

PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD – Noción – Efectos

El principio de legalidad determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial, de tal manera que la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento” y que todos sus pronunciamientos “deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados. En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad. Con otras palabras, “se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.

PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD – Normativa

Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que al hacer referencia al carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, disponen respectivamente que salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento y que salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo

[...]

Así las cosas, se entiende que todo acto administrativo una vez ejecutoriado produce a plenitud su efectos y se impone su obligatorio cumplimiento por parte de todos los destinatarios hasta tanto la administración no declare lo contrario, por lo cual quien pretenda su nulidad no sólo tiene la obligación de expresar claramente los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que se sustenta esa ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara.

LIQUIDACIÓN – Bilateral – Salvedades

[...] la liquidación bilateral de un contrato es un acuerdo que celebran las partes de un contrato estatal para determinar los derechos y obligaciones que aún subsisten a favor y a cargo de cada una de las partes contratantes, todo con la finalidad de extinguir de manera definitiva todas las relaciones jurídicas que surgieron como consecuencia del contrato estatal precedentemente celebrado, resulta evidente y obvio por ser conforme a la buena fe objetiva que cada una de ellas tiene la obligación de enterar a la otra, de manera clara y expresa, de todas aquellas circunstancias o razones, entre otras, que den lugar a su inconformidad con el finiquito total que se propone. Con otras palabras, en la liquidación bilateral del contrato, quien esté inconforme con las cuentas que se presentan y el finiquito que se propone debe ineludiblemente expresar con qué y por qué no está de acuerdo y por consiguiente pedir o exigir el respectivo reconocimiento, de todo lo cual debe dar cuenta el acta respectiva pues ésta será finalmente la prueba de que expresó su inconformidad y que exigió el derecho que creía tener.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015).

Radicación número: 68001-23-15-000-1996-12100-01(30971)

Actor: SOCIEDAD OTACC LIMITADA

Demandado: MUNICIPIO DE BUCARAMANGA

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 24 de noviembre de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 14 de agosto de 1996¹ la Sociedad **Otacc Ltda.** presentó demanda contra el **Municipio de Bucaramanga**, solicitando que se declarara la existencia del contrato celebrado entre éstas el 13 de junio de 1993.

Pide en consecuencia que se declare que el Municipio incumplió el contrato por descontar a la contratista unas sumas por concepto del impuesto de la estampilla PRO-UIS mediante las actas No. 11 del 8 de julio, la No. 12 del 11 de julio, la No. 13 del 14 de julio, la No. 14 del 30 de julio, la No. 16 del 30 de julio, la No. 17 del 31 de agosto, la No. 19 del 29 de septiembre, la No. 21 del 30 de septiembre y la No. 22 del 2 de diciembre de 1994.

Solicita, como consecuencia de la anteriores declaraciones que se condene al demandado al pago de la suma de \$16´443.860,00 a título de reembolso de las sumas descontadas por concepto del impuesto por el uso de la estampilla PRO-UIS.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

¹ Folios 114 a 124 del C. No. 1

El demandado dio apertura a la licitación pública P.S.I. Obras civiles No. 002-93 para contratar la ejecución de obras del plan de recuperación y pavimentación de vías vehiculares PSI- fase II- Etapa I.

En el numeral 3.13 del pliego de condiciones se señaló que la contratista debía cubrir todos los impuestos y derechos con los que fuera gravado por el gobierno o por las entidades públicas del lugar de ejecución del contrato y que no podía exigir compensaciones diferentes al pago de los precios fijados en el contrato.

El 2 de junio de 1993 la Sociedad Otacc Ltda. presentó su propuesta y destinó una suma equivalente a \$29'609.056,27 para cubrir imprevistos.

El 13 de junio de 1993 se celebró entre la demandante y el demandado un contrato de obra en el que se reprodujo el objeto de la licitación pública.

Por medio de la cláusula séptima la contratista se obligó a constituir las garantías de Anticipo, de cumplimiento, de responsabilidad civil, de estabilidad y conservación de la obra y para el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, así como también a constituir los seguros necesarios para amparar a los trabajadores por ésta empleados y por sus subcontratistas.

A través de la cláusula vigésima se acordó que dentro de los 10 días siguientes a la legalización del contrato la contratista cancelaría los impuestos de timbre nacional y los derechos de publicación en la gaceta municipal, así como la contribución especial creada mediante el Decreto 2009 de 1992.

El 27 de junio de 1994 se expidió el Acuerdo No. 016 de 1994 que hizo obligatorio el uso de la estampilla Universidad Industrial de Santander - PRO-UIS- sobre algunos actos y documentos del Municipio de Bucaramanga, entre estos, las cuentas de cobro presentadas por personas naturales o jurídicas con cargo a la Tesorería Municipal o las Entidades descentralizadas.

El valor de dicho impuesto sería de \$2,00 pesos por cada \$100,00 pesos o fracción cuando la cuenta a cobrar fuera superior a 100 SMLMV.

El 2 de agosto de 1994 se celebró entre el Departamento de Santander y el demandado un convenio interadministrativo por virtud del cual éste se obligó frente a aquel a recaudar a través de la Tesorería Municipal los ingresos provenientes el uso de la estampilla PRO-UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER.

El Municipio realizó los descuentos respectivos por concepto del impuesto referido por medio de las actas No. 11 del 8 de julio; la No. 12 del 11 de julio; la No. 13 del 14 de julio; la No. 14 del 30 de julio; la No. 16 del 30 de julio; la No. 17 del 31 de agosto; la No. 19 del 29 de septiembre; la No. 21 del 30 de septiembre y la No. 22 del 2 de diciembre de 1994.

Mediante la presentación de varios escritos la actora solicitó el reembolso de las sumas descontadas con ocasión del impuesto por la estampilla PRO-UIS, señalando que con ese cobro se había roto el equilibrio económico del contrato.

Dicha solicitud fue denegada por el Municipio de Bucaramanga mediante el Oficio No. 1382 del 13 de julio de 1995 argumentando que no era jurídicamente viable el reintegro de las sumas descontadas por el impuesto sobre el uso de la estampilla PRO-UIS, pues conforme a lo señalado por ésta Corporación los ingresos provenientes de los impuestos fijados por el congreso o las entidades territoriales no hacían parte de la ecuación económica del contrato y que éste sólo sería viable en tanto la contratista hubiera presentado las cuentas de cobro antes de la publicación del acuerdo No. 016 de 1994.

El 5 de diciembre de 1994 se suscribió el acta de liquidación bilateral por medio de la cual se hizo constar que el demandado canceló en favor de la contratista la suma de \$71'081.998,56 por concepto de obras no previstas en el contrato; y la suma de \$205'805.590.39 a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Por último, señala que los costos derivados del cobro del impuesto PRO-UIS no se incluyeron ni debían incluirse en la estructura de costos por gravámenes o en la de gastos legales de la propuesta presentada, pues el acuerdo No. 16 de 1994 se expidió casi un año después de suscrito el contrato.

Estima la cuantía del proceso en la suma equivalente al valor total del contrato, esto es, \$1.100'749.196.00,

3. El trámite procesal.

Admitida que fue la demanda el demandado fue noticiado del auto admisorio y aceptada la denuncia del pleito frente a la Universidad Industrial de Santander, Unidades Tecnológicas de Santander, Universidad de la Paz o Instituto universitario de la Paz y el Departamento de Santander, el asunto se fijó en lista y tanto éste como el accionado le dieron respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por la parte demandante.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 24 de noviembre de 2004 el Tribunal Administrativo de Santander accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, pues declaró la ruptura del equilibrio económico del contrato celebrado entre las partes el 13 de junio de 1993 y en consecuencia condenó al demandado al pago de la sumas de \$50´153.937,68 y de \$9´772.254,40 y a los denunciados en el pleito y en favor del demandado al pago de la suma de \$16´443,860,00.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

Inicia su argumentación el Tribunal haciendo un recuento del acervo probatorio que obra en el expediente, hace una breve referencia a los artículos 4º No. 8º y 27 de la ley 80 de 1993, al equilibrio económico del contrato y la obligación a cargo de la administración de reestablecerlo cuando éste se ha roto por su incumplimiento y por circunstancias imprevistas no imputables a la contratista, así como también a la obligación de la administración de mantener la dirección y control del contrato con sujeción a los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa.

Hace mención al hecho del príncipe como una de las causas que genera una ruptura del equilibrio económico del contrato señalando que ésta se concreta en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general provenientes de la

misma entidad contratante o de cualquier órgano del Estado para luego concluir que en el presente asunto el equilibrio económico se había roto, pues el impuesto creado por el acuerdo No. 016 de 1994, siendo un acto de carácter general, afectó a la contratista de forma particular en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Afirma que el hecho del príncipe se genera cuando se fijan nuevos impuestos o se incrementan los existentes mediante un acto administrativo general y que teniendo en cuenta que el impuesto de la estampilla PRO-UIS se creó con posterioridad a la fecha de presentación de la propuesta, esto es, 2 de junio de 1993, la contratista no podía prever las consecuencias económicas que su cobro implicaba.

Con base en lo expuesto el Tribunal condena al demandado al pago de la sumas de \$50'153.937,68, a título de reintegro de las sumas descontadas debidamente actualizadas y a la suma de \$9'772.254,40, por concepto de intereses legales causados.

Señala que teniendo en cuenta que los descuentos efectuados por el demandado con ocasión del cobro del impuesto de uso de la estampilla PRO-UIS se realizaron en cumplimiento de una obligación legal, no había lugar a reconocer intereses moratorios, con lo que rectificó la posición adoptada en el fallo proferido dentro del proceso radicado bajo el número 1996-12446 adelantado por la sociedad Arinci Ltda. contra el Departamento de Santander, donde se ordenó su reconocimiento.

En lo relativo a la denuncia del pleito presentada frente al Departamento de Santander, la Universidad Industrial de Santander, las Unidades Tecnológicas de Santander y el Instituto Universitario de la Paz señaló que si bien no se acreditó que su actuación u omisión pudo incidir en el desequilibrio económico del contrato, teniendo en cuenta que éstas se beneficiaban de los ingresos provenientes del cobro del impuesto de la estampilla PRO-UIS, debían reintegrar las sumas recibidas en los porcentajes previstos en la ordenanza No. 038 de 1993, es decir, la UIS un 80%, las Unidades Tecnológicas un 10% y UNIPAZ un 10%.

Respecto del Departamento de Santander señala que teniendo en cuenta que el demandado consignó las sumas descontadas en la cuenta No. 650-04052-0 del Banco de Occidente con destino a la Tesorería General del Departamento de Santander, éste debía reintegrar la suma de \$16'443.860, siempre y cuando no las hubiere cancelado a las entidades beneficiarias.

Por último, señala que los montos de las condenas impuestas relativos a la actualización monetaria y los intereses sólo serían a cargo del demandado.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto el apoderado del demandado interpuso el recurso de apelación por estimar que en el *sub lite* el Tribunal de instancia había proferido un fallo incongruente.

Señala que el impuesto por la estampilla PRO-UIS fue creado por la ley 85 de 1993, que por medio del Acuerdo No. 016 de 1994 se estableció su cobro obligatorio, que éste se recaudó por el Departamento de Santander a través de la Tesorería Municipal y en cumplimiento de una obligación legal, que por medio de la ordenanza No. 038 de 1993 no se señaló porcentaje alguno a su favor proveniente de los ingresos derivados de su cobro y que las sumas descontadas a la contratista fueron depositadas por el demandado en favor del Departamento de Santander, razones éstas por las cuales carecía de todo sentido que se profiriera un fallo condenatorio en su contra.

Dice que el Tesoro Municipal de Bucaramanga no se vio beneficiado de ninguno de los ingresos provenientes del cobro del impuesto por la estampilla PRO-UIS, que los únicos beneficiarios de éstos fueron el Departamento de Santander, la Universidad Industrial de Santander, la Universidad de la Paz y las Unidades Tecnológicas de Santander, entidades frente a las cuales debía proferirse un fallo condenatorio.

Afirma que el Tribunal de instancia incurre en incongruencia al reconocer por medio del numeral 4º de la parte resolutive del fallo impugnado que el recaudador del impuesto al que se alude fue el Departamento de Santander y luego proferir condena en su contra teniendo en cuenta que no recibió ingreso alguno a su favor.

Concluye señalando que el Tribunal al imponer una condena en su contra lo está obligando al pago de lo no debido, pues los estaría obligando a pagar unas sumas que nunca recibió.

Con base en lo anterior, el apelante solicita que se revoque la sentencia recurrida y que en su lugar se profiera un fallo denegatorio de las pretensiones de la demandante.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Señor Agente del Ministerio Público opina que debe revocarse la sentencia de primera instancia por las siguientes razones:

Dice que en la oferta presentada la contratista destino la suma de \$29'609.056,27 para cubrir los imprevistos, esto es, las contingencias o riesgos imposibles de prever dentro del alea normal de la ejecución proyectada y propuesta, razón por la cual para demostrar que la ecuación económica del contrato se alteró debía probar que con el valor fijado por éste ítem no era posible cubrir esas contingencias.

Señala que de las pruebas allegadas se encontraba demostrado que el valor del contrato inicialmente acordado fue de \$1'100.749.196, que el valor cancelado por obras ejecutadas fue de \$914.133.560,46, que durante la ejecución del contrato el demandado reconoció la suma de \$100'300.820,19 por concepto de reajustes y la suma de \$205'805.590,39 a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato para un valor total de \$1.291'321.969,60, pero que de ésta suma la actora no demostró haber destinado porcentaje alguno de la suma fijada en su propuesta por imprevistos para cubrir las contingencias presentadas en la ejecución del contrato.

Así las cosas, afirma que la suma fijada por la contratista para cubrir los imprevistos superó la que descontó el demandado por concepto del impuesto sobre el uso de la estampilla PRO-UIS, esto es, \$16'433.868, razón por la cual la carga tributaria impuesta legalmente en ejecución del contrato no alteró el equilibrio económico.

Adicionalmente señala que para la fecha en que se suscribió el contrato, esto es, 13 de junio de 1993 ya existía la ley 26 de 1990, mediante la cual se creó el impuesto pro universidad del valle, un tributo similar al creado por medio de la ley 85 de 1993, razón por la cual la actora no podía afirmar que ésta alteró la

ecuación económica del contrato, pues al momento de presentar su propuesta razonablemente podía vaticinar la expedición de una norma que pudiera afectar la ejecución del negocio jurídico, pues ésta era una de las hipótesis que trató de prever el contratante en el numeral 3.13 del pliego de condiciones.

Concluye señalando que de la suma destinada para cubrir los imprevistos, esto es, \$29'609.056,27, la actora sólo utilizó \$16'443.868, pues no existía prueba alguna mediante la cual lograra acreditar que aquella suma se destino para cubrir otros imprevistos.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

1. Ya en anteriores oportunidades ésta Sala había tenido la oportunidad de señalar que conforme a lo previsto en los artículos 2°, 209 y 365 del texto constitucional, la actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados y a la promoción de la prevalencia de los intereses generales y, de otro, a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Este objeto de la actividad de la Administración comprende múltiples facetas pero en todo caso, sin importar cuál de ellas se trate, su actuación supone la existencia de un acto administrativo, pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad aquella que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros.

“El principio de legalidad determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como “la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en

especial,” de tal manera que “la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento” y que todos sus pronunciamientos “deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados.”²

En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.

Con otras palabras, *“se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.”³*

Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que al hacer referencia al carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, disponen respectivamente que *“salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento...”* y que *“salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo...”⁴*

Así las cosas, se entiende que todo acto administrativo una vez ejecutoriado produce a plenitud sus efectos y se impone su obligatorio cumplimiento por parte de todos los destinatarios hasta tanto la administración no declare lo contrario, por lo cual quien pretenda su nulidad no sólo tiene la obligación de expresar claramente

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 14 de marzo de 2012, Exp. 21578, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp. 20393, Sentencia del 9 de julio de 2014, Exp. 29.056, entre otras.

³ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo*. Op. cit. p. 54-55

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de junio de 2014, Exp. 27590, Sentencia del 9 de julio de 2014, Exp. 29.056.

los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que se sustenta esa ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara.

2. También ésta Subsección había tenido la oportunidad de señalar que:

“Los presupuestos procesales son las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa.

En lo relativo a las providencias judiciales, se denominan inhibitorias aquellas en virtud de las cuales, la inobservancia de ciertos presupuestos procesales conllevan a que el funcionario judicial se abstenga de proferir una resolución de fondo respecto de un determinado asunto que se somete a su decisión.

Si bien se había venido sosteniendo que los presupuestos para que una relación jurídico procesal pudiera surgir válidamente eran la demanda en forma, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, y que la ausencia de alguna de ellas conducía a sentencia inhibitoria, lo cierto es que hoy en día se entiende que la inhibición por la ausencia de presupuestos procesales se reduce a la falta de capacidad para ser parte y a algunos casos excepcionales de inepta demanda pues las dos restantes, así como cualquier otro vicio que expresamente señale la ley, configuran causales de nulidad que deben regirse por los artículos 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil⁵ y 132 y siguientes del Código General del Proceso.

Aún más, ni siquiera en tratándose de una inepta demanda, puede afirmarse que se justifique la presencia de un fallo inhibitorio, pues la sola existencia de éste vicio no impide jurídicamente que el funcionario judicial emita un pronunciamiento de fondo, salvo casos excepcionales tales como la indebida acumulación de pretensiones.

Pero no ocurre lo mismo cuando el defecto consiste, por ejemplo, en que no se impugna la legalidad de un acto administrativo que se presume válidos, se encuentra en firme y está produciendo a plenitud sus efectos y luego se pretende

⁵ Sobre este aspecto cfr. H. F. LÓPEZ BLANCO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Parte General*. T. I, Bogotá, Dupré Ditores, 2009, p. 967 a 977.

el reconocimiento de unas pretensiones que ya han sido denegadas por medio de éste, pues en tal hipótesis lo procedente no es la sentencia inhibitoria sino una decisión de fondo desestimando lo pretendido en ella.

Así que en estas circunstancias el juez, en lugar de negarse a resolver el conflicto pues a esto equivale una sentencia inhibitoria, lo que debe hacer es desatar el fondo de la cuestión litigiosa negando lo pretendido por el demandante”⁶.

3. En reciente providencia ésta Subsección expresó lo que a continuación se transcribe por ser pertinente para este caso:

“El Consejo de Estado ha expresado que la liquidación de común acuerdo del contrato “es una actuación administrativa posterior a su terminación normal (culminación del plazo de ejecución) o anormal (verbigracia en los supuestos de terminación unilateral o caducidad), con el objeto de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de cuentas para determinar quién le debe a quién y cuánto y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, y dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial”⁷, que es “... un corte de cuentas, es decir una etapa del negocio jurídico en que las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato, o mejor, la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución”⁸, que “corresponde al balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y acogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato, por tanto esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente negocial o convencional”⁹, que “es una operación administrativa que sobreviene a la finalización de un contrato, por cumplimiento del plazo anticipadamente, con el propósito de establecer, de modo definitivo, las obligaciones y derechos pecuniarios de las partes y su cuantía,”¹⁰ y que “la misma consiste en una actuación tendiente a establecer el resultado final de la ejecución contractual, en cuanto al cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, los pagos efectuados por la entidad contratante, los saldos pendientes, las mutuas reclamaciones entre las partes, las transacciones y conciliaciones logradas, etc, y de esta manera finiquitar la relación negocial.”¹¹

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de agosto de 2014, Exp: 28.237.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, expediente 16.293. (Nota del texto citado).

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 17.322. (Nota del texto citado).

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de marzo de 2011, expediente 16.246. (Nota del texto citado).

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de febrero de 2011, expediente 14.823. (Nota del texto citado).

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de febrero de 2012, expediente 16.371. (Nota del texto citado).

Pues bien, nótese que esa finalidad de la liquidación del contrato consistente en finiquitar las cuentas, para utilizar la expresión que con frecuencia se emplea, resulta ya hoy una verdad averiguada y por lo tanto no da lugar a discusión alguna.

Sin embargo, en lo que sí parece no haber claridad o por lo menos coincidencia es en la naturaleza jurídica de ese acto bilateral pues se cataloga indistintamente como actuación administrativa, como una simple etapa del negocio jurídico, como operación administrativa o también como una modalidad de naturaleza negocial o convencional.

Se podría definir ese acto de liquidación bilateral como el acuerdo que celebran las partes de un contrato estatal para determinar los derechos y obligaciones que aún subsisten a favor y a cargo de cada una de las partes contratantes, todo con la finalidad de extinguir de manera definitiva todas las relaciones jurídicas que surgieron como consecuencia del contrato estatal precedentemente celebrado.

*Siendo ésta la descripción ontológica de ese acto, no se remite a dudas que la liquidación bilateral de un contrato estatal es un negocio jurídico de la estirpe de los contratos pues en ella se presentan los rasgos distintivos de esta especie negocial a saber: **a)** El acuerdo entre dos partes; y **b)** La finalidad, en este caso, de extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial o, lo que es lo mismo, de contenido económico.*

En efecto, a las voces del artículo 864 del Código de Comercio “el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...”, de donde se desprende que los contratos no sólo pueden crear relaciones jurídicas sino que también pueden estar destinados a regularlas o a extinguir las, cosa ésta última que es la que precisamente ocurre en los actos de liquidación bilateral de los contratos estatales.

Con otras palabras, al término de la vida de un contrato estatal puede presentarse otro contrato, como lo es el negocio jurídico de liquidación, si las partes que inicialmente contrataron se avienen luego a determinar los derechos y obligaciones que aún subsisten a favor y a cargo de cada una de ellas, con la finalidad de extinguir de manera definitiva todas esas relaciones jurídicas que surgieron como consecuencia del contrato estatal que precedentemente celebraron.

Y no se olvide que la discusión decimonónica sobre la diferencia entre contrato y convención (según la cual aquel creaba obligaciones y ésta las extinguía) quedó enterrada en el ordenamiento jurídico colombiano desde que se acogió la elaboración conceptual que elaboró BELLO sobre el contrato el señalar que “ contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa...”¹², dando a entender que contrato y convención son la misma cosa.

¹² Artículo 1495 del Código Civil colombiano. (Nota del texto citado).

Luego, en síntesis, el acto de liquidación bilateral de un contrato es a su vez un contrato pues mediante él se persigue extinguir definitivamente las relaciones jurídicas de contenido económico que aún pudieran subsistir a la terminación de la relación contractual precedentemente celebrada.

[...] De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 871 del Código de Comercio¹³ y el artículo 1603 del Código Civil¹⁴ los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, previsiones estas que implican la consagración legal del principio de la buena fe contractual.

La buena fe contractual no es otra que aquella que la doctrina ha calificado como objetiva¹⁵ pues no consiste en un estado de creencia o convicción de actuar conforme a derecho (buena fe subjetiva) sino “en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia.”¹⁶

Estos comportamientos que de manera enunciativa se han señalado como propios de la buena fe objetiva o contractual, así como todos aquellos otros que puedan configurarla, deben desplegarse no sólo en la formación del contrato sino también durante su ejecución, y por su supuesto en la etapa posterior, pues esta buena fe es un principio integrador de todo contrato según lo indican de manera expresa los artículos 871 y 1603 ya citados.

Uno de tales comportamientos propios de la buena fe objetiva, que aquí conviene destacar, es el deber de información al co-contratante y que consiste en la obligación que tiene cada una de las partes de revelar a la otra todas aquellas circunstancias que sean relevantes para la formación, la ejecución o la extinción del contrato.

Así por ejemplo, si la liquidación bilateral de un contrato es un acuerdo que celebran las partes de un contrato estatal para determinar los derechos y obligaciones que aún subsisten a favor y a cargo de cada una de las partes contratantes, todo con la finalidad

¹³ “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.” (Nota del texto citado)

¹⁴ “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.” (Nota del texto citado).

¹⁵ Sobre la buena fe objetiva en el derecho colombiano Cfr.: M. L. NEME VILLARREAL. *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano*. En Revista de Derecho Privado. No. 11, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2006, p. 79 a 125 y M. L. NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva*. En Revista de Derecho Privado. No. 17, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 45 a 76. (Nota del texto citado).

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 16.836. (Nota del texto citado).

de extinguir de manera definitiva todas las relaciones jurídicas que surgieron como consecuencia del contrato estatal precedentemente celebrado, resulta evidente y obvio por ser conforme a la buena fe objetiva que cada una de ellas tiene la obligación de enterar a la otra, de manera clara y expresa, de todas aquellas circunstancias o razones, entre otras, que den lugar a su inconformidad con el finiquito total que se propone.

Con otras palabras, en la liquidación bilateral del contrato, quien esté inconforme con las cuentas que se presentan y el finiquito que se propone debe ineludiblemente expresar con qué y por qué no está de acuerdo y por consiguiente pedir o exigir el respectivo reconocimiento, de todo lo cual debe dar cuenta el acta respectiva pues ésta será finalmente la prueba de que expresó su inconformidad y que exigió el derecho que creía tener.

Si no hay acuerdo sobre la reclamación, el inconforme deberá dejar la correspondiente constancia pues salvando la expresión de su designio negocial denotará su desacuerdo y la anotación que en este sentido contenga el acta será la demostración de su inconformidad y de que ésta no fue atendida por la otra parte.

Dicho de otra manera toda reclamación en la liquidación bilateral de un contrato estatal supone no sólo que se consigne en el acta la correlativa salvedad sino también, y ante todo, la expresión clara y expresa de cuáles son los aspectos y puntos que motivan su inconformidad.

Así que una salvedad sin que se hayan expresado de manera clara los aspectos y puntos que motivan la reclamación, así como la expresión de aspectos y puntos que motivan una reclamación sin que finalmente haya salvedad alguna, equivale lisa y llanamente a conformidad.

Y la razón para que esto sea así no es otra que el principio de la buena fe objetiva, en su manifestación del deber de información, pues de lo contrario la parte reticente, contrariando la lealtad y la rectitud que debe imperar en los negocios jurídicos y en el tráfico jurídico en general, quedaría habilitada para sorprender a la otra con exigencias o reconocimientos que en su momento no fueron propuestos ni dados a conocer.

Por esto es que el precedente jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha venido insistiendo en que quién no hace salvedades claras y expresas en el acta de liquidación no puede luego concurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa a pretender el reconocimiento de derechos que al momento de la liquidación no reclamó ni salvó.

Así lo indicó al expresar:

“...cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, estos 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.”¹⁷

Posteriormente señaló:

“...en la etapa de liquidación de un contrato, las partes deben dejar sentado en acta sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, es ese el momento del contrato, en el cual la parte adquiere legitimación para reclamar en vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del petitum de una eventual demanda. Por el contrario la parte que no deje anotada en el acta de liquidación final, la existencia de alguna pretensión para que la otra la considere en esa vía, NUNCA PODRÁ pretenderlas judicialmente...”¹⁸

Y luego precisó:

“...para efectos de poder acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es requisito indispensable que las partes hayan dejado constancia expresa, en el acta de liquidación del contrato, de las inconformidades que pudieron resultar durante su ejecución, tal como esta Sala lo ha señalado en reiteradas ocasiones...Ahora bien, la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión del contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero sí debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad... Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica, que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista; tal conducta impide la claridad necesaria en la conclusión de la relación negocial, bien porque las partes están de acuerdo en forma plena, o bien porque subsisten diferencias entre ellas.”¹⁹

Conjugando todo lo que hasta aquí se ha considerado resulta, en síntesis, que uno de los comportamientos que supone la buena fe objetiva o contractual es el deber de informar a la otra parte toda aquella circunstancia que resulte relevante para la formación, ejecución o extinción del contrato y que si se trata del acto bilateral de liquidación de una relación contractual, este deber se concreta, si existen inconformidades, en la manifestación de

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de marzo de 1998, expediente 11.101. (Nota del texto citado).

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2001, expediente 11.689. (Nota del texto citado).

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, expediente 14.113. (Nota del texto citado).

todas ellas indicando de manera clara y específica lo que pretende que se le reconozca, mencionando los motivos o razones que lo llevan a reclamar y haciendo las salvedades del caso si ellas no fueren atendidas o aceptadas.

Por consiguiente las salvedades que se exponen en expresiones genéricas, esto es que no dan cuenta de lo que se pretende ni de las razones o motivos que llevan a la reclamación, jamás legitiman al inconforme para concurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa a pretender lo que en la liquidación no reclamó ni salvó de manera clara, concreta y específica.²⁰

Así que entonces, si se entiende que la liquidación bilateral es un acuerdo que se suscribe entre las partes contratantes para extinguir todas las relaciones jurídicas que surgieron con ocasión del negocio jurídico que ahora se liquida, forzoso es concluir que es en ése momento en el que las partes deben manifestar su inconformidad frente a lo acordado mediante el acta respectiva, razón por la cual si la ahora demandante no expresó su inconformidad en ése momento ni presentó salvedad alguna frente a lo acordado, no puede ahora venir a pedir que se le reconozcan unas sumas frente a las cuales no hizo reparo alguno en la oportunidad debida.

4. En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación aparece que el Municipio de Bucaramanga dio apertura a la licitación pública P.S.I. obras civiles No. 002-93, con el objeto de implementar el plan de recuperación y pavimentación de las vías vehiculares PSI- fase II – etapa I (Fol. 250 del C. No. 1).

Por medio del numeral 3.13 del pliego de condiciones se estableció que la contratista debía cubrir todos los impuestos y derechos con los que fuera gravado por el gobierno o por las entidades públicas de la jurisdicción donde se ejecutara el contrato y que no podía exigir compensación alguna diferente al pago de los precios estipulados en el contrato (Fols. 84 y 85 del C. No. 1).

El 2 de junio de 1993 la demandante presentó su propuesta por un valor total de \$1'104.815.532 (Fol. 252 del C. No. 1) a un plazo de ejecución de 210 días calendario y que destino la suma de \$ 29'609.056,27 al rubro de imprevistos (Fol. 271 del C. No. 1).

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de julio de 2012, expediente 22.221.

El 13 de junio de 1993 se celebró entre la demandante y el demandado un contrato de obra en el que se reprodujo el objeto previsto en la licitación pública P.S.I. obras civiles No. 002-93, tal como lo señala la sociedad Otacc Ltda. en su demanda (Fols. 2 a 12 del C. No. 1).

En la **Cláusula Séptima** el contratista se obligó a constituir las garantías : I) De anticipo por el 100% del valor del contrato con una vigencia igual al plazo contractual y 3 meses más; II) Para el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales por el 5% del valor del contrato por el mismo término; III) De cumplimiento por el 20% del valor del contrato por el mismo término; IV) De responsabilidad civil por el 20% del valor del contrato durante el plazo contractual, su liquidación y hasta 90 días más y, IV) De estabilidad y conservación de la obra por el 20% del valor del contrato con una vigencia de 5 años (Fols. 4 a 6 del C. No. 1).

Por medio de la **Cláusula Vigésima** del contrato se acordó que dentro de los 10 días siguientes a su legalización la contratista debía cancelar los impuestos de timbre nacional y los derechos de publicación en la gaceta municipal, así como también la contribución especial creada mediante el Decreto 2009 de 1992 (Fol. 12 del C. No. 1).

El 27 de junio de 1994 se expidió el Acuerdo No. 016 de 1994, por virtud del cual se hizo obligatorio el uso de la estampilla Universidad Industrial de Santander - PRO-UIS- sobre algunos actos y documentos del Municipio de Bucaramanga, entre estos, sobre las cuentas de cobro que presentaran las personas naturales o jurídicas con cargo a la Tesorería Municipal y a las Entidades descentralizadas.

El valor de dicho impuesto sería de \$2,00 pesos por cada \$100,00 pesos o fracción cuando la cuenta a cobrar fuere superior a 100 SMLMV.

El 2 de agosto de 1994 se celebró entre el Departamento de Santander y el demandado un convenio interadministrativo, por virtud del cual éste se obligó frente aquel a recaudar a través de la Tesorería Municipal los ingresos provenientes el uso de la estampilla PRO-UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER (Fols. 172 a 176 del C. No. 1)

A través del cuadro de relación de pagos efectuados y la certificación suscrita por la revisora fiscal Fanny Albarracín, aparecen las sumas descontadas por concepto del impuesto de la estampilla PRO-UIS así: I) El acta No. 11 del 8 de julio por valor de \$2´777.929,00; II) La No. 12 del 11 de julio por valor de \$958´910,00; III) La No. 13 del 14 de julio por valor de \$529´728,00; IV) La No. 14 del 30 de julio por valor de \$2´634.236,00, V) La No. 16 del 30 de julio por valor de \$938.485,00; VI) La No. 17 del 31 de agosto por valor de \$2´413.192,00, VII) La No. 19 del 29 de septiembre por valor de \$1´537.460,00, VIII) La No. 21 del 30 de septiembre por valor de \$537´806,00 y; IX) La No. 22 del 2 de diciembre de 1994 por valor \$4´116.114,00, para un total de \$16´443.860,00 (Fols. 58 y 59 del C. No. 1)

Mediante escritos del 6 de marzo de 1995 (Fol. 63 del C. No. 1), del 24 de mayo de 1995 (Fol. 66 del C. No. 1) y, del 17 de julio de 1995 (Fol. 72 del C. No. 1), la demandante solicitó ante el demandado el reintegro de las sumas descontadas por concepto del impuesto de la estampilla PRO-UIS.

Dicha solicitud fue denegada por el Municipio de Bucaramanga mediante el Oficio No. 1382 del 13 de julio de 1995 argumentando que no era jurídicamente viable reintegrar en favor de la contratista las sumas descontadas por el impuesto sobre el uso de la estampilla PRO-UIS, pues conforme a lo señalado por ésta Corporación los ingresos provenientes de los impuestos fijados por el congreso o las entidades territoriales no hacían parte de la ecuación económica del contrato y que el reintegro sólo era viable siempre y cuando la contratista hubiera presentado la cuenta de cobro antes de la publicación del acuerdo No. 016 de 1994 (Fols. 77 y 78 del C. No. 1).

El 5 de diciembre de 1994 se suscribió entre las partes el acta de liquidación final del contrato (Fols. 55 a 57 del C. No. 1), en la que se hace constar que el valor total de la obra contratada asciende a \$1´100.749.196,00; que el valor cancelado por obra ejecutada asciende a \$985´215.559,02; que el valor de los reajustes causados es de \$100´300.820,19; que los valores cancelados por concepto de equilibrio económico del contrato asciende a la suma de \$205´805,590,39; que el valor final del contrato es de 1´291.321.969,60, de los cuales se le canceló al contratista 1´201.321.969,60.

En esa Acta de Liquidación el contratista no hizo cuestionamiento ni salvedad alguna relacionada con lo que ahora aquí demanda como un desequilibrio económico del contrato originado en en los descuentos de la estampilla PRO-UIS.

5. Pues bien, de las probanzas allegadas y que atrás se reseñaron se tiene por demostrado en primer lugar, que la demandante ya había presentado una solicitud ante el demandado solicitando el reintegro de las sumas descontadas por concepto del impuesto de la estampilla PRO-UIS y que esta solicitud ya había sido denegada por medio del Oficio No. 1382 del 13 de julio de 1995

En estas circunstancias se debe partir de una realidad jurídica consistente en la existencia de un acto administrativo que se encuentra en firme y produciendo a plenitud sus efectos, cuya legalidad no fue impugnada ni en la vía gubernativa ni judicialmente por la actora.

En otros términos, si la actora presentó una petición de reintegro de las sumas descontadas por concepto del impuesto de la estampilla PRO-UIS y esta fue denegada por la Administración mediante un acto administrativo que se encuentra en firme y lo ampara una presunción de legalidad, decisión ésta con la cual se ha mostrado de acuerdo la contratista pues no la cuestionó ni en la vía gubernativa ni judicialmente, no puede ahora pretender que por vía de la acción contractual le sea reconocido algo que ya le fue negado a través de un acto administrativo que existe, se presume legal y está produciendo a plenitud sus efectos.

En síntesis, si lo que la actora pretendía era que se le reembolsaran las sumas descontadas por concepto del impuesto creado por medio de la ley 85 de 1993, debió impugnar la legalidad del acto por el cual la Administración le negó esa petición y como así no lo hizo, no puede venir ahora a hacer tal reclamación, pues lo impide la existencia y la presunción de legalidad del acto administrativo que negó ese pedimento.

Ahora, aunque en el presente asunto lo pertinente era impugnar la legalidad del acto administrativo por el cual la Administración negó la petición de reembolso de las sumas descontadas por concepto del cobro del impuesto de la estampilla PRO-UIS y esto no se hizo, no se puede afirmar que se imponga un fallo inhibitorio pues lo procedente en tal evento es decidir de fondo negando

pretensiones, habida cuenta de que existe un acto administrativo que ya denegó la petición elevada, que está produciendo todos sus efectos, que se presume legal y que está incuestionado.

Como si fuera poco, la actora no manifestó su inconformidad ni presentó salvedad alguna en el acta de liquidación bilateral suscrita entre las partes el 5 de diciembre de 1994, razón por la cual carece ahora de legitimación para venir a pretender lo que no reclamó ni salvó al momento de liquidar el contrato.

Todas estas razones son las que conducen a que la sentencia apelada se revoque para en su lugar negar la totalidad de las pretensiones.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, y en su lugar **NEGAR** las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de Origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada
Aclaró voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente