**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES -** **Caducidad de la acción**

El presente debate gira alrededor del presunto incumplimiento y/o ruptura del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 475 de 2007, celebrado entre el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte y la Unión temporal Publiestadios, aspecto que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponde ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada. (…) resulta pertinente destacar que el Contrato de Concesión objeto de análisis, celebrado el 27 de abril de 2007, por un plazo de 10 años, aún se encuentra en etapa de ejecución. (…) atendiendo a la regla general de caducidad de la acción contractual que orienta a que su cómputo inicial se asiente al día siguiente de ocurridos los motivos de hecho y de derecho que le sirven de fundamento, ha de concluirse entonces que al haberse interpuesto la demanda el 13 de febrero de 2012, el ejercicio de la acción fue oportuno ya que para ese entonces no habían transcurrido los dos años contados, incluso, desde el inicio del primero de los períodos señalados.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO -** **Consecuencias**

No han sido pocos los pronunciamientos de esta Subsección en los cuales se ha enfatizado que la conservación del sinalagma prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma. (…) ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes, cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “Hecho del Príncipe” o “Ius variandi”, dependiendo de la entidad de donde emanen, pero que no se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante. (…) este acontecimiento dará lugar a que la parte afectada solicite a su co-contratante la adopción de los mecanismos de ajuste y revisión de precios, así como la implementación de los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución del contrato.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO -** **Definición - Configuración**

El incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato. (…) la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico. (…) tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación estatal y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral. (…) el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contratantes que, de manera injustificada, se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulados. Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y, desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligación, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados

**MODIFICACIÓN DEL CONTRATO -** **Modificación unilateral** **- Ius variandi - Modificación de condiciones - Existentes al momento de contratar - Utilidad del contratista**

Resulta claro para la Sala que la modificación unilateral del contrato no obedeció al arbitrio injustificado de la entidad, sino a la necesidad de evitar que se paralizara la ejecución del objeto concesionado ante el imperativo que surgió en relación con la realización de las obras civiles de adecuación del estadio para el campeonato mundial de fútbol Sub-20 que se aproximaba. (…) Así pues, se tiene que la causa que habría de generar un impacto en la normal ejecución del contrato y que obligaba al cambio de ubicación de la pantalla exterior y en cuyo mérito válidamente acudió al ejercicio del ius variandi, no comportó antijuridicidad alguna en la conducta de la entidad pública que invadiera la órbita de su responsabilidad contractual. (…) La manifestación de la entidad relacionada con el reconocimiento de utilidades en favor del contratista dejadas de percibir durante la realización de las actividades de desmonte, traslado y montaje de la pantalla, implantada en el acto administrativo de modificación unilateral, constituyó una medida adoptada por la entidad en desarrollo de la autonomía de su voluntad, dirigida a contener los efectos del ejercicio de la potestad excepcional como causa generadora de ruptura del equilibrio económico del contrato. Por esta razón, el análisis del caso merece abordarse desde la perspectiva de la ruptura del equilibrio económico del contrato derivada del ius variandi, para cuyo restablecimiento la entidad se comprometió a reconocer a favor del contratista las utilidades dejadas de percibir por el interregno en el que se ejecutaran las obras de traslado de la pantalla, siempre que el contratista presentara su estimación ante el IDRD con los respectivos soportes contables. (…) se colige que, de reunirse el supuesto fáctico previsto para su reconocimiento, es decir, que el concesionario presentara la estimación de la utilidad dejada de percibir durante el período en que duraron las obras de traslado y montaje de la pantalla apoyada en los respectivos soportes contables, la entidad estaría obligada a su pago.

**REGLAS DE INTERPRETRACIÓN -** **Principio - Confianza legítima - Fundamento normativo - Principio de conmutatividad**

Existe una relación directa entre la teoría de los actos propios y el principio de la confianza legítima que estriba en que de ambos se desprende para los administrados la garantía de que al Estado, a través de sus entidades, le asiste el deber de obrar con rectitud, claridad y precisión, cuestión que a su turno le impide actuar de manera opuesta e inconcordante o de emitir decisiones contrarias a aquellas que anteladamente emanaron de la misma entidad pública y en mérito de las cuales se generó un convencimiento frente a determinados asuntos. También concurre una relación inescindible entre el principio de confianza legítima y el principio de buena fe, en cuanto este último impone a ambas partes una actitud de lealtad mutua, de fidelidad y honestidad, todo lo cual se traduce en el respeto a las reglas preestablecidas y conocidas por ambas partes desde el momento en que surgieron; por contera, cualquier variación sorpresiva de tales cánones por una de las partes, sin duda resultaría contraria a la esperada y exigible buena fe. (…) La Sala observa que en el número 29) de la cláusula segunda del Contrato No. 475 en la que la entidad asentó su defensa (…) contiene una seria contradicción en tanto, por un lado, contempla la renuncia del concesionario, desde la suscripción del contrato, a elevar reclamaciones derivadas del desequilibrio económico, pero a renglón seguido impone la observancia y apego a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, norma que precisamente se encarga de regular el mantenimiento de la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer y de adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento en el evento en que dicha igualdad se rompa por causas no imputables al afectado. Así pues, ante la dualidad interpretativa que ofrece la estipulación que se revisa, la comprensión que habrá de privilegiarse corresponderá a aquella que consulte el acatamiento de la disposición legal reguladora del mantenimiento de la ecuación contractual, no solo porque así lo orientan las reglas de interpretación contractuales que descansan en la protección del principio de conmutatividad, sino porque el entendimiento dispensado por esta Subsección a las renuncias anticipadas en torno a los efectos derivados del desequilibrio económico del contrato, esto es, realizadas antes de que ocurra el supuesto de fractura, apunta a señalar que las mismas no estarían llamadas a producir efectos por cuenta de su ineficacia.

**PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA -** **Riesgos del contrato - Distribución del riesgo - Ejecución del contrato**

Aun cuando la tipología del contrato de concesión supone, entre otros aspectos, que el concesionario asume la adecuada prestación o funcionamiento de la obra, bien o servicio “por su cuenta y riesgo”, ello no equivale afirmar que por gracia de esa disposición se encuentre compelido a asumir todas las alteraciones que se presenten durante la ejecución del proyecto y que causen un efecto nocivo en su economía. En ese sentido, se advierte que dicho precepto legal necesariamente debe atemperarse al compendio regulatorio en el que se encuentra vertido, en cuyo contenido igualmente se halla inmerso un catálogo de reglas y principios que determinan un margen objetivo y razonable encaminado a impedir, por motivos de equidad y justicia, una distribución absoluta de riesgos en cabeza exclusiva de una sola de las partes del contrato. Muestra de ello son las previsiones concebidas en el artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal, dirigidas a cristalizar el principio de transparencia, de conformidad con las cuales, en el documento precontractual, que posteriormente se integrará el contrato adjudicado, no se exigirán condiciones de imposible cumplimiento y no se inducirán ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, todo lo cual se traduce en la imposibilidad de asignar al particular la carga de asumir cualquier tipo de riesgo sin importar su imprevisibilidad, su naturaleza y dimensión. (…) Tampoco resultaría ajustado a derecho asignar al concesionario la asunción de los riesgos cuya concreción se derive directamente de la voluntad exclusiva de la entidad contratante y que tuvieran la virtualidad de afectar la normal ejecución del contrato. (…) Tal sería el caso de los supuestos de incumplimiento contractual o de la ocurrencia de circunstancias constitutivas de ruptura del equilibrio económico del contrato originadas en la actuación de la Administración contratante como se presentaría en los eventos del ejercicio del ius variandi o del hecho del príncipe. Aceptar lo contrario, llevaría a una vulneración flagrante del artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal, del cual se desprende que en los actos en que se ejerciten la potestad excepcional de modificación unilateral “deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial” (…) se prevé que durante la etapa precontractual debe diseñarse la respectiva matriz de riesgos que habrá de regir la vida del contrato y, en mérito de ello, le asiste a la entidad el deber de elaborar con precisión la identificación, tipificación y asignación de riesgos, deber que en todo corresponde ejercerse con estricta sujeción a los principios y reglas que le sirven de apoyo.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Ruptura - Hecho del príncipe – Configuración**

Tanto la jurisprudencia y la doctrina foráneas y locales han coincidido en sostener que una de las causas de fractura del sinalagma prestacional puede radicar en el hecho del príncipe o “factum principis”, entendido como una actuación o medida general del Estado que impacta de manera refleja el equilibrio económico del contrato, aun cuando no es su finalidad repercutir directamente en el mismo. (…) Algunas posturas han considerado, de forma restrictiva, que su configuración se supedita a que sea de la misma entidad contratante, aunque no actuando en esa condición, de donde emana la decisión generadora del impacto económico, dado que en el evento de provenir de una autoridad diferente se ha concebido que en esa hipótesis se abriría paso a la aplicación de la teoría de la imprevisión. (…) En otros pronunciamientos, de corte más amplio, se ha estimado que se presenta el hecho del príncipe cuando cualquier autoridad del Estado dicta una disposición de carácter general que afecta la economía de un contrato específico, con independencia de que aquella no se identifique o no sea la misma que conforma el extremo contratante.

**CONTRATO DE CONCESIÓN - Ruptura del equilibrio económico - Existente por el hecho del príncipe - Condena por lucro cesante**

En mérito de lo expuesto, la Sala revocará la sentencia apelada, para, en su lugar, declarar que durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 475 de 2007 se presentaron circunstancias generadoras de ruptura de su equilibrio económico por la inoperancia de la pantalla exterior producida durante el término comprendido 28 de septiembre de 2010 al 8 de abril de 2011, mientras se llevaron a cabo las obras de su reubicación y por la inoperancia de las pantallas concesionadas acaecida entre el 14 de julio y el 29 de agosto de 2011, plazo dentro del cual se llevó a cabo el mundial de fútbol Sub-20. Como consecuencia de lo anterior, se condenará en abstracto al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte a pagar a la unión temporal Publiestadios la suma correspondiente al valor de la utilidad dejada de recibir por el concesionario durante los períodos anteriormente delimitados, en la forma señalada en la parte motiva que antecede.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2012-00233-01(52161)**

**Actor: UNIÓN TEMPORAL PUBLIESTADIOS**

**Demandado: INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Temas: EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – En este caso concurren circunstancias constitutivas de ruptura del equilibrio económico del contrato por *ius variandi* y hecho del príncipe / RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del doce (12) de junio de dos mil catorce (2014), dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C – Descongestión, mediante la cual se dispuso:

*“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

*“SEGUNDO: NEGAR las pretensiones solicitadas en la demanda.*

*“TERCERO: DECLARAR probada la objeción por error grave del dictamen pericial presentado por el auxiliar de la justicia Pedro José Vargas Morato, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, una vez en firme esta providencia, el perito deberá restituir los honorarios que les fueron cancelados dentro del término previsto por el artículo 239 del C. de P.C.*

*“(…)”.*

1. **A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

El 13 de febrero de 2012 las sociedades Marketmedios Comunicaciones S.A. y Publik Tecnologías, Información, Comunicaciones y Medio Ambiente S.A.S., en calidad de integrantes de la unión temporal Publiestadios, presentaron demanda, en ejercicio de la acción contractual, contra el Instituto Distrital de Recreación y Deporte, con el fin de que se declarara que la entidad demandada incumplió el Contrato de Concesión No. 475 de 2007, suscrito entre los extremos de la litis, cuyo objeto consistió en suministrar, instalar, mantener, operar y prestar el servicio de pantalla gigante del estadio Nemesio Camacho El Campín.

Como consecuencia, solicitó que se condenara al Instituto Distrital de Recreación y Deporte a pagar a la parte demandante las siguientes sumas de dinero:

* $597’000.000 por concepto de lucro cesante sufrido por la parte demandante, debido a la inoperatividad de la pantalla presentada desde el 28 de septiembre de 2010 hasta el 8 de abril de 2011, período durante el cual el IDRD cambió la pantalla de lugar en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución No. 327 del 23 de julio de 2010, más los respectivos intereses moratorios.
* $141’000.000 por concepto de lucro cesante padecido por la parte actora, con ocasión de la inactividad de la pantalla que se produjo entre el 14 de julio de 2011 al 29 de agosto del mismo año, en razón de la obligación adquirida por el Instituto ante la FIFA, consistente en no presentar publicidad mientras se desarrollaba el campeonato de fútbol Sub-20, más los intereses moratorios causados.

**2. Los hechos**

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

**2.1.** Como resultado de la Licitación Pública No. IDRD-STP-LP-0362006, el 27 de abril de 2007, el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte y la unión temporal Publiestadios celebraron el Contrato No. 475, cuyo objeto consistió en entregar en concesión el suministro, instalación, mantenimiento, operación y prestación del servicio de pantalla gigante del estadio Nemesio Camacho El Campín, ubicada en el sector norte del estadio y su cara posterior, de la pantalla exterior situada en los muros laterales de la torre de ascensores y una pantalla móvil itinerante referencia estectacolor.

**2.2.** Se indicó en la demanda que encontrándose el contrato en etapa de ejecución, mediante escrito del 8 de junio de 2010, el IDRD le indicó a la unión temporal concesionaria que como consecuencia de las obras civiles que debían realizarse en el estadio El Campín, la pantalla externa debía trasladarse a otro lugar y agregó que el Instituto asumiría el lucro cesante que generara su cambio de ubicación, así como los costos derivados del desarme, desmonte, depósito de la pantalla, desconexión, traslado y conexión de la cabina de control de pantallas interna y externa.

**2.3.** En escrito del 14 de julio de 2010, el IDRD reiteró la anterior manifestación y propuso al contratista que se suscribiera un otrosí, con el objeto de modificar el contrato en el sentido de variar la ubicación de la pantalla exterior y agregó que la entidad asumiría el lucro cesante que ello conllevaría.

**2.4.** El 16 de julio de 2010, el contratista le manifestó al IDRD que no aceptaba el traslado de la pantalla ni la modificación contractual propuesta.

**2.5.** El 23 de julio del 2010, el IDRD expidió la Resolución No. 327, por la cual modificó unilateralmente el Contrato de Concesión No. 475, en el sentido de disponer el desmonte de la pantalla y su traslado y montaje en la torre de iluminación del costado sur occidental del estadio El Campín.

En ese mismo acto se consignó que la entidad realizaría por su cuenta y riesgo el desmonte y posterior montaje de la pantalla exterior y que reconocería la utilidad dejada de percibir por el concesionario durante el término de ejecución de esas labores.

**2.6.** La unión temporal interpuso recurso de reposición en contra de la anterior decisión, el cual fue resuelto el 4 de agosto de 2010, a través de Resolución No. 347, en la que se confirmó el acto recurrido en todas sus partes. Como consecuencia, el 28 de septiembre de 2010 la unión temporal entregó la pantalla al IDRD para que la entidad la cambiara de lugar.

**2.7**. Se sostuvo en el escrito introductor que, en desarrollo de las actividades de desmonte y traslado, la pantalla externa sufrió daños que la inhabilitaron para prestar el servicio concesionado, hecho que luego de ser puesto en conocimiento del IDRD y aceptado por esta entidad en acta de reunión del 20 de enero de 2011, posteriormente fue desconocido por el Instituto en escrito del 18 de marzo de 2011.

**2.8.** Entre los meses de octubre de 2010 y marzo de 2011, la unión temporal le envió periódicamente comunicaciones al IDRD, señalándole que el lucro cesante que se venía causando mensualmente, por razón de la modificación del contrato, ascendía a la suma de $90’000.000.

**2.9.** Luego de solicitar al contratista los soportes en que se apoyaba la solicitud de reconocimiento de lucro cesante, el IDRD, mediante comunicación del 16 de agosto de 2011, le informó a la unión temporal Publiestadios que no pagaría lucro cesante alguno, dado que no había sido demostrada su causación y, por tanto, no existía obligación de indemnizarlo. En sentir del libelista, dicha respuesta contrarió lo consignado en la Resolución de modificación unilateral del contrato expedida por el Instituto, en cuyo contenido se había obligado a su reconocimiento.

**2.10.** De otro lado, el 8 de abril de 2011, el IDRD le solicitó al concesionario la entrega de todas las pantallas para el período comprendido entre el 14 de julio y el 29 de agosto de 2011, por cuanto la administración distrital había adquirido con la FIFA un compromiso, consistente en no presentar publicidad mientras se desarrollaba el campeonato de fútbol Sub-20.

**2.11.** La parte actora afirmó que a la fecha de presentación de la demandala unión temporal aun no había sido compensada por el lucro cesante derivado de: i) la inoperatividad de la pantalla desde el 28 de septiembre de 2010 hasta el 8 de abril de 2011, período en el que se realizaron las actividades de reubicación de dicho objeto, de conformidad con la Resolución 327 del 23 de julio de 2010 y, ii) la inoperatividad de la pantalla desde el 14 de julio hasta el 29 de agosto de 2011, interregno en el que dicho aparato fue entregado al IDRD para honrar la obligación adquirida por las autoridades distritales con la FIFA.

**3. Fundamentos de derecho**

La parte demandante centró el sustento jurídico de sus pretensiones en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, así como en el contenido obligacional insertado en el Contrato de Concesión No. 475 de 2007 y en las consideraciones de las Resoluciones Nos. 327 del 13 de julio de 2010 y 347 del 4 de agosto de 2010.

Como apoyo argumentativo de su reclamación, adujo que la entidad demandada incurrió en grave incumplimiento contractual de lo dispuesto en la Resolución No. 327 de 2010, por cuya virtud el IDRD modificó unilateralmente el contrato con el fin de realizar por su cuenta y riesgo el desmonte y posterior montaje de la pantalla.

Explicó que a pesar del reconocimiento expreso y vinculante consignado en esos documentos por parte de la Administración, con sujeción al cual se comprometía a reconocer los perjuicios generados por su decisión unilateral, posteriormente el IDRD se negó a pagar el lucro cesante ocasionado a la unión temporal demandante como consecuencia del traslado de la pantalla y, además, por la suspensión de la publicidad que se produjo a causa del mundial de fútbol Sub-20.

Señaló que carecía de veracidad el dicho de la entidad, de conformidad con el cual la unión temporal no había demostrado el lucro cesante sufrido y solicitado a instancia administrativa. Sostuvo que, por el contario, su causación quedó comprobada a partir de los soportes de los estados financieros que reflejaban el promedio de ingresos obtenidos por la operación de la pantalla.

En adición, aseguró que el IDRD no solo incumplió los términos pactados en el contrato de concesión, sino que incurrió en mora de su reconocimiento, cuestión que imponía la procedencia de los intereses moratorios deprecados. A la par con lo anotado, afirmó que con su conducta la administración distrital desconoció el carácter vinculante de sus propios actos y se apartó del principio de la confianza legítima generada por su decisión administrativa.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 15 de marzo de 2012, admitió la demanda y ordenó notificar de la misma a la demandada.

**4.2.** Por auto del 14 de mayo de 2013, la primera instancia abrió el debate probatorio.

**5. Contestación de la demanda – Instituto Distrital de Recreación y Deporte IDRD**

Mediante escrito allegado dentro del término legal, el Instituto de Recreación y Deporte ejerció su derecho de contradicción.

En primer término, se opuso a las pretensiones, tras argumentar que la entidad cumplió todas las obligaciones que se desprendían del Contrato de Concesión No. 475 de 2007 y que su actuación se sujetó al principio de buena fe y a todos aquellos que regían la Administración Pública.

En su defensa señaló que su decisión se amparó en la potestad de modificación unilateral del contrato regulada por la Ley 80 de 1993 y agregó que, según los análisis del Área de Apoyo a la Contratación del IDRD, fue posible determinar que dentro del período objeto de reclamación no se presentó pérdida alguna, ni afectación al equilibrio financiero del contrato.

Advirtió que la operación de la pantalla durante el certamen deportivo Sub-20 fue adelantada por la unión temporal, de tal suerte que no era posible afirmar que el manejo salió de su control.

Adujo que no existía razón válida para alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato y tampoco un incumplimiento del mismo.

Frente a los hechos de la demanda, indicó que el IDRD no actuó de manera arbitraria o caprichosa; por el contrario, solicitó a la contratista que a través de un otrosí se modificara el contrato de mutuo acuerdo y, al no lograr un consenso en ese sentido, se vio en la necesidad de acudir a la potestad excepcional de modificación unilateral del contrato que se materializó en la Resolución No. 327 del 23 de julio de 2010.

Agregó que la motivación de su expedición obedeció a la intención de garantizar el bienestar y el interés público en el marco del mundial Sub-20 celebrado en agosto de 2011.

También sostuvo que la unión temporal entregó la pantalla al IDRD para proceder al cambio de lugar.

Igualmente, señaló que para atender las solicitudes de reconocimiento del lucro cesante elevadas por el contratista, el Instituto en varias oportunidades le pidió que adjuntara copia de los contratos que se estaban ejecutando por el servicio de la pantalla, los estados financieros y la declaración de renta. En esa misma dirección anotó que, no obstante lo anterior, la unión temporal no brindó certeza al Instituto acerca del monto que efectivamente dejó de percibir por cuenta de los hechos narrados.

Sobre este punto destacó que, debido al carácter de recursos públicos, al Instituto le asistía el deber de obrar con extrema diligencia a la hora de reconocer las sumas deprecadas y, en tal virtud, debió solicitar todos los documentos que soportaran su causación.

De otro lado, afirmó que aun cuando era cierto que por compromiso adquirido con la FIFA, el IDRD había solicitado la entrega temporal de las pantallas instaladas en el estadio El Campín entre el 14 de julio hasta el 29 de agosto de 2011, lo cierto era que la pantallas siguieron siendo manejadas por los integrantes de la unión temporal concesionaria.

Anotó que si bien se realizó un informe en el que se concluyó acerca de la probabilidad de falla de la pantalla y de la reducción de su vida útil, no existía prueba acreditativa de los supuestos daños sufridos durante su traslado de lugar.

Así mismo, manifestó que en la actualidad la pantalla se encontraba funcionando en perfectas condiciones y que seguía siendo operada por la unión temporal demandante.

Puso de presente que el IDRD requirió al concesionario para que recibiera la pantalla externa, en razón a que se encontraba en perfecto estado y lista para seguir prestando su función y, sin embargo, el contratista no acudió a su recibo sino hasta el 8 de abril de 2011, a pesar de estar a su disposición desde diciembre de 2010. Igualmente, refutó el hecho de que hubiera existido aceptación por parte de la entidad sobre los daños supuestamente sufridos por la pantalla y cuya ocurrencia se le atribuía al IDRD.

Como razones de oposición expresó que, de conformidad con el texto contractual, el concesionario no podría reclamar el desequilibrio económico por cuanto a este se trasladaron todos los riesgos inherentes a la ejecución del proyecto.

Precisó que a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación el contratista afectado por el advenimiento de circunstancias ajenas tenía derecho a ser restablecido en su interés económico, siempre y cuando estuviera demostrado el grado de alteración. En esa misma línea, aseveró que no siempre el ejercicio de una potestad excepcional generaba el desequilibrio económico del concesionario.

Alegó igualmente que con arreglo a lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007, la entidad no se encontraba en la obligación de garantizar al contratista la obtención de utilidades.

Añadió que el IDRD no pretendía desconocer el deber de responder por los hipotéticos inconvenientes o desajustes que el traslado de la pantalla hubiera podido ocasionar. Cuestión distinta era que no procedía su reconocimiento en tanto no se encontraban demostrados. Según el instituto, los inconvenientes presentados en la pantalla por el cambio de lugar fueron menores y resueltos en la marcha sin mayores contratiempos.

A lo largo de su oposición realizó un recuento normativo y jurisprudencial sobre la figura del equilibrio económico del contrato y acerca del ejercicio de las potestades excepcionales.

En adición formuló los siguientes medios exceptivos:

Debida aplicación de la Ley 80 de 1993

Manifestó que el IDRD no incurrió en falla del servicio por indebida aplicación de las normas consagradas en el Estatuto de Contratación Estatal. Insistió en que la parte demandante no acreditó ante la instancia administrativa la causación de los perjuicios presuntamente derivados del ejercicio de la potestad excepcional.

Inexistencia de Responsabilidad Civil Contractual del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte

Adujo que no se había demostrado el desequilibrio económico del contrato de concesión, dado que no existían pruebas acreditativas de los perjuicios reclamados. Argumentó que, además, en el caso no se configuraban las causales que daban origen a la fractura de la ecuación financiera del negocio jurídico y tampoco de su incumplimiento.

Debida motivación de la gestión contractual adelantada dentro de la ejecución del Contrato de Concesión 475 de 2007

Explicó que la modificación del contrato atendió a los lineamientos trazados por la Ley 80 de 1993 y a los principios de la gestión administrativa.

Falta de causa para demandar e inexistencia de la obligación

Reiteró que a pesar de que el IDRD solicitó al contratista en varias oportunidades que allegara los soportes en que fundamentaba su reclamación de lucro cesante, en momento alguno la unión temporal satisfizo la carga de su comprobación. En ese sentido aseveró que su reconocimiento hubiera constituido un enriquecimiento injustificado del particular y un empobrecimiento del Estado.

Buena fe del demandado

Concluyó expresando que el Instituto actuó de buena fe y bajo el amparo de las disposiciones legales aplicables.

**6. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones:

En primer lugar, partió de examinar los presupuestos procesales, aspecto en relación con el cual consideró que el término de caducidad de la acción contractual debía contarse desde el momento en que la resolución por medio de la cual se modificó unilateralmente el contrato cobró ejecutoria, hecho que aconteció el 30 de junio de 2010. Así pues, señaló que al haberse presentado la demanda el 13 de febrero de 2012 resultaba propio concluir que su ejercicio fue oportuno. Adicionalmente, puso de presente que ambos extremos del litigio se encontraban legitimados en la causa, con sustento en su condición de contratante y contratista del negocio jurídico presuntamente incumplido.

Seguidamente realizó un recuento de los hechos acreditados a la luz de las pruebas arrimadas al plenario y advirtió que el régimen jurídico que informó el Contrato de Concesión No. 475 de 2007 estuvo integrado por las normas de la Ley 80 de 1993, de la Ley 1150 de 2007 y del Decreto 2474 de 2008.

Luego se pronunció, en términos generales, frente a la tipología contractual de concesión, al procedimiento de selección de licitación pública, al pliego de condiciones, a la potestad de modificación unilateral del contrato, al principio del equilibrio económico, a la ecuación financiera del contrato, a la teoría de la imprevisión, hecho del príncipe e incumplimiento del contrato estatal.

Al adentrarse en el análisis de fondo, el *a quo* estimó que la gestión de la entidad realizada previamente al desmonte y traslado de la pantalla por razón de las obras que se requerían ejecutar en la tribuna fue ajustada, en cuanto tuvo en consideración a la unión temporal contratista para que realizara el cambio de lugar del aparato, no obstante que no se logró un acuerdo con ese propósito.

En esa dirección reflexionó acerca de la necesidad de que la Administración optara por ejercer la facultad excepcional de modificación unilateral del contrato, situación que, en criterio del *a quo,* inclinaba la balanza para que fuera el Instituto el que desplegara directamente las obras de desmonte de la pantalla.

Recalcó que el interés lucrativo perseguido por el concesionario debía guardar concordancia con el principio de colaboración que se demandaba del contratista hacia la Administración, en aras de garantizar la satisfacción del interés público.

Agregó que la única obligación que surgía frente a la entidad pública cuando quiera que se presentara una causal de desequilibrio económico del contrato consistía en restablecerlo hasta un punto de no pérdida y no a garantizar la obtención de utilidades.

Señaló que una vez terminadas las obras civiles, el IDRD puso a disposición del concesionario la pantalla, pese a lo cual la unión temporal no acudió a su recibo.

Destacó que el incumplimiento atribuido en la demanda al Instituto no le resultaba imputable, pues las demoras en el recibo de la pantalla se atribuyeron a las constantes quejas y reclamos elevados por el concesionario en torno a los daños sufridos en la pantalla como consecuencia de su traslado.

En cuanto al desarrollo del certamen de fútbol Sub-20 en medio de la ejecución del Contrato de Concesión No. 475 y al compromiso adquirido con la FIFA relativo a no autorizar a terceros la participación en ninguna actividad promocional, el Tribunal advirtió que dicha situación se adecuaba a los límites previstos en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

De otro lado, la primera instancia hizo énfasis en el deficiente acervo probatorio recaudado para demostrar los perjuicios reclamados. En este punto, esgrimió que no obstante existir extractos bancarios y facturas sin el lleno de los requisitos, con ello no se logró demostrar el lucro cesante deprecado.

Igualmente, se pronunció en relación con la objeción por error grave al dictamen. Al desatarla, afirmó que el auxiliar de la justicia no se limitó a contestar el formulario elaborado por el petente de la prueba, en el sentido de explicar las razones técnicas de sus respuestas, sino que su concepto versó sobre apreciaciones que no guardaban coincidencia con el objeto de su práctica.

Expresó dudas respecto de las conclusiones arrojadas por el dictamen, en lo referente al lucro cesante, por cuanto su cálculo no se fundó en criterios objetivos basados en una apreciación prospectiva verosímil.

Con sustento en lo expuesto, consideró que el dictamen adolecía de un error manifiesto, evidente y ostensible que daba lugar a declarar probada la objeción formulada.

**7. El recurso de apelación**

La parte actora, a través de su apoderado, presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Como premisa general, la parte recurrente señaló que el fallo resultaba incongruente en atención a que no resolvió la controversia planteada, ni analizó los hechos y argumentos de la demanda. Alegó que la sentencia era confusa y apoyada en consideraciones inconducentes que no guardaban coincidencia con el objeto de la demanda.

Al inicio de su argumentación se refirió a las normas procesales que regulaban el principio de congruencia, así como a las diferentes tesis doctrinarias y posturas jurisprudenciales que se han ocupado de la materia, al cabo de lo cual concluyó que el Tribunal de primera instancia decidió con base en una causa distinta a la invocada en la demanda.

Siguiendo el orden trazado, explicó que el objeto del presente litigio recaía en la declaratoria de incumplimiento contractual y en la consecuencial condena por los perjuicios causados al demandante. A su turno, precisó que la causa petendi versaba sobre la negativa del IDRD a reconocer al concesionario los perjuicios derivados del acto unilateral de modificación del contrato, a pesar de que su contenido así lo había dispuesto y a cuyo pago se encontraba obligado contractualmente.

Manifestó que, contrario a lo sostenido por el *a quo,* en el presente asunto no se reclamó el restablecimiento de un supuesto desequilibrio del contrato, por manera que no se perseguía el mantenimiento de las condiciones iniciales, sino una verdadera indemnización de perjuicios como consecuencia de un incumplimiento contractual.

En ese orden, la unión temporal circunscribió el objeto de su demanda al hecho de que el IDRD incumplió su obligación contractual de reconocer el lucro cesante sufrido durante el desmonte, traslado y reinstalación de la pantalla y durante el tiempo en que la pantalla estuvo en manos del IDRD para atender unos compromisos adquiridos con la FIFA.

Agregó que este incumplimiento ocasionó perjuicios al demandante que se materializaron en el monto equivalente que hubiera recibido en caso de que la entidad hubiera atendido las obligaciones del contrato, además de los intereses moratorios correspondientes.

En lo sucesivo, el recurrente aludió a varios pronunciamientos jurisprudenciales que han resuelto asuntos de responsabilidad contractual y, a partir de su contenido, advirtió que para la decisión del caso debió partirse de indagar acerca de la configuración de los elementos que la integraban, examen que se concretaba en determinar si el IDRD estaba obligado contractualmente a reconocer el lucro cesante sufrido por la unión temporal, como producto de la inoperancia de la pantalla y, en caso de ser así, si había incumplido dicha carga prestacional.

Con base en lo expuesto, refutó punto a punto las consideraciones esbozadas en el fallo de primera instancia e insistió en la ausencia de consonancia con la causa petendi expuesta en la demanda.

En relación con la configuración de los elementos de la responsabilidad contractual en el sub examine, el demandante indicó que al tenor del clausulado contractual, los actos administrativos dictados por el Instituto, en calidad de contratante, formaban parte del mismo y, por tanto, las obligaciones que allí se consignaron eran de naturaleza contractual.

Atendiendo a esa óptica, el apelante afirmó que al haber insertado en el acto de modificación unilateral del contrato la obligación de reconocer el lucro cesante al concesionario por la inoperancia de la pantalla, su posterior inobservancia constituyó un incumplimiento del acuerdo de voluntades.

Añadió que la unión temporal Publiestadios satisfizo la carga de demostrar el lucro cesante dejado de percibir. Con ese fin estuvo dispuesta entregar los documentos contables que reposaban en su poder y que tuvieran relación con ese aspecto y ofreció la posibilidad al IDRD de revisar sus libros de comercio. Sin embargo, el IDRD no acató su correlativa obligación de reconocerlo y pagarlo.

Sobre el particular, reiteró que la pantalla estuvo inoperante y en poder del IDRD desde el 28 de septiembre de 2010 y hasta el 8 de abril de 2011, fecha a partir de la cual el concesionario asumió nuevamente su explotación. Respecto de esta cuestión, el apelante adujo que la razón por la cual la pantalla no fue devuelta con anterioridad a esa fecha obedeció a que las obras de desmonte, traslado y reinstalación causaron serios daños a la misma y su reparación debió asumirla la contratante.

A lo esgrimido sumó que el IDRD solicitó la entrega de la pantalla entre el 14 de julio y el 29 de agosto de 2011, en razón de las obligaciones contraídas por dicho Instituto con la FIFA que estribaron en no presentar publicidad durante el mundial de fútbol Sub-20.

De ahí coligió que la inoperancia de la pantalla que tuvo lugar durante ese interregno se presentó por causas imputables únicamente al IDRD y, con sustento en ello, afirmó que también por esa circunstancia el demandante debía recibir una compensación económica, consistente en el reconocimiento de perjuicios en la modalidad de lucro cesante.

En lo atinente a la cuantía del perjuicio sufrido por el demandante, advirtió que, de conformidad con el dictamen rendido en el curso de la actuación, se había acreditado que el monto del lucro cesante actualizado ascendió a $820’099.470, pero, pese a lo anterior, el *a quo* de manera injustificada decidió desestimar íntegramente el peritazgo. En sentir del libelista, aunque la prueba contuvo algunas consideraciones aisladas que cuantificaban otros rubros distintos, tal circunstancia no la invalidaba en lo referente al lucro cesante que allí efectivamente se calculó.

Bajo las condiciones anotadas, el recurrente sugirió que se acogiera el dictamen en lo relativo a las sumas obtenidas por concepto de lucro cesante o, en su lugar, se profiriera una condena en abstracto para establecer el monto del perjuicio padecido. Finalmente, adujo que el retardo en el cumplimiento de estas obligaciones facultaba a la parte demandante para solicitar el reconocimiento de los intereses moratorios a una tasa equivalente al 1.5 del interés bancario corriente.

**8. Actuación en segunda instancia**

**8.1.** Mediante providencia del 23 de septiembre de 2014, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

**8.2.** Por medio de providencia del 30 de octubre de 2014, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado, la parte actora presentó su escrito de alegaciones, en el cual, en esencia, reiteró los argumentos en que soportaron la causa.

Por su parte, la entidad demandada allegó escrito en el cual al descorrer el traslado concedido manifestó, entre varias consideraciones, que la sentencia impugnada merecía ser confirmada, por cuanto, según su parecer, no existía en el plenario evidencia probatoria indicativa del incumplimiento contractual atribuido al Instituto y tampoco del perjuicio padecido como resultado del mismo.

También señaló que la responsabilidad contractual solo procedía cuando se presentaba una fractura del equilibrio económico del contrato y añadió que en el asunto no había concurrido ninguna de las causas generadoras de dicha ruptura.

El Ministerio Público guardó silencio.

1. **C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo; **2)** presupuestos procesales: **2.1)** procedencia y oportunidad de la acción, **2.2)** legitimación en la causa; **3)** precisiones en torno a los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual, causas y consecuencias; **4)** hechos probados; **5)** análisis de la apelación: **5.1)** de la naturaleza del compromiso insertado por la entidad en el acto que modificó unilateralmente el Contrato No. 475; **5.2)** del desconocimiento del compromiso adquirido en ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral del contrato – *ius variandi*; **5.3)** ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 475 de 2007 por el hecho del príncipe: **5.3.1)** imposibilidad para el concesionario de explotar las pantallas objeto del contrato de concesión durante el certamen del fútbol Sub-20, debido a una obligación adquirida por las autoridades distritales con la FIFA, relativa a no presentar algún tipo de publicidad promocional durante el evento deportivo; **6)** lo que se debe al concesionario unión temporal Publiestadios: y **7)** costas.

**1.- Competencia del Consejo de Estado**

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75[[1]](#footnote-1) de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por su parte, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, normas vigentes para la época de presentación de la demanda, consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes al presunto incumplimiento y/o ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 475 de 2007, celebrado entre el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte y la Unión temporal Publiestadios.

Así las cosas, se precisa que la entidad contratante, Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte[[2]](#footnote-2), de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del numeral primero del artículo 2º de la Ley 80 de 1993*[[3]](#footnote-3)*, es un establecimiento público y, por tanto, tiene el carácter de entidad estatal.

Hechas las anteriores precisiones, se concluye que es esta Jurisdicción la competente para conocer de la presente controversia.

También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de $597’000.000, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($283’350.000)[[4]](#footnote-4), exigida en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

**2. Presupuestos procesales**

**2.1.- Procedencia y oportunidad de la acción**

El presente debate gira alrededor del presunto incumplimiento y/o ruptura del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 475 de 2007, celebrado entre el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte y la Unión temporal Publiestadios, aspecto que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponde ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

Ahora bien, en orden a determinar la oportunidad de su interposición, la Sala precisa que, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cómputo del término de caducidad de la acción contractual seguía las siguientes reglas:

*“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

*“En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:*

*“c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta; (…)”.*

En consonancia con lo anterior, resulta pertinente destacar que el Contrato de Concesión objeto de análisis, celebrado el 27 de abril de 2007, por un plazo de 10 años, aún se encuentra en etapa de ejecución.

En línea con lo anotado, se resalta que los hechos materia de censura que dieron lugar a la presente reclamación tuvieron ocurrencia, por un lado, entre el 28 de septiembre de 2010 y el 8 de abril de 2011, lapso en que se suspendió la operación y explotación de la pantalla exterior objeto del contrato, debido a las obras de reubicación de la misma y, por otro, entre el 14 de julio y el 29 de agosto de 2011, período en que cesó la operación de las pantallas por parte del concesionario, porque debió entregarlas a la entidad contratante mientras se desarrollaba el mundial de fútbol Sub-20 en la ciudad de Bogotá.

Así pues, atendiendo a la regla general de caducidad de la acción contractual que orienta a que su cómputo inicial se asiente al día siguiente de ocurridos los motivos de hecho y de derecho que le sirven de fundamento, ha de concluirse entonces que al haberse interpuesto la demanda el 13 de febrero de 2012, el ejercicio de la acción fue oportuno ya que para ese entonces no habían transcurrido los dos años contados, incluso, desde el inicio del primero de los períodos señalados.

**2.2 Legitimación en la causa**

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa a las sociedades Marketmedios Comunicaciones S.A. y Publik Tecnologías, Información y Comunicaciones y Medio Ambiente S.A.S. para integrar el extremo demandante, en su condición de miembros de la unión temporal Publiestadios que fungió como contratista dentro del negocio jurídico No. 475, en cuyo desarrollo se produjo el presunto incumplimiento y/o supuesta ruptura del equilibrio económico en que se erige el conflicto.

Igualmente, halla la Sala legitimado en la causa por pasiva al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, dada su condición de entidad contratante del negocio jurídico presuntamente incumplido y/o alterado por la ruptura de su equilibrio económico.

**3.- Precisiones en torno a los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual. Causas y consecuencias**

Advierte la Sala que tanto en la demanda como en el recurso formulado en contra de la sentencia de primera instancia, la parte actora fue categórica en atribuir la ocurrencia de los perjuicios deprecados, derivados de la inoperatividad, por dos períodos, de las pantallas objeto de concesión, al incumplimiento contractual en que presuntamente incurrió la entidad estatal contratante, incumplimiento que, según la actora, se concretó, por un lado, en la inobservancia del compromiso relativo al reconocimiento del lucro cesante contraído por la IDRD en el acto mediante el cual modificó unilateralmente el contrato, y de otro, en el hecho de que le impidió su explotación durante un certamen deportivo por cuenta de un convenio realizado por el Instituto con la Federación Internacional de Fútbol.

Con todo, no puede pasarse por alto el hecho de que los argumentos de la defensa y las consideraciones del fallo impugnado se edificaron sobre la base de la ausencia de ruptura del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 475 de 2007.

Teniendo en cuenta el escenario argumentativo en que se cimentaron la causa petendi, la contradicción y la sentencia impugnada, la Sala advierte la necesidad de realizar algunas puntualizaciones sobre el particular, con el fin de determinar el tratamiento jurídico que debe dispensarse para resolver el caso concreto.

En distintas oportunidades esta Sala se ha ocupado de delimitar el alcance y el contenido de las figuras del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual, con el inequívoco propósito de precisar que, pese al tratamiento similar que se les ha brindado por diferentes sectores de la academia, la doctrina y la jurisprudencia, lo segundo no constituye una causa de lo primero.

En efecto, no han sido pocos los pronunciamientos de esta Subsección en los cuales se ha enfatizado que la conservación del sinalagma prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma.

En ese sentido, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes, cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “*Hecho del Príncipe*” o “*Ius variandi”,* dependiendo de la entidad de donde emanen, pero que no se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante.

Ahora bien, este acontecimiento dará lugar a que la parte afectada solicite a su co-contratante la adopción de los mecanismos de ajuste y revisión de precios, así como la implementación de los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución del contrato.

Contrario seunsu, el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.

Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico.

Así mismo, tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación estatal y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral[[5]](#footnote-5).

Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contratantes que, de manera injustificada, se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulados. Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y, desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligación, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados.

Siguiendo con el estudio del tema, se recuerda que esta Subsección se ha ocupado de puntualizar las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que de uno y otro caso se desprenden*[[6]](#footnote-6).*

Ahora bien, aunque las figuras analizadas obedecen a causas diferentes y tienen consecuencias distintas, la jurisprudencia de esta Subsección ha reconocido que en algunas oportunidades las decisiones judiciales han adoptado posturas que permiten identificar impropiamente el incumplimiento contractual como causa de la ruptura económica del contrato:

*“Realizadas las anteriores precisiones conceptuales en torno a la figura del restablecimiento del equilibrio económico, conviene agregar que el tratamiento jurisprudencial en torno al tema de incumplimiento contractual, como causal generadora de la ruptura del equilibrio económico del negocio jurídico, ha sido pendular en cuanto en veces se han adoptado posturas que permiten que su ubicación se radique en el terreno de la responsabilidad contractual[[7]](#footnote-7) aceptando así la inobservancia del contenido obligacional de uno de los extremos contratantes como causa eficiente de dicho quebranto, mientras que en otras tantas se ha hecho y mantenido la distinción para efectos de identificar el equilibrio económico y su ruptura como un fenómeno ajeno por completo a las nociones de incumplimiento y/o de responsabilidad contractual[[8]](#footnote-8).*

*“(…).*

*“Para la Sala, en estricto rigor, aun cuando las normas vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una de las génesis del desbalance de la ecuación contractual, imperativo resulta puntualizar, una vez más, que el instituto del equilibrio económico en materia de contratación estatal tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo”[[9]](#footnote-9).*

De cualquier modo, en atención al principio constitucional que impone la prevalencia de lo sustancial sobre la forma, corresponderá al Juez de la causa determinar en cada caso concreto desde cuál óptica debe emprenderse el respectivo análisis.

Descendido lo anterior al caso concreto, la Sala evidencia que el supuesto fáctico reclamación y la causa del daño alegado se centra en la conducta de la entidad estatal materializada en:

1. El desconocimiento de su propio acto contractual, expedido en etapa de ejecución, en virtud el cual como consecuencia de la modificación unilateral del contrato, consistente en la reubicación de la pantalla exterior, se obligó a si misma a reconocer el lucro cesante que de esa situación podría derivarse y, no obstante ello, posteriormente se negó a su pago aduciendo que no se había presentado una alteración al equilibrio económico.
2. Que privó al concesionario de la explotación de las pantallas objeto del contrato de concesión durante el certamen del futbol Sub-20, por cuenta de una obligación adquirida por la entidad contratante con la FIFA que estribó en no presentar algún tipo de publicidad promocional durante el evento deportivo.

Ante el panorama expuesto, la Sala considera que ambos supuestos conciernen examinarse a la luz del instituto del equilibrio económico del contrato por las razones que se expondrán en acápites subsiguientes.

En orden a descender las explicaciones que anteceden al caso concreto, la Sala iniciará por referirse a los hechos que, de manera genérica, han sido materia de demostración y que interesan al caso concreto, para luego circunscribirse al análisis específico de los cargos en que se fundamentó la apelación.

**4.- Hechos probados**:

-. Mediante Resolución No. 774 del 29 de diciembre de 2006, el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte dio apertura a la Licitación Pública No. IDRD-STP-LP-036-2006, con el objeto de entregar en concesión el suministro, instalación, mantenimiento, operación y prestación del servicio de la pantalla gigante del estadio Nemesio Camacho El Campín.

Según el pliego de condiciones base de la Licitación Pública No. IDRD-STP-LP-036-2006, las características técnicas de los elementos objeto de la concesión destinados para la operación y prestación del servicio de pantalla gigante en el Estadio el Campín fueron las siguientes[[10]](#footnote-10):

*“7.2. TABLERO INTERIOR.*

*“Denominado así por tratarse del tablero que exhibirá la información que podrán ver las personas que se encuentren en el interior del escenario deportivo; y es el espacio total que el IDRD ha destinado para la explotación comercial a través de anuncios publicitarios por parte del contratista, y en donde deberá estar ubicada la Pantalla electrónica. Debe tener en cuenta, que el IDRD ha considerado en sus estudios previos dejar a criterio del futuro contratista el aprovechamiento de la cara posterior del tablero interior.*

*“(…)*

*“7.2.1. Dimensiones*

*“El tablero interior cuenta con un largo total de 18.5 metros y una altura máxima de 8 metros, de los cuales al menos 9.5 metros de su longitud y 5.5 metros de su altura deben estar ocupados por la Pantalla Electrónica. El área restante será distribuida para exhibir publicidad fija y/o electrónica, la hora, el tiempo de juego y un indicador o marcador de juego (…).*

*“7.2.2. características técnicas:*

*“-. El tablero interior deberá estar soportado por la estructura requerida, de acuerdo con los estudios y diseños estructurales adelantados por el concesionario para tal fin.*

*“-. Consta de una electrónica, y dos áreas adicionales para publicidad electrónica y/o fija y una última para indicador electrónico del marcador y tiempo de juego.*

*“(…).*

*“7.3. TABLERO EXTERIOR.*

*“Denominado así por tratarse del tablero que exhibirá la información que podrán ver las personas que se encuentren en las afueras del escenario deportivo, en especial por quienes circulan por la CARRERA 30; y es el lugar que el IDRD ha destinado para la explotación comercial a través de anuncios publicitarios por parte del contratista, y en donde podrá estar ubicada una segunda pantalla electrónica.*

*“(…).*

*“7.3.2. Ubicación.*

*“El tablero exterior estará ubicado, eventualmente, en el muro posterior de los ascensores (utilizando solo el costado occidental apoyada en el muro de la cara posterior de los ascensores, con exclusión de los muros laterales), de acuerdo con los estudios y diseños estructurales previos adelantados por el contratista con personal idóneo para tal fin”.*

Esta última previsión fue modificada mediante Adendo No. 01 del pliego de condiciones, al siguiente tenor:

*“7.3.2. Ubicación.*

*“El tablero exterior estará ubicado, eventualmente, en la parte posterior de la torre de ascensores (utilizando únicamente uno cualquiera de los muros de la cara posterior de la torre de ascensores); de acuerdo con los estudios y diseños estructurales previos adelantados por el contratista con personal idóneo para tal fin”.*

Mediante Resolución No. 176 del 20 de abril de 2007, el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte adjudicó la Licitación Pública No. IDRD-STP-LP-036-2006 a la Unión Temporal Publiestadios[[11]](#footnote-11).

Como resultado de lo anterior, el 27 de abril de 2007, el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte y la unión temporal Publiestadios celebraron el Contrato de Concesión No. 475 de 2007, cuyo objeto, de conformidad con la cláusula segunda, radicó en entregar en concesión al concesionario el suministro, instalación, mantenimiento, operación y prestación del servicio de la pantalla gigante del estadio Nemesio Camacho el Campín ubicada en el sector norte del estadio y su cara posterior de la pantalla exterior ubicada sobre alguno de los muros laterales que componen la estructura de la torre de los ascensores y una pantalla móvil o itinerante referencia estectacolor[[12]](#footnote-12).

El plazo del contrato se pactó en diez años y cuatro meses, período respecto del cual los cuatro primeros meses se destinarían para una etapa de suministro e instalación de la pantalla exterior e interior a cargo del concesionario y los diez años siguientes se dedicarían a la operación, mantenimiento y prestación del servicio de la pantalla.

El valor estimado del contrato para efectos fiscales se convino en cuantía de $3.000’000.000. En la cláusula sexta del contrato se acordó la contraprestación y forma de pago en los siguientes términos:

*“El concesionario pagará como contraprestación al IDRD, una vez vencida la etapa de estudios técnicos, diseños, suministro e instalación los siguientes valores: a) $11’100.000 (once millones cien mil pesos) Moneda Legal mensuales cancelados en efectivo o cheque de gerencia dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes en la tesorería general del IDRD, los cuales serán reajustados anualmente de acuerdo con el IPC. b) El equivalente a $9’400.000 (nueve millones cuatrocientos mil pesos) Moneda Legal en especie y representados en el uso de una pantalla portátil o itinerante referencia Publik Espectacolor, la cual será dispuesta para los eventos recreodeportivos desarrollados por la entidad de acuerdo a la programación acordada con el supervisor del contrato en cuanto a las fechas y horarios, para lo cual el supervisor deberá comunicar con por lo menos cinco (5) días de anticipación la programación adoptada al concesionario. Los $9’400.000 (nueve millones cuatrocientos mil pesos) son la base para el cálculo en la determinación de los segundos mensuales a que tendría derecho el IDRD, los cuales se emitirán con base en utilizar 15,5 minutos por transmisión, previa evaluación del costo por segundo de transmisión de este tipo de pantallas en el mercado. Los segundos no utilizados de los 15.5 por minuto a los que el IDRD tiene derecho para información institucional, podrán ser acumulables mes a mes, dicho valor será reajustado anualmente de acuerdo con el IPC”.*

En la cláusula décima tercera del texto contractual se introdujo la potestad de modificación unilateral del contrato que rezó así:

*“Si durante la ejecución del presente contrato y para evitar la paralización o afectación grave del servicio, fuere necesario introducir variaciones en el mismo, EL IDRD, convocará al CONCESIONARIO y le expondrá su criterio sobre las modificaciones requeridas de acuerdo con lo señalado en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993”.*

Finalmente, en el numeral décimo sexto se pactó la cláusula de reversión de conformidad con la cual “*el concesionario deberá en los términos del numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, una vez vencido el plazo de la concesión (operación y explotación publicitaria de las pantallas suministradas e instaladas), entregar al IDRD las pantallas interior y exterior del Estadio, actualizadas y en perfecto estado de funcionamiento con todos los elementos necesarios para continuar su ejecución*”.

-. A los tres años de haberse celebrado el Contrato de Concesión No. 475, el IDRD expidió la Resolución No. 327 del 23 de julio de 2010, a través de la cual modificó unilateralmente el negocio jurídico y en virtud de ello dispuso que por su cuenta y riesgo se ejecutarían las actividades de desmonte, traslado y montaje de la pantalla exterior, habida consideración de que su reubicación era indispensable para poder realizar las obras civiles de adecuación del estadio El Campín, necesarias para atender el próximo mundial de fútbol Sub-20.

-. Inconforme con la anterior decisión, la unión temporal interpuso recurso de reposición en su contra, el que fue resuelto a través de la Resolución No. 347 del 4 de agosto de 2010, mediante la cual se confirmó el acto recurrido[[13]](#footnote-13).

-. Las actividades de desmonte, traslado y reubicación de la pantalla exterior llevadas a cabo por la entidad contratante se ejecutaron entre el 28 de septiembre de 2010 y el 8 de abril de 2011, fecha en que el artefacto electrónico fue entregado nuevamente al concesionario para que continuara con la explotación publicitaria de dicho elemento.

-. A través de oficio del 7 de abril de 2011 el Instituto le informó a la unión temporal Publiestadios que dentro del marco de los acuerdos de país y ciudad suscritos con la FIFA existía el compromiso de no autorizar a terceros para participar en ninguna actividad promocional comercial o de publicidad de cualquier naturaleza dentro ni alrededor del estadio.

Como consecuencia, la entidad solicitó al concesionario que le entregara la operación de las pantallas mientras se desarrollaba el aludido campeonato de fútbol y así procedió el contratista.

**5-. Análisis de la apelación**

Se recuerda que el primer cargo de censura reside en que la entidad demandada desconoció su propio acto expedido en la etapa de ejecución, en virtud del cual, como consecuencia de la modificación unilateral del contrato, consistente en la reubicación de la pantalla exterior, el Instituto se obligó a reconocer el lucro cesante que de esa situación podría derivarse en perjuicio del contratista y, posteriormente, se negó a realizar su pago aduciendo que no se había presentado una alteración al equilibrio económico.

En relación con el primer supuesto en que descansa el petitum, la Sala debe empezar por reflexionar acerca de la naturaleza del compromiso sobre el reconocimiento del lucro cesante, insertado por la entidad pública en el acto de modificación unilateral del contrato y presuntamente desatendido con posteridad.

5.1. De la naturaleza del compromiso insertado por la entidad en el acto que modificó unilateralmente el Contrato No. 475 de 2007

Para desatar esta cuestión, la Sala observa que el aludido compromiso fue ensamblado en el contenido de la Resolución No. 327 del 23 de julio de 2010, por medio de la cual el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte modificó unilateralmente el Contrato de Concesión No. 475, bajo el argumento de que el traslado de la pantalla exterior ubicada en la parte occidental del estadio a la torre de iluminación sur occidental con una altura de 16 metros se hacía necesario para la ejecución de las obras civiles de adecuación del recinto deportivo.

La motivación expuesta en el acto en referencia fue del siguiente orden[[14]](#footnote-14):

*“OCTAVO. - Que como consecuencia de lo anterior la Subdirección Técnica de Parques comunicó a la Unión Temporal PUBLIESTADIOS UT mediante oficio radicado bajo el No. 201060000046741 del 13 de mayo de 2010 la decisión de reubicación adoptada, solicitando la información del caso.*

*“NOVENO. - Que las partes del contrato de Concesión No. 475 de 2007 se reunieron en diferentes oportunidades, el 26 de mayo, 2, 10 y 16 de junio de 2010, a fin de tratar temas como el desmonte, traslado e instalaría de la pantalla externa del Estadio Nemesio El Campín y costos de la misma.*

*“DÉCIMO. - Que como producto de dichas reuniones y con base en la autorización previa de la Secretaría de Ambiente del Distrito, el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte y la Unión Temporal PUBLIESTADIOS UT acordaron el nuevo sitio de ubicación de la pantalla externa del Campín sobre la torre de iluminación Sur occidental del escenario, más sin embargo no lograron acuerdo sobre las actividades de obra necesarias para el desmonte, traslado e instalación de la pantalla en el nuevo sitio y los costos o lucro cesante para el concesionario.*

*“DÉCIMO PRIMERO. Que, ante la ausencia de acuerdo mutuo sobre lo anterior, la entidad distrital considera conveniente y necesario en aras de cumplir con los fines estatales modificar unilateralmente el contrato de concesión No. 475 de 2007 celebrado con el concesionario Unión Temporal PUBLIESTADIOS UT en concordancia con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.*

*“(…).*

*“DÉCIMO OCTAVO. Que así las cosas, la entidad Distrital reconocerá a su concesionario, bajo los parámetros de proporcionalidad y equidad y la normativa actualmente vigente, el lucro cesante, suma dejada de percibir durante la ejecución de las actividades de desmonte, traslado y ubicación y puesta en funcionamiento de la pantalla exterior ubicada en la parte occidental del Estadio a la torre de iluminación Sur Occidental, para lo cual deberá la Unión Temporal PUBLIESTADIOS UT presentar a la Entidad los soportes jurídicos, contables y financieros que acrediten la existencia real del lucro cesante del caso”.*

Con apoyo en las consideraciones transcritas la entidad decidió:

*“ARTÍCULO PRIMERO. - Modificar Unilateralmente, por no haberse logrado la misma de mutuo acuerdo, el contrato 475 de 2007 incorporándose la siguiente cláusula:*

***‘PRIMERA: OBJETO: LAS PARTES ACUERDAN EL DESMONTE Y MONTAJE DE LA PANTALLA EXTERIOR UBICADA SOBRE EL MURO LATERAL QUE COMPONE LA ESTRUCTURA DE LA TORRE DE LOS ASCENSORES’.***

*“ARTÍCULO SEGUNDO. - Como consecuencia de la anterior decisión, el IDRD realizará por su cuenta y riesgo el desmonte y posterior montaje de la pantalla exterior ubicada en el muro lateral que compone la estructura de la torre de los ascensores la cual será ubicada en la torre de iluminación del costado sur occidental del Estadio Nemesio Camacho el Campín.*

*“ARTÍCULO TERCERO. - Reconocerá el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte al CONCESIONARIO siguiendo los parámetros legales establecidos en nuestra normatividad vigente la utilidad dejada de percibir por el CONCESIONARIO durante el término de ejecución de las labores de desmonte y montaje de la referida pantalla. Para el efecto el CONCESIONARIO se compromete a presentar al IDRD la estimación de la utilidad que ha dejado de recibir con los debidos soportes contables jurídicos y financieros a que haya lugar.*

*“ARTÍCULO TERCERO. - Entregar el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte la pantalla una vez reubicada a la Unión Temporal PUBLIESTADIOS UT en el día y hora señalada oportunamente por la entidad distrital, advirtiéndole que de concurrir a la diligencia se entenderá que la ha recibido la misma a entera satisfacción”.*

Según se observa, el compromiso presuntamente desatendido por la entidad fue incorporado en el acto expedido en ejercicio de la potestad excepcional consagrada en el artículo 16 del Estatuto de Contratación Estatal con arreglo a la cual “*Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios*”.

Ahora bien, de entrada, cabe precisar que en modo alguno la parte actora sometió a discusión la legalidad de la decisión en referencia[[15]](#footnote-15), de tal suerte que lo que resulta realmente relevante es establecer los efectos vinculantes del compromiso allí incrustado.

Para ese propósito, se vislumbra que la expedición del acto en comento comportó un verdadero ejercicio del *ius variandi[[16]](#footnote-16)* en cabeza de la entidad estatal contratante, toda vez que la modificación obedeció a razones que conducían a ejecutar las obras civiles de adecuación del Estadio para alistar el escenario del certamen deportivo que en el ámbito mundial se llevaría a cabo en esas instalaciones y en desarrollo de las mismas era necesario disponer la reubicación del elemento electrónico y adoptar las medidas dirigidas a evitar la parálisis del servicio de publicidad que se dispensaba a través de la pantalla exterior objeto de concesión en el estadio el Campín.

En el mismo sentido, el material probatorio revela que con antelación a la expedición del acto, los extremos co-contratantes llevaron a cabo varios intentos de acercamiento con el fin de analizar la viabilidad de suscribir un contrato modificatorio en el que se acordara la ejecución de la obras de reubicación a cargo del concesionario, el valor que por las mismas debía reconocerse y el valor del lucro cesante que se causara por razón del período de inactividad de la pantalla durante el tiempo que tardaran las obras de reubicación.

Lo anterior se desprende del contenido del oficio del 12 de mayo de 2010, a través del cual la Subdirección Técnica de Parques informó a la unión temporal Publiestadios que en atención a las obras de remodelación de la tribuna occidental del estadio Nemesio Camacho El Campín se encontraba en estudio la posibilidad de reubicar la pantalla externa objeto del contrato No. 475 de 2007[[17]](#footnote-17).

Igualmente, a través de escrito del 23 de junio de 2010, el concesionario manifestó al IDRD que analizadas las alternativas propuestas por la entidad para la reubicación de la pantalla, consideraba necesaria la ejecución de varias obras para efectuar su traslado y también estimaba la conveniencia de analizar el reconocimiento de lucro cesante que acarrearía el incumplimiento de contratos comerciales vigentes con marcas de productos[[18]](#footnote-18).

A los dos días, el 25 de junio de 2010, la entidad solicitó al contratista, reconociendo su experticia en el diseño, instalación y puesta en funcionamiento de este tipo de estructuras digitales, que realizara un presupuesto estimado de las actividades de reinstalación de la pantalla externa en el sitio concertado[[19]](#footnote-19).

Como repuestas de lo anterior, en la misma fecha, el concesionario informó al instituto que las obras de reubicación de la pantalla tenían un valor aproximado de $582’000.000 y que el lucro cesante relacionado con la inoperatividad de las pantallas por 90 días ascendía a $336’000.000[[20]](#footnote-20).

En oficio del 2 de julio de 2010 el IDRD le comunicó al contratista que el presupuesto presentado para las labores de traslado de la pantalla externa en cuantía de $402’604.000 no era admisible, dado que, según las indagaciones internas, dicha actividad no superaba la suma de $194’600.000. En ese orden, la entidad propuso descontar este último monto del contrato de concesión[[21]](#footnote-21).

Mediante escrito del 14 de julio de 2010, el IDRD advirtió a la unión temporal que ante la falta de acuerdo con la concesionaria sobre el costo de traslado de la pantalla, la entidad había decidido asumir por su cuenta y riesgo las actividades de traslado y demás aspectos relacionados con la reubicación de dicho elemento y la cabina de operación de las dos pantallas instaladas.

Igualmente, le solicitó que estudiara la posibilidad de efectuar una modificación al contrato y que, en caso de no aceptar, la entidad procedería a analizar la alternativa de aplicar la cláusula de modificación unilateral del contrato. De la misma forma, le indicó que la entidad se hallaba en disposición de reconocer el lucro cesante que a la luz de la norma vigente y de la jurisprudencia se generara durante el término en que se hiciera necesaria la suspensión de la pantalla, siempre que se acreditara con los respectivos soportes legales[[22]](#footnote-22).

El 16 de julio del mismo año, la Subdirección de Parques del IDRD puso de presente al contratista que la intervención de la tribuna occidente del estadio Nemesio Camacho El Campín constituía un hecho notorio publicado en los medios de comunicación y añadió que la necesidad de la reubicación de la pantalla ya le había sido informada al contratista en oportunidad anterior, no obstante lo cual no se llegó a acuerdo alguno en relación con los costos de dicha actividad.

Señaló que en caso de asumir por cuenta del Instituto el traslado del aparato, se adoptarían las medidas en orden a garantizar los derechos del contratista, la entidad y la comunidad[[23]](#footnote-23).

Del recorrido fáctico que acaba de reseñarse, resulta claro para la Sala que la modificación unilateral del contrato no obedeció al arbitrio injustificado de la entidad, sino a la necesidad de evitar que se paralizara la ejecución del objeto concesionado ante el imperativo que surgió en relación con la realización de las obras civiles de adecuación del estadio para el campeonato mundial de fútbol Sub-20 que se aproximaba.

Ahora, a pesar de mediar varias comunicaciones entre las partes en las que se trataron asuntos relativos a la posibilidad de que el contratista llevara a cabo las obras de traslado y reubicación de la pantalla, a cambio de la correspondiente contraprestación, finalmente no se llegó a acuerdo alguno.

Esta situación condujo, por un lado, a que la entidad decidiera asumir por su cuenta y riesgo las obras de desmonte, traslado y reinstalación de la pantalla en el nuevo lugar destinado para su ubicación y, por otro, a que acudiera al ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral del contrato a través de la expedición del aludido acto administrativo.

Atendiendo al contexto planteado, se desprende que, consciente de que el advenimiento de esta circunstancia alteraría la normal ejecución del contrato de concesión, debido a que las obras de traslado, como habría de resultar apenas natural, generarían la inoperatividad de la pantalla por el término que durara su reinstalación, la entidad, al ejercer la potestad en desarrollo de la cual dispuso la reubicación del artefacto en el costado suroccidental del estadio, introdujo de manera simultánea en la correspondiente resolución una previsión según la cual el Instituto reconocería *“al CONCESIONARIO siguiendo los parámetros legales establecidos en nuestra normatividad vigente****, la utilidad*** *dejada de percibir por el CONCESIONARIO durante el término de ejecución de las labores de desmonte y montaje de la referida pantalla”.*

Así pues, se tiene que la causa que habría de generar un impacto en la normal ejecución del contrato y que obligaba al cambio de ubicación de la pantalla exterior y en cuyo mérito válidamente acudió al ejercicio del *ius variandi*, no comportó antijuridicidad alguna en la conducta de la entidad pública que invadiera la órbita de su responsabilidad contractual.

De cara a lo anotado, ocurre que la modificación del contrato dispuesta a través de la Resolución en comento, en cuanto comportó un cambio a las condiciones inicialmente pactadas, relacionadas con la ubicación de la pantalla exterior, claramente estaba llamada a formar parte integral del acuerdo contractual primigenio.

Sobre el particular, es oportuno recordar que en la cláusula vigésima sexta del Contrato de Concesión No. 475 de 2007 se convino que harían parte integral de este negocio, entre otros, los actos administrativos que el IDRD dictara en ejercicio de sus atribuciones como entidad contratante.

Con todo, el mecanismo dispositivo de conformidad con el cual el Instituto se obligó a reconocer al contratista los perjuicios que se le causaran y que se derivaran de dicha situación, materializados en las utilidades dejadas de percibir por el respectivo período, más allá de identificar su génesis en el contenido obligacional relativo a la contraprestación del negocio jurídico inicial al cual se incorporó el acto de modificación, en realidad se derivó de manera directa y autónoma del válido ejercicio del *ius variandi* implementado a través de la Resolución No. 327 del 23 de julio de 2010.

En el orden trazado se concluye que la manifestación de la entidad relacionada con el reconocimiento de utilidades en favor del contratista, dejadas de percibir durante la realización de las actividades de desmonte, traslado y montaje de la pantalla, implantada en el acto administrativo de modificación unilateral, constituyó una medida adoptada por la entidad en desarrollo de la autonomía de su voluntad, dirigida a contener los efectos del ejercicio de la potestad excepcional como causa generadora de ruptura del equilibrio económico del contrato.

Por esta razón, el análisis del caso merece abordarse desde la perspectiva de la ruptura del equilibrio económico del contrato derivada del *ius variandi*, para cuyo restablecimiento la entidad se comprometió a reconocer a favor del contratista las utilidades dejadas de percibir por el interregno en el que se ejecutaran las obras de traslado de la pantalla, siempre que el contratista presentara su estimación ante el IDRD con los respectivos soportes contables.

Surge con claridad que la obligación de pago de la utilidad sometida a discusión no surgió del acuerdo que en torno a la contraprestación del concesionario se pactó en el contrato primario, caso en el cual la reclamación se habría ubicado en un evento de incumplimiento contractual.

Contrario sensu, la fuente del reconocimiento de la utilidad presuntamente desentendido por la contratante se arraigó en un acto administrativo dictado válidamente por la entidad y fue concebido, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso segundo del numero1) del artículo 14 de la Ley 80, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 27 de esa misma compilación, como medida para compensar la alteración económica que se habría podido producir con ocasión de uno de los supuestos generadores del desbalance financiero, que en este caso obedeció al *ius variandi.*

Precisado lo anterior, es pertinente ahora referirse a los términos en que quedó insertado el compromiso. Para ese propósito se recuerda que en la época previa a la expedición del acto de modificación, la entidad reveló su clara intención de reconocer al concesionario los perjuicios concretados, según el dicho de la propia contratante, condensado en las comunicaciones a las que se hizo anterior mención, en el lucro cesante definido por el artículo 1614 del Código Civil como “*la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento*” que se causara por la inactividad de la pantalla exterior durante el interregno en el que se ejecutaran las obras de traslado y montaje.

De ahí es propio sostener que el reconocimiento al que se obligó unilateralmente la entidad, como mecanismo restablecedor de la alteración económica, se contrajo al concepto de utilidad. La anterior premisa encuentra apoyo no solo en el hecho de que así quedó contemplado expresamente en el contenido del acto de modificación, sino en aplicación de las reglas de interpretación de los contratos recogidas en el Código Civil, según las cuales *“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más lo que a lo literal de las palabras”.*

Al respecto, no desconoce la Sala que uno de los argumentos de la defensa consistió en afirmar que, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, el cual, según la entidad, se encontraba vigente al tiempo en que se expidió el acto de modificación unilateral y se adquirió el mencionado compromiso, derogó la frase “*además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado*” que anteriormente se hallaba consignada en el inciso segundo del artículo 3 de la Ley 80 en el que se consagraron los fines de la contratación estatal.

Con todo, se impone precisar que el Contrato de Concesión No. 475 fue celebrado el 27 de abril de 2007, esto es, con anterioridad a la expedición de la reforma normativa introducida por la Ley 1150 de 2007[[24]](#footnote-24), publicada en el Diario Oficial No. 46.691 del 16 de julio de 2007. Se añade que al tenor de su artículo 33, su articulado cobraría vigor seis meses después de su promulgación -16 de enero de enero de 2008-.

En mérito de lo advertido, cabe recordar la preceptiva legal cuyo tenor establece que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Con arreglo a esa disposición, las normas existentes en el momento en que perfecciona el negocio jurídico deben aplicarse durante toda su existencia jurídica y hasta su extinción[[25]](#footnote-25).

De la anotada circunstancia se deriva que el Contrato de Concesión No. 475 habría de someterse al amparo de las normas compendiadas en la Ley 80 de 1993 que se hallaren vigentes al tiempo en que fue celebrado, cuestión que de suyo implicaba la plena aplicación durante su vida jurídica del inciso segundo del artículo 3 de ese cuerpo normativo, en la forma originariamente concebida, con independencia de que a lo largo de su ejecución dicho canon hubiera sido objeto de reforma.

Sin embargo, si en gracia de discusión se admitiera el hecho de que su derogatoria parcial surtió efectos respecto del Contrato No. 475 de 2007, como lo sostuvo la demandada, para esta Sala, ello no facultaba a la entidad para desconocer el compromiso que libremente y en desarrollo de su autonomía adquirió en su acto administrativo, al prever, como mecanismo restablecedor por el impacto económico derivado de la inoperatividad del objeto concesionado, el reconocimiento de las utilidades dejadas de percibir por el período en que se prolongaran las actividades de reubicación de la pantalla.

Privilegiar la interpretación ofrecida por la entidad para abstenerse a su reconocimiento por cuenta de la reforma normativa introducida en la Ley 1150 de 2007, continuando en el escenario hipotético en virtud del cual se admitiera su aplicación al Contrato No. 475, en criterio de la Sala, iría en absoluta contravía de los principios de confianza legítima y de buena fe contractual que deben gobernar todas las actuaciones del Estado.

Además, incluso atendiendo al supuesto hipotético planteado, es preciso acotar que tal derogatoria si bien supondría que la Administración no se encuentra en posición de garantizar la efectiva obtención de provecho económico como resultado de la ejecución de los contratos que ella celebre, ello no podría significar de manera alguna que la entidad se encuentre relevada del reconocimiento de utilidades en favor de su co-contratante, máxime cuando en esta oportunidad se trata de una utilidad dejada de percibir como consecuencia directa de una actuación de la demandada y a cuyo pago se obligó.

Retomando lo dicho, se precisa que existe una relación directa entre la teoría de los actos propios y el principio de la confianza legítima que estriba en que de ambos se desprende para los administrados la garantía de que al Estado, a través de sus entidades, le asiste el deber de obrar con rectitud, claridad y precisión, cuestión que a su turno le impide actuar de manera opuesta e inconcordante o de emitir decisiones contrarias a aquellas que anteladamente emanaron de la misma entidad pública y en mérito de las cuales se generó un convencimiento frente a determinados asuntos.

También concurre una relación inescindible entre el principio de confianza legítima y el principio de buena fe, en cuanto este último impone a ambas partes una actitud de lealtad mutua, de fidelidad y honestidad, todo lo cual se traduce en el respeto a las reglas preestablecidas y conocidas por ambas partes desde el momento en que surgieron; por contera, cualquier variación sorpresiva de tales cánones por una de las partes, sin duda resultaría contraria a la esperada y exigible buena fe.

Ante el panorama expuesto, se colige que, de reunirse el supuesto fáctico previsto para su reconocimiento, es decir, que el concesionario presentara la estimación de la utilidad dejada de percibir durante el período en que duraron las obras de traslado y montaje de la pantalla apoyada en los respectivos soportes contables, la entidad estaría obligada a su pago.

En síntesis, la naturaleza del compromiso adquirido por la entidad corresponde a la de un mecanismo restablecedor adoptado por la entidad para contener los efectos derivados de un supuesto de ruptura del equilibrio del contrato que se concretó en el ejercicio del *ius variandi* y se materializó al expedir válidamente un acto de modificación unilateral del Contrato de Concesión No. 475.

5.2. Del desconocimiento del compromiso adquirido en ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral del contrato – *ius variandi*

Establecida la existencia del compromiso contraído por la entidad como consecuencia del ejercicio del *ius variandi*, consistente en el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir mientras se ejecutó el desmonte, traslado y reinstalación de la pantalla exterior, enseguida compete a la Sala establecer si la entidad se sustrajo o no de su reconocimiento.

Con la finalidad puesta de manifiesto, la Sala se referirá a las pruebas aportadas para sustentar el alegado desconocimiento del acto de modificación unilateral.

Sobre el particular, se encuentra acreditado en la presente causa que como resultado de lo dispuesto en la Resolución No. 327 del 23 de julio de 2010, el 20 de agosto siguiente el IDRD informó al concesionario que la entrega formal de la pantalla para proceder a su traslado se llevaría a cabo el lunes 23 de agosto de 2010[[26]](#footnote-26). Frente a lo anterior, el concesionario manifestó que el IDRD era el responsable, por su cuenta y riesgo, del desmonte y traslado de la pantalla externa del Estadio el Campín y de entregarla en perfecto estado de funcionamiento a Publiestadios[[27]](#footnote-27).

El 28 de septiembre de 2010, la unión temporal Publiestadios realizó la entrega de la pantalla exterior del Estadio Nemesio Camacho El Campín con sus respectivos equipos y accesorios al IDRD. En esa oportunidad se dejó constancia de que la pantalla se recibía en buen estado y funcionando, a la par con lo cual se registró que el contratista del IDRD, sociedad Traing Ltda., encargado de las obras de desmonte y montaje, la entregaría en su nueva ubicación con todos los equipos instalados y funcionando en óptimas condiciones, como había sido recibida[[28]](#footnote-28).

Posteriormente, el 5 de noviembre de 2010, el IDRD manifestó a la unión temporal que, una vez terminados los trabajos de traslado, adecuación y puesta en funcionamiento de la pantalla, analizarían su solicitud de reconocimiento de lucro cesante, para lo cual se fundarían en los documentos que debía aportar el concesionario para demostrar las sumas que dejó de percibir durante la suspensión del servicio de pantalla. Así mismo, le solicitó adjuntar copias de los contratos que se encontraban en ejecución por el servicio de pantalla, estudios financieros y declaración de renta, los cuales hasta ese momento no habían sido aportados.

Señaló, además, que el 5 de noviembre de 2010 el Instituto llevaría a cabo la entrega formal de la pantalla para que se reanudara la prestación del servicio[[29]](#footnote-29).

El 12 de noviembre de 2010, el concesionario solicitó al Instituto que se agendara para el 17 de noviembre de 2010 la diligencia de inspección sobre los elementos y equipos entregados con el fin de verificar su estado y así determinar la procedencia de su recibo[[30]](#footnote-30).

Como consecuencia de la solicitud elevada por el concesionario, el 17 de noviembre de 2010, se llevó a cabo una reunión entre las partes, con el objeto de que la UT Publiestadios inspeccionara las obras de reubicación de la pantalla, relativas a su cimentación y a las obras civiles, al sistema estructural de obra metalmecánica, al sistema de anclaje de la pantalla hacia las columnas de fijación, a la alineación estructural y a los módulos, al sistema de seguridad para el ingreso y trabajo en sitio, a la nivelación horizontal y vertical, a la verificación de la impermeabilización, al sistema de fijación entre gabinetes estructurales y al sistema de potencia. En esa ocasión se evidenciaron varias novedades que, según se convino, serían dadas a conocer por Publiestadios en informe de ingeniería presentado dentro de los tres días siguientes[[31]](#footnote-31).

En esa misma fecha, la firma Prodigy Company se refirió a las observaciones presentadas por el concesionario en relación con el estado de deterioro de la pantalla e indicó que cuando fue recibida por el IDRD la misma ya contaba con oxidación natural y advirtió que la pantalla podía funcionar perfectamente en las condiciones en que se instaló[[32]](#footnote-32).

Luego, el 23 de noviembre de 2010, el contratista Publiestadios presentó un informe ante el Instituto en el cual puso de presente las inconformidades en torno a los hallazgos de la pantalla y a las obras de ingeniería realizadas para su desmonte, montaje y conexión, concernientes a la seguridad industrial, a las obras estructurales y mecánicas, a las acometidas eléctricas, al cableado interno y a la iluminación, a la inundación interna de la pantalla y a todos sus componentes eléctricos[[33]](#footnote-33).

El 30 de los mismos mes y año, la firma Medina y Rivera Ingenieros Asociados S.A.S., contratada por el IDRD, rindió un informe acerca de la entrega de la pantalla a Publiestadios y, en desarrollo del mismo, se concluyó que el artefacto se devolvía en perfectas condiciones de estabilidad estructural, garantizando su operación con su actual conexión provisional hasta el momento de conexión de la alimentación definitiva[[34]](#footnote-34).

Nuevamente, el 13 de diciembre de 2010, el IDRD comunicó a Publiestadios que al encontrarse finalizadas las actividades de obra civil adelantadas en el estadio, la pantalla Leeds reubicada en la torre de iluminación sur occidental se encontraba a su disposición para que procediera a su recibo[[35]](#footnote-35).

El 15 de diciembre de 2010, la entidad contratante le expresó al concesionario que el reconocimiento del lucro cesante por la suspensión del servicio de pantalla durante el período comprendido entre el 28 de octubre y el 27 de noviembre de 2010 debía ser soportado con los documentos contractuales, financieros y contables. Reiteró que desde el 13 de diciembre la pantalla se encontraba a su disposición para que procediera a su recibo[[36]](#footnote-36).

A la semana siguiente, el 21 de diciembre de 2010, la entidad demandada, una vez más, le informó al contratista que la pantalla se encontraba disponible desde el pasado 13 de diciembre de 2010[[37]](#footnote-37).

Como respuesta, en escrito del 22 de diciembre de 2010, el concesionario sostuvo que los procedimientos de inspección técnica llevados a cabo resultaban necesarios para establecer si la pantalla se encontraba en óptimas condiciones para ser recibida y continuar prestando el servicio concesionado. En ese sentido, argumentó que los contratistas escogidos por el IDRD para el traslado y reubicación de la pantalla obraron con negligencia y pusieron en riesgo la seguridad de ese artefacto[[38]](#footnote-38). Ese mismo día, la Universidad Tecnológica de Pereira, a petición del concesionario, rindió un informe de diagnóstico sobre el estado de la pantalla exterior[[39]](#footnote-39).

El 24 de diciembre de 2010, Publiestadios presentó ante el IDRD un informe de la inspección técnica realizado por la Universidad Tecnológica de Pereira a la pantalla electrónica exterior del Campín, en el cual, según su dicho, se evidenciaba el maltrato sufrido por la pantalla al ser objeto de desmonte y nuevo montaje[[40]](#footnote-40).

Por su parte, el 31 de diciembre de 2010, la firma Prodigy Company se pronunció frente al anterior documento y advirtió que sus observaciones solo pretendían retardar la recepción de la pantalla leed en el estadio El Campín[[41]](#footnote-41).

El 11 de enero de 2011, el concesionario manifestó al IDRD que el traslado de la pantalla no se había llevado a cabo bajo las condiciones adecuadas de seguridad y, como consecuencia, pusieron en riesgo la vida útil de la pantalla. Así mismo, afirmó que su intención no era entrabar el servicio y que su voluntad se encaminaba a buscar conjuntamente una solución definitiva a las anomalías presentadas en torno a la operatividad de la pantalla[[42]](#footnote-42).

El 20 de enero 2011, se llevó a cabo una reunión entre las partes con el fin de concertar los aspectos relativos al recibo de la pantalla por parte del contratista. La junta fracasó por no llegar a un acuerdo[[43]](#footnote-43). Sin embargo, según lo discutido en ese encuentro, en memorando del 26 de enero de 2011, el IDRD remitió al contratista un diagrama unifilar contentivo del diseño eléctrico para que pudiera entrar en funcionamiento la pantalla y para lo cual debía tenerse en cuenta que se proyectaba instalar un transformador adicional al utilizado, se instalaría una celda adicional en triplex, en paralelo a la actual, con sus respectivas protecciones en media y baja tensión y se instalaría un tablero desde el cual se alimentaría directamente la pantalla[[44]](#footnote-44).

El 27 de enero de 2011, el contratista solicitó al Instituto que se reunieran nuevamente a tratar los temas referentes a la puesta en funcionamiento de la pantalla y a discutir asuntos como la acometida eléctrica que no cumplía las normas técnicas exigidas para ese tipo de dispositivos[[45]](#footnote-45).

Al día siguiente, el IDRD se pronunció frente a lo anterior y le pidió al contratista que para solucionar lo referente al cambio de la acometida eléctrica enviara los cálculos de los conductores eléctricos y el cálculo de las cargas de regulación[[46]](#footnote-46).

Mediante oficio del 4 de febrero de 2011, la firma Traing Trabajos de Ingeniería Ltda., contratada para la reubicación de la pantalla, manifestó al Instituto que desde el mes de noviembre de 2010 ese artefacto se encontraba listo para ser recibido por el concesionario[[47]](#footnote-47).

En ese escrito indicó que en la primera reunión programada para su entrega existieron reparos para su recibimiento por parte del concesionario, por aspectos relacionados con los gabinetes de la misma y con asuntos de seguridad industrial, los cuales se solucionaron en el término de tres días, período durante el cual se realizó un desmonte de todos los gabinetes y un mantenimiento preventivo.

Agregó que durante la segunda reunión se presentó una novedad relativa a un error de hardware arrojado por el computador que manejaba la pantalla, cuestión que, además de no ser grave, se subsanó cambiando la tarjeta send card y reemplazando el software obsoleto que tenía por uno actualizado.

Advirtió además que, de acuerdo con las directrices impartidas en los comités de reunión, se había decidido realizar la prolongación de la conexión existente de manera provisional, por cuanto la acometida eléctrica definitiva estaba siendo realizada por el consorcio Contein – Tecmo, a cuyo cargo se encontraban las obras de adecuación del estadio. Anotó que dentro de la pantalla se colocó un equipo de medición para verificar el voltaje de dicha conexión provisional y se encontró que el voltaje de la corriente suministrada era el adecuado para el funcionamiento de la pantalla en condiciones normales.

Finalmente señaló:

*“Es claro que a la luz de los nuevos acontecimientos y de acuerdo con el informe de interventoría, en los (sic) que el consorcio mencionado destrozó involuntariamente la conexión realizada, no es posible en este momento prender la pantalla; adicionalmente tenemos que corroborar si durante el jalonazo que la retroexcavadora le ocasionó a la red no ocasionaría alguna desconexión interna de la pantalla”.*

A través de documento del 16 de febrero de 2011, el Instituto se pronunció nuevamente frente a la solicitud de lucro cesante elevada por el contratista y le solicitó que aportara los soportes documentales anteriormente requeridos que hasta esa fecha no se habían allegado[[48]](#footnote-48).

En comité llevado a cabo el 17 de febrero de 2011 entre las partes del Contrato de Concesión No. 425 se analizó lo concerniente a la entrega de la pantalla exterior.

En esa ocasión se concertó que el Instituto ejecutaría la conexión definitiva de la pantalla con sujeción a la normativa vigente y la entregaría a más tardar el 10 de marzo de 2010, fecha en que ya se encontraba programada su entrega, por cuanto el consorcio Conten-termo había realizado los arreglos de la conexión dañada con las obras civiles. Se manifestó que la interventoría solicitó la revisión detallada de dicho arreglo con el fin de autorizar el encendido y pruebas de puesta en funcionamiento de la pantalla[[49]](#footnote-49).

De la misma manera, en dicha acta se dejó constancia de que existían problemas de oxidación de la pantalla, por lo cual habían solicitado al interventor del concesionario que rindiera un informe sobre la corrosión del elemento, para efectos de verificar si preexistían esas falencias al momento de ejecutar las obras de desmonte y traslado. Producto de lo anterior, la firma Informática y Tecnológica realizó un estudio en el cual hizo constar la existencia de corrosión y humedad previas a las actividades de desmonte y traslado con presencia de filtración de agua.

También se analizó lo atinente a la estructura, el montaje y esquema de soporte de la pantalla en la torre suroccidental y se advirtió que los trabajos habían sido realizados por la firma PCA con amplia experiencia en ese tipo de obras civiles.

Una vez más, el 9 de marzo de 2011, el Instituto informó al concesionario que debía allegar los soportes contables pertinentes para calcular el valor del lucro cesante reclamado[[50]](#footnote-50) por razón del período de inactividad de la pantalla.

A través de oficio del 4 de abril de 2011, el ente contratante comunicó a la UT Publiestadios que el estado de la pantalla se encontraba en óptimas condiciones de instalación y funcionamiento y que su entrega se realizaría el 8 de abril de ese año en horas de la mañana. En ese mismo escrito, el IDRD se refirió a cada una de los asuntos frente a los cuales el contratista había manifestado inconformidades en oportunidades anteriores, como el estado de la pantalla, su ubicación en el lugar inicial y el reconocimiento del lucro cesante[[51]](#footnote-51).

El 8 de abril de 2011, las partes suscribieron el acta en la que se hizo constar la entrega por parte del IDRD y el recibo por el concesionario de la pantalla exterior ubicada en la torre suroccidental del estadio El Campín[[52]](#footnote-52). En ese documento se dejó constancia de que la pantalla se recibía en óptimas condiciones.

Mediante escrito del 20 de abril de 2011 el contratista allegó ante la entidad los documentos solicitados en anteriores ocasiones, con el fin de acreditar el lucro cesante sufrido como consecuencia de la inoperatividad de la pantalla, consistentes en estados financieros y declaraciones de renta y advirtió que el monto del lucro cesante padecido hasta ese momento ascendía a $597’000.000[[53]](#footnote-53).

El 19 de mayo de 2011, la unión temporal Publiestadios presentó al Instituto un escrito en ejercicio del derecho de petición, con el fin de que diera respuesta a su solicitud de reconocimiento de lucro cesante, toda vez que los documentos requeridos ya habían sido presentados[[54]](#footnote-54).

El 2 de junio de 2011, el IDRD informó al concesionario que la documentación remitida por ese contratista el 3 de mayo anterior, según lo había conceptuado la Oficina Asesora de Apoyo a la Contratación, no resultaba pertinente y suficiente para realizar un análisis del lucro cesante solicitado[[55]](#footnote-55).

Para ese propósito, la entidad requirió nuevamente que se aportara el balance general de resultados con corte a 31 de diciembre de los años 2008, 2009 y 2010, fotocopia de los contratos vigentes suscritos a partir del 1 de enero de 2011 o, en su defecto, copia de la facturas aceptadas por los contratantes en desarrollo de la explotación comercial de la pantalla exterior LED establecida en el contrato, fotocopias legibles de las declaraciones de renta de los años 2008, 2009 y 2010 y fotocopias de las declaraciones de Industria y Comercio a partir del primer bimestre del año 2008 a la fecha del requerimiento.

Según oficio del 2 de junio de 2011, suscrito por el Instituto, la información aportada por el contratista no resultaba suficiente para hacer un análisis del lucro cesante solicitado[[56]](#footnote-56).

El 15 de junio de 2011, el contratista allegó ante la entidad el balance general y el estado de resultados con corte a 31 de diciembre de los años 2007, 2008, 2009 y 2010, facturas de venta del año 2011, declaraciones de IVA del año 2011 y declaraciones de industria y comercio del año 2011 e igualmente se refirió a la impertinencia de aportar algunos otros de los documentos requeridos por la entidad[[57]](#footnote-57).

En memorando del 8 de julio de 2011, la Subdirección Técnica de Parques del IDRD solicitó al Área de Apoyo a la Contratación que le informara acerca del avance de la revisión contable y financiera del concesionario Publiestadios para determinar la procedencia del reconocimiento del lucro cesante solicitado[[58]](#footnote-58).

Por oficio del 12 de agosto de 2011, el Área de Apoyo a la Contratación se pronunció frente a la solicitud de lucro cesante elevada dentro del Contrato de Concesión No. 475 de 2007, con ocasión del interregno en que estuvo inoperante la pantalla por las obras del desmonte y traslado.

En su respuesta manifestó que no existía prueba cierta que demostrara los perjuicios sufridos por el concesionario, como tampoco la cuantía de los mismos, en consideración a que de la revisión de la información contable se había evidenciado que el concesionario percibió utilidades durante la ejecución del contrato.

Advirtió también que, de conformidad con lo estipulado en el contrato, el contratista no podría reclamar al Instituto el reconocimiento del desequilibrio económico por cuanto, según se acordó en el contrato, a él se habían trasladado todos los riesgos inherentes a su ejecución. Agregó que la única obligación de la entidad estatal ante la presencia de una presunta fractura de la ecuación económica consistía en restablecerla a un punto de no pérdida y en manera alguna dicha protección se extendía a garantizar la obtención de utilidades.

Con fundamento en lo expuesto, dicha dependencia conceptuó que no había lugar a reconocer el lucro cesante a favor del contratista, pues con la documentación allegada no se demostró la configuración de un desequilibrio económico[[59]](#footnote-59).

Finalmente, la Subdirección Técnica de Parques, en oficio del 16 de agosto de 2011, puso en conocimiento del concesionario el anterior concepto rendido por el área de contratación y con apoyo en el mismo se negó al reconocimiento de los perjuicios solicitados[[60]](#footnote-60).

El escenario fáctico que acaba de plasmarse merece varios comentarios:

En primer lugar, se encuentra plenamente acreditado que como consecuencia de las actividades de desmonte, traslado y reinstalación de la pantalla exterior del estadio El Campín, llevadas a cabo en acatamiento del acto que modificó unilateralmente el contrato de concesión y para viabilizar la ejecución de las obras civiles de adecuación de sus instalaciones, la operación de dicho artefacto estuvo suspendida por el período comprendido entre el 28 de septiembre de 2010, fecha en que el concesionario hizo entrega del elemento al Instituto para que procediera a cambiarlo de lugar y el 8 de abril de 2011, día en que la entidad entregó la pantalla al concesionario en su nueva ubicación para que continuara con la ejecución del contrato.

Como segundo aspecto de capital importancia, se demostró que habiendo depositado su confianza en la previsión contenida en la Resolución No. 327 del 23 de julio de 2010, relativa al reconocimiento de las utilidades dejadas de percibir durante el lapso señalado, desde noviembre de 2010 y en adelante, el concesionario elevó varias comunicaciones ante la entidad, con el fin de solicitarle el reconocimiento del lucro cesante presentado durante el período de inactividad de la pantalla.

A su turno, la entidad en todo momento expuso que para su reconocimiento resultaba indispensable que se aportaran los documentos por ella indicados expresamente, que sirvieran de soporte para acreditar su causación.

Con todo, a pesar de que en el mes de junio de 2011 el contratista presentó, al parecer, la totalidad de los documentos requeridos por el Instituto, a los dos meses el Área de Apoyo a la Contratación encargada de la revisión de los soportes contables manifestó que no resultaba viable el reconocimiento del lucro cesante solicitado por el demandante en consideración a dos razones:

Como primera medida advirtió que no existía prueba de los perjuicios solicitados, como tampoco de su cuantía y a lo dicho sumó que durante la ejecución del contrato de concesión el contratista había recibido utilidades.

La segunda razón en que se cimentó el argumento central de la negativa aludió a que la única obligación que surgía para la entidad ante la ocurrencia de un desequilibrio económico del contrato consistía en restablecerlo a un punto de no pérdida, cuestión que en el caso, de acuerdo con lo señalado por la entidad, no se traducía en garantizar la obtención de utilidades, máxime cuando la ejecución del contrato había reportado ganancia y provecho para el demandante.

En consideración a lo advertido, la Sala observa que la parte demandada, sin lugar a dudas, desconoció el compromiso inicialmente contraído en su acto de modificación unilateral del contrato, al punto de que intentó justificar su negativa en la ausencia de configuración de un concepto distinto al que ella misma concibió al ejercer la potestad excepcional.

Ciertamente, no puede perderse de vista que la medida restablecedora ideada libremente por la entidad, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, cuya naturaleza se analizó en el punto anterior, versó claramente sobre el reconocimiento de utilidades dejadas de percibir por cuenta de la inoperancia de la pantalla durante las actividades de desmonte, traslado y reubicación.

En momento alguno se supeditó su reconocimiento al mantenimiento de las condiciones inicialmente pactadas en un punto de no pérdida, menos aun teniendo en cuenta que, como se acotó en acápite anterior, la Ley 1150 de 2007 que derogó la frase “*además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado*”, que anteriormente se hallaba consignada en el inciso segundo del artículo 3 de la Ley 80, no podría oponerse como sustento de su falta de reconocimiento, pues, por un lado, dicha reforma se introdujo con posterioridad a la celebración del Contrato No. 475 y, por tanto, no estaba llamado a informarlo y, por otro, en este punto igualmente se deben sumar las explicaciones que anteceden en torno al verdadero alcance de dicha derogatoria.

Siguiendo esa línea argumentativa, se tiene que el análisis sobre el reconocimiento de los perjuicios que concernía emprender a la entidad debió centrarse en examinar el porcentaje o proyección de utilidades dejadas de percibir por el lapso de inoperancia de la pantalla exterior, atendiendo a factores objetivos, constantes y verificables presentados durante la ejecución del contrato, dado que fue en esos términos y no en otros en los que quedó delimitado el mecanismo de restablecimiento por ella dispuesto.

De ninguna manera el análisis de los perjuicios deprecados podía extenderse a determinar si se presentó o no un impacto negativo en la economía del contrato que hubiera llevado al contratista a un estado de pérdida, pues no fue ese el concepto al que se circunscribió el compromiso contraído.

Ahora, el hecho de que durante el plazo contractual que antecedió al período en el cual la pantalla estuvo inoperante por cuenta de las actividades de su reubicación el concesionario hubiera recibido utilidades gracias a su explotación, no podía constituir una circunstancia que convalidara su negativa, debido a que la estipulación que se analiza se ciñó al reconocimiento de las utilidades dejadas de percibir por el interregno en que no se pudo operar el elemento, con independencia de que con antelación a ese lapso la ejecución del contrato hubiera reportado provecho.

Tampoco resultaba válido esgrimir que, según lo plasmado en el Contrato No. 475, el concesionario no pudiera elevar reclamaciones derivadas de la ruptura del equilibrio económico del negocio por haber sido trasladados a él todos los riesgos inherentes a su ejecución, con fundamento en las siguientes razones:

Sobre el particular, la Sala observa que en el número 29) de la cláusula segunda del Contrato No. 475 en la que la entidad asentó su defensa fue consignada al siguiente tenor:

*“El Concesionario no podrá reclamar del IDRD desequilibrio económico alguno por cuanto a éste se trasladan todos los riesgos inherentes a la ejecución del proyecto y se entiende que el concesionario con la presentación de la oferta, es conocedor de tales riesgos. Sin embargo, se tendrá en cuenta lo consagrado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993”[[61]](#footnote-61)*.

La literalidad de la estipulación en comento, en criterio de esta instancia, contiene una seria contradicción en tanto, por un lado, contempla la renuncia del concesionario, desde la suscripción del contrato, a elevar reclamaciones derivadas del desequilibrio económico, pero a renglón seguido impone la observancia y apego a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, norma que precisamente se encarga de regular el mantenimiento de la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer y de adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento en el evento en que dicha igualdad se rompa por causas no imputables al afectado.

Así pues, ante la dualidad interpretativa que ofrece la estipulación que se revisa, la comprensión que habrá de privilegiarse corresponderá a aquella que consulte el acatamiento de la disposición legal reguladora del mantenimiento de la ecuación contractual, no solo porque así lo orientan las reglas de interpretación contractuales[[62]](#footnote-62) que descansan en la protección del principio de conmutatividad, sino porque el entendimiento dispensado por esta Subsección a las renuncias anticipadas en torno a los efectos derivados del desequilibrio económico del contrato, esto es, realizadas antes de que ocurra el supuesto de fractura, apunta a señalar que las mismas no estarían llamadas a producir efectos por cuenta de su ineficacia. Sobre el particular, esta Sala ha sostenido que:

“*La posibilidad de acudir a los instrumentos de ajuste y revisión de precios refleja, entre otros, el principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato, propio de los contratos conmutativos onerosos (artículos 1496 a 1498 del C.C.), a cuya categoría pertenecen gran parte de los contratos estatales (artículo 28, Ley 80 de 1993), por cuanto están orientados a garantizar que la prestación intrínseca se mantenga inalterable, es decir, que no sea sustancialmente distinta de aquella prevista al momento de acordar el sinalagma funcional (plazo, precio y objeto). Esto significa que las partes no pueden renunciar, antes de que se presente el supuesto de ruptura, a que se restablezca el equilibrio económico- financiero del contrato. Nadie puede renunciar a lo que desconoce;”[[63]](#footnote-63).*

Sentado lo anterior, enseguida cobra relevancia realizar algunas reflexiones acerca de la posibilidad de trasladar al concesionario todos los riesgos que se presenten durante la ejecución del contrato, en los términos en que quedó plasmado en la cláusula que se analiza.

Sea lo primero señalar que aun cuando la tipología del contrato de concesión supone, entre otros aspectos, que el concesionario asume la adecuada prestación o funcionamiento de la obra, bien o servicio “*por su cuenta y riesgo*”, ello no equivale afirmar que por gracia de esa disposición se encuentre compelido a asumir todas las alteraciones que se presenten durante la ejecución del proyecto y que causen un efecto nocivo en su economía. En ese sentido, se advierte que dicho precepto legal necesariamente debe atemperarse al compendio regulatorio en el que se encuentra vertido, en cuyo contenido igualmente se halla inmerso un catálogo de reglas y principios que determinan un margen objetivo y razonable encaminado a impedir, por motivos de equidad y justicia, una distribución absoluta de riesgos en cabeza exclusiva de una sola de las partes del contrato.

Muestra de ello son las previsiones concebidas en el artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal, dirigidas a cristalizar el principio de transparencia, de conformidad con las cuales, en el documento precontractual, que posteriormente se integrará el contrato adjudicado, no se exigirán condiciones de imposible cumplimiento y no se inducirán ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, todo lo cual se traduce en la imposibilidad de asignar al particular la carga de asumir cualquier tipo de riesgo sin importar su imprevisibilidad, su naturaleza y dimensión.

A propósito de este aspecto, en pasada ocasión esta Subsección[[64]](#footnote-64) se ocupó de examinar el contenido y alcance de una regla precontractual a través de la cual se pretendía que los proponentes ofrecieran los precios unitarios consignados en sus propuestas “*considerando a todo factor*”. En dicha oportunidad la Sala concluyó que la aludida previsión resultaba ineficaz, debido a que insertaba un sistema de distribución de riesgos que atentaba contra las reglas consagradas en el artículo 24 del Estatuto Contratación Estatal a las que se hizo mención, por las razones que, por guardar similitud con el caso que se resuelve, se reiteran:

*“Ahora bien , si lo que se pretendía era que el contratista asumiera cualquier tipo de riesgo sin importar su magnitud y sin establecer los límites de sus alcances, resulta viable concluir que tal exigencia abandona por completo el criterio de justicia que debe permear el pliego de condiciones, pues resulta a todas luces inequitativo que se le exija al contratista la asunción de una carga cuya dimensión además de ser totalmente incierta y desconocida, en el caso de presentarse eventualmente podría llevarlo a un estado de desequilibrio económico respecto del cual, paradójicamente, la misma ley de contratación se encarga de fijar mecanismos obligatorios –y a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado irrenunciables ex-ante- que procuren y garanticen su restablecimiento, garantías que por ningún motivo pueden ser desconocidas por la entidad pública so pretexto de la inclusión de la modalidad “considerando todo factor” en el análisis de precios unitarios.*

*“Por similares motivos puede concluirse que la analizada exigencia entrañaba una regla orientada a que el contratista realizara ofrecimientos de extensión ilimitada en cuanto que, como se explicó, el desconocimiento de los riesgos que serían asumidos por virtud de dicha cláusula llevaría a concluir que no existiría entonces límite alguno que pudiera servir de lindero para fijar las cargas que estarían en cabeza del futuro contratista, circunstancia que igual contraría la prohibición relativa a la existencia de cláusulas de imposible cumplimiento, comoquiera que no resulta posible asumir la ocurrencia de todo tipo de sucesos o eventualidades sin resultar quebrantado económicamente por cuenta de su acaecimiento”.*

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, se agrega que tampoco resultaría ajustado a derecho asignar al concesionario la asunción de los riesgos cuya concreción se derive directamente de la voluntad exclusiva de la entidad contratante y que tuvieran la virtualidad de afectar la normal ejecución del contrato. Tal sería el caso de los supuestos de incumplimiento contractual o de la ocurrencia de circunstancias constitutivas de ruptura del equilibrio económico del contrato originadas en la actuación de la Administración contratante como se presentaría en los eventos del ejercicio del *ius variandi* o del hecho del príncipe.

Aceptar lo contrario, llevaría a una vulneración flagrante del artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal, del cual se desprende que en los actos en que se ejerciten la potestad excepcional de modificación unilateral “*deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”*.

La anterior premisa halla un asiento jurídico igualmente en el cánon 1535 del Código Civil el cual consagra que *“son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga”.*

En relación con este tópico, concierne destacar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha analizado la distribución de los riesgos en el contrato de concesión en punto al alcance de la definición que sobre su tipología establece el artículo 32 de la Ley de 80 y en desarrollo de ese estudio ha considerado:

*“Afirmar que en el contrato de concesión de obra pública, el concesionario asume la ejecución del objeto contractual “por su cuenta y riesgo”, más que referirse a los ingresos que pueda recibir el contratista con la financiación de la obra, en principio significa que la permanencia, disminución o aumento de los ingresos provenientes de la operación, que en la órbita contractual representa la remuneración del contratista, constituyen el riesgo del negocio que debe ser asumido por éste[[65]](#footnote-65), salvo en los casos en que la ejecución del contrato se altere por actos o acciones que hagan parte de la teoría de la imprevisión, del hecho de la administración pública contratante, o por circunstancias derivadas del ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales de una autoridad pública distinta a la contratante (hecho del príncipe). Es decir, hechos que afecten el equilibrio económico del contrato.*

*“(…).*

*“Dentro de los riesgos no previsibles razonablemente y por tanto no trasladables al concesionario se encuentran ‘aquellos que son ajenos a la voluntad de las partes y están asociados a eventos imprevisibles e irresistibles que impiden a alguna de ellas el cumplimiento de una obligación determinada’, que integran la noción de fuerza mayor o que hacen parte de la teoría de la imprevisión o del hecho del príncipe, según identificación que de los mismos hace el Documento CONPES 2775 de abril de 1995, que coincide con las definiciones del Código Civil”[[66]](#footnote-66).*

A lo expuesto cabe agregarse que a la luz de la reforma normativa introducida al Estatuto de Contratación Estatal por cuenta de la expedición de la Ley 1150[[67]](#footnote-67) de 2007 que, aunque fue expedida con posterioridad a la apertura del procedimiento de selección que tuvo como resultado la celebración del presente contrato conviene traerse a colocación por resultar de interés, se prevé que durante la etapa precontractual debe diseñarse la respectiva matriz de riesgos que habrá de regir la vida del contrato y, en mérito de ello, le asiste a la entidad el deber de elaborar con precisión la identificación, tipificación y asignación de riesgos, deber que en todo corresponde ejercerse con estricta sujeción a los principios y reglas que le sirven de apoyo.

Regresando al examen de la cláusula en referencia, es preciso al mismo tiempo acotar que, según se desprende de su texto expreso, al concesionario se le trasladaron todos los riesgos inherentes a la ejecución del contrato, cuestión que de suyo lleva a concluir que su asunción se enmarcó dentro del supuesto de ocurrencia de alteraciones razonablemente previsibles y propias del álea normal del negocio suscrito que llegaren a producirse, acaecidas dentro del escenario de las condiciones inicialmente pactadas, hecho que no podría hacerse extensivo a los eventos en que se alteraran las condiciones iniciales por disposición del ente contratante.

Dentro de esos riesgos[[68]](#footnote-68) inherentes a la ejecución del proyecto podría hallarse, por ejemplo, el riesgo constructivo, cuya noción hace referencia a la variabilidad entre el monto y la oportunidad de costo de la inversión prevista. En este punto no puede perderse de vista que la primera fase del proyecto se destinó a la etapa de diseño, suministro e instalación de los elementos eléctricos que seguramente representó una inversión considerable para el contratista.

En el riesgo inherente también podría estar comprendido el riesgo comercial del proyecto, que gravita en torno a la fluctuación del retorno de la inversión presentada en función del término que se demora en percibir el ingreso esperado y que se determina también por la mayor y menor demanda del objeto concesionado. Igualmente, se encontraría allí inmerso el riesgo de operación que estaría llamado a influir en los costos e ingresos del proyecto y se origina en la variación de los parámetros de desempeño y productividad especificados.

Como conclusión, en virtud de todo lo expuesto la Sala no encuentra de recibo el argumento de la defensa, con apoyo en el cual sostuvo que el concesionario no podría elevar reclamaciones derivadas de la ruptura del equilibrio económico del negocio por haber sido trasladados a él todos los riesgos inherentes a su ejecución.

Retomando el orden argumentativo abordado se concluye que la entidad basó su negativa al reconocimiento y pago de los perjuicios solicitados en la ausencia de un supuesto distinto al que ella misma se ciñó. Es claro que el fundamento de su rechazó se edificó sobre la intempestiva variación de una regla por ella misma prestablecida, conducta que de modo alguno puede ser prohijada por esta instancia judicial, en cuanto comportó un abierto desconocimiento del principio de confianza legítima y de buena fe contractual.

Un tercer elemento respecto del cual debe indagarse en esta oportunidad guarda relación con el período en el que cesó la operación de la pantalla y si el mismo se prolongó por causas imputables a la entidad o al contratista.

A propósito de este asunto, se recuerda que, a luz de las consideraciones de la sentencia impugnada, fue el concesionario el que con su conducta negligente y dilatoria retardó hasta abril de 2011 el recibo de la pantalla para continuar con su operación, no obstante que las obras de reinstalación se concluyeron desde diciembre del año anterior y a partir de entonces el Instituto la dejó a su disposición.

En cuanto atañe a esta cuestión, la Sala estima necesario poner de relieve que en el pliego de condiciones base de la Licitación Pública No. IDRD-STP-LP 036-2006 que dio origen al presente contrato, en su numeral 6.1 se consagraron las siguientes obligaciones a cargo del concesionario[[69]](#footnote-69):

*“-. Suministrar el bien objeto de esta licitación con las especificaciones técnicas mínimas requeridas.*

*“-. Entregar el bien con sus respectivos manuales de funcionamiento y operación en el lugar y fecha determinada por el IDRD, dentro del término establecido para la ejecución del plazo del contrato (suministro e instalación).*

*“-. Hacer la entrega del bien objeto de la presente licitación totalmente nuevo y probado”.*

Igualmente, en la cláusula cuarta del contrato se convino que la primera etapa del plazo contractual sería de cuatro meses que se destinarían para el suministro o instalación de las pantallas a cargo del concesionario. De allí se desprende que durante la primera fase del Contrato de Concesión No. 475, al contratista le asistió la obligación de suministrar, instalar y poner en funcionamiento las pantallas y tal cual fue efectuado por la unión temporal Publiestadios en las condiciones y términos pactados.

Ahora bien, en el acto de modificación unilateral del contrato en el que el Instituto dispuso el cambio de lugar de la pantalla exterior, a la vez se consignó que sería la entidad la que por su cuenta y riesgo llevaría a cabo las actividades de desmonte, y posterior montaje del elemento electrónico en la torre de iluminación del costado sur occidental del estadio Nemesio Camacho el Campín.

Igualmente, se recuerda que el contratista procedió a la entrega de la pantalla, con su equipo y accesorios al IDRD, en diligencia del 28 de septiembre de 2010, en la cual se dejó expresa constancia de que la pantalla se recibía en buen estado y funcionando y, a su turno, sería devuelta en su nueva ubicación con todos los equipos instalados y funcionando en óptimas condiciones como había sido recibida.

Ahora bien, aun cuando las pruebas que reposan en el plenario dan cuenta de que desde noviembre de 2010 culminaron las actividades de desmonte, traslado y montaje de la pantalla en su nuevo lugar de ubicación y desde entonces la entidad requirió al contratista para su recibo, lo cierto es que en lo sucesivo se presentaron varias diligencias de inspección técnica que debieron llevarse a cabo por el contratista con el fin de verificar el estado en que para esos momentos se encontraba la pantalla, así como la correcta ejecución de las obras de su reinstalación.

Pues bien, a diferencia de lo considerado por el Tribunal *a quo*, no encuentra la Sala que dichas labores de inspección técnica sobre la pantalla hubieran obedecido al capricho injustificado o dilatorio del concesionario.

Por el contrario, como administrador de sus negocios le asistía la carga y el deber de verificar el estado en el que se le entregaba la pantalla, más aún cuando la instalación inicial del artefacto se había llevado a cabo en óptimas condiciones por el contratista y era de esperarse que correlativamente las obras de reubicación posteriormente realizadas por cuenta y riesgo de la contratante se ejecutaran de la misma manera, dado que solo así podría continuar con la normal ejecución del contrato de concesión.

Siguiendo el estudio del asunto, se evidencia que en desarrollo de esas diligencias de inspección se rindieron varios informes por parte del concesionario, los cuales fueron elaborados por instituciones y profesionales especializados en el tema. En dichos documentos se presentaron algunos reparos en lo atinente al funcionamiento e instalación de la pantalla, inconformidades que, a juicio del contratista, debían ser atendidas por el Instituto para garantizar la correcta operación del elemento concesionado.

Igualmente, se observa que no obstante haber anunciado que la pantalla se dejaba a disposición del contratista desde noviembre de 2010, lo cierto es que con posterioridad a esa fecha la entidad procedió a atender y a resolver varias de las inconformidades presentadas por la UT Publiestadios para viabilizar su puesta en funcionamiento, situación que refleja que, en efecto, para ese entonces la pantalla no se encontraba lista para entrar nuevamente en operación.

En orden a ilustrar lo dicho, se recuerda que se presentaron discrepancias relativas a la necesidad de desmontar los gabinetes de la pantalla y de realizar un mantenimiento preventivo y a la seguridad industrial de la instalación. Estos aspectos fueron atendidos y resueltos por la entidad en el término de tres días.

También se advirtió la existencia de un error de hardware presentado en el computador que manejaba la pantalla, por lo que fue indispensable cambiar la tarjeta y reemplazar el software por uno actualizado.

No obstante, luego de ser instalada la pantalla confluyeron otros hallazgos que no resultaron atribuibles a la entidad contratante. Tal es el caso del estado de oxidación, corrosión y humedad en que se encontraba, situación que de conformidad con los informes rendidos por la firma interventora del Contrato de Concesión No. 475, se había advertido con anterioridad a la ejecución de las actividades de reubicación del dispositivo electrónico.

Con todo, el cúmulo probatorio reveló que la razón principal por la que se retardó la entrega de la pantalla al contratista hasta abril de 2011 obedeció a dificultades presentadas en materia eléctrica.

Según la correspondencia cruzada anteriormente revisada, la Sala advierte que a finales de 2010 se exteriorizaron los inconvenientes en torno a la acometida eléctrica a la que se conectaría la pantalla, en atención a que los conductores de corriente instalados por la entidad no cumplían las especificaciones técnicas exigidas para ese tipo de aparatos. Esto trajo consigo la necesidad de instalar un trasformador, una celda adicional y un tablero desde el cual se alimentaría directamente la pantalla.

A lo anotado se agrega que la acometida eléctrica instalada provisionalmente para poner en funcionamiento la pantalla mientras se construía la definitiva sufrió daños como consecuencia de las obras civiles de adecuación del Estadio, lo que impedía el funcionamiento y operación de la pantalla.

Derívese de lo expuesto que solo hasta el momento en que el Instituto ejecutó la conexión definitiva de la pantalla a la acometida eléctrica sujeta a las normas técnicas se produjo su entrega al concesionario en correctas condiciones de funcionamiento, hecho que tuvo lugar el 8 de abril de 2011.

Con sustento en todas las consideraciones que anteceden, la Sala encuentra configurado el desconocimiento del propio acto dictado por el IDRD en ejercicio del *ius variadi.*

Pese a que allí se adoptó como mecanismo restablecedor de la ruptura económica generada como consecuencia de la potestad excepcional, el reconocimiento y pago de la utilidad dejada de percibir por el concesionario durante el período en el cual se realizaron las obras de desmonte, traslado y reinstalación de la pantalla exterior, que transcurrió entre el 28 de septiembre de 2010 y el 8 de abril del año siguiente, lo cierto es que la entidad se sustrajo a su cumplimiento pero por razones distintas a las que condicionó su procedencia, es decir, no por el hecho de que el concesionario no hubiera estimado la utilidad dejada de percibir por ese interregno y no hubiera presentado ante la entidad los soportes que acreditaran su causación, sino por considerar que durante ese período no sufrió pérdidas.

**5.3.- Ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 475 de 2007 por el hecho del príncipe**

5.3.1. Imposibilidad para el concesionario de explotar las pantallas objeto del contrato de concesión durante el certamen del fútbol Sub-20, debido a una obligación adquirida por las autoridades distritales con la FIFA, relativa a no presentar algún tipo de publicidad promocional durante el evento deportivo.

Sostiene el libelista que la imposibilidad para el concesionario de explotar las pantallas objeto del contrato de concesión durante el certamen del fútbol Sub-20, derivada de una obligación adquirida con la FIFA que consistió en no presentar algún tipo de publicidad promocional durante el evento deportivo, constituyó un supuesto de incumplimiento contractual atribuible a la entidad contratante.

En relación con este aspecto, la Sala considera necesario puntualizar que, distinto de lo ocurrido en el evento anterior, la obligación que en este caso se reputa incumplida no surgió de un compromiso que la entidad hubiera introducido expresamente a su cargo en la cláusula “*de obligaciones del IDRD*” del texto contractual o en algún otro documento que hiciera parte integral del mismo o que emanara de la entidad.

Tampoco se derivó del acto administrativo condensado en la Resolución No. 327 del 23 de julio de 2010, por el cual el Instituto ejerció su potestad de modificación unilateral del Contrato No. 475, en tanto la obligación que allí se adquirió por la entidad recayó en el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir por el concesionario por *el término de ejecución de las labores de desmonte y montaje de la referida pantalla,* lo cual ya fue materia de análisis*.* Nada se dijo en ese acto acerca de los compromisos adquiridos con la FIFA de no presentar publicidad durante el Campeonato de Futbol Sub-20 que derivaron en la imposibilidad de explotar la pantalla mientras se desarrollaba el encuentro deportivo.

Sucede en este evento que, en principio, la carga obligacional supuestamente inobservada por la entidad pública habría de tener origen en la propia naturaleza del objeto contractual y en los elementos esenciales que lo conforman.

En ese sentido, no puede perderse de vista que, al tenor de la cláusula segunda, el objeto del contrato estribó en entregar en concesión a la unión temporal Publiestadios el suministro, instalación, mantenimiento, operación y prestación del servicio de la pantalla gigante del estadio Nemesio Camacho el Campín, ubicada en el sector norte del estadio y su cara posterior, de la pantalla exterior ubicada sobre alguno de los muros laterales que componen la estructura de la torre de los ascensores y una pantalla móvil o itinerante.

De cara a lo advertido, resulta indiscutible que la obligación principal de la entidad consistió en entregar en concesión la operación y prestación del servicio de la pantalla, cuestión que de suyo traía consigo el deber de permitir que de manera ininterrumpida se explotaran los elementos electrónicos y se prestara el servicio de publicidad concedidos durante el término contractual estipulado. En ese orden, de presentarse una conducta por parte de la entidad por virtud de la cual se obstaculizara la explotación de los elementos y la prestación del servicio concedidos se habría de configurar eventualmente un incumplimiento de su obligación primaria.

No obstante, de la revisión de las pruebas allegadas al plenario para sustentar el petitum, la Sala evidencia que en este preciso evento, a diferencia de lo sostenido por el apelante, en realidad no concurrió un supuesto de incumplimiento contractual sino de ruptura del equilibrio económico del contrato por las razones que pasan a exponerse.

De antaño, tanto la jurisprudencia y la doctrina foráneas y locales han coincidido en sostener que una de las causas de fractura del sinalagma prestacional puede radicar en el hecho del príncipe o *“factum principis*”, entendido como una actuación o medida general del Estado que impacta de manera refleja el equilibrio económico del contrato, aun cuando no es su finalidad repercutir directamente en el mismo.

Dicha figura ha sido definida por el derecho español como las actuaciones generales que inciden directamente en el contrato y a la vez ha considerado que la *“Administración contratante no es la causante directa de la ruptura, sino que es la actuación de un poder público (que puede ser la propia administración, u otro poder público), decidiendo sobre cuestiones ajenas al contrato, la que produce más consecuencias económicas que repercuten en el contrato alternado su ecuación financiera”[[70]](#footnote-70)*.

A su turno, la doctrina nacional ha sostenido que “*se trata de decisiones adoptadas por alguna esfera oficial que no tienen por objeto el contrato mismo, sino que se refieren a una materia general, abstracta, dirigida a toda la población o por lo menos a parte de ello pero producen o mayor gasto o afectan las utilidades de un determinado contrato por implicar una nueva erogación o la disminución o eliminación de la utilidad que presidió la elaboración de la oferta*”[[71]](#footnote-71).

La jurisprudencia de esta Corporación ha dispensado un tratamiento similar al examinado instituto desde la óptica conceptual. Sin embargo, a pesar de ello, se ha presentado un manejo pendular en cuanto atañe a la autoridad de la cual procede la decisión o medida génesis de la alteración.

Algunas posturas[[72]](#footnote-72) han considerado, de forma restrictiva, que su configuración se supedita a que sea de la misma entidad contratante, aunque no actuando en esa condición, de donde emana la decisión generadora del impacto económico, dado que en el evento de provenir de una autoridad diferente se ha concebido que en esa hipótesis se abriría paso a la aplicación de la teoría de la imprevisión.

La relevancia de la anterior distinción, en los términos de las posturas jurisprudenciales en referencia, se centra en que a partir de la individualización de la causa generadora de ruptura se precisará el lindero de su consecuencial restablecimiento.

Bajo esa premisa, en caso de presentarse el desbalance económico por el hecho del príncipe la compensación que en ese evento debe reconocerse será de carácter pleno sobre la base de la concurrencia de un causa endógena, es decir, atribuible a uno de los extremos del contrato, mientras que ante la presencia de la teoría de la imprevisión la restauración del equilibrio alterado implicará llevar al afectado a un punto de no pérdida, en la medida en que desde esta comprensión la causa de la fractura es de naturaleza exógena, esto es, ajena a las partes de la relación contractual.

En otros pronunciamientos[[73]](#footnote-73), de corte más amplio, se ha estimado que se presenta el hecho del príncipe cuando cualquier autoridad del Estado dicta una disposición de carácter general que afecta la economía de un contrato específico, con independencia de que aquella no se identifique o no sea la misma que conforma el extremo contratante.

Ahora bien, en orden a predicar la configuración del hecho del príncipe como causa generadora de la ruptura del equilibrio económico, también la Sección Tercera[[74]](#footnote-74) ha reflexionado sobre la pertinencia de analizar si existe una unidad jurídica entre la autoridad de la cual procede la decisión y la entidad contratante, esto es, si hacen parte de la misma persona jurídica pública y el contrato alterado se ha suscrito en representación de aquella, caso en el cual resultará viable la aplicación de esta figura.

Así mismo la jurisprudencia de esta Corporación ha edificado la existencia del hecho del príncipe, siempre que concurran los siguientes supuestos:

“(*i) Que exista un acto de carácter general expedido por el órgano o autoridad pública contratante (ley o acto administrativo) en ejercicio de una competencia diferente a la contractual que afecte gravemente la ecuación financiera de un contrato; es decir que no se dirija en forma particular, concreta o directa al contrato, aún cuando incida en él tornándolo excesivamente oneroso;*

*“(ii) Que el acto que genera el daño sea sobreviniente, súbito, anormal, extraordinario e imprevisible al momento de celebrar el contrato y no imputable al contratista que resulte afectado;*

*“(iii) Que, como consecuencia de lo anterior, exista una relación causal entre el acto y el daño o perjuicio resarcible; y*

*“(iv) Que quien alegue como motivo o causa el "hecho del príncipe", pruebe objetivamente el desequilibrio económico del contrato y la existencia de un perjuicio cierto y directo”[[75]](#footnote-75).*

Pues bien, retomando el análisis del caso concreto y consultado el contenido de la Resolución No. 3127 de 2011[[76]](#footnote-76), por la cual se autorizó y reguló el aprovechamiento temporal del paisaje urbano del Distrito Capital con ocasión del mundial de fútbol – Sub-20 Colombia 2011, se desprende que el 25 de abril de 2008 se firmó un Acuerdo de Voluntades entre el Distrito Capital y la FIFA para el torneo de FIFA U-20 WORLD CUP COLOMBIA 2011, en virtud del cual el Distrito Capital adquirió unos compromisos como ciudad anfitriona.

Según se prescribió en la Resolución en comento, en la sección 3ª numeral 12.1 del Acuerdo referido se contempló como obligación de la ciudad anfitriona respecto del programa, que:

*"12.1. Programa: (…) la Ciudad Anfitriona se asegurará de que se le conceda (sic) ningún derecho comercial a terceros distintos a las Filiales Comerciales de la FIFA".*

En la sección 3ª numeral 3.13 del mismo Acuerdo se estableció que ninguno, distinto de los filiales comerciales de la FIFA, podrían participar en las actividades de promoción, de suerte que los socios de dicha federación y sus patrocinadores nacionales serían los únicos que ostentarían los derechos de mercadeo y publicidad del referido campeonato.

Atendiendo a este contexto y encontrándose el Contrato de Concesión No. 475 en su cuarto año de ejecución, a través de oficio del 7 de abril de 2011 el Instituto le informó a la unión temporal Publiestadios que dentro del marco de los acuerdos suscritos con la FIFA existía el compromiso de no autorizar a terceros para realizar actividad alguna promocional, comercial o de publicidad de cualquier naturaleza dentro ni alrededor del estadio, incluidas las pantallas gigantes, tablero marcadores o video tableros[[77]](#footnote-77).

Adicionalmente, la entidad expresó:

“*En consecuencia solicitamos de su colaboración para hacer entrega temporal de las pantallas concesionadas a usted mediante el contrato No. 475 del 2007 instaladas en el Estadio Nemesio Camacho el Campín, a la FIFA durante el período de uso exclusivo de dicho estadio desde el 14 de julio hasta el 29 de agosto inclusive del año en curso*”.

En oficio del 11 de julio de 2011, dirigido al contratista, el IDRD se refirió a los temas tratados en la reunión sostenida el 15 de junio de ese año. En esa ocasión le indicó que la operación, manejo y manipulación de equipos continuaría a cargo del personal de Publiestadios y el único factor que cambiaría consistía en que la FIFA sería la que a través de sus funcionarios determinaría el contenido de la transmisión y al efecto señaló que lo anterior “*hace parte de los compromisos de ciudad asumidos por las autoridades distritales en beneficio del buen desarrollo de un evento de la magnitud de un mundial y que están directamente relacionados con las pautas impuestas por la FIFA*”[[78]](#footnote-78).

A través de oficio del 27 de julio de 2011, el IDRD reiteró al concesionario que “*la operación continuará a cargo del personal de PUBLIESTADIOS, pero bajo la supervisión de un profesional designado por la FIFA quien determinará los contenidos*”[[79]](#footnote-79).

El 1 de octubre de 2012, la firma interventora del Contrato de Concesión No. 475 de 2007 informó al IDRD que las pantallas y cabinas de control fueron entregadas a funcionarios de la firma Publik, integrante de la unión temporal demandante, quien las operó durante la realización del mundial Sub-20,[[80]](#footnote-80) pero que no se levantaron registros de tal acto. Se consignó además que para devolución de las pantallas se procedió de la misma manera y no se elevaron documentos escritos en donde constara la entrega.

Descendiendo lo expuesto al caso concreto, la Sala estima que el presente punto debe ser resuelto desde la perspectiva del hecho del príncipe, a la luz de la configuración de los elementos que a continuación se relatan:

i)-.Como primer aspecto cabe puntualizar que al margen de adoptar una u otra postura en torno a la viabilidad de su aplicación cuandoquiera que el acto origen del impacto económico provenga de una autoridad distinta a la contratante, como lo sugiere la tesis amplia, lo cierto es que en este asunto no hay lugar a dicha discusión por cuanto es claro que la decisión que alteró presuntamente la ecuación provino de una autoridad distrital -Distrito Capital de Bogotá- de cuyo orden territorial hace parte la contratante – Instituto Distrital de Recreación y Deporte[[81]](#footnote-81) y, por tanto, se encuentra cobijada por la misma persona pública, con independencia de que esta última se encuentre dotada de personalidad jurídica autónoma e independiente.

En ese sentido, no puede soslayarse el hecho de que el compromiso fue contraído por el Distrito Capital como autoridad distrital y ciudad anfitriona del campeonato y que el acuerdo de donde emanó la obligación igualmente extendió sus efectos al IDRD, pero no en calidad de contratante del negocio jurídico que ocupa la atención de la Sala, sino como autoridad distrital encargada directa del funcionamiento y destinación del estadio Nemesio Camacho El Campín cuyas instalaciones fungirían como sede principal del evento.

En este punto, cabe ponerse de presente que aun cuando la medida génesis de la alteración no surgió en estricto rigor de una ley o de un acto administrativo de carácter general, sucede que el acuerdo suscrito entre la autoridad distrital y la FIFA desprendió el mismo efecto que habría surgido en los primeros supuestos señalados, dado que, por cuenta de su celebración, se adquirieron varias obligaciones que vincularon a su turno a todas las entidades distritales que desde la órbita de sus competencias legales, reglamentarias y administrativas se encontraban involucradas en el desarrollo del certamen deportivo.

Siendo ello así, la medida que en este caso se adoptó en torno a la imposibilidad de que terceros distintos a los designados por la Federación Internacional de Fútbol de Asociación ejercieran actividades comerciales, de promoción y de publicidad durante y con ocasión del campeonato, estaba llamada a impactar por vía refleja todos los contratos que se encontraran en ejecución y que tuvieran por objeto la realización de este tipo de actividades, entre ellos, por supuesto, aunque no de manera exclusiva, el Contrato de Concesión No. 475 que ahora constituye la materia de análisis, a través del cual se concedió la explotación y la prestación del servicio de pantalla al interior y al exterior de las instalaciones del estadio El Campín.

ii). - Así mismo se evidencia que la previsión que incidió en la normal ejecución del contrato de concesión fue sobreviniente e imprevisible al momento de su celebración y no fue imputable al contratista.

Se insiste en que el acuerdo contentivo de la previsión restrictiva y en virtud del cual se convino que la realización del torneo de fútbol *FIFA U – 20 WORLD CUP COLOMBIA 2011* tuviera como sede la ciudad de Bogotáse celebró el 25 de abril de 2008, es decir, un año después de haberse suscrito el Contrato de Concesión No. 475 y encontrándose en plena fase de ejecución, sin que se tenga noticia de que con anterioridad a esa fecha hubiera mediado o existido información acerca de la futura realización del certamen en este lugar.

Al contrario, debe ponerse de presente que siguiendo los lineamientos trazados en el pliego de condiciones base de la licitación que dio como resultado la celebración del Contrato No. 475 se observa que la estructuración de la oferta debía tener en consideración el uso y distribución del funcionamiento de la pantalla durante los certámenes deportivos, sin que se hubiera realizado expresa exclusión sobre la cobertura publicitaria durante algún tipo de evento nacional o internacional.

Ciertamente, tanto en el numeral 7.2.4. del pliego de condiciones, como dentro de la propuesta presentada por la unión temporal Publiestadios para participar dentro de la licitación pública No. IDRD-STP-LP-036-2006, en el numeral 1.2.4[[82]](#footnote-82) el proponente consignó lo referente al uso y distribución del tiempo de funcionamiento de la pantalla electrónica interior dentro de los eventos deportivos.

Resulta acertado sostener además que en modo alguno concurrió la voluntad del contratista en la existencia de la circunstancia que afectó la normal ejecución del contrato, de tal suerte que su ocurrencia no le es imputable a su conducta.

iii).- En consideración a las pruebas relacionadas en precedencia, la Sala encuentra demostrada la existencia de una relación causal entre la medida general y el daño alegado. Surge con nitidez que con ocasión del acuerdo suscrito entre la autoridad distrital con la FIFA, en el marco del certamen deportivo mundial Sub-20, el IDRD solicitó a la unión temporal Publiestadios la entrega temporal de las pantallas concesionadas por el término que durara el evento deportivo -14 de julio de 29 de agosto de 2011, inclusive.

Se precisa igualmente que a pesar de que durante ese lapso la operación de las pantallas, por razones prácticas según lo informó el interventor, continuó en manos de uno de los integrantes de la unión temporal concesionaria, no puede dejarse de lado el hecho de que la prestación del servicio objeto de concesión se vio restringida, habida consideración de que el contenido de la transmisión debió ser determinado por la FIFA.

iv).- Los soportes contables[[83]](#footnote-83) presentados por la parte actora revelan con claridad que durante el año 2011, calenda en que se llevó a cabo el mundial de fútbol Sub-20, se vio mermada notablemente la utilidad percibida por el concesionario en relación con los tres años anteriores de ejecución, circunstancia que, en en mérito de todo lo expuesto y acogiendo la postura jurisprudencial que impera sobre la materia, impone restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 475 a partir de una compensación que atenderá al reconocimiento de la utilidad dejada de percibir el período del certamen.

**6. - Lo que debe al concesionario unión temporal Publiestadios**

En el escrito de la demanda, la parte actora solicitó la práctica de un dictamen pericial con el propósito de acreditar el monto de los perjuicios deprecados y delimitó el objeto de la prueba formulando los siguientes interrogantes:

*“1.- El señor perito se sirva indicar el monto mensual de los ingresos recibidos por la UNIÓN TEMPORAL por la operación de la pantalla durante los últimos siete meses anteriores al día 30 de julio de 2010.*

*“2.- El señor perito se sirva indicar a cuánto ha ascendido la ganancia o pérdida mensual obtenida por la UNIÓN TEMPORAL, como consecuencia de la operación de la pantalla objeto de este pleito, desde la firma del contrato de concesión 23 de julio[[84]](#footnote-84) de 2007 hasta el 27 de setiembre de 2010.*

*“3.- El señor perito se sirva indicar a cuanto ha ascendido la ganancia o pérdida mensual obtenida por la UNIÓN TEMPORAL, como consecuencia de:*

*“(i) La inoperatividad de la pantalla desde el 28 de septiembre de 2010 hasta el 8 de abril de 2011, período durante el cual el IDRD realizó el cambio de lugar de la pantalla conforme a la Resolución 327 del 23 de julio de 2010, y;*

*“(ii) La inoperatividad de la pantalla desde el 14 de julio hasta el 29 de agosto de 2011, período durante el cual el IDRD solicitó la entrega de la pantalla de cara a la obligación que la administración había adquirido con la FIFA de no presentar publicidad mientras se desarrollara el mundial de futbol Sub-20”.*

Mediante auto del 14 de mayo de 2013, el Tribunal *a quo* accedió al decreto y práctica del anterior medio de prueba y en esa misma fecha designó como perito actuario al señor Pedro José Vargas Morato.

El 15 de octubre de 2013, el auxiliar de la justicia presentó la experticia encomendada y como resultado final de su labor concluyó que el monto de los perjuicios que debían reconocerse a favor de la unión temporal Publiestadios ascendían a la suma de $1.124’750.036.00 que discriminó en: el detrimento del good will, el lucro cesante tangible pasado y el lucro cesante tangible futuro.

Una vez analizada la experticia por la primera instancia en la sentencia impugnada, el Tribunal declaró probada la objeción por error grave formulada en su contra por el Instituto, tras considerar que el peritazgo había excedido el objeto de la prueba al conceptuar sobre la acreditación de unas cantidades que no fueron solicitadas en la demanda. En ese sentido, advirtió que el perito realizó la experticia con base en pruebas globales de los posibles daños materiales (lucro cesante y daño emergente) y daños y perjuicios intangibles (good will y pérdida de la imagen corporativa).

A su turno, en el recurso de apelación la parte actora alegó que el dictamen debía acogerse, al menos, parcialmente, en los aspectos que sí recayeron en lo que fue materia de solicitud probatoria o, en su defecto, debía proferirse condena en abstracto.

Sobre el particular, la Sala estima que si bien le asiste la razón al operador de primer grado en cuanto sostuvo que el dictamen extralimitó el objeto de la prueba solicitada por la parte actora, ello no es suficiente para tener por configurado el error grave base de la objeción formulada en su contra, en atención a que para ello es necesario emitir juicios contrarios a la realidad, cuestión que en el caso no fue discutida.

Con todo, el hecho de haber desbordado el objeto de la prueba se opone a la posibilidad de que se le otorgue mérito probatorio al mencionado peritazgo.

En efecto, la Sala observa que el perito se enfocó en estimar el valor del good will o del crédito mercantil formado de la empresa, bajo la fórmula de “*valor actual de futuras utilidades en exceso de las utilidades normales, realizadas en una empresa o establecimiento comercial”* de acuerdo con la definición que soportó en el anexo del dictamen pericial[[85]](#footnote-85). Así mismo, invocó como supuesto normativo el artículo 74 del Decreto 634 de 1989[[86]](#footnote-86), el cual se refiere a la norma del Estatuto Tributario que definió el tratamiento fiscal del activo[[87]](#footnote-87), con base en su costo.

En consideración a lo anotado, la Sala precisa que el análisis financiero del perito no resultaba aplicable al litigio en cuestión, toda vez que, según especificó en el dictamen, el concepto de la utilidad a la que acudió involucró otros factores que para este caso excedían la ganancia o provecho originado en la relación contractual en controversia.

Debe tenerse en cuenta que en el anexo del dictamen se expresó que tal concepto incluía no solo el resultado de relaciones favorables con clientes, “*sino también el resultado de otros factores como la ubicación, el monopolio, eficiencia en la manufactura, comercialización, proyección, PUBLICIDAD, liquidez, confianza, reciprocidad y gran dirección de carácter superior*”[[88]](#footnote-88).

Lo expuesto se traduce en que la prueba se cimentó en un concepto de utilidad dejada de percibir que teóricamente reflejaba varios aspectos exógenos del contrato que ahora se examina. Además, es de la mayor importancia observar que el good will estaba clasificado como un activo intangible susceptible de ser revelado en los estados financieros de la agrupación en el caso de que existiera un crédito mercantil formado o adquirido[[89]](#footnote-89), con fundamento en los costos en que hubiere incurrido para consolidar ese activo. Sin embargo, en el caso particular de Publiestadios, dicho componente no estaba contabilizado[[90]](#footnote-90), de manera que se evidenció que la entidad contratista no tenía una marca formada generadora de valor actual de utilidades futuras.

Ello conduce a concluir que el método de valoración del good will utilizado por el perito no es adecuado para establecer la utilidad dejada de percibir en relación con el contrato de concesión sub-lite. Como consecuencia, la Sala se apartará de los cálculos elaborados por el auxiliar de la justicia.

Con todo, la Sala no cuenta con elementos probatorios suficientes para establecer el monto de la utilidad dejada de percibir por el término señalado -28 de septiembre de 2010 al 8 de abril de 2011 y del 14 de julio al 29 de agosto de 2011 -.

Aunque reposan en el expediente los documentos aportados por el demandante ante el IDRD y requeridos por este en su momento para determinar el valor del pago debido, ciertamente, de su contenido se desprende la necesidad de consultar otros factores que habrían podido influir en las considerables fluctuaciones[[91]](#footnote-91) que por concepto de utilidades –registradas en los estados financieros y estados de resultados de la unión temporal Publiestadios[[92]](#footnote-92), anexos al dictamen pericial y que también fueron allegados por el concesionario ante la entidad como soportes de las diferentes reclamaciones elevadas por estos hechos- se presentaron a lo largo de los cinco primeros años de ejecución del Contrato No. 475, tales como, por ejemplo, el itinerario de partidos de fútbol que se llevaron a cabo por los lapsos referidos y durante los cuales no pudo pautarse la publicidad contratada por el concesionario, entre otros.

Como consecuencia, al no conocer con exactitud la cuantía que debe pagar el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte a la unión temporal Publiestadios, correspondiente al valor de la utilidad dejada de percibir por el término comprendido entre el 28 de septiembre de 2010 al 8 de abril de 2011, por la inoperancia de la pantalla exterior y el valor de la utilidad dejada de percibir entre el 14 de julio y el 29 de agosto de 2011, término dentro del cual se llevó a cabo el mundial de fútbol Sub-20, por la inoperancia de todas las pantallas concesionadas, la Subsección condenará en abstracto a la entidad demandada.

En este punto, resulta de especial relevancia puntualizar que, en modo alguno, la condena que en esta oportunidad se dicta comprende el reconocimiento de un lucro cesante hipotético. El reconocimiento y pago que se habrá de ordenar se deriva, efectivamente, de la ocurrencia de un daño real y cierto que consistió en la imposibilidad de explotar el elemento objeto de concesión y de percibir el provecho resultante de esa actividad durante los lapsos señalados y por razón de las circunstancias anotadas.

Así pues, ante la complejidad que comporta su cuantificación, se deberán tener en consideración los parámetros que a continuación se enlistan para efectos de su cálculo, varios de los cuales, incluso, fueron sugeridos por el IDRD[[93]](#footnote-93) en las distintas comunicaciones remitidas al concesionario como respuesta a las peticiones orientadas al reconocimiento del respectivo lucro cesante:

1.- El incidente deberá promoverse ante el Tribunal de primera instancia en la forma y términos previstos por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998 (artículo 172 del anterior Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984).

2.- Para hallar el valor que debe reconocerse a la unión temporal Publiestadios, se deberá disponer la práctica de pruebas en orden a analizar de manera conjunta lo siguientes aspectos:

-. Los estados financieros y estados de resultados de la unión temporal Publiestadios en donde se reportan las utilidades netas obtenidas al final de los cinco primeros años de ejecución del Contrato de Concesión No. 475 y a los que se hizo mención anteriormente.

-. Concernirá revisar los términos de los contratos de publicidad –o cualquier otra tipología que se le asemeje- que se hubieran suscrito por el concesionario para ser ejecutados durante esos lapsos, con el ánimo de establecer el monto de la utilidad acordada por su celebración. Con ese propósito podrán consultarse los medios de prueba permitidos por la ley para determinar la existencia de las obligaciones derivadas de los mismos, en caso de que los acuerdos no consten por escrito[[94]](#footnote-94).

-. Debe tenerse en consideración el hecho de que, por regla general, el calendario y la cantidad de partidos que habrían de llevarse a cabo en El Campín en el período objeto de debate depende directamente de si los equipos locales avanzan en las etapas finales de la liga nacional. Así mismo, deberá consultarse cuál fue la cantidad de partidos locales dejados de jugar durante el mundial Sub-20. Estos aspectos necesariamente deben ser revisados para efectos de establecer su grado de incidencia en la falta de explotación de las pantallas por los aludidos interregnos y para lograr un cálculo aproximado del valor que por concepto de utilidad dejó de percibir el concesionario dentro de los términos señalados.

-. Todo lo descrito corresponderá analizarse también a la luz de lo dispuesto en la cláusula sexta del Contrato de Concesión No. 475 de 2007, en cuyo texto se acordaron los aspectos relativos a la contraprestación y a la forma de pago.

3.- Adicionalmente, si bien el valor que se calcule será objeto de actualización, la Sala no estima ajustado el reconocimiento de intereses moratorios sobre el mismo, en tanto la exigibilidad de su pago se deriva de la presente condena, además de lo cual su reconocimiento no surge de incumplimiento contractual sino de la ruptura del equilibrio económico del contrato, por un lado, por el ejercicio del *ius variandi* para cuyo restablecimiento no se previó ese tipo de reconocimiento y, por otro, por el hecho del príncipe.

4.- El cumplimiento de la condena que aquí se profiere se sujetará a lo dispuesto en los artículos 177 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

**Conclusión**

En mérito de lo expuesto, la Sala revocará la sentencia apelada, para, en su lugar, declarar que durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 475 de 2007 se presentaron circunstancias generadoras de ruptura de su equilibrio económico por la inoperancia de la pantalla exterior producida durante el término comprendido 28 de septiembre de 2010 al 8 de abril de 2011, mientras se llevaron a cabo las obras de su reubicación y por la inoperancia de las pantallas concesionadas acaecida entre el 14 de julio y el 29 de agosto de 2011, plazo dentro del cual se llevó a cabo el mundial de fútbol Sub-20. Como consecuencia de lo anterior, se condenará en abstracto al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte a pagar a la unión temporal Publiestadios la suma correspondiente al valor de la utilidad dejada de recibir por el concesionario durante los períodos anteriormente delimitados, en la forma señalada en la parte motiva que antecede.

Finalmente, se negarán las demás pretensiones de la demanda.

**7) Costas**

De conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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

**F A L L A**

**1.- REVOCAR,** por las razones expuestas,la sentencia proferida el doce (12) de junio de dos mil catorce (2014) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera- Subsección C - Descongestión y en su lugar se dispone:

*“****PRIMERO.*** *Declarar que durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 475 de 2007 se presentaron circunstancias generadoras de ruptura de su equilibrio económico por la inoperancia de la pantalla exterior producida durante el término comprendido entre el 28 de septiembre de 2010 y el 8 de abril de 2011, mientras se llevaron a cabo las obras de su reubicación y por la inoperancia de las pantallas concesionadas acaecida entre el 14 de julio y el 29 de agosto de 2011, plazo dentro del cual se llevó a cabo el mundial de fútbol Sub-20*.

*“****SEGUNDO. –*** *Como consecuencia de la anterior declaratoria, se condena en abstracto al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte a pagar a la unión temporal Publiestadios la suma correspondiente al valor de la utilidad dejada de percibir por el concesionario durante los períodos anteriormente delimitados, condena que se liquidará en la forma señalada en la parte motiva*.

*“****TERCERO. -*** *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

*“****CUARTO. -*** *Sin condena en costas.*

*“****QUINTO.-*** *La condena impuesta se sujetará a lo dispuesto en el artículo 177 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.*

***“SEXTO.-*** *Por Secretaría, expídanse las copias del presente fallo y las constancias que ordena la ley”.*

**2.-**Sin condena en costas.

**3.-** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.* [↑](#footnote-ref-1)
2. Creada mediante Acuerdo 4 de 1979 como un establecimiento público descentralizado del orden distrital. [↑](#footnote-ref-2)
3. Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

   *“Para los solos efectos de esta ley:*

   *“1o. Se denominan entidades estatales:*

   *“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

   *“(…)”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 13 de febrero de 2012, correspondió a $566.700.oo. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sobre el particular consultar sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947, C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

   [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver sentencia proferida por la Sección Tercera Subsección A, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Becerra. [↑](#footnote-ref-6)
7. Original de la cita: “*Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 15 de febrero de 1999, Exp. 11194, C.P Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 21 de junio de 1999, Exp. 14943, C.P Daniel Suárez Hernández; sentencia del 31 de agosto de 2011, Exp.18080, C.P Ruth Stella Correa Palacio”.*  [↑](#footnote-ref-7)
8. Original de la cita: “*Sobre el particular pueden leerse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 26 de febrero de 2004, Exp: 14043, C.P Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 4 de septiembre de 2003, Exp. 10883, C.P Alier Hernández Enríquez; sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera”.* [↑](#footnote-ref-8)
9. Subsección A Sección Tercera del Consejo de Estado, 22 de agosto de 2013, expediente: 22.947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-9)
10. Fls. 32-40 C11. [↑](#footnote-ref-10)
11. Fls. 96-97 C9. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls. 20-28 C3. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fls. 52-57 C1. [↑](#footnote-ref-13)
14. Fls. 45- 49 C1. [↑](#footnote-ref-14)
15. Tampoco se evidencia que la misma hubiera desbordado el marco de competencia en que debió fundarse su expedición. En la cláusula décima tercera se pactó la potestad de modificación del contrato en los siguientes términos: “*si durante la ejecución del presente contrato y para evitar la paralización a afectación grave del servicio, fuere necesario introducir variaciones en el mismo, el IDRD convocará al CONCESIONARIO y el expondrá su criterio sobre las modificaciones requeridas de acuerdo con lo señalado en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993*”. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, Exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio *“El ejercicio del ius variandi, según quedó visto, también puede ser causa de desequilibrio económico de los contratos estatales, que se configura cuando la administración en ejercicio de las potestades exorbitantes de interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato altera las condiciones existentes al momento de contratar”.* [↑](#footnote-ref-16)
17. Fl. 50 C1. [↑](#footnote-ref-17)
18. Fl. 96 C1. [↑](#footnote-ref-18)
19. Fl.99 C1. [↑](#footnote-ref-19)
20. Fl. 97-98 C1. [↑](#footnote-ref-20)
21. Fl. 95 C1. [↑](#footnote-ref-21)
22. Fls. 35-36 C1. [↑](#footnote-ref-22)
23. Fl. 100-101 C1. [↑](#footnote-ref-23)
24. “*ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Los procesos de contratación en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación. Los contratos o convenios a que se refiere el artículo 20 de la presente ley que se encuentren en ejecución al momento de su entrada en vigencia, continuarán rigiéndose por las normas vigentes al momento de su celebración hasta su liquidación, sin que sea posible adicionarlos ni prorrogarlos*”. [↑](#footnote-ref-24)
25. A propósito del tránsito de legislación en materia de contratos estatales y supervivencia de la ley antigua se puede consultar la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, el 11 de febrero de 2009, Exp. 16.653, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-25)
26. Fl. 63 C3. [↑](#footnote-ref-26)
27. Fl. 64 C3. [↑](#footnote-ref-27)
28. Fls. 179-181 C3. [↑](#footnote-ref-28)
29. Fl. 104- 105 C1. [↑](#footnote-ref-29)
30. Fl. 79 C1. [↑](#footnote-ref-30)
31. Fl. 247-248 C1. [↑](#footnote-ref-31)
32. Fls. 198-203 C1. [↑](#footnote-ref-32)
33. Fls. 84-178 C1. [↑](#footnote-ref-33)
34. Fls. 106-122 C1. [↑](#footnote-ref-34)
35. Fls. 124-1254 C1. [↑](#footnote-ref-35)
36. Fl. 126- 125 C1. [↑](#footnote-ref-36)
37. Fl. 128-129 C1. [↑](#footnote-ref-37)
38. Fl. 186-187 C1. [↑](#footnote-ref-38)
39. Fl. 188-255 C1. [↑](#footnote-ref-39)
40. Fl. 137-139 C1. [↑](#footnote-ref-40)
41. Fl. 140-171 C1. [↑](#footnote-ref-41)
42. Fl. 172-173 C1. [↑](#footnote-ref-42)
43. Fls. 264-266 C3. [↑](#footnote-ref-43)
44. Fl. 176-177 C1 y 267 C3. [↑](#footnote-ref-44)
45. Fls. 270-271 C3. [↑](#footnote-ref-45)
46. Fls. 273 C3. [↑](#footnote-ref-46)
47. Fl. 204-206 C1. [↑](#footnote-ref-47)
48. Fls. 218-219 C1. [↑](#footnote-ref-48)
49. Fls. 178-182 C1. [↑](#footnote-ref-49)
50. Fls. 220 C1. [↑](#footnote-ref-50)
51. Fls. 221-224 C1. [↑](#footnote-ref-51)
52. Fls. 302-305 C3. [↑](#footnote-ref-52)
53. Fls. 307-369 C3. [↑](#footnote-ref-53)
54. Fls. 282-283 C1. [↑](#footnote-ref-54)
55. Fls. 216-218 C1. [↑](#footnote-ref-55)
56. Fls. 280-281 C1. [↑](#footnote-ref-56)
57. Fls. 380-381 C1. [↑](#footnote-ref-57)
58. Fls.251 C1. [↑](#footnote-ref-58)
59. Fl. 253- 255 C1. [↑](#footnote-ref-59)
60. Fls. 263-265 C1. [↑](#footnote-ref-60)
61. *“****Artículo 27º.-*** *De la Ecuación Contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

    *“Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.*  [↑](#footnote-ref-61)
62. “**Artículo 28º de la Ley 80 de 1993.-** *De la Interpretación de las Reglas Contractuales*. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”. [↑](#footnote-ref-62)
63. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 14 de marzo de 2013, expediente: 20524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-63)
64. Ver en ese mismo sentido la sentencia proferida por esta Subsección, el 27 de marzo de 2014, exp. 28.845, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-64)
65. *Cita de la sentencia en referencia “El artículo 33 de la Ley 105 de 1995, consagra las llamadas garantías de ingresos que operan en doble sentido, tanto en favor de la entidad concedente como en favor del concesionario. Para cumplir con esas garantías se diseñó un sistema de compensación en el siguiente orden: ampliación del plazo de la operación, aumento de las tarifas de peaje por encima del I.P.C., aportes del presupuesto nacional. Todos estos mecanismos tienen como finalidad mantener el equilibrio contractual”.* [↑](#footnote-ref-65)
66. Sala de Consulta y Servicio Civil, 12 de diciembre de 2006, Rad. 1792, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. [↑](#footnote-ref-66)
67. *“****Artículo 4°.*** *De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.*

    *“En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.* [↑](#footnote-ref-67)
68. Sobre el particular se puede consultar el auto proferido por el Consejo de Estado, Sección Tercera el 9 de diciembre de 2004, exp. 27.921, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, en el cual la Sala se ocupó de analizar la distribución de los riesgos en las distintas generaciones de concesiones y de definirlos a la luz de los documentos CONPES Nos. 3107 y 3133 de 200, [↑](#footnote-ref-68)
69. Fls. 25 C11. [↑](#footnote-ref-69)
70. COSCULLUELA MONTANER, Luis. MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Editorial Civitas. Vigésima sexta edición. Editorial Aranzadi S.A. 2015. Pamplona. Páginas 455. [↑](#footnote-ref-70)
71. DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Editorial Legis, 2003, página 496-497. [↑](#footnote-ref-71)
72. Ver sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, el 29 de mayo de 2003, exp. 14577, C.P. Ricardo Hoyos Duque: “*Respecto del primer requisito cabe precisar que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que permiten diferenciar esta figura del hecho del príncipe, el cual, como se indicó, es imputable a la entidad*”. En igual sentido consultar la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, el 4 de febrero de 2010, Exp. 15.665, C.P. Enrique Gil Botero “*La Sala considera que sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Si la misma proviene de otra autoridad, se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión”.* También consultar sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, del 28 de julio de 2012, exp. 21.990, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. “*El hecho del príncipe**se refiere al rompimiento del equilibrio económico del contrato por la expedición, imprevista y posterior a su celebración de medidas de carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal contratante -según posición mayoritaria de la Sección- (leyes, decretos, etc.), que de manera indirecta o refleja afectan la ecuación contractual y hacen más gravosa la situación del contratista (álea administrativa)*”.

    [↑](#footnote-ref-72)
73. Consultar sentencia dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, el 7 de marzo de 2002. Exp.21.588, C.P. Alier Hernández Enríquez. “*La causa que hace referencia a los actos de la administración como Estado, se refiere fundamentalmente al denominado "Hecho del Príncipe", entendido como expresión de la potestad normativa, constitucional y legal, que se traduce en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general, los cuales pueden provenir de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado*”. [↑](#footnote-ref-73)
74. Consejo de Estado, Sección Tercera, 18 de septiembre de 2003, exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

    “*Y en este punto se observa que, si bien para que se pueda predicar la existencia del hecho del príncipe se exige que la medida que incide de manera gravosa en el contrato [no] provenga de una autoridad distinta de la contratante, debe tenerse en cuenta que en algunas ocasiones, esa persona jurídica contratante actúa a través de distintos representantes, sin que por ello pierda su unidad e identidad, por lo cual, para efectos de determinar la existencia del hecho del príncipe, ella sigue siendo una misma autoridad administrativa, actuando a través de dos de sus órganos y en tal caso, será procedente alegar dicha teoría cuando la actuación de uno de éstos, incide en el contrato suscrito por el otro, a nombre de la persona jurídica pública a la que ambos pertenecen; al respecto, la doctrina francesa ha dicho:*

    *“1302.- La noción de autoridad contratante.- ¿Bajo qué condición la autoridad que ha intervenido podrá ser ella considerada como no ajena a la administración contratante? ¿Qué debe entenderse aquí por administración contratante o signataria del contrato?.*

    *“Es en un sentido amplio que se deben entender estas últimas expresiones. Es suficiente para que pueda invocarse el hecho del príncipe, que la intervención emane de un órgano de la persona pública que ha celebrado el contrato.*

    *“Así, las autoridades del Estado (nación) son ‘ajenas’ a los contratos celebrados por los Departamentos, los municipios, o los establecimientos públicos: pero las repercusiones sobre un contrato celebrado por un ministro, de las medidas celebradas por otro ministro, entran en la teoría del hecho del príncipe.*

    *“Las medidas tomadas por el legislador y que afectan los contratos celebrados por el Estado son también pasibles del hecho del príncipe porque el Parlamento es un órgano del Estado al mismo título que las autoridades ejecutivas: por provenir de órganos diferentes, las medidas en causa emanan siempre de la misma persona pública. Veremos que disposiciones legislativas pueden efectivamente, con ciertas condiciones, dar lugar a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe.*

    *“Un ejemplo muy ilustrativo de estas hipótesis lo constituye la legislación sobre los precios: cuando sea el ministro de economía quien, sobre la base de la Ordenanza de 30 de junio de 1.945 congela las tarifas de una concesión celebrada por el ministro de desarrollo, o bien sea el legislador mismo quien bloquea las cláusulas de variación económica insertas en los contratos públicos, se estará en presencia de disposiciones tomadas por otros órganos del Estado: el hecho del príncipe se configura porque esas disposiciones como esos contratos se celebran siempre en nombre del Estado.*

    *“En el seno de las colectividades públicas secundarias la diferenciación de los órganos es menos fuerte. Ella siempre comporta al menos la del órgano deliberante y del órgano ejecutivo. Un contrato, si es firmado por el segundo, debe ser aprobado normalmente por el primero. Puede ocurrir que solo el órgano ejecutivo, en virtud de poderes que le son propios, tome medidas que tengan consecuencias sobre el contrato, por ejemplo el alcalde en virtud de su poder de policía.*

    “(…).

    “*Teniendo en cuenta, a la vez, la gran diversidad de los órganos del Estado, que no afecta la unidad de su personalidad, y de la importancia de sus intervenciones, que son susceptibles de afectar muy a menudo los contratos, la condición relativa a la autoridad contratante debe conducir a hacer obrar la teoría del hecho del príncipe más para los contratos del Estado que para los contratos de otras personas públicas: para los unos esta condición queda satisfecha con mayor frecuencia que para los otros”.*

    *“De tal manera que, si la medida proviene de otra autoridad pero que pertenece a la misma persona jurídica contratante, será posible hablar de la existencia del hecho del príncipe, siendo el caso típico el de la Nación, persona jurídica que actúa a través de diversos representantes, pero sin dejar de ser ella misma quien toma las decisiones o asume las obligaciones contractuales correspondientes, así como la responsabilidad que de las mismas se pueda derivar”.* [↑](#footnote-ref-74)
75. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, del 28 de julio de 2012, exp. 21.990, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-75)
76. http://www.alcaldiabogota.gov.co/ - Página oficial. [↑](#footnote-ref-76)
77. Fls. 300-301 C3. [↑](#footnote-ref-77)
78. Fls. 235 C1. [↑](#footnote-ref-78)
79. Fls. 252 C1. [↑](#footnote-ref-79)
80. Fl. 258 C1. [↑](#footnote-ref-80)
81. En el año 2006, tras la expedición del Acuerdo Distrital 257 y en el Decreto 558 del mismo año de la Alcaldía Mayor de Bogotá, se realizó la reforma administrativa del Distrito, producto de la cual el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte pasó a ser entidad adscrita de la nueva Secretaría de Cultura Recreación y Deporte, sin sufrir modificaciones en su esencia, pues continúa como un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. [↑](#footnote-ref-81)
82. *“Se considera que el 33, 3% (20 segundos) de cada minuto será dedicado a información de interés general; es decir mensajes relacionados con programas, eventos, campañas y actividades desarrolladas por cualquier entidad de la Alcaldía Mayor de Bogotá los cuales serán autorizados por la oficina de comunicaciones del IDRD. De igual forma se podrán transmitir paneos de las tribunas, repetición de jugadas (previas las autorizaciones tramitadas ante el concesionario ante la DIMAYOR), tablas de posición de los equipos de futbol como mínimo el 16,7% es decir 10 segundos de cada minuto serán dedicados al IDRD a través de mensajes aprobados por la Oficina de Comunicaciones del IDRD. El tiempo disponible para comercialización será el restante de cada minuto*”. [↑](#footnote-ref-82)
83. |  |  |  |
    | --- | --- | --- |
    | **Año** | **Utilidad anual al final del ejercicio según estado de resultados** | **Folios** |
    | 2007 | $458’244.989 27 – 1 de enero al 31 de diciembre de 2007 | (1-188 c2) |
    | 2008 | $1.135’990.413 -1 de enero al 31 de diciembre de 2008 | (1-14 c2) |
    | 2009 | $410’690.024 -1 de enero al 31 de diciembre de 2009 | (1-29 c2) |
    | 2010 | $596’706.598 1 de enero al 31 de diciembre de 2010 | (1-41 c2). |
    | 2011 | $357’177.504 ,50 1 de enero al 31 de diciembre de 2011 | (1-52 c2) |

    [↑](#footnote-ref-83)
84. En realidad, el contrato se firmó en abril 2007. [↑](#footnote-ref-84)
85. Folios 1-1 a 1-7, del dictamen pericial, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-85)
86. Página 17, dictamen pericial, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-86)
87. “***Artículo******74. COSTO DE LOS BIENES INCORPORALES.****El valor de los bienes incorporales concernientes a la propiedad industrial y a la literaria, artística y científica, tales como patentes de invención, marcas, good will, derechos de autor u otros intangibles adquiridos a cualquier título, se estima por su costo de adquisición demostrado, menos las amortizaciones concedidas y la solicitada por el año o período gravable. En caso de que esta última amortización no sea aceptada, el liquidador hará los ajustes correspondientes*”. [↑](#footnote-ref-87)
88. Folio 1.1. del dictamen pericial, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-88)
89. Decreto 2649 de 1993, Artículo 66: "*Son activos intangibles los recursos obtenidos por un ente económico que, careciendo de naturaleza material, implican un derecho o privilegio oponible a terceros, distintos de los derivados de los otros activos, de cuyo ejercicio o explotación pueden obtenerse beneficios económicos en varios períodos determinables, tales como patentes, marcas, derechos de autor, crédito mercantil, franquicias, así como los derechos derivados de bienes entregados en fiducia mercantil. El valor histórico de los activos debe corresponder al monto de las erogaciones claramente identificables en que efectivamente se incurra o se deba incurrir para adquirirlos, formarlos o usarlos, el cual, cuando sea el caso, se debe reexpresar como consecuencia de la inflación*" Así las cosas, se observa que el reconocimiento del good will (incluso el formado) está ligado (su costo) estrictamente a las erogaciones claramente identificables. [↑](#footnote-ref-89)
90. Véase el balance general de 2007, 2008 y 2009 obrantes a los folios 1-187, 1-13 y 1-28, anexos del dictamen pericial. [↑](#footnote-ref-90)
91. |  |  |  |
    | --- | --- | --- |
    | **Año** | **Utilidad anual al final del ejercicio según estado de resultados** | **Folios** |
    | 2007 | $458’244.989 27 – 1 de enero al 31 de diciembre de 2007 | (1-188 c2) |
    | 2008 | $1.135’990.413 -1 de enero al 31 de diciembre de 2008 | (1-14 c2) |
    | 2009 | $410’690.024 -1 de enero al 31 de diciembre de 2009 | (1-29 c2) |
    | 2010 | $596’706.598 1 de enero al 31 de diciembre de 2010 | (1-41 c2). |
    | 2011 | $357’177.504 ,50 1 de enero al 31 de diciembre de 2011 | (1-52 c2) |

    [↑](#footnote-ref-91)
92. Los mismos se encuentran suscritos por el Contador Público Edgar Alirio Molina Medellín y soportados en las certificaciones de ingresos expedidas por los Revisores Fiscales de Hernando de Jesús Builes Yepes (sociedad PublikTecnologías, Información, Comunicaciones y Medio Ambiente SAS) y Gonzalo Alberto Monsalve Muñoz (sociedad Marketmedios Comunicaciones S.A.) fls. 8-199 C2). [↑](#footnote-ref-92)
93. A título ilustrativo se observa que mediante oficio del 2 de junio de 2011 (fls. 216-217 C1), el IDRD solicitó al contratista que allegara el balance general y los estados de resultados con corte a 31 de diciembre de los años 2008, 2009 y 2010, para analizar la procedencia del lucro cesante. Dichos documentos fueron debidamente aportados ante la instancia administrativa por el contratista. [↑](#footnote-ref-93)
94. Se recuerda que la solemnidad no es requisito de perfeccionamiento de todas las tipologías contractuales sino solo en aquellos casos en los que la ley así lo exige. [↑](#footnote-ref-94)