los contratos de arrendamiento y uso de las fuentes de materiales, regalías y demás con el fin de facilitar la ejecución de las obras. Igualmente, las comunicaciones del 6 de julio de 1989 que dirigió la cesionaria a la cedente en el sentido de

¹¹ Efectivamente, mediante contrato adicional 297 las partes prorrogaron el contrato de obra 490 de 1983 hasta el 30 de octubre de 1989.

¹² El artículo 194 del Código de Procedimiento Civil prescribe: “*Confesión judicial es la que se hace a un juez, en ejercicio de sus funciones; las demás son extrajudiciales. La confesión judicial puede ser provocada o espontánea. Es provocada la que hace una parte en virtud de interrogatorio de otra parte o del juez, con las formalidades establecidas en la ley, y espontánea la que se hace en la demanda y su contestación o en cualquier otro acto del proceso sin previo interrogatorio*”. Por su parte, el artículo 197 de la misma codificación dispone: “*La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se presume para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones y la audiencia de que trata el artículo 101*”.

¹³ En el hecho 40 manifestó: “*La circunstancia del hecho anterior obstaculizó la notificación al FONDO VIAL NACIONAL y al Ministerio de Obras Públicas y Transporte de la cesión y venta, tal como lo exige el contrato y para lo que se precia de autorización*”.

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

relacionar el equipo que suministrarían para la obra del contrato 490 de 1983 (fls. 78 y 79, c. ppal, exp. 91-D-7493).

El anterior panorama muestra con meridiana claridad que el problema de denominación de la sociedad en la cesión fue un error formal, que bien pudo aclararse por parte de la entidad pública con una petición a las partes en tal sentido. Efectivamente, el documento da cuenta de los extremos de la cesión, de lo que se sigue tener por probado lo sustancial de esa relación contractual, con mayor razón cuando la explicación de lo ocurrido, como lo expone en su demanda la sociedad cesionaria, fue una modificación de naturaleza frustrada.

De otro lado, conviene recordar que, como lo explica la doctrina¹⁴:

La cesión de contratos es muy diferente a la cesión de créditos que regula el Código Civil. En la cesión de créditos, se sustituye un sujeto por otro, pero únicamente en el lado activo de la relación obligacional.

Este crédito que se cede, puede tener origen en diversos tipos de negocios jurídicos, incluso en el mismo contrato. El lado pasivo de la relación obligacional permanece inmutado, simplemente se cumple con algunas formalidades para que le sea oponible la cesión al obligado.

La cesión del contrato, en cambio al permitir la sustitución de una de las partes en el contrato que se ejecuta, valida al tercero cesionario para que adquiera derechos y obligaciones que correspondían al contratante cedente como efecto del contrato. Es decir, lo que en realidad se cede, es mucho más que las posiciones o lados activos de las relaciones obligacionales, se cede también el lado pasivo, pues del contrato surgen como efecto obligaciones y derechos para las partes y la cesión de la posición contractual de una de ellas coloca al tercero cesionario en su lugar, en las mismas circunstancias frente al otro contratante.

Como instrumento de utilización práctica, la cesión del crédito es anterior a la cesión de contrato; ilustra una cita del profesor Messineo sobre el particular: “la cesión del crédito es respecto de la cesión del contrato un instrumento práctico notablemente más atrasado desde el punto de vista de la técnica jurídica y más pobre de efectos desde el

¹⁴ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles, Teoría General del Negocio Jurídico*, Legis Editores S.A., décimo tercera edición, 2012, Bogotá, p.p. 250 y 251.

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

*punto de vista del contenido, porque hace circular el crédito pero no el contrato íntegro ni la relación obligatoria consiguiente*¹⁵.

*También para el profesor Joaquín Garrigues, la institución es de origen moderno y ha nacido precisamente en el ámbito mercantil, en especial en el comercio de importación y exportación. Debido a su origen reciente se comprende que esta figura jurídica no fuera regulada en los códigos de derecho privado del siglo XIX*¹⁶.

En ese orden, es irrefutable la intención de las partes de ceder el contrato 490 de 1983 y no sólo sus créditos, como lo afirma la sociedad Botero Aguilar Cía. Ltda., de lo que se sigue la obligación de cumplir lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Ley 222 de 1993, reproducido en la cláusula séptima del contrato de obra en cita¹⁷, así:

De la prohibición de celebrar contrato. Celebrado el contrato no podrá cederse sino con autorización previa de la entidad contratante.

En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio.

Con base en lo expuesto, la Sala concluye que la sociedad Botero Aguilar Cía. Ltda. carece de legitimación en la causa por activa, en tanto no acreditó su calidad de cesionaria del contrato 490 de 1983, de lo que sigue la imposibilidad de formular pretensiones frente al Fondo Vial Nacional. Lo anterior claro está sin perjuicio de las acciones que se deriven de la relación contractual con el señor Rafael Crispín Landinez, como lo advirtió el *a quo*.

¹⁵ Nota original: Doctrina general del contrato, Tomo II, op. cit., p. 236.

¹⁶ Nota original: Garrigues, Joaquín, op. cit. p. 153.

¹⁷ Dicha cláusula es del siguiente tenor literal: “**CESIONES Y SUBCONTRATOS.- EL CONTRATISTA no podrá ceder ni subcontratar el presente contrato, a persona alguna natural o jurídica, sin previo consentimiento por escrito del FONDO VIAL, pudiendo ésta reservarse las razones que tenga para negar la autorización de la cesión o subcontrato. Si la persona a la cual se le va a ceder el contrato es extranjera ésta deberá renunciar expresamente a la reclamación diplomática de acuerdo con los artículos 60 y 74 del Decreto Ley 222/83. // Celebrado el contrato con un consorcio no podrá haber cesión del mismo entre quienes integran el consorcio. EL CONTRATISTA es el único responsable por la celebración de subcontratos**” (fl. 15, c. 8).

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

Cosa distinta ocurre, frente al último en mención, si se atiende al hecho de que está plenamente probada su condición de extremo del contrato de obra en cuestión.

Igualmente, está legitimado el abogado Álvaro Escobar Enríquez, toda vez que le fueron cedidos el 35% de los derechos litigiosos dentro del proceso 91-D-7491, en los términos de la providencia del *a quo* del 18 de febrero de 1993 (fls. 124 y 130, c. ppal, exp. 91-D-7491).

1.3. La caducidad

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época en que inició el cómputo de la caducidad¹⁸, establecía:

CADUCIDAD DE LAS ACCIONES: (...) // Las relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

Ahora, para el cómputo de la caducidad de la acción contractual, la jurisprudencia de esta Corporación distinguió los contratos que requerían de liquidación de aquellos que no debían cumplirla.¹⁹:

*La Sala precisó, desde **antes** de la entrada en vigencia de la ley 446 de 1998 la cual recogió en su texto la jurisprudencia del Consejo de Estado, que para el inicio del conteo del término para el ejercicio de la acción contractual en materia de terminación del contrato debe distinguirse entre los negocios jurídicos que requieren de liquidación, de otros que no la requieren.*

Señaló que:

Respecto a los contratos que no requieren liquidación el término máximo para demandar, se cuenta a partir del día siguiente a la terminación del contrato, por cualquiera de las causas legales.

Frente a los contratos que requieren de la liquidación, el término para el ejercicio de la acción de contractuales se cuenta, según su caso, a partir:

¹⁸ Esto es el texto subrogado por el Decreto extraordinario 2304 de 1989.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 2000, exp. 12.513, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

Del día siguiente a la fecha en que se liquide el contrato. Esta liquidación puede ser bilateral o unilateral. La bilateral podrá hacerse dentro del plazo previsto para tal efecto en el contrato, y en su defecto dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación. La unilateral se realizará cuando el acuerdo de liquidación se frustre y/o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo que tienen las partes para liquidarlo; pero en todo caso si la Administración no liquida el contrato dentro de ese término habrá que tener en cuenta dos aspectos:

Si el contratista **no acude al juez** a solicitar la liquidación judicial, la Administración podrá liquidar hasta el día anterior a que transcurran, según el caso, **veinte años** – para conductas ocurridas antes de entrar a regir el decreto ley 01 de 1984 – **y dos años** – para conductas ocurridas después de entrar a regir el decreto ley 01 de 1984 - contados a partir del incumplimiento de la obligación de liquidar; y

Si el contratista **acude al juez**, la Administración podrá liquidar unilateralmente hasta el día anterior al que le sea notificado el auto admisorio de la demanda, siempre y cuando no hayan transcurrido antes de la notificación, según el caso – antes o después de la entrada en vigencia del decreto ley 01 de 1984 -, los veinte o los dos años, contados a partir del incumplimiento administrativo de la obligación de liquidar unilateralmente.

Ahora, para superar las dificultades del Decreto Ley 222 de 1983, en tanto no contenía un término para liquidar el contrato, la jurisprudencia, antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, precisó²⁰:

Respecto del acto de liquidación, advierte la Sala que ni en el decreto 150 de 1976 ni en el 222 de 1983 se establecieron plazos para que la diligencia de liquidación, bilateral o unilateral, se efectuase; una disposición en tal sentido solo se encuentra a partir de la vigencia de la ley 80 de 1993 (artículo 60).

Tal circunstancia impuso que el Juez Administrativo tuviese que precisar los términos, frente al silencio de la ley; así lo hizo, por ejemplo, en sentencia de 29 de enero de 1988, exp. No. 3615, CP. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, actor Darío Vargas Sanz, con ésta fórmula:

Aquí surge un escollo, aparentemente creado por un vacío legal. Qué plazo tiene la administración para liquidar el contrato?

Aunque la ley no lo diga no quiere significar esto que la administración pueda hacerlo a su arbitrio, en cualquier tiempo. No, en esto la

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 1995, exp. 8126, M.P. Juan de Dios Montes.

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

jurisprudencia ya ha tomado también partido. Se ha considerado como término plausible el de cuatro meses; dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada para la liquidación y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo.

Si vence este último la Administración no podrá esperar más y deberá proceder a la liquidación unilateral, mediante resolución administrativa debidamente motivada.

Ese término, sin embargo, y según se desprende de la sentencia referida tiene más características de suspender que de agotar la competencia: es decir que no existía competencia antes de los 4 meses posteriores a la terminación del contrato para proceder a la liquidación unilateral sin que se fijase un límite temporal posterior para el ejercicio de tal potestad.

Luego, en sentencia de 9 de noviembre de 1989, actor: Consorcio Cimelek - Incol Ltda., se agregaría que ‘a falta de acuerdo, estima la Sala que la entidad contratante debe proceder a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término para hacer la liquidación de común acuerdo. Aunque este nuevo plazo no está previsto por la ley de manera específica, coincide con el consagrado legalmente para que se produzca el fenómeno del silencio administrativo negativo (decreto ley 2304 de 1989 arts. 1o. y 7o.), y, por esta razón, lo adopta la Sala para eventos como el que aquí se presenta.

Más adelante, como lo recuerda el profesor Carlos Betancur Jaramillo, se continuó detectando el ‘vacío que existía en el régimen anterior y que había impuesto solución jurisprudencial en el sentido de que esa etapa liquidatoria debía cumplirse a más tardar dentro de los dos años siguientes a su terminación. Se valió la jurisprudencia, por analogía, del mismo término previsto para la caducidad de los conflictos contractuales en general; y con la consideración de que si cualquiera de las partes tenía ese término para hacer algún reclamo derivado del contrato, ese mismo era el lapso que la administración tenía para unilateralmente definir quien le debía a quien y cuánto’ (Derecho Procesal Administrativo, Págs. 545, 546).

En ese orden, en la cláusula vigésima tercera del contrato 490 de 1983 se dispuso:

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. *Se procederá a la liquidación del contrato en cualquiera de los eventos previstos por el artículo 287 del Decreto 222-83. Se procederá también a la liquidarlo por vencimiento del plazo contractual y en los eventos señalados por las leyes. La liquidación del contrato por cualquier motivo, se hará por el señor ministro de Obras Públicas y Transporte, como representante legal del FONDO VIAL NACIONAL, por quien él encargue por resolución, y por*

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

el CONTRATISTA previa presentación por su parte de los documentos exigidos por el FONDO VIAL. // Para la entrega de estos documentos EL CONTRATISTA dispone del término de un (1) mes contado a partir de la producción del evento que da lugar a la liquidación. Si al vencerse este término, el CONTRATISTA no entrega los documentos completos el FONDO VIAL NACIONAL hará la liquidación de oficio. Si el CONTRATISTA se negare a suscribir el acta final de liquidación, lo hará el interventor o quien haga sus veces en los términos del artículo 288 del Decreto 222-83. Cuando no hubiere acuerdo para liquidar el contrato se dará aplicación al inciso tercero del artículo 289 del mismo Decreto (fl. 31, c. 8).

En consecuencia, la liquidación en los términos expuestos procedía a la finalización del plazo contractual, que en el *sub lite* se verificó el 30 de octubre de 1989, con el vencimiento de la prórroga dispuesta en el contrato adicional 297 del 23 de junio del año en cita (fls. 80 y rev., c. 8) y como da cuenta el acta de liquidación final del 31 de diciembre de 1993 (fl. 4, c. 11, copia auténtica); ahora, en los términos de la jurisprudencia citada, las partes podían liquidar el contrato bilateralmente hasta el vencimiento de cuatro meses siguientes a su terminación que se verificó el 28 de febrero de 1990 y de allí la entidad pública contaba hasta el 28 de abril siguiente para proceder unilateralmente. Desde aquí se tenían dos años para demandar, lo que significa que el plazo vencía el 28 de abril de 1992 y como la demanda para reclamar el incumplimiento del contrato se presentó el 25 de octubre de 1991 (fl. 19, c. ppal, exp. 91-D-7491), fuerza concluir que fue intentada en el bienio que contempla el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, vigente al inicio del cómputo de la caducidad.

Asimismo, la nulidad del acta de liquidación fue formulada en tiempo, toda vez que producida el 31 de diciembre de 1993 (fls. 4 a 8, c. 11), el plazo para demandarla vencía dos años después, el 31 del mismo mes de 1995; ahora, como para esa fecha se estaba en vacancia judicial, se tenía hasta el 11 enero de 1996, fecha en que finalmente se presentó la demanda (fl. 20 rev., c. ppal, exp. 96-D-11764).

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

La cuestión del presente asunto impone (i) revisar el monto de la condena impuesta y (ii) la negativa de condenar en costas. Ahora, la Sala se abstendrá de realizar pronunciamiento frente a las pretensiones del proceso 96-D-11764, toda vez que las apelaciones no se ocuparon de la negativa del *a quo* de declarar la nulidad del acta de liquidación final 051 del 31 de diciembre de 1993, sobre cuyos efectos se volverá más adelante. Tampoco habrá lugar a pronunciarse frente al proceso 91-D-7493, siendo que prosperó la falta de legitimación en la causa por activa, razón por la cual se releva a la Sala de resolver los argumentos de la apelación de la sociedad Botero Aguilar Cía. Ltda.

3. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO DE OBRA 490 DE 1983

Para efectos de resolver la cuestión planteada se impone, antes de revisar el monto de la condena impuesta, analizar si hay lugar a su reconocimiento, toda vez que es preciso determinar el alcance de los efectos generados con la liquidación bilateral del contrato, con el ánimo de acompasar ese acto jurídico con lo que aquí se disponga.

3.1. Del régimen jurídico del contrato de obra 490 de 1983

De entrada precisa advertir que para el 5 de diciembre de 1983 (fls. 65 a 100, c. 11), cuando se suscribió el contrato en estudio, se encontraba vigente el Decreto Ley 222 de 1983. En ese estatuto, (i) los contratos de obra se tenían como contratos administrativos y (ii) se sometían a lo en él dispuesto²¹. En consecuencia, se impone estudiar lo acontecido a la luz del estatuto contractual referido, en línea con lo dispuesto en el artículo 38 de

²¹ “De la clasificación y de la naturaleza de los contratos. Son contratos administrativos: // 2. Los de obras públicas (...). Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad”.

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

la Ley 153 de 1887 que entiende “*incorporadas las leyes vigentes al tiempo*” de la celebración del contrato.

3.2. De los hechos probados

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. De las cuales se tiene:

3.2.1. En el contrato 490 del 5 de diciembre de 1983, el Fondo Vial Nacional y el señor Gustavo Rodríguez Díaz –quien a su vez cedió su posición contractual al señor Rafael Crispín Landinez, a través del contrato de cesión 0516 del 10 del mismo mes en cita de 1985-, en lo pertinente, pactaron:

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. El CONTRATISTA se obliga a ejecutar para el FONDO VIAL, por el sistema de precios unitarios, y en los términos que señala este convenio, las obras que sean necesarias para la pavimentación de la carretera Guasca-Gachetá, ruta 57, tramo 01 y calles de Gachetá con una longitud aproximada de 50 kilómetros de acuerdo con los planos y especificaciones suministrados por el FONDO VIAL y bajo las condiciones estipuladas en el presente contrato.

CLÁUSULA TERCERA: PLAZO. EL CONTRATISTA se obliga a iniciar la ejecución de las obras dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de perfeccionamiento del contrato, y a su ejecución completa dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes, contados a partir de la fecha de dicho perfeccionamiento.

CLÁUSULA CUARTA: VALOR DEL CONTRATO. EL FONDO VIAL pagará al CONTRATISTA por la ejecución de las obras objeto de este contrato la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS VEINTIUN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$284.221.593.74) M/CTE, resultante de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios respectivos, y el costo de imprevistos y obras complementarias, tal como se detalla en el Anexo No. 1 de este contrato (...).

CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCERA: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. Se procederá a la liquidación del contrato en cualquiera de los eventos previstos por el artículo 287 del Decreto 222-83. Se procederá también

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

a liquidarlo por vencimiento del plazo contractual y en los eventos señalados por las leyes. La liquidación del contrato por cualquier motivo, se hará por el señor ministro de Obras Públicas y Transporte, como representante legal del FONDO VIAL NACIONAL, por quien él encargue por resolución, y por el CONTRATISTA previa presentación por su parte de los documentos exigidos por el FONDO VIAL. // Para la entrega de estos documentos EL CONTRATISTA dispone del término de un (1) mes contado a partir de la producción del evento que da lugar a la liquidación. Si al vencerse este término, el CONTRATISTA no entrega los documentos completos el FONDO VIAL NACIONAL hará la liquidación de oficio. Si el CONTRATISTA se negare a suscribir el acta final de liquidación, lo hará el interventor o quien haga sus veces en los términos del artículo 288 del Decreto 222-83. Cuando no hubiere acuerdo para liquidar el contrato se dará aplicación al inciso tercero del artículo 289 del mismo Decreto (...).

CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA: REQUISITOS PARA EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. El presente contrato requiere para su perfeccionamiento aprobación (sic) y registro presupuestal de fondos, expedido por la Sección de Presupuesto y Crédito del Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Aprobación de las garantías, concepto favorable del Honorable Consejo de Ministros. Se considerará perfeccionado a partir de la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que lo declara ajustado a la Ley. Sin el cumplimiento total de estos requisitos no podrá iniciarse la ejecución del presente contrato (fls. 65 a 67, 88 y 89, c. 11).

3.2.2. El 31 de marzo de 1986, teniendo en cuenta que el contrato se vencía el 2 de abril siguiente²², las partes prorrogaron el plazo hasta el 1 del mismo mes de 1987 sin indicar las razones para proceder así (fls. 58 a 60, c. 11, copia auténtica contrato 0079A adicional 1).

3.2.3. El 10 de diciembre de 1985, se cedió el contrato al señor Rafael Crispín Landinez (fls. 61 a 64, c. 11, copia auténtica contrato de cesión 0516).

3.2.4. El 30 de marzo de 1987, las partes prorrogaron el contrato de obra hasta el 30 de abril de 1988, tampoco se señalaron las razones de esa modificación (fls. 55 a 57, c. 11, copia autentica contrato 0079 adicional 2).

²² Según el contrato 490 de 1983 el plazo de ejecución de 24 meses se contaría a partir de su perfeccionamiento -cláusula tercera (fls. 66, c. 11)-, el cual se verificó el 2 de abril de 1984, cuando el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil aprobó dicho contrato -cláusula vigésima sexta (fls. 88, c. 11)-, como da cuenta el contrato de cesión 0516 del 10 de diciembre de 1985 (fl. 61, c. 11).

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

3.2.5. El 25 de marzo de 1988, se prorrogó nuevamente el plazo hasta el 30 de junio de 1989, en similares condiciones a los otros adicionales (fls. 53 y 54, c. 11, copia auténtica, contrato 0090 adicional 3).

3.2.6. El 23 de junio de 1989, en las mismas condiciones de las prórrogas anteriores se extendió el plazo por última vez hasta el 30 de octubre siguiente (fls. 51 y 52, c. 11, copia auténtica contrato 297 adicional 4).

3.2.7. El 25 de octubre de 1991, el señor Crispín Landinez presentó demanda en ejercicio de la acción contractual con el fin de que se declarara el incumplimiento y la ruptura del equilibrio contractual del contrato 490 de 1983 (fls. 19, c. ppal, exp. D-91-7491).

3.2.8. El 31 de diciembre de 1993, el Fondo Vial Nacional y el contratista suscribieron el acta de liquidación final 051, en los siguientes términos (se transcribe integralmente):

Con el fin de liquidar el contrato que se describe a continuación, el director de Licitaciones y Contratos en representación del Fondo Vial Nacional, quien actúa en desarrollo de la delegación conferida por el Ministro de Obras Públicas y Transporte, mediante la resolución 3588 del 9 de mayo de 1988, artículo 17, literal i) y Rafael Crispín Landinez, cesión de Gustavo Rodríguez Díaz (sic), suscriben la presente acta:

OBJETO DEL CONTRATO: Pavimentación de la carretera Guasca-Gachetá, ruta 57, tramo 01 y calles de Gachetá, con una longitud aproximada de 50 kilómetros.

Contrato principal 490-83	\$281.221.593.74
---------------------------	------------------

Contrato de cesión 516-85

Contrato adicional 079A-86 plazo

Contrato adicional 079-87 plazo

Contrato adicional 090-88 plazo

Contrato adicional 297-89 plazo

VALOR TOTAL DEL CONTRATO	\$281.221.593.74
--------------------------	------------------

FECHA DE VENCIMIENTO DEL CONTRATO: OCTUBRE 30 DE 1989.

Para realizar la presente diligencia se aportaron los siguientes documentos:

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

1. Acta de recibo definitivo de fecha noviembre 16 de 1989.
2. Acta de visita previa de fecha noviembre 9 de 1989.
3. Memorando DR8-4828 de noviembre 30 de 1993, expedido por el Director Regional Distrito No. 8 Fontibón.
4. Memorando MJ-091 de enero 26 de 1983.
5. Póliza número 9399344 expedida por Seguros del Estado S.A. que garantiza la estabilidad de las obras, con vigencia hasta noviembre 16 de 1994, con valor asegurado de \$36.928.435.33, aprobada con oficio 11-415528 de diciembre 24 de 1993.
6. Memorando No. 193 de agosto 13 de 1993, anexo a preacta y acta No. 67A.
7. Memorando No. 0241 de octubre 12 de 1993, anexo al acta de fijación de precios unitarios.
8. Acta de modificación de cantidades de obra No. 7.
9. Actas de ajustes definitivo Nos. 57, 58, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 67 y 67A.
10. Acta de obra No. 67A.
11. Memorando No. CS-58 86 de diciembre 3 de 1993.
12. Acta de ajuste provisional No. 59.
13. Acta de ajustes Nos. 38A y 39A.

VALOR DE LA OBRA EJECUTADA:

Valor de las actas de obra	\$246.345.863.04
Valor de las actas de ajuste	\$492.222.843.74
VALOR TOTAL DE LA OBRA EJECUTADA	\$738.568.706.78

VALOR TOTAL PAGADO AL CONTRATISTA

De conformidad con la relación de pagos de marzo 23 de 1990 expedida por los jefes de la División de Presupuesto y Contabilidad y de la Sección de Presupuesto y Crédito, al contratista se le canceló:

VALOR PAGADO	\$640.128.546.16
VALOR ANTICIPO CONCEDIDO	\$56.844.318.74
VALOR ANTICIPO AMORTIZADO	\$53.005.919.56
SALDO PENDIENTE DE AMORTIZAR	\$3.838.399.18

SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA

Valor acta de ajuste definitivo No. 57	\$119.539.32
Valor acta de ajuste definitivo No. 58	\$35.509.92
Valor acta de ajuste definitivo No. 59	\$34.317.80
Valor acta de ajuste definitivo No. 60	\$459.539.08
Valor acta de ajuste definitivo No. 61	\$180.056.25
Valor acta de ajuste definitivo No. 63	\$15.484.89
Valor acta de ajuste definitivo No. 64	\$617.217.99
Valor acta de ajuste definitivo No. 65	\$560.753.06
Valor acta de ajuste definitivo No. 66	\$451.631.48
Valor acta de ajuste definitivo No. 67	\$193.830.21
Valor acta de ajuste definitivo No. 67A	\$91.031.394.66
Valor acta de obra No. 67 ^a	\$8.579.285.14

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

<i>Valor pendiente de pago</i>	<i>\$102.278.559.80</i>
<i>Menos saldo anticipo por amortizar</i>	<i>\$3.838.399.18</i>
<i>Saldo a favor del contratista</i>	<i>\$98.440.160.62</i>

BALANCE GENERAL DEL CONTRATO

VALOR TOTAL EJECUTADO	\$738.568.706.78
------------------------------	-------------------------

VALOR TOTAL PAGADO AL CONTRATISTA	\$640.128.546.16
--	-------------------------

SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA	\$98.440.160.62
--	------------------------

SUMAS IGUALES	\$738.568.706.78	\$738.568.706.78
----------------------	-------------------------	-------------------------

NOTA: - En el anexo al acta de recibo definitivo hay un valor consignado por acta de ajuste provisional No. 59 de \$445.451.90, siendo el correcto \$445.415.90, tal como aparece en la relación de pagos y en la copia de la misma acta, que se adjunta.

-Así mismo no están relacionadas en dicho documento, además de las actas pendientes de pago al contratista, las actas de ajuste Nos. 38A y 39A.

Al final del texto del acta de recibo definitivo se menciona la cláusula actas de obra como décima, siendo lo correcto cláusula décima primera.

VALOR NETO A PAGAR AL CONTRATISTA:

<i>Saldo a favor del contratista</i>	<i>\$98.440.160.62</i>
<i>Menos valor arrendamiento campamento, según memorando No. DRB-4828 de noviembre 30 de 1993</i>	<i>\$825.075.00</i>

<i>Valor neto a pagar al contratista 4 a 8, c. 11, copia auténtica).</i>	<i>\$97.615.085.62 (fls.</i>
--	------------------------------

3.2.9. El 18 de mayo de 1994, el INVÍAS le canceló al señor Crispín Landinez el saldo arrojado por la liquidación final (fl. 107, c. 11, certificación suscrita por las jefes de tesorería y contabilidad del INVÍAS).

3.2.10. El 23 de marzo de 1995, el jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Transporte, a solicitud del señor Rafael Crispín Landinez, certifica:

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

EL SUSCRITO JEFE DE LA OFICINA JURÍDICA DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE

HACE CONSTAR

El procedimiento que él acordó con la asesoría jurídica del ministerio de Obras Públicas y Transporte y la Oficina Jurídica del Instituto Nacional de Vías, para conciliar las pretensiones del proceso contractual No. 91-D-7491 que cursa en la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, originado en el contrato No. 490-83 que vinculó al demandante con el Fondo Vial Nacional, hoy Instituto Nacional de Vías, para la pavimentación de la carretera GUASCA-GACHETÁ Y CALLES DE GACHETÁ, previas las siguientes consideraciones:

La Ley 64 de 1967 creó el Fondo Vial Nacional y dispuso que el Ministerio de Obras Públicas a través de sus dependencias tendría la administración del Fondo Vial Nacional, y el ministerio de Obras Públicas por intermedio de sus abogados atendía los procesos judiciales contra el Fondo, circunstancia que permaneció hasta el día 31 de diciembre de 1993, fecha que entró en vigencia el Decreto 2171 de 1992, reestructurando el Ministerio de Obras Públicas y Transporte (art. 4) en el Ministerio de Transporte y el Fondo Vial Nacional como el Instituto Nacional de Vías (art. 52), dotándolo de una planta global de personal (art. 64).

Durante el mes de diciembre de 1993 desempeñé el cargo de asesor jurídico del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y a partir del día 31 del mismo mes y año fui incorporado como jefe de la Oficina Jurídica del ministerio de Transporte. De esta fecha hasta los primeros días del mes de febrero de 1994 estuve encargado de la Jefatura de la Oficina Jurídica del Instituto Nacional de Vías.

El ingeniero Crispín Landinez y su apoderado solicitaron a la Asesoría Jurídica en los primeros meses del año de 1992, estudiar la posibilidad de conciliar las pretensiones del proceso antes mencionado. La asesoría aceptó la invitación por ser viable a la luz de la Ley 23 y el Decreto 2651 de 1991, y acordó con el demandante el siguiente procedimiento para tales fines:

- 1. La asesoría solicitaría a la Dirección de Carreteras toda la información sobre el desarrollo del contrato.*
- 2. Obtenida la información las partes determinarían las pretensiones y su orden para ser objeto de acuerdo previo a la diligencia de conciliación judicial.*
- 3. Cada pretensión definida se comunicaría por las partes al Tribunal, para luego conciliar total o parcialmente el proceso en la audiencia de conciliación.*

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

4. La audiencia de conciliación la solicitarían las partes, si antes no había citado para ello el Tribunal, cuando se hubiera definido las pretensiones a conciliar.

5. Como se comprobó que estaban pendientes por definir las cantidades de obra ejecutadas y no pagadas a que se refería el acta No. 67A, las partes determinaron estudiar para conciliar en primer término esta pretensión. Para tales efectos el ingeniero interventor y el contratista demandante se reunieron y acordaron las cantidades y su valor.

Como otra de las pretensiones de la demanda es la liquidación del contrato 490-83, las partes acordaron liquidarlo incluyendo en el acta respectiva solamente el valor del acta No. 67A por este concepto y de esa forma el Fondo se ahorraría mayores costos y el demandante contratista recibiera algún dinero que le permitiera solventar la mala situación económica achacada por él al incumplimiento del Fondo Vial Nacional.

La asesoría jurídica y el ingeniero Crispín Landínez acordaron que el hecho de liquidar y suscribir el acta de liquidación del contrato, no implicaba la renuncia del contratista a continuar el proceso respecto a las demás pretensiones, mientras se determinaba cuáles de ellas podían ser objeto de conciliación. Este primer acuerdo finalizó con la suscripción del acta de liquidación del contrato en el mes de diciembre de 1993.

En el mes de enero de 1994 el apoderado del Fondo Vial Nacional fue incorporado a la planta de personal del ministerio de Transporte y le ordené a éste en mi condición de Jefe encargado de la Oficina Jurídica del Instituto Nacional de Vías, sustituir el poder a otro abogado que fue incorporado al Instituto Nacional de Vías.

Lo acordado con el ingeniero Rafael Crispín fue informado ampliamente al nuevo apoderado con el fin de que, en primer término, continuara las charlas sobre la posibilidad de conciliar lo relacionado con la maquinaria, y luego analizara las otras pretensiones.

De este asunto personalmente no fue informado la jefe de la Oficina Jurídica del Instituto, ya que no pudo realizarse el correspondiente empalme con todo detalle.

Cuando asumí las funciones de asesor jurídico del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, fui informado del anterior procedimiento acordado por las partes y estaba pendiente de suscribir el acta de liquidación del contrato.

Como asesor jurídico del ministerio de Obras Públicas y Transporte, ratifiqué el procedimiento que se venía desarrollando y lo acordado a esa fecha, y en el mes de enero de 1994 como jefe Encargado de la Oficina Jurídica del Instituto Nacional de Vías manifesté al contratista demandante, que el trámite de acuerdo previo de conciliación

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

subsistía con la reestructuración del Fondo Vial Nacional (se destaca y subraya) (fls. 1 a 3, c. 11, copia auténtica).

3.2.11. El 11 de enero de 1996, el señor Rafael Crispín Landinez demandó la nulidad del acta de liquidación final 051 del 31 de diciembre de 1993 (fls. 2 a 20, c. ppal, exp. 96-D-11764), porque *“no se incluyeron las sumas que la entidad demandada debía reconocerle y pagarle a mi poderdante, por concepto de las indemnizaciones y restablecimientos del derecho mencionados en los hechos de la demanda (valga decir que coinciden con los presentados en el proceso 91-D-7491)”* (fl. 15 y 16, c. ppal, exp. 96-D-11764).

3.2.12. El 30 de abril de 1998, el INVÍAS²³, quien asumió las funciones del Fondo Vial Nacional, y el contratista suscribieron un acuerdo de transacción parcial, aprobado por el comité de defensa judicial²⁴, así:

PRIMERO: El Instituto Nacional de Vías acepta que efectivamente se dio una suspensión de las actividades del contrato, no imputable al contratista, que generó para éste una serie de daños y perjuicios, consistentes entre otros, en el costo de la paralización de la obra en el sitio de construcción, el costo de inactividad de la maquinaria, del personal asignado, arriendo de oficinas, vivienda y campamentos, así como la pérdida del poder adquisitivo de las sumas de dineros, los cuales deben ser indemnizados al contratista. SEGUNDO: Las pretensiones del contratista para esta transacción parcial se reducen al origen del valor fijado en la demanda para la pretensión correspondiente a la inactividad y subutilización de la maquinaria, pretendido en la suma de \$2.380.000.000, que actualizados con los índices del IPC a 31 de enero de 1998, asciende a la suma de \$7.902.593.994, sin incluir intereses moratorios. El contratista estima que en esta suma ya ha efectuado una renuncia importante a sus pretensiones iniciales por cuanto en la demanda se presentó la solicitud de condenar al Fondo Vial Nacional a pagar el monto básico

²³ En su nombre Eduardo Reyes Mendoza, jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Nacional de Vías (fl. 379, c. ppal, exp. 91-D-7493).

²⁴ El comité decidió: *“Conciliar o transar por cuatro mil millones de pesos lo relacionado con las pretensiones materiales, las pretensiones morales no son objeto de la transacción o conciliación. Tener en cuenta el concepto reiterado de la Oficina Jurídica del Invías, al igual que el concepto técnico de la Subdirección de Construcción, los cuales son favorables para concertar el acuerdo entre las partes. De otra parte, la conciliación o transacción aquí autorizada, se surtirá frente al doctor Rafael Crispín Landinez, con quien existe una relación contractual, y no con Botero y Aguilar, quien no está legitimado en causa para actuar en este asunto”* (fl. 384, c. ppal, exp. 91-D-7493).

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

de la reclamación por valor de \$3.777.500.000, su correspondiente actualización más el pago de intereses sobre tales montos. El INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS no aceptó partir del monto básico de la demanda ni del informe de la interventoría, allegado al proceso, por considerarlos excesivamente onerosos. Por lo anterior, el Instituto Nacional de Vías propuso como fórmula de arreglo una suma que partiera del monto básico de la inactividad y subutilización, señalado en la demanda del contratista con relación a los daños materiales, y no del informe de la interventoría, es decir, el Instituto Nacional de Vías parte de la suma básica de \$2.380.000.000, que comparado con el valor sobre el costo del equipo informado por la interventoría de \$2.812.941.280, implica de entrada otra disminución práctica del monto básico de arreglo en \$432.941.280. A continuación, y en vista de que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS consideró indispensable hacer nuevas rebajas, en razón a la importancia de las sumas involucradas en la presente negociación, se realizaron diferentes operaciones y cálculos durante largas jornadas de discusión, tendientes a lograr una cifra alrededor de la cual, pudiera llegarse a un arreglo definitivo, suma que se concretó en \$4.000.000.000, que el contratista aceptó. TERCERO.- Teniendo en cuenta lo anterior, y efectuando la actualización hasta el 31 de enero de 1998, mediante el mecanismo previsto en la Ley 80 de 1993, se llegó a la suma total de \$7.902.593.994, la que reducida en un 49.38%, dio como resultado el valor de \$4.000.000.000, que es la suma final que el Instituto Nacional de Vías se obliga a pagar a favor del contratista en razón de la transacción parcial acordada, para realizar este pago sin ningún tropiezo, se entiende que la presente transacción parcial modifica la totalidad de los actos administrativos contractuales expedidos unilateralmente por el Instituto Nacional de Vías y/o acordados por éste con el contratista, con anterioridad al presente documento. El Instituto Nacional de Vías deja expresa constancia de que en ningún momento le asistió ánimo conciliatorio ni de transigir en este asunto con la firma Botero y (sic) Aguilar y Cía. Ltda., por considerar que ésta no es sujeto activo frente al Instituto Nacional de Vías en este asunto y por lo tanto no está en legitimada en causa para reclamar (...). SEXTO. El contratista por su parte declara expresamente a paz y salvo al Instituto Nacional de Vías por concepto de todas y cada una de las pretensiones, excepto el daño moral, indicadas en las demanda 7491 y 11764 que dieron origen a los juicios (...) (se subraya) (fls. 379 a 381, c. ppal, exp. 91-D7493).

3.2.13. Mediante auto del 28 de mayo de 1998, el a quo improbió la precitada transacción parcial, toda vez que “uno de los aspectos jurídicos a resolver en el presente proceso, es el derecho que puede asistir a la sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda., a obtener para sí los derechos materia de reclamación en el proceso, para lo cual aduce su carácter de cesionaria del señor Rafael Crispín, aspecto que no puede ser objeto de una transacción entre la entidad contratante y la última de las personas

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

mencionadas y sin la concurrencia de la sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda.” (fl. 397, c. ppal, exp. 91-D-7493).

3.3. La naturaleza del acta 051 del 31 de diciembre de 1993 y sus efectos

De entrada precisa definir cuál es la naturaleza jurídica del documento contenido en el acta 051 del 31 de diciembre de 1993. Lo primero es señalar que la cuestión planteada en el *sub lite* se concretó en el incumplimiento y la ruptura del equilibrio contractual, con las sumas consecuenciales que de esas pretensiones se derivaran, sin que en ningún momento se sometiera al conocimiento del juez la cuestión del ejercicio liquidatorio. En ese orden, es claro que las partes podían liquidar el contrato, aún cuando los referidos asuntos estuvieran en discusión, siendo que, como se dijo, se reservaron esa facultad.

Además, a diferencia de lo que ocurre en vigencia de la Ley 80 de 1993, reformada por la Ley 1150 de 2007²⁵, el Decreto Ley 222 de 1983²⁶ no fijó

²⁵ “ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. // En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A. // Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A. // Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”.

²⁶ En el título XI la mentada norma se limitó a disponer: “**Artículo 287. De los casos en que procede la liquidación.** Deberá procederse a la liquidación de los contratos en los siguientes casos: // 1. Cuando se haya ejecutoriado la providencia que declaró la

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

un término perentorio para liquidar los contratos administrativos, que sólo se estableció por vía jurisprudencial²⁷; sin embargo, ese término se fijó con la intención de limitar a la administración en su facultad unilateral de liquidación, pero no así de las partes del contrato, quienes bien pueden definir las cuestiones propias de su relación contractual. Así lo explicó la Sección²⁸:

También ha precisado la Sala que dicho término no es perentorio, vale decir, que pasados ahora 6 meses de haberse vencido el plazo del contrato sin que éste se haya liquidado no se pierde competencia para hacerla. Pueden practicarla los contratantes por mutuo acuerdo o la administración unilateralmente, ya que el fin último es que el contrato se liquide y se definan las prestaciones a cargo de las partes.

Sin embargo, más adelante aclaró que:

Debe advertirse, sin embargo, que ante la preceptiva del literal d. numeral 10 del actual art. 136 del C.C.A, esa facultad subsiste sólo

*caducidad. // 2. Cuando las partes den por terminado el contrato por mutuo acuerdo, lo cual podrá hacerse en todos los casos en que tal determinación no implique renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la entidad contratante. // 3. Cuando se haya ejecutoriado la providencia judicial que lo declaró nulo. // 4. Cuando la autoridad competente lo declare terminado unilateralmente conforme al artículo 19 del presente estatuto. // Además de los casos señalados, y si a ello hubiere lugar, los contratos de suministros y de obras públicas deberán liquidarse una vez que se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas de los mismos. // **Artículo 288. De las personas que deben efectuar la liquidación.** Cuando a ello hubiere lugar deberán liquidar los contratos el jefe de la entidad contratante, o quien él encargue por resolución; el Contratista y en el evento en que éste se negare, el interventor, o quien haga sus veces. El acta de liquidación se pondrá a disposición de la Contraloría General de la República, para efectos del control posterior. // **Artículo 289. Del contenido de la liquidación.** Las diligencias de liquidación, que siempre constarán en actas, determinarán las sumas de dinero que haya recibido el Contratista y la ejecución de la prestación a su cargo. // Con base en dichas actas se determinarán las obligaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar, o las indemnizaciones a favor del Contratista, si a ello hubiere lugar, todo de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato. // Si no hubiere acuerdo para liquidar un contrato, se tendrá por firme la liquidación presentada por la entidad contratante, la cual se expedirá mediante resolución motivada que estará sujeta a los recursos ordinarios por la vía gubernativa. // El acta final de liquidación, que deberá ser aprobada por el jefe de la entidad contratante, si él no hubiere intervenido, presta mérito ejecutivo ante la jurisdicción coactiva contra el Contratista y su garante en cuanto de ella resultaren obligaciones económicas a su cargo”.*

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 1995, exp. 8126, M.P. Juan de Dios Montes.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2001, exp. 14.384, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

durante los dos años siguientes al vencimiento de esa obligación, que no es otro que el término de caducidad para el ejercicio de la acción contractual. Dentro de este término, el contratista podrá pedir no sólo la liquidación judicial del contrato sino que se efectúen las declaraciones o condenas que estime pertinentes (art. 87 c.c.a).

Vale precisar que la disposición en cita es la contenida en la Ley 446 de 1998 que para la fecha de la liquidación bilateral no se encontraba vigente y, por ende, el límite temporal referido resultaba inaplicable. Con todo, aún en vigencia de la Ley 80 de 1993, la doctrina ha puesto de presente la cuestión en los siguientes términos²⁹:

Lo procedente permite estos interrogantes (se explicaba cada uno de los supuestos incorporados en el artículo 44 de la Ley 446 de 1998): ¿Qué sucederá si la liquidación unilateral se produce luego del vencimiento del plazo de dos meses señalado por la ley para el efecto? ¿Qué, si la liquidación se logra de común acuerdo estando ya vencido el término fijado o el legal?

En primer lugar, si la administración, pese al vencimiento de aquél término, dicta el acto de liquidación unilateral, éste estará afectado de nulidad por incompetencia y podrá el contratista impugnarlo dentro de los dos años siguientes, no sólo para reclamar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que hubiere lugar, sino también para cuestionar los extremos de la liquidación y buscar una nueva. Se hace la afirmación procedente, porque si es posible que las partes en el acto liquidatorio puedan lograr acuerdo en torno a los ajustes, revisiones y reconocimientos (art. 60 inc. 2 de la ley 80), en igual sentido podrá demandarse el acto unilateral para que el juez decida sobre dichos extremos y rehaga la liquidación. Si no se impugnare, el acto se volverá irrevisable jurisdiccionalmente y tendrá efectos ejecutorios plenos.

*En segundo lugar, si pese al vencimiento de los términos se lograre acuerdo entre las partes para liquidación del contrato, **está tendrá plena validez**. Aquí la voluntad de las partes, manifestada libremente, será prevalente.*

El mismo doctrinante, plantea la cuestión que aquí ocupa a la Sala así³⁰:

²⁹ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Librería Señal Editora, Sexta Edición, 2002, Medellín, p. 538.

³⁰ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Librería Señal Editora, Séptima Edición, 2009, Medellín, p.p. 637 y 638.

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

(...) 4. Qué sucede si una vez iniciado el proceso judicial las partes liquidan de común acuerdo el contrato? (...).

4. Frente al cuarto interrogante se debe anotar que la ley no trae solución, pero estimamos que si se logra dicha liquidación de común acuerdo sin objeciones o salvedades, las partes deberán desistir de común acuerdo de la acción instaurada.

De lo hasta aquí expuesto se puede concluir que las partes no pierden la facultad para finiquitar su relación contractual, incluso, después de transcurrido el plazo máximo para liquidar unilateralmente e iniciado el proceso judicial, como ocurre en el *sub lite*.

En consecuencia, habrá que darle los efectos propios de ese tipo de actos al acta 051 del 31 de diciembre de 1993, la cual se encuentra incólume, toda vez que la solicitud de nulidad en primera instancia resultó desfavorable para la parte actora y sin cuestionamiento en esta sede. Así las cosas, como se firmó sin salvedades se entiende que se renunciaron las reclamaciones judiciales que aquí ocupan a la Sala, como lo ha puesto de presente esta Corporación de vieja data³¹:

Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad". (Sentencia. Sección III, Expediente 1960).

El acta que se suscribe, sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 1.984, exp. 2796. M.P. José Alejandro Bonivento Fernández.

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

La fuerza, para que logre viciar el consentimiento debe ser de tal magnitud que impida una expresión libre. No puede ser cualquier clase de factor de violencia, física o mental, suficiente para destruir la voluntad. No. En tratándose de entes morales, esas conductas de fuerza deben ser superiores en grado, a encontrar la verdadera voluntad del otorgante de un negocio jurídico, porque frente a condiciones económicas similares, cualquier amenaza no puede incidir en el consentimiento, que es expresado como es sabido, a través de los representantes.

Lo anterior quiere denotar, pues, que si quería quebrar o aniquilar el acta, era deber, dentro del proceso, acreditar todas las circunstancias que motivaron su firma en las condiciones de presión argüidas, y no, de manera simple limitarse a alegar esos hechos sin la correspondiente probanza, porque le era imprescindible, al encontrarse con un documento firmado sin observación o reparo alguno. Con mayor razón, cuando se pretende el restablecimiento de derecho, previa la declaración de nulidad del acta. Es que el vicio debe ser demostrado, para restarle la validez al acto jurídico. Como lo hizo, no puede ser atendida su demanda en este aspecto.

Si el acta no está viciada mal puede restársele los efectos que, como negocio jurídico liberatorio, ofrece, que como ya se dijo, anteriormente, van encaminados a la extinción del nexo obligatorio, surgido del contrato de mutuo.

No se puede hablar de enriquecimiento sin causa en un contrato, puesto que la causa del negocio está sujeta a los términos de una convención que concluye, en su desarrollo, precisamente, con la liquidación final, amparada por legales presupuestos de validez.

Si el acta no puede ser invalidada, por cuanto está colmada de todos los supuestos de eficacia, y ante la falta de prueba que permita colegir el derecho o vicio que el demandante ha invocado y el enriquecimiento sin causa no es dable denunciarlo frente a un negocio jurídico extintor, precisamente, de cualquier reclamo, es de rigor, concluir que la demanda no está llamada a prosperar.

En esos términos, teniendo en cuenta los efectos vinculantes del acta 051 del 31 de diciembre de 1993 frente al estado de cuentas definitivo del contrato de obra en estudio y reconocidos por el propio señor Crispín Landinez al demandar su nulidad, se impone estarse a lo allí acordado, sin que en esta instancia resulte admisible volver sobre la legalidad de ese acuerdo, toda vez que la decisión de primera instancia que lo mantuvo

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

incólume no fue objeto de la alzada. Sobre los alcances de la liquidación bilateral, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, la Sección explicó³²:

La Sala ha sido unánime en afirmar que la liquidación bilateral del contrato traduce en un verdadero negocio jurídico por medio del cual las partes definen las cuentas del contrato y se obligan a lo estipulado en él documento que la contiene.

Al efecto cabe tener en cuenta que la liquidación significa “hacer el ajuste formal de una cuenta; saldar, pagar enteramente una cuenta”³³ y se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes a favor o en contra de cada uno. Es un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, como también respecto de las vicisitudes presentadas durante su desarrollo; es un acto que, por ende, aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico.

El contrato se puede liquidar en forma bilateral, mediante acuerdo entre las partes; por acto administrativo proferido por la entidad y mediante sentencia judicial o laudo arbitral, cuando alguna de las partes ejerce la acción de controversias contractuales y demanda la liquidación del mismo.

Respecto de la liquidación del contrato fuente de las obligaciones por cuyo cumplimiento se demandó, el decreto ley 222 de 1983³⁴, prevé que los contratos de suministros y de obras “deberán liquidarse una vez que se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas de los mismos”³⁵; que la liquidación determinará “las obligaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar o las indemnizaciones a favor del contratista, si a ello hubiere lugar, todo de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato”³⁶ y que si no hubiere acuerdo para liquidar un contrato, “se tendrá por firme la liquidación presentada por la Empresa, la cual se expedirá mediante

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 15.757, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

³³ Cita original: Diccionario de la lengua Española. Real Academia Española, 1992, pág. 892.

³⁴ Cita original: En el caso concreto el contrato 171 se celebró el 29 de diciembre de 1992, el otrosí el 25 de enero de 1993 y los adicionales entre el 15 de abril u el 12 de agosto de 1993, por tanto la ley general del contrato lo es el decreto ley 222 de 1983.

³⁵ Cita original: Artículo 287, inciso final.

³⁶ Cita original: Inciso 2, artículo 289.

*Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones*

*resolución motivada que estará sujeta a los recursos ordinarios de la vía gubernativa*³⁷.

*Se ha precisado también que resulta contrario a la buena fe y particularmente a la regla de no venir contra sus propios actos, suscribir un acto bilateral en el que se deja constancia de los valores finales del contrato, para después demandar ante el árbitro o juez el reconocimiento de sumas distintas*³⁸.

Siendo así resultaba obligatoria la liquidación final bilateral y dada la ausencia de salvedades permite dar por finiquitada la relación contractual de manera definitiva y total.

4. No hay lugar a condena en costas, en tanto se echa de menos lo exigido en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, es decir que exista una conducta temeraria de las partes. En efecto, la intervención de la sociedad Botero Aguilar Cía. Ltda. fue el ejercicio del derecho que creía ostentar como consecuencia del contrato de cesión que firmó con el señor Crispín Landinez, sin que de ello se derive temeridad; además, la negativa de aceptar la transacción fue una decisión del *a quo* y, por ende, difícilmente puede erigirse en la base para una condena como la que se pide en los recursos de alzada en contra de la mentada sociedad.

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

F A L L A

³⁷ Cita original: Artículo 289 inciso 3.

³⁸ Cita original: Al respecto cabe consultar entre otras la sentencia proferida el 16 de agosto de 2001, expediente 14384.

Acción contractual – Expediente 18.561
Actora: Sociedad Botero Aguilar y Cía. Ltda. y otros
Demandado: Fondo Vial Nacional
Revocar fallo de primera instancia – negar pretensiones

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 23 de marzo de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: En su lugar, declarar la falta de legitimación en la causa por activa de la sociedad Botero Aguilar Cía. Ltda. y, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda que forma parte del proceso 91-D-7493.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de las demás demandas acumuladas.

CUARTO: SIN COSTAS, toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

QUINTO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado