**CLÁUSULA COMPROMISORIA – Extinción de los efectos – Habilitación de las partes para acudir al aparato judicial del Estado**

En el numeral 5.10 del pliego de condiciones que rigió la licitación pública IDU-UEL-010-98, que antecedió la celebración del contrato IDU-UEL-09-273-98 y que, por tanto, hace parte integrante de aquél, se estableció que “… los conflictos o controversias que se presenten entre las partes con relación al contrato se solucionarán, de ser posible, mediante arreglo directo; en caso en que no se llegue a un acuerdo, se acudirá a un Tribunal de Arbitramento el cual funcionará de conformidad con las normas y procedimientos que para el efecto establezca la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá centro de conciliación y arbitraje”. (…) La anterior disposición llevaría, en principio, a que la competencia para resolver la controversia que ahora ocupa la atención de la Sala estuviera en cabeza de un Tribunal de Arbitramento; sin embargo, los efectos del compromiso adquirido por las partes en ese sentido se extinguieron por haber ocurrido la circunstancia prevista en el inciso cuarto del artículo 144 del decreto 1818 de 1998 (…) mediante comunicación del 30 de enero de 2001, el Secretario del Tribunal de Arbitramento informó al apoderado de la parte convocante que, dentro del plazo legal de 10 días, la convocada no consignó la suma que le correspondía por concepto de gastos y honorarios, según lo dispuesto en auto 1 del 13 de diciembre de 2000, razón por la cual le comunicó también que contaba con un plazo de 5 días para consignar, en nombre de su contraparte, el valor faltante, actuación que no desplegó la actora, según se infiere de la demanda.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Competencia del Consejo de Estado**

La Sala es competente para conocer del asunto en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 19 de febrero de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dado que al momento de la interposición del recurso de apelación -26 de febrero de 2009 - el monto para que un proceso tuviera vocación de doble instancia era de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, los cuales, según el salario mínimo mensual vigente para la fecha de presentación de la demanda -2 de abril de 2001 -, ascendían a ciento cuarenta y tres millones de pesos ($143’000.000), mientas que la pretensión mayor se estimó en la demanda en doscientos cincuenta y cinco millones cuatrocientos veinte mil pesos ($255’420.000).

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Incumplimiento del contrato – Desequilibrio económico – Oportunidad para ejercer la acción contractual**

Comoquiera que se trata de una acción encaminada a que se declare el incumplimiento y el rompimiento del equilibrio económico de un contrato sujeto a liquidación y dado que, según la información que obra en el plenario, ese acto no se había realizado hasta la fecha de presentación de la demanda, la caducidad de la acción deber contarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998). (…) En consecuencia, el término de caducidad corrió entre el 9 de octubre de 2000 y el 9 de octubre de 2002 y, comoquiera que la demanda se presentó el 2 de abril de 2001, resulta claro que el ejercicio de la acción fue oportuno.

**INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Presunción de legalidad de los actos administrativos**

Es importante destacar que, con sujeción a la presunción de legalidad de los referidos actos administrativos y sin inmiscuirse en la decisión administrativa que contienen, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acudió a ellos como prueba para determinar que la unión temporal contratista incurrió en un incumplimiento contractual y que, por ese motivo, no podía reclamar en juicio el incumplimiento de su contraparte, argumento que, como se vio, fue debatido por la parte recurrente adentrándose en una discusión que compromete la legalidad de las resoluciones acabadas de mencionar, tema que, se insiste, no puede ser objeto de análisis en este proceso. Así las cosas, dado que los motivos de la apelación en este punto comprometen el análisis de un aspecto que escapa a la competencia de la Sala y en atención a que, descartado su estudio por la razón antedicha, no se observan más argumentos de inconformidad en contra de esa determinación, forzoso resulta para la Sala confirmarla, toda vez que, según la posición unificada de la Sección Tercera de la Corporación, “el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Rompimiento - Definición – Tesis del Consejo de Estado – Correlación y equivalencia en las prestaciones**

Para resolver sobre este punto de la apelación, la Sala comenzará por señalar que el rompimiento del equilibrio económico del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes. La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe”, y “potestas ius variandi” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y paralelamente en la “teoría de la previsibilidad”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que el equilibrio contractual puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato

**DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO– Pruebas valoradas**

Si bien las pruebas a las que acaba de hacerse referencia son indicativas de que la falta de ejecución de ese tramo de la obra podía dar lugar a que se alteraran las condiciones del contrato al punto de resquebrajar el equilibrio económico inicial logrado entre las partes, lo cierto es que, por sí solas, no son suficientes para tener por acreditado ese supuesto, en tanto que no dan cuenta de que, efectivamente, los demandantes hubieran incurrido en los sobrecostos que señalaron en la demanda.

**DICTAMEN PERICIAL – Desequilibrio económico – Sobrecostos**

El dictamen pericial tampoco demuestra que los demandantes hubieren incurrido en mayores costos por concepto de administración, por varias razones: i) la perito juntó en un solo rubro el valor de administración y el de personal, este último que, ya se dijo, no se encuentra acreditado y ii) la perito señaló que los costos por administración y personal se habían fijado en la propuesta en un 18%, pero la propuesta no obra en el expediente ni existen documentos adicionales que permitan constatar esa información. Respecto de los sobrecostos por concepto de los pagos anticipados que habrían realizado los demandantes a proveedores y a subcontratistas y que no se habrían podido recuperar por no haber facturado la totalidad del contrato, tampoco encuentra la Sala acreditado que, efectivamente, se hubieran realizado tales erogaciones, pues, si bien obran en el expediente 4 contratos con Tecnoasfaltos Ltda., cuyo objeto consistió en trabajos de excavación y transporte y, además, en suministro de materiales, lo cierto es que no se acreditó el pago efectivo de lo acordado con esa sociedad

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Liquidación unilateral del contrato – Acto de liquidación unilateral**

La parte demandante arguyó en el recurso de apelación que la liquidación unilateral del contrato, contenida en la resolución 12695 del 26 de diciembre de 2002 y confirmada mediante resolución 2948 del 10 de abril de 2003 , en la que se reconocieron a favor de la unión temporal los valores reclamados por concepto de las obligaciones pendientes de cancelar por parte del IDU, pero que se compensaron con el valor adeudado por la unión temporal contratista por concepto de anticipo, es “inexistente” por haberse hecho por fuera del plazo de caducidad de la acción contractual. En relación con este aspecto debe precisarse que los actos administrativos de liquidación unilateral no fueron demandados en este proceso, porque, al momento de la admisión de la demanda y aún al de la notificación a la contraparte, no habían sido expedidos; sin embargo, dada la negativa de reconocer valor alguno por concepto de las pretensiones de la demanda, la existencia de esos actos y su contenido resulta inane para el estudio del presente caso.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00753-01(36833)**

**Actor: JAIRO CERÓN MARTÍNEZ Y OTRO**

**Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU -**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 19 de febrero de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se despacharon negativamente las súplicas de la demanda.

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

**1. La demanda**

El 2 de abril de 2001, el señor Jairo Cerón Martínez y la Constructora C y R S.A., por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción contractual, solicitaron que, previa citación de la parte demandada y del Ministerio Público, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe como obra en la demanda):

“*PRIMERA: Que el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá D.C., en adelante IDU, incumplió el contrato de obra IDU-UEL-09-273-00-98 y su adicional IDU-UEL-09-237-01-98, celebrados con la UNION TEMPORAL conformada por LA VIALIDAD LTDA., JAIRO CERON MARTINEZ y CONSTRUCTORA C y R S.A., en adelante el CONTRATISTA, incumplimiento consistente en el no pago de las actas de obra Nos. 6-7-8 y 9 del contrato principal; en el no pago de las obras objeto del contrato adicional, y en el no pago de la totalidad de los ajustes de precios de ambos contratos.*

*SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene al IDU pagar a mis representados JAIRO CERON MARTINEZ y CONSTRUCTORA C y R S.A., integrantes de la UNION TEMPORAL LA VIALIDAD LTDA., JAIRO CERON MARTINEZ y CONSTRUCTIRA C y R S.A.*

1. *El valor de las actas de obra 6-7-8 y 9 más los intereses moratorios a la tasa del 12% anual sobre el valor actualizado de dichas actas, según índices de IPC, desde cuando dichas actas han debido pagarse según el contrato, hasta cuando el pago se realice.*
2. *El valor de la obra realizada según contrato adicional IDU-UEL-09-237-01-98, más los intereses moratorios, a la tasa más alta permitida por la ley, desde la realización de las obras hasta cuando el pago se realice.*
3. *El valor de los ajustes de precios sobre todas las actas de obra de los contratos principal y adicional, según índices de IPC, tomando como índice inicial el correspondiente al mes de cierre de la licitación, más los intereses moratorios a la tasa indicada en el artículos 4º de la Ley 80 de 1993, según estimación pericial.*
4. *El saldo del valor de las obras ejecutadas y no incluidas en actas de obra, más corrección monetaria e intereses moratorios de conformidad con el artículo 4º de la Ley 80 de 1993, según estimación pericial.*
5. *El valor de los perjuicios morales según estimativo del Honorable Tribunal.*
6. *El valor actualizado de la cláusula penal prevista en el contrato.*
7. *El valor de las costas del proceso.*

*TERCERA: Que el equilibrio económico de contrato IDU-UEL-09-237-0098 celebrado entre el IDU y el CONTRATISTA, se rompió al no poder éste facturar el valor total del contrato por circunstancias ajenas a su voluntad.*

*CUARTA: Que como consecuencia de la declaración anterior y para restablecer el equilibrio económico del contrato IDU-UEL-09-237-00-98 y su adicional IDU-UEL-09-237-01-98, el IDU debe pagar a mis representados JAIRO CERON MARTINEZ y CONSTRUCTORA C y R S.A.:*

1. *El valor actualizado del stand by del equipo destinado a la obra, según estimación pericial.*
2. *El valor del sobrecosto por concepto de personal y administración, según estimación pericial.*
3. *El valor actualizado de la utilidad dejada de percibir, según estimación pericial.*
4. *El valor actualizado de los costos fijos no recuperados por la no facturación del valor total del contrato, según estimación pericial.*
5. *La diferencia del IVA sobre materiales, entre el impuesto vigente a momento de presentarse la propuesta y el vigente en el momento del pago, en valores constantes, según estimación pericial.*
6. *El valor actualizado de los pagos anticipados hechos a subcontratistas y proveedores y no recuperado por no haberse facturado el valor total de contrato, según estimación pericial.*
7. *El valor proporcional, actualizado, de los gastos de legalización de los contratos principal y adicional, según estimación pericial.*
8. *El valor actualizado de los diseños correspondientes a la carrera 135 (Fontibón).*
9. *El valor de las costas del proceso*”.

**1.1. Hechos**

Como sustento fáctico de sus pretensiones, la parte actora narró que el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- y la unión temporal conformada por La Vialidad Ltda., Jairo Cerón Martínez y la Constructora C y R. S.A. celebraron el contrato IDU-UEL-09-273-00-98 y el contrato adicional IDU-UEL-09-273-00-01-98, para el diseño y la construcción de unas calles en la localidad de Fontibón.

Indicó que el contratista preparó su capacidad operativa en relación con un contrato de $675’000.000 y, de acuerdo con lo pactado, elaboró y entregó al IDU la totalidad de los diseños, pero debido a que la oficina de planeación distrital no autorizó la ejecución de una parte de la obra, únicamente pudo desarrollar un 47.41% de lo estipulado, lo que obligó a los demandantes a incurrir en sobrecostos.

Manifestó que, en cumplimiento de lo consignado en la propuesta y por exigencia de la interventoría, la contratista tuvo que mantener en la obra equipo y material que sólo pudo utilizar en un 39% de lo programado, lo que le generó sobrecostos por aproximadamente $255’420.000; además de los sobrecostos por valor aproximado de $31’000.000 causados por gastos de personal y de administración.

Expresó que la imposibilidad de ejecutar la totalidad del contrato privó a los demandantes de obtener la ganancia legítima esperada y no les permitió recuperar el valor total de los costos fijos ni los pagos realizados a los subcontratistas.

Aseveró la parte actora que incurrió en sobrecosto de aproximadamente $4’000.000 por el pago de IVA del 16% que no tenía previsto, por cuanto, al momento de la presentación de la propuesta, el valor de ese rubro era de $0, hecho que habría sido confirmado por el IDU mediante resolución 1418 del 1 de agosto de 2000.

Dijo que el IDU no pagó la totalidad de las obras ejecutadas, pues, en relación con el contrato principal, dejó de cancelar 4 de las 9 actas de obra, no pagó las obras correspondientes al contrato adicional y tampoco unas obras que se ejecutaron pero no quedaron incluidas en las actas.

Finalmente, relató que, en el capítulo V de los pliegos de condiciones correspondientes al contrato cuyo incumplimiento se solicita declarar, se incorporó una cláusula compromisoria, razón por la cual los demandantes acudieron a la justicia arbitral y consignaron el 50% de los honorarios; sin embargo, como la entidad demandada no pagó el porcentaje que a ella le correspondía, el Tribunal de Arbitramento declaró concluidas sus funciones, mediante proveído del 7 de febrero de 2001[[1]](#footnote-1).

**2. Actuación procesal**

La demanda así presentada el 2 de abril de 2001[[2]](#footnote-2) fue admitida por auto del 20 de junio de ese mismo año[[3]](#footnote-3) y notificada a la parte demandada el 24 siguiente[[4]](#footnote-4) y al Ministerio Público el 26 de esas mismas calendas[[5]](#footnote-5).

**3. La contestación de la demanda**

El Instituto de Desarrollo Urbano contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó unos, negó otros y, respecto de otros, manifestó estarse a lo que resultara probado en el proceso.

Como razones de defensa expuso, en suma, las siguientes:

**3.1.** El valor inicial del contrato fue de $675’000.000, pero éste se adicionó en $36’000.000, para un total de $711’000.000, de los cuales la unión temporal ejecutó un 54%.

**3.2.** La imposibilidad de ejecutar el porcentaje restante no fue atribuible al IDU, sino al contratista, porque era la responsable de elaborar los estudios, los diseños y la construcción de la obra y, además, porque en el pliego de condiciones se previó que el proponente debía consultar con las entidades competentes los documentos que permitieran el desarrollo del objeto contractual.

**3.3.** En cuanto a los sobrecostos reclamados por concepto de la maquinaria y los equipos que el contratista habría tenido disponibles en la obra, si bien en el pliego de condiciones se estableció un mínimo de equipo disponible, ello no implicaba que al contratista se le hubiere exigido una disponibilidad permanente de la maquinaria en la obra.

**3.4.** Pese a la disminución de las metas físicas, el contrato no se suspendió ni existió autorización para el cese de actividades.

**3.5.** En lo que concierne a los sobrecostos por gastos de personal, de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones el proponente era libre de establecer el número de personas a utilizar en el desarrollo de los trabajos, según el enfoque de organización.

**3.6.** En lo relacionado con la reclamación del porcentaje que el contratista habría tenido que sufragar por concepto de IVA, a través de oficio 554206 del 15 de junio de 2000 la Interventoría informó que ese costo sería reconocido en relación con los materiales que fueron gravados con el impuesto con posterioridad a la presentación de la propuesta, para lo cual se debían presentar las facturas correspondientes de acuerdo con la ley, por lo tanto, la parte demandante debía probar que cumplió con lo de su cargo para el reconocimiento de ese rubro, puesto que el Instituto desconocía a qué bienes o materiales se refería y, por tanto, era imposible determinar los valores reclamados por tal concepto.

**3.7.** La falta de pago de las actas de obra correspondientes al contrato inicial se produjo por causas imputables al contratista, toda vez que se tardó en la radicación de las cuentas, lo cual, aunado al trámite que se debía adelantar para su cancelación, llevó a que las reservas presupuestales fenecieran, por lo que el pago sólo podía hacerse cuando se expidieran nuevos certificados de reserva presupuestal.

**3.8.** En relación con las obras del contrato adicional, a la fecha de la contestación de la demanda aún no se habían presentado las cuentas de cobro respectivas.

Por último, el IDU propuso las excepciones de:

- “FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO ACTIVO”, con fundamento en que uno de los miembros de la unión temporal no confirió poder para demandar, a pesar de que, según dijo, era ineludible su integración al proceso como litisconsorcio necesario.

- “FALTA DE LEGITIMACIÓN PARA EXIGIR EL PAGO DE LAS CUENTAS POR CARENCIA DE REPRESENTACIÓN”, con sustento en que, de acuerdo con el documento de constitución de la unión temporal, su representante era el señor Carlos Eduardo Cristancho y, dado que ese acuerdo no ha sido objeto de modificación, el señor Jairo Cerón Martínez carece de legitimación para exigir el pago de las cuentas.

Indicó, además, que el señor Pablo Yesid Castillo, representante legal de una de las sociedades integrantes de la unión temporal, desconocía la determinación de los demás integrantes de presentar la demanda en cuestión.

- “INEFICACIA DE CESIÓN DE DERECHOS”, pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, debe considerarse ineficaz la cesión realizada entre los integrantes de la unión temporal, por encontrarse expresamente prohibida por la ley.

- “INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE PAGAR CUENTAS RADICADAS POR HABER OPERADO LA COMPENSACIÓN LEGAL”, ya que, a la fecha de contestación de la demanda, no existe obligación de la entidad de cancelar las actas de obra correspondientes al contrato principal, porque, a través de resolución 1143 de 2000, se declaró la ocurrencia del siniestro de mal manejo del anticipo (por un valor de $119’391.575) y se dispuso que esa suma se descontaría de los saldos existentes a favor del contratista, por lo cual operó la compensación por ministerio de la ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 175 del Código Civil.

Explicó que en el desarrollo del contrato hubo disminución de las metas físicas, por causas imputables a la parte demandante, puesto que era su obligación verificar todos los mecanismos básicos que condujeran al cumplimiento del objeto contractual.

Al respecto, señaló que, según la resolución 1418 del 2000, el Departamento Administrativo de Planeación Distrital confirmó que la carrera 135, entre las calles 23 y 24, hacía parte del corredor de la avenida Luis Carlos Galán y, por ello, sólo podía construirse como una vía tipo V-3, es decir, con un ancho mínimo de 30 metros, hecho que impidió que se ejecutara esta parte de la obra, porque su diseño y presupuesto correspondió a una vía con un ancho mínimo de 8 metros, peatonal con paso vehicular restringido. Agregó que, a pesar de la anterior circunstancia, el contratista no restituyó el valor que había recibido por concepto de anticipo para ese tramo de la obra.

- “NON ADIMPLETI CONTRACTUS”, pues la disminución de las obras del contrato se debió a causas imputables al contratista, porque su obligación no se limitaba a tener en cuenta los estudios a realizar, sino que le correspondía también verificar los impedimentos físicos que se pudieran presentar.

Insistió que la contratista no radicó las cuentas de cobro correspondientes al contrato inicial a tiempo para su pago y que, a la fecha de la contestación, no había presentado las cuentas de cobro del contrato adicional[[6]](#footnote-6).

**4. Llamamiento en garantía**

En la misma fecha en que contestó la demanda, pero en escrito separado, el Instituto demandado solicitó que se vinculara al proceso, en calidad de llamado en garantía, al Distrito Capital – Secretaría de Gobierno – Fondo de Desarrollo Local de Fontibón, con fundamento en que el proceso licitatorio que dio lugar al contrato cuyo incumplimiento se solicita declarar se abrió de acuerdo con el listado de las obras enviadas por el alcalde local de Fontibón con el correspondiente análisis de conveniencia.

Explicó que, de acuerdo con lo previsto en el decreto 178 de 1996, por medio del cual se realizaron unas delegaciones, el IDU tenía la facultad de contratar, ordenar gastos y pagos con cargo al presupuesto de los fondos de desarrollo local en los programa, subprogramas y proyectos del plan de desarrollo local, pero que el Alcalde Mayor de Bogotá era el representante de tales fondos.

Señaló también que, en desarrollo de esa delegación, el IDU expidió la resolución 1418 del 1 de agosto de 2000, por medio de la cual saneó “un vicio de trámite”, en consideración a que la carrera 135, entre las calles 23A y 24, sólo podía construirse como una vía tipo V-3, pero que, de acuerdo con el decreto 178 de 1996, las unidades ejecutivas locales eran las que debían contar con un grupo interdisciplinario para atender los aspectos relativos a planeación, programación, revisión y elaboración de los componentes técnicos y legales, para asegurar una contratación exitosa bajo los principios de la ley 80 de 1993.

En cuanto a la tardanza en el pago de las cuentas, indicó que el IDU se sujetó a las disponibilidades presupuestales remitidas por el Fondo de Desarrollo Local y al trámite de las mismas por parte del Fondo[[7]](#footnote-7).

El llamamiento fue aceptado mediante proveído del 29 de agosto de 2002[[8]](#footnote-8), la notificación personal se surtió el 11 de octubre de ese mismo año[[9]](#footnote-9) y el Distrito Capital lo contestó de manera extemporánea[[10]](#footnote-10).

**5. Acumulación**

Mediante escrito presentado el 2 de agosto de 2002, el apoderado de la parte demandante solicitó que se acumulara al proceso de la referencia, el radicado bajo el número 20011929, en el que actuaron Liberty Seguros S.A. como demandante y el IDU como demandado y se debatió la legalidad de la resolución 1143 del 16 de junio de 2000, por la cual el Instituto declaró “la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de anticipo” correspondiente al contrato IDU-UEL-09-273-00-98[[11]](#footnote-11). A través de auto del 13 de marzo de 2003[[12]](#footnote-12), se aceptó la acumulación de los procesos.

Decretada la acumulación, por auto del 4 de junio de 2003 se ordenó notificar a La Vialidad Ltda.[[13]](#footnote-13). Consta en el expediente que, mediante comunicación del 17 de octubre de 2003, se citó a esta sociedad para que compareciera a notificarse del proveído dictado el 2 de octubre de 2001 dentro del proceso 2001-1929, por medio del cual se admitió la demanda presentada por Libertuy Seguros S.A.[[14]](#footnote-14), pero no fue posible surtir la notificación personal, por lo cual se le notificó por aviso[[15]](#footnote-15).

Posteriormente, mediante proveído del 12 de mayo de 2005, se aceptó el desistimiento de la demanda presentada por Liberty Seguros S.A. y, en consecuencia, se declaró terminado el proceso 2001-1929[[16]](#footnote-16).

**6. La sentencia impugnada**

Mediante sentencia del 19 de febrero de 2009, el Tribunal Administrativo Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda.

Antes de abordar el estudio de fondo del caso, el Tribunal resolvió negativamente las excepciones de “FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO ACTIVO” y de “FALTA DE LEGITIMACIÓN PARA EXIGIR EL PAGO DE LAS CUENTAS POR CARENCIA DE REPRESENTACIÓN”.

Por considerar que ambas excepciones tienen relación directa, las resolvió de manera conjunta diciendo que, de acuerdo con la jurisprudencia vigente para el momento en que se profirió el fallo, las uniones temporales carecían de capacidad para comparecer como partes dentro de un proceso judicial, de modo que, por no tratarse de una persona jurídica diferente a sus integrantes, el interés para accionar era de cada uno de ellos en forma individual, sin que fuera dable al juez vincular oficiosamente a quien no ejerció su derecho, por no configurarse un litisconsorcio necesario, toda vez que a cada sujeto le asistían intereses jurídicos diferentes, propios e independientes. Dijo que hay un litisconsorcio facultativo voluntario, porque la acción se presentó con fundamento en los derechos que le asistían a los demandantes de conformidad con el acta de constitución de la unión temporal, sin que afectara a los demás miembros que la conformaron y manifestó que en el presente caso no se requería de la presencia de todos ellos para resolver de fondo el asunto, por lo cual las excepciones propuestas con fundamento en esa circunstancia no estaban llamadas a prosperar. Agregó que, en todo caso, con posterioridad a la acumulación de los procesos se notificó por aviso quien no demandó.

Al analizar la pretensión de incumplimiento contractual, el a quo señaló que no era de recibo que la parte actora, sin haber amortizado la totalidad del anticipo y, por tal razón, habiendo incumplido lo estipulado en el parágrafo tercero de la cláusula séptima del contrato, pretendiera el pago de unas actas de obra y otras erogaciones.

Destacó que, estando en ejecución el contrato, el IDU profirió la resolución 1143 del 16 de junio de 2000, por medio de la cual declaró la ocurrencia del siniestro de mal manejo e inversión del anticipo, acto administrativo cuya presunción de legalidad no fue desvirtuada en razón del desistimiento de la demanda que en su contra había presentado Liberty Seguros S.A.

Dijo, además, que los pagos reclamados por el actor fueron reconocidos por el Instituto demandado mediante resolución 12695 del 26 de diciembre de 2002, por medio de la cual liquidó unilateralmente el contrato, acto que, a juicio del Tribunal, fue expedido dentro de los límites de competencia, toda vez que “la entidad pierde competencia cuando una de las partes contratantes acude al Juez (sic) del Contrato (sic) para solicitar la liquidación…”.

Al pronunciarse en relación con la pretensión de desequilibrio económico del contrato, señaló que si bien se encontraba establecido que se excluyó de la ejecución las obras relacionadas con la carrera 135, por haberse considerado como una vía tipo V-9, cuando en realidad era tipo V-3, lo cierto era que la parte demandante no acreditó que ese hecho hubiere alterado las condiciones del contrato al punto de romper el equilibrio económico.

Con apoyo en las pruebas que obran en el proceso, el a quoindicó que el contratista fue notificado de la imposibilidad de intervenir la carrera 135 entre calles 23A y 24 el 28 de enero de 2000, por lo cual no había fundamento alguno para justificar su permanencia en la obra en relación con ese tramo y que lo que se demostró fue que las labores que ejecutó hasta el 22 de febrero de 2000 no tenían relación con él.

Agregó que con el dictamen que se rindió en el proceso no se probó que los equipos que estaban en la obra se encontraran en stand by, puesto que en el dictamen simplemente se realizó un estimativo de lo que el equipo realmente trabajó. Indicó que los contratos que obran en el expediente no dan cuenta de sobrecosto alguno, porque no acreditan el pago efectivo de los suministro y tampoco se probó que los costos se hubieren producido durante la época en que la parte actora se habría encontrado en stand by. Lo mismo predicó respecto de la nómina de personal a cargo de la ejecución del contrato[[17]](#footnote-17).

**7. El recurso de apelación**

La parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, solicitó que se revocara íntegramente y que, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su oposición, expuso que, después de que el contratista invirtió correctamente la totalidad del anticipo recibido y ejecutó la obra en un 50%, el Departamento Administrativo de Planeación Distrital le impidió ejecutar el 50% restante, lo que constituyó un hecho del príncipe que causó efectos devastadores para la parte actora, la cual tuvo que incurrir innecesariamente en costos extraordinarios de administración, de personal y de equipos, además de que el IDU no pagó gran parte de lo ejecutado, lo que condujo a la pérdida de la utilidad esperada.

Aseveró que el hecho del príncipe no fue negado por el IDU (que llamó en garantía al Distrito Capital), ni por el Tribunal, pero que le atribuyeron la responsabilidad a Planeación Distrital, con lo cual habrían tergiversado el significado de esa figura del derecho.

Indicó que si el anticipo no se amortizó totalmente fue porque el hecho del príncipe lo impidió y que, además, tanto el director de la obra como el interventor manifestaron que esos dineros se invirtieron total y correctamente en las labores contratadas.

Señaló también que, en atención a que el anticipo lo constituyen dineros públicos, si éste se invirtió correctamente pero no se logra su amortización porque el Estado lo impide, la pérdida la debe asumir el dueño de los recursos y no el contratista.

De otra parte, argumentó que lo dicho por el Tribunal respecto de la liquidación unilateral del contrato desconoce la ley, en tanto que el acto se profirió tres años después de expirado el plazo del contrato, tiempo superior al previsto en el artículo 60 de la ley 80 de 1993 (en concordancia con el numeral 10 de literal d) del Código Contencioso Administrativo) y mayor, también, al término de caducidad de la acción contractual, supuesto de donde concluyó que el acto era “inexistente”[[18]](#footnote-18).

**8. Actuación en segunda instancia**

**8.1.** Mediante auto del 18 de agosto de 2009 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 19 de febrero de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca[[19]](#footnote-19). A través de proveído del 12 de noviembre del mismo año se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo[[20]](#footnote-20), oportunidad procesal en la que las partes demandante[[21]](#footnote-21) y demandada[[22]](#footnote-22) se pronunciaron para insistir en los argumentos que presentaron en defensa de sus intereses en el curso del proceso.

**8.2.** El Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto para solicitar que se confirme la decisión de primera instancia.

En cuanto a la pretensión de incumplimiento del contrato, el Ministerio Público expresó que no podía prosperar, porque la parte actora desatendió sus obligaciones contractuales al no realizar la correcta inversión y manejo del anticipo.

Agregó que en este caso operó la compensación legal de que tratan los artículos 1714 al 1723 del Código Civil, toda vez que, de una parte, la unión temporal adeudaba al IDU la suma de $119’391.575, por concepto del anticipo que no amortizó, valor que quedó expresado en un acto administrativo cuya presunción de legalidad no fue desvirtuada y, de otra, el IDU adeudaba a la contratista el valor de las actas de obra cuyo pago se reclama a través de este proceso judicial.

Con base en lo anterior, señaló que los pagos reclamados por la parte actora quedaron extinguidos en virtud de la compensación legal que operó, quedando un saldo a favor de la entidad pública de $4’286.474, según el acta de liquidación unilateral del contrato.

En lo que concierne a la pretensión de rompimiento del equilibrio económico del contrato, dijo que la imposibilidad técnica de ejecutar la totalidad de las obras contratadas no era imputable a la entidad demandada sino a la imprevisión de la unión temporal contratista, ya que, según lo establecido en los términos de referencia y lo pactado en el contrato, a ella correspondía realizar los estudios y diseños, entre ellos, el diseño vial definitivo y también se obligó a consultar con las entidades competentes las autorizaciones y permisos necesarios para el desarrollo de la obra.

Señaló que, de acuerdo con la información documental que obra en el proceso, a escasos meses de finiquitar el plazo del contrato el Departamento Administrativo de Planeación desconocía el diseño del proyecto que se iba a desarrollar sobre la carrera 135, lo cual, a juicio del Ministerio Público, pone en evidencia la falta de cuidado del contratista y su imprevisión frente a las obras que se comprometió a ejecutar.

Dijo que, si en gracia de discusión se llegara a aceptar que al IDU le cabía algún grado de responsabilidad respecto de la situación presentada, esa circunstancia no era suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que era carga de la parte actora demostrar los perjuicios que sufrió y su cuantía, pero ésta únicamente allegó un cuadro de resumen de la maquinaria en stand by desde junio de 1999 a diciembre de ese año, sin adjuntar documentos o informes idóneos que permitieran sustentar los datos y proyecciones contenidos en dicho cuadro.

Al referirse a los mayores costos reclamados por maquinaria en stand by, dijo que, de acuerdo con el libro de obra, si bien no fue posible intervenir la carrera 135, de manera simultánea el contratista desarrollaba obras en otros frentes contratados y agregó que, si Planeación Distrital informó el 28 de enero de 2000 acerca de la falta de autorización de la intervención de esa vía, no se explica la razón por la cual el contratista permaneció en obra hasta el 30 de marzo de ese año.

Aseveró que tampoco se acreditaron sobrecostos por pagos anticipados a proveedores y subcontratistas, pues no se demostró su pago efectivo y tampoco que los materiales contratados hubiesen tenido como única destinación el tramo correspondiente a la carrera 135 y, en cuanto a los comprobantes de nómina, manifestó que éstos y los comprobantes de egreso no eran suficientes para demostrar la erogación por ese concepto.

Finalmente, señaló que el dictamen pericial practicado dentro del proceso no cuenta con elementos de juicio suficientes que ofrezcan convicción y certeza y, por tanto, no permite comprobar que el contratista se hubiere visto afectado patrimonialmente como consecuencia de la imposibilidad de ejecutar la totalidad del contrato[[23]](#footnote-23).

**II. CONSIDERACIONES**

**1. Extinción de los efectos de la cláusula compromisoria y habilitación de las partes para acudir a la justicia ordinaria**

En el numeral 5.10 del pliego de condiciones que rigió la licitación pública IDU-UEL-010-98, que antecedió la celebración del contrato IDU-UEL-09-273-98 y que, por tanto, hace parte integrante de aquél, se estableció que “… los conflictos o controversias que se presenten entre las partes con relación al contrato se solucionarán, de ser posible, mediante arreglo directo; en caso en que no se llegue a un acuerdo, se acudirá a un Tribunal de Arbitramento el cual funcionará de conformidad con las normas y procedimientos que para el efecto establezca la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá centro de conciliación y arbitraje”[[24]](#footnote-24).

La anterior disposición llevaría, en principio, a que la competencia para resolver la controversia que ahora ocupa la atención de la Sala estuviera en cabeza de un Tribunal de Arbitramento; sin embargo, los efectos del compromiso adquirido por las partes en ese sentido se extinguieron por haber ocurrido la circunstancia prevista en el inciso cuarto del artículo 144 del decreto 1818 de 1998[[25]](#footnote-25), que dispone:

“Artículo 144. En firme la regulación de gastos y honorarios, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes lo que a ella corresponda. El depósito se hará a nombre del presidente del Tribunal, quien abrirá una cuenta especial.

Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquélla podrá hacerlo por esta dentro de los cinco días siguientes…

(…)

Vencidos los términos previstos para efectuar la consignación total, si esta no se realizare, el Tribunal declarará mediante auto concluidas sus funciones y se extinguirán los efectos del compromiso, o los de la cláusula compromisoria para este caso, quedando las partes en libertad de acudir a la justicia ordinaria”.

Consta en el proceso que, mediante comunicación del 30 de enero de 2001, el Secretario del Tribunal de Arbitramento informó al apoderado de la parte convocante que, dentro del plazo legal de 10 días, la convocada no consignó la suma que le correspondía por concepto de gastos y honorarios, según lo dispuesto en auto 1 del 13 de diciembre de 2000, razón por la cual le comunicó también que contaba con un plazo de 5 días para consignar, en nombre de su contraparte, el valor faltante, actuación que no desplegó la actora, según se infiere de la demanda[[26]](#footnote-26).

Ahora bien, aunque en el expediente no obra el auto por medio del cual el Tribunal de Arbitramento declaró concluidas sus funciones, sí existen elementos de juicio suficientes que permiten constatar que así ocurrió.

De ello da cuenta no solamente el documento al que acaba de hacerse referencia, en concordancia con lo manifestado por la parte actora en la demanda, sino también la actuación asumida por el Instituto demandado en el curso del proceso y, específicamente, el oficio STPL 4300-1251 del 24 de abril de 2001, dirigido por el Director Técnico de Malla Vial del IDU a la firma interventora del contrato, en el que le comunicó que (se transcribe como obra en el documento):

“[L]a Dirección técnica Legal mediante memorando STPJ 6400-497 de marzo 27 de 2001, informó que el Tribunal de Arbitramento resolvió declarar concluidas sus funciones en el caso de la demanda presentada por Jairo Cerón Martínez y Constructora C&R S.A…”[[27]](#footnote-27)

Así, entonces, al existir coincidencia entre las partes del proceso en cuanto a que el Tribunal de Arbitramento declaró concluidas sus funciones y al tener soporte documental al respecto, forzoso resulta tener por acreditado ese hecho y, en consecuencia, concluir que, de acuerdo con la ley, los efectos de la cláusula compromisoria se extinguieron y las partes quedaron en libertad de acudir a la justicia ordinaria, como en efecto ocurrió.

**2. Competencia del Consejo de Estado para conocer del proceso en segunda instancia**

La Sala es competente para conocer del asunto en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 19 de febrero de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dado que al momento de la interposición del recurso de apelación -26 de febrero de 2009[[28]](#footnote-28)- el monto para que un proceso tuviera vocación de doble instancia era de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, los cuales, según el salario mínimo mensual vigente para la fecha de presentación de la demanda -2 de abril de 2001[[29]](#footnote-29)-, ascendían a ciento cuarenta y tres millones de pesos ($143’000.000), mientas que la pretensión mayor se estimó en la demanda en doscientos cincuenta y cinco millones cuatrocientos veinte mil pesos ($255’420.000).

Se suma a lo anterior que el artículo 75 de la ley 80 de 1993[[30]](#footnote-30) prescribe expresamente que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la contencioso administrativa y, comoquiera que en este caso el contrato cuyo incumplimiento y rompimiento de la ecuación económica se pretende se celebró entre una unión temporal y el Instituto de Desarrollo Urbano[[31]](#footnote-31), dable es concluir que esta jurisdicción es competente para asumir el conocimiento de la demanda instaurada en contra de este último.

**3. Oportunidad de la acción**

Comoquiera que se trata de una acción encaminada a que se declare el incumplimiento y el rompimiento del equilibrio económico de un contrato sujeto a liquidación y dado que, según la información que obra en el plenario, ese acto no se había realizado hasta la fecha de presentación de la demanda, la caducidad de la acción deber contarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998), que señala:

“d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”.

De acuerdo con lo estipulado por las partes en la cláusula décima del contrato[[32]](#footnote-32), el plazo de ejecución se pactó en 10 meses contados a partir de la orden de iniciación, la cual tuvo lugar el 8 de febrero de 1999[[33]](#footnote-33), y, por lo tanto, el plazo iba hasta el 8 de diciembre de 1999; sin embargo, el 7 de esos mismos mes y año las partes acordaron prorrogarlo por 30 días[[34]](#footnote-34), esto es, hasta el 7 de enero de 2000 y en esta última fecha, una vez más, pactaron ampliar el plazo de ejecución en 90 días[[35]](#footnote-35), es decir, hasta el 6 de abril de 2000.

Las partes incluyeron en el clausulado del contrato la obligación de liquidarlo según lo previsto en el artículo 60 de la ley 80 de 1993 que disponía, para ese entonces[[36]](#footnote-36), un plazo de 4 meses para llevar a cabo ese acto de manera bilateral, término que en este caso transcurrió entre el 7 de abril y el 7 de agosto de 2000 y, de acuerdo con la ley 446 de 1998, vigente ya para la fecha de celebración del contrato, el IDU contaba con dos meses más para liquidarlo de manera unilateral, es decir, hasta el 8 de octubre de ese mismo año.

En consecuencia, el término de caducidad corrió entre el 9 de octubre de 2000 y el 9 de octubre de 2002 y, comoquiera que la demanda se presentó el 2 de abril de 2001, resulta claro que el ejercicio de la acción fue oportuno.

**4. La legitimación de las partes**

Sea lo primero señalar que, de conformidad con la jurisprudencia reiterada de la Sección Tercera de la Corporación, la legitimación en la causa es un presupuesto necesario para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado[[37]](#footnote-37), razón por la cual el asunto debe ser estudiado en este proceso.

En relación con el señor Jairo Cerón Martínez y con la Constructora C&R S.A., que conforman la parte actora del presente litigio, este presupuesto se encuentra acreditado respecto de la mayoría de las pretensiones de la demanda, toda vez que, si bien el contrato cuya declaración de incumplimiento y rompimiento del equilibrio económico se pretende se celebró con la unión temporal integrada por esas dos personas y por La Vialidad Ltda., lo cierto es que esta figura asociativa no constituye una persona diferente a la de quienes la conformaron.

En este sentido y teniendo en cuenta que, de acuerdo con el documento de constitución de la unión temporal[[38]](#footnote-38), a La Vialidad Ltda. le correspondió realizar los estudios y diseños contratados, mientras que a los demandantes les correspondió desarrollar las actividades relacionadas con la etapa constructiva, puede decirse que éstos últimos están legitimados para pretender la declaratoria de incumplimiento y rompimiento del equilibrio económico del negocio jurídico, en tanto que las pretensiones están encaminadas a reclamar los perjuicios padecidos por ellos en relación con la parte de ejecución del contrato que asumieron, por lo cual se concluye que, en lo atinente a esas reclamaciones, los actores tiene interés para demandar y, además, que entre los miembros de la unión temporal no se configuró, para este juicio y respecto de esas pretensiones, un litisconsorcio necesario con La Vialidad Ltda, también integrante de la unión temporal con la que contrató el IDU.

Ahora bien, en lo que concierne a la pretensión tendiente a que se reconozca de manera consecuencial a la declaratoria de rompimiento del equilibrio económico del contrato el valor actualizado de los diseños correspondientes a la carrera 135, los demandantes, individualmente considerados, carecen de legitimación para reclamar ese perjuicio, pues, como se acaba de indicar, el componente del negocio jurídico relacionado con los estudios y diseños lo asumió La Vialidad Ltda., razón por la cual sería ésta la legitimada para reclamar dicha actualización, si a ello hubiere lugar, o, en su defecto, la unión temporal, cuya capacidad para constituirse en parte procesal ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sección con fundamento el artículo 7 de la ley 80 de 1993[[39]](#footnote-39).

En relación con el Instituto Urbano de Desarrollo se encuentra acreditada su legitimación por ser la parte contratante en el negocio jurídico cuyo incumplimiento y rompimiento del equilibrio económico se pretende sea declarado.

**5. El objeto de la apelación**

La parte impugnante pretende que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y que, en su lugar, que se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda, de las cuales, unas están relacionadas con el incumplimiento del contrato por la falta de pago de unas obligaciones contractuales y, las otras, con el presunto rompimiento del equilibrio económico que se habría generado en contra de la unión temporal contratista, por la imposibilidad de ejecutar la totalidad del objeto pactado.

**5.1. La pretensión de incumplimiento contractual**

La decisión de negar esta pretensión fue atacada por la parte recurrente con fundamento en que el Tribunal no declaró el incumplimiento del IDU por considerar que la unión temporal incumplió sus obligaciones por no amortizar la totalidad del anticipo, desconociendo que, según dijo, ese hecho se habría producido como consecuencia del rompimiento del equilibrio económico ocasionado por la imposibilidad de ejecutar la totalidad de la obra por falta de autorización del Departamento Administrativo de Planeación Distrital en relación con la intervención de la carrera 135 entre calles 23A y 24.

Al margen de lo que pudiera señalarse en este punto respecto de la diferencia que existe entre la figura del rompimiento del equilibrio económico del contrato y la del incumplimiento[[40]](#footnote-40), lo cierto es que el argumento central que soporta en este punto la impugnación, que se refiere a las razones por las cuales no se amortizó la totalidad del anticipo, compromete el análisis de un tema que escapa a la competencia de la Sala, toda vez que comporta el estudio de una situación que quedó definida en un acto administrativo cuya legalidad no fue demandada en este juicio, ni se ha desvirtuado en otro y, por tanto, aún se presume.

En efecto, consta en el proceso que, mediante resolución 1143 del 6 de junio de 2000[[41]](#footnote-41), el Instituto de Desarrollo Urbano declaró “la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de anticipo”, decisión que confirmó el 9 de mayo de 2001 a través de resolución 1182, actos administrativos que fueron demandados por Liberty Seguros S.A. en proceso que se acumuló al que ahora se decide, pero que, por desistimiento de la demandante, terminó antes de que se profiriera sentencia de primera instancia, con lo cual se conservó incólume la presunción de legalidad de tales resoluciones.

Es importante destacar que, con sujeción a la presunción de legalidad de los referidos actos administrativos y sin inmiscuirse en la decisión administrativa que contienen, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acudió a ellos como prueba para determinar que la unión temporal contratista incurrió en un incumplimiento contractual y que, por ese motivo, no podía reclamar en juicio el incumplimiento de su contraparte, argumento que, como se vio, fue debatido por la parte recurrente adentrándose en una discusión que compromete la legalidad del las resoluciones acabadas de mencionar, tema que, se insiste, no puede ser objeto de análisis en este proceso.

De hecho, en la providencia apelada, el a quo señaló (se transcribe como obra en la sentencia):

“En ese orden de ideas, **si el contratista no realiza una buena inversión del anticipo** conforme a lo consagrado en la ley y a lo estipulado en el contrato, **el contratista se encuentra incumplimiento el contrato** y por ende no le es dable hacer exigible las obligaciones a la entidad contratante quien no se encuentra obligada a cumplir.

“(…)

“En efecto dentro del expediente se encuentra probado:

“(…)

“2. Durante la ejecución del contrato la entidad profirió la Resolución No 11443 del 16 de junio de 2000, mediante la cual el IDU declaró la ocurrencia del siniestro, con fundamento en que el contratista no realizó una buena inversión y manejo del anticipo; acto administrativo que goza de presunción de legalidad, contra el cual el contratista no demandó en su oportunidad procesal mediante el ejercicio de la acción pertinente”.

Así las cosas, dado que los motivos de la apelación en este punto comprometen el análisis de un aspecto que escapa a la competencia de la Sala y en atención a que, descartado su estudio por la razón antedicha, no se observan más argumentos de inconformidad en contra de esa determinación, forzoso resulta para la Sala confirmarla, toda vez que, según la posición unificada de la Sección Tercera de la Corporación, “el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior”[[42]](#footnote-42).

**5.2. El rompimiento del equilibrio económico del contrato**

En lo que a esta pretensión concierne, la parte apelante también se refirió a aspectos relacionados con la amortización del anticipo, respecto de los cuales la Sala no se pronunciará por las razones indicadas en el acápite que antecede; sin embargo, comoquiera que, a diferencia de lo que ocurrió con la anterior pretensión, en ésta sí arguyó otros argumentos, se procede a resolverlos.

Insistió la parte en mención en que el rompimiento del equilibrio económico del contrato se habría ocasionado por la imposibilidad de ejecutar la obra en su totalidad, debido a la determinación del Departamento Administrativo de Planeación Distrital de no autorizar la intervención de la carrera 135 entre calles 23A y 24, circunstancia que, dijo, constituía un hecho del príncipe, cuya configuración habría producido efectos devastadores para los contratistas que debieron incurrir, innecesariamente, en costos extraordinarios de administración, de personal y de equipo.

Para resolver sobre este punto de la apelación, la Sala comenzará por señalar que el rompimiento del equilibrio económico del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina *“*hecho del príncipe*”*, y *“*potestas ius variandi*”* (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada *“*teoría de la imprevisión*”* y paralelamente en la *“*teoría de la previsibilidad*”.* Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que el equilibrio contractual puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

Ahora bien, revisado el expediente se observa que, si bien se demostró que no se ejecutó la totalidad del contrato porque el Departamento Administrativo Distrital de Planeación no autorizó la intervención de la carrera 135 entre calles 23A y 24, lo cierto es que la parte actora no acreditó que ese hecho hubiera alterado de tal manera las condiciones económicas inicialmente pactadas que las hubiera roto y, mucho menos, que hubiera sido producto de la configuración de la teoría del hecho del príncipe, como alegó.

En efecto, el objeto del contrato IDU-UEL-09-273-00-98, celebrado el 28 de diciembre de 1998, consistió en “realizar los estudios y diseños, a precio global fijo, y la construcción a precios unitarios con reajustes de pavimentos locales y accesos a barrios de la localidad de Fontibón cuya ubicación se encuentra determinada en el numeral 1.1 de los Pliegos de Condiciones (sic), de conformidad con la propuesta presentada el 24 de septiembre de 1998 con las especificaciones indicadas en los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública (sic) IDU-LP-UEL-010-98 y bajo las condiciones estipuladas en los ESTUDIOS Y DISEÑOS”[[43]](#footnote-43).

Dentro de las vías contempladas para la ejecución del contrato se previó la carrera 135 entre calles 23A y 24, cuya intervención no fue posible porque el Departamento Administrativo de Planeación Distrital no lo autorizó[[44]](#footnote-44), con fundamento en que hacía parte del corredor de la avenida Luis Carlos Galán, sobre la cual estaban localizados los desarrollos legalizados Florencia, con plano F377/4-1, y Prados de la Alameda I y II, con plano F378/4-01, a los que ya se les había establecido parametrización definitiva, según informó ese Departamento al IDU en oficio 6000 del 26 de enero de 2000[[45]](#footnote-45).

Consta en el proceso que, mediante comunicación del 11 de agosto de 1999[[46]](#footnote-46), la unión temporal le manifestó al IDU que la supresión del tramo de la obra correspondiente a la carrera 135 entre calles 23A y 24, rompería el equilibrio económico del contrato en su contra, puesto que su ejecución correspondía al 40% del valor total pactado; en ese mismo sentido, en oficio del 18 de enero de 2000, por medio del cual la interventoría le solicitó al Departamento Administrativo de Planeación Distrital que reconsiderara la decisión de no autorizar la intervención de esa vía, se señaló que su construcción representaba el 40% del valor total del contrato, por lo que no ejecutarla implicaría un rompimiento de las condiciones económicas inicialmente pactadas en el contrato de la unión temporal contratista[[47]](#footnote-47).

Si bien las pruebas a las que acaba de hacerse referencia son indicativas de que la falta de ejecución de ese tramo de la obra podía dar lugar a que se alteraran las condiciones del contrato al punto de resquebrajar el equilibrio económico inicial logrado entre las partes, lo cierto es que, por sí solas, no son suficientes para tener por acreditado ese supuesto, en tanto que no dan cuenta de que, efectivamente, los demandantes hubieran incurrido en los sobrecostos que señalaron en la demanda.

La parte actora afirmó que, como consecuencia de la imposibilidad de intervenir la vía en cuestión, tuvo que incurrir en sobrecostos por concepto de stand by de equipo destinado a la obra, personal y gastos de administración, costos fijos, pagos anticipados a proveedores y a contratistas no recuperados por no haber facturado la totalidad del contrato. Para acreditar los costos en los que habrían incurrido los demandantes por concepto de los equipos que habrían tenido paralizados ante la imposibilidad de intervenir el tramo de la obra correspondiente a la carrera 135, la parte actora aportó al proceso un documento[[48]](#footnote-48) en el que señaló un saldo a su favor por valor total de $264’100.000; sin embargo, dicho documento no da cuenta de que se hubieren causado tales erogaciones, puesto que simplemente relaciona, desde junio de 1999 a diciembre de ese año, unos equipos, unas horas en stand by y un valor total y, de manera separada, relaciona los equipos, las horas realmente trabajadas y un valor total que, al restarse al primero, arroja el resultado indicado, peros esa información no encuentra respaldo probatorio alguno en el expediente y el documento que la contiene ni siquiera está suscrito.

En cambio, la información que obra en el proceso demuestra que, en relación con la carrera 135 entre calles 23A y 24, los diseños se entregaron apenas el 4 de octubre de 1999[[49]](#footnote-49), por lo cual resulta al menos cuestionable que asevere que mantuvo equipos en espera de iniciar obras desde junio de 1999, es decir, desde antes de que entregara los diseños respectivos.

Ahora bien, al rendir su testimonio dentro del proceso, el señor Uriel Chacón Jiménez, quien dijo tener conocimiento de los hechos por haber sido el director de la obra, manifestó (se transcribe como obra en el original):

“Durante el tiempo de **suspensión de la obra que fue más o menos finalizando noviembre de 1999 hasta el 30 de marzo del 2000**, no se pudo realizar ninguna obra en razón a la determinación que había tomado planeación Distrital. El IDU solicitó a la Unión Temporal se ampliara el contrato hasta el 30 de marzo de 2000, con el fin de que en este lapso de tiempo el IDU resolviera la situación presentada, y fuimos notificados el 28 de enero de 2000, mediante el libro de obra que definitivamente no se iba a realizar la construcción de la cra 135; anoto que el IDU solicitó dejar el personal y el equipo que **había estado realizando los otros 9 frentes de trabajo**, para ejecutar esta obra que en definitiva no se pudo realizar, la Unión Temporal asumió todos los costos del stand by del equipo como de personal, así como los gastos administrativos correspondientes”[[50]](#footnote-50) (destaca la Sala).

Según el testimonio, entonces, los equipos y el personal que el IDU habría requerido que se mantuvieran en la obra fueron aquellos que habían estado trabajando en los otros 9 frentes del contrato, frentes que, según la bitácora de la obra[[51]](#footnote-51), se ejecutaron desde el 8 de junio – fecha de inicio de la construcción[[52]](#footnote-52), hasta después del 28 de enero de 2000, cuando quedó definitivamente establecido que la carrera 135 no se iba a intervenir.

En este orden de ideas, no es posible señalar que tales equipos hubieran estado en stand by entre los meses de junio y diciembre de 1999, pues, según el testimonio, estaban trabajando en otros frentes, lo mismo que el personal. A lo dicho se agrega que, después del 28 de enero de 2000, resultaría injustificado que la contratista hubiera mantenido en obra equipos y personal para la ejecución de la carrera 135 entre calles 23A y 24, porque ya era absolutamente claro que no se iba a intervenir.

Por otra parte, el dictamen pericial practicado en el proceso no puede ser considerado para tener por acreditados los sobrecostos reclamados por concepto de stand by de equipos, toda vez que la perito basó su análisis en el documento que aportó la parte actora para acreditar ese supuesto, pero que, como ya se dijo, no prueba los sobrecostos reclamados, dado que la información que en él se consignó es apenas una relación de datos que no encuentran respaldo probatorio en el expediente.

Lo dicho en relación con la reclamación de sobrecostos por equipos en stand by aplica, igualmente, para lo reclamado respecto de sobrecostos por personal, en tanto que, según el testimonio del ingeniero Chacón Jiménez, el personal que se habría requerido mantener en obra era el mismo que trabajó en los otros frentes.

En lo que concierne a los gastos de administración, la parte actora no acreditó que hubiera incurrido en sobrecostos mayores a los programados en relación con la porción de obra ejecutada, pues no encuentra la Sala ninguna prueba que así lo acredite.

El dictamen pericial tampoco demuestra que los demandantes hubieren incurrido en mayores costos por concepto de administración, por varias razones: i) la perito juntó en un solo rubro el valor de administración y el de personal, este último que, ya se dijo, no se encuentra acreditado y ii) la perito señaló que los costos por administración y personal se habían fijado en la propuesta en un 18%, pero la propuesta no obra en el expediente ni existen documentos adicionales que permitan constatar esa información.

Respecto de los sobrecostos por concepto de los pagos anticipados que habrían realizado los demandantes a proveedores y a subcontratistas y que no se habrían podido recuperar por no haber facturado la totalidad del contrato, tampoco encuentra la Sala acreditado que, efectivamente, se hubieran realizado tales erogaciones, pues, si bien obran en el expediente 4 contratos con Tecnoasfaltos Ltda., cuyo objeto consistió en trabajos de excavación y transporte y, además, en suministro de materiales, lo cierto es que no se acreditó el pago efectivo de lo acordado con esa sociedad.

En relación con lo anterior, encuentra la Sala que, para acreditar el precio pactado en los referidos contratos, la parte actora aportó al proceso una comunicación del 7 de junio de 1999, por medio de la cual el director de obra señaló que adjuntaba los comprobantes de egreso de la legalización de los giros realizados el 3 de esas mismas calendas y relacionó los cheques B4822202, B4822203, B4822204 y B4822205, todos a favor de Tecnoasfaltos Ltda.; sin embargo, ni éstos se aportaron al expediente, ni se acreditó que se hubieran hecho efectivos.

La referida comunicación resulta insuficiente para tener por acreditado el pago, puesto que, además de que en este proceso no se cuenta con los soportes respectivos, según la resolución 1143 del 16 de junio de 2000 (por medio de la cual se declaró “la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de anticipo…”, cuya legalidad, se insiste, no ha sido desvirtuada), la unión temporal contratista tampoco habría presentado copia de los cheques con los que se habrían hecho los pagos que se imputaron a recursos del anticipo, ni las facturas de las entregas respectivas; al respecto, señala el acto administrativo (se transcribe como obra en el documento):

“Que de acuerdo con lo anterior, en cada informe debía realizarse la presentación de la totalidad de los documentos, cumpliendo siempre con los requisitos señalados para cada uno en el manual de interventoría; sin embargo, se observan las siguientes irregularidades:

- No se presentó copia de los cheques girados de la cuenta del anticipo.

(...)

- Se allegó, como uno de los soportes de la inversión del anticipo, copia de cuatro (4) contratos celebrados con la firma Tecnoasfaltos, y no se presenta factura de las entregas realizadas.

(…)”[[53]](#footnote-53).

El dictamen pericial tampoco puede acreditar los sobrecostos relacionados con los pagos por concepto de materiales y de subcontratos, toda vez que para establecer ese hecho se basó en la comunicación del 7 de junio de 1999, que no se considera prueba suficiente del mismo por las razones que acaban de expresarse.

En cuanto a los costos fijos del contrato, no hay prueba de que se hubieran alterado.

Así las cosas, no se demostró que, por la imposibilidad de ejecutar el tramo del contrato correspondiente a la carrera 135, se hubieran alterado las condiciones del contrato, al punto de romper el equilibrio económico inicialmente establecido entre las partes, lo que impone confirmar la decisión de primera instancia.

En todo caso, aun cuando en gracia de discusión se aceptara que las condiciones económicas del contrato se rompieron en contra del contratista porque la parte que no se pudo ejecutar correspondió al 40% del valor total pactado, lo cierto es que, revisado en su integridad el expediente, se observa que las pruebas que en él obran no permiten establecer con certeza si la causa que habría originado la alegada alteración, en caso de que ésta hubiera ocurrido, fuera atribuible a la configuración de alguna de las teorías que han sido acogidas por la jurisprudencia de esta Corporación como fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico o a comportamientos antijurídicos de alguna de las partes contratantes, lo que impide también que se acceda a esta pretensión de la demanda.

De hecho, no se cuenta con la información suficiente para determinar si la imposibilidad de intervenir la carrera 135 entre calles 23A y 24, que es el hecho al que la demandante atribuyó la alteración de las condiciones económicas del contrato, fue producto de la indebida planeación de la entidad contratante, de la falta de diligencia, de cuidado y de previsión de la contratista, de ambas o de una situación ajena al comportamiento contractual de las partes originada en el Departamento Administrativo de Planeación Distrital.

En efecto, quedó suficientemente establecido en el proceso que la intervención de la carrera 135, entre calles 23A y 24, no fue posible porque el Departamento Administrativo de Planeación Distrital no lo autorizó[[54]](#footnote-54), con fundamento en que esa vía hacía parte del corredor de la avenida Luis Carlos Galán, sobre la cual estaban localizados los desarrollos legalizados Florencia, con plano F377/4-1, y Prados de la Alameda I y II, con plano F378/4-01, a los cuales ya se las había establecido parametrización definitiva, según informó ese Departamento al IDU en oficio 6000 del 26 de enero de 2000[[55]](#footnote-55).

Consta también en el proceso que de esa situación se tuvo conocimiento desde el 18 de mayo de 1999, pues en el acta de seguimiento 16 de esa fecha[[56]](#footnote-56) se consignó que, después de realizar las averiguaciones pertinentes, la unión temporal constató que no era posible intervenir esa vía, toda vez que hacía parte de un plan vial arterial en el que figuraba como V-3, es decir, con un ancho mínimo de 30 metros, con dos carriles por sentido y con separador central, mientras que el diseño realizado por la contratista, que fue presentado el 4 de octubre de 1999[[57]](#footnote-57), la previó como una vía tipo V-9, es decir, con un ancho mínimo de 8 metros, peatonal y con paso vehicular restringido, según se desprende de la información consignada por el IDU en la resolución 1418 del 1 de agosto de 2000[[58]](#footnote-58), en la que el Instituto ordenó la compensación de los fondos que no debieron afectarse respecto de ese ítem de la obra que no se ejecutó.

En ese contexto, aunque queda plenamente acreditada la razón por la que no pudo intervenirse la carrera 135 entre calles 23Ay 24, no es posible establecer a quién es atribuible la responsabilidad de esa situación, porque se desconoce la fecha desde la cual se legalizaron los desarrollos que comprometían el tramo indicado dentro del plan vial de la avenida Luis Carlos Galán, así como la fecha desde la que se determinó respecto de ellos la parametrización definitiva.

Los datos que echa de menos la Sala se consideran cruciales para esclarecer desde qué momento quedó definida la situación de la carrera 135. Si fue desde antes de que se abriera el proceso de licitación que terminó en la celebración de contrato IDU-UEL-09-273-00-98, se habría podido ver comprometida la responsabilidad del Instituto por falta de planeación; pero si esto ocurrió con posterioridad al momento en que quedaron fijadas las condiciones económicas del negocio jurídico, la imposibilidad de ejecutar la parte del contrato que comprometía un tamo de la carrera 135 podría calificarse como un hecho ajeno al comportamiento contractual de las partes.

Tampoco es claro que la responsabilidad respecto de la imposibilidad de intervenir el tramo de la carrera 135 no fuera atribuible a la unión temporal, toda vez que ésta tenía a su cargo la realización de los estudios y de los diseños del proyecto, cuyo alcance, según la cláusula segunda del contrato[[59]](#footnote-59), se encontraba establecido en el capítulo 6 del pliego de condiciones, capítulo que no obra en el proceso, y en el numeral 1.16.1 del mismo documento, que dispuso lo siguiente (se transcribe como obra en el expediente):

“**1.16 DESCRIPCIÓN DE LOS TRABAJOS DE ESTUDIO, DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN A CONTRATAR**

**1.16.1 ESTUDIOS Y DISEÑOS**

Los principales estudios de evaluación a realiza**r** son los siguientes: Estudios topográficos, Estudios de Suelos y Diseño de Pavimentación, Estudio de Tráfico, Diseño Vial Definitivo, Diseño de Redes de Acueducto, Alcantarillado, Teléfono, Energía y Gas, Diseño del Espacio Público, Diseño Estructural (si se requiere), Cantidades de Obra, Presupuesto, Especificaciones Generales y Particulares.

El proponente deberá consultar con las entidades competentes los documentos que permitan el desarrollo del objeto del contrato” (subrayas fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, era obligación de la contratista consultar con las entidades competentes lo que se requiriera para la correcta ejecución del contrato, lo que, en principio, podría significar que debía realizar de manera oportuna las averiguaciones pertinentes en el Departamento Administrativo de Planeación Distrital sobre la situación de las vías a intervenir, para así elaborar el diseño vial que se comprometió a ejecutar.

Como se señaló, el diseño del proyecto debía realizarse de acuerdo con el alcance que habría quedado definido en el capítulo VI del pliego de condiciones, pero, como tal capítulo no obra en el expediente, no es posible establecer con precisión el marco en el que la contratista debía desempeñarse para cumplir con esa labor, ya que se desconoce si a la unión temporal le correspondía, incluso, diseñar las características mínimas de la vía o si tales aspectos quedaron fijados en el pliego de condiciones.

En ese contexto, resulta claro que en relación con la unión temporal también era importante determinar el momento en el que quedó definida la situación de la carrera 135 entre calles 23A y 24 y el alcance de sus obligaciones en relación con los diseños, para así establecer si pudo o no conocer a tiempo acerca de la calificación de la vía o si, por el contrario, la imposibilidad para intervenirla, por haberse diseñado como una vía tipo V-9 y no tipo V-3, obedeció a un descuido en el cumplimiento de las obligaciones que aquélla asumió con el Instituto de Desarrollo en relación con los diseños.

En todo caso, llama la atención de la Sala que el acta de inicio del contrato se suscribió el 8 de febrero de 1999[[60]](#footnote-60) y que, estando a cargo de la unión temporal la obligación de realizar los estudios y los diseños, apenas el 18 de mayo de 1999 ésta manifestó la imposibilidad de realizar la obra en la carrera 135[[61]](#footnote-61), cuando el plazo máximo para su aprobación se había fijado para el 8 de junio de ese mismo año, según quedó consignado en la referida acta de inicio.

Igualmente, se cuestiona por qué si desde entonces tanto la contratista como la interventoría conocían de la situación de carrera 135 y desde el 9 de septiembre de 1999[[62]](#footnote-62) el director de construcción del IDU señaló que se podía intervenir la vía siempre que se adecuara a una tipo V-3, el diseño, que se entregó el 4 de octubre de 1999[[63]](#footnote-63), se hizo como si fuera tipo V-9.

Además, la fecha de entrega de los diseños en relación con ese tramo de la obra indica que, para ese entonces, a escasos dos meses de que venciera el plazo total del contrato, el Departamento Administrativo de Planeación Distrital no los conocía, al menos no oficialmente, lo cual, aunado al desconocimiento de la fecha en que se legalizaron los tramos de la carrera 135 comprometidos con la avenida Luis Carlos Galán, impide realizar un cotejo en el tiempo para establecer si, en realidad, la imposibilidad de ejecutar la obra contratada en su totalidad obedeció a causas ajenas al comportamiento de la contratista.

Así las cosas y dado que, siendo de su cargo, la parte actora no logró acreditar que la determinación de no autorizar la intervención de la carrera 135 entre calles 23A y 24 fue un hecho atribuible a la administración o a factores externos extraños a las partes involucradas en el contrato e imprevisibles, forzoso resulta para la Sala confirmar la decisión de primera instancia, en lo que a este aspecto concierne, también por esta razón.

Finalmente, en cuanto a la pretensión relacionada con el rompimiento del equilibrio económico del contrato por el valor del IVA que habría tenido que cancelar la parte demandante en la adquisición de materiales, a pesar de no haberse previsto ese gravamen al momento de la presentación de la oferta, el Tribunal la negó y la parte actora no objetó esa decisión en la apelación, razón por la cual la Sala no se pronunciará al respecto, cosa que se predica respecto de la pretensión relacionada con los gastos de legalización del contrato.

**5.3. La liquidación unilateral del contrato**

La parte demandante arguyó en el recurso de apelación que la liquidación unilateral del contrato, contenida en la resolución 12695 del 26 de diciembre de 2002[[64]](#footnote-64) y confirmada mediante resolución 2948 del 10 de abril de 2003[[65]](#footnote-65), en la que se reconocieron a favor de la unión temporal los valores reclamados por concepto de las obligaciones pendientes de cancelar por parte del IDU, pero que se compensaron con el valor adeudado por la unión temporal contratista por concepto de anticipo, es “inexistente” por haberse hecho por fuera del plazo de caducidad de la acción contractual.

En relación con este aspecto debe precisarse que los actos administrativos de liquidación unilateral no fueron demandados en este proceso, porque, al momento de la admisión de la demanda y aún al de la notificación a la contraparte, no habían sido expedidos; sin embargo, dada la negativa de reconocer valor alguno por concepto de las pretensiones de la demanda, la existencia de esos actos y su contenido resulta inane para el estudio del presente caso.

**6. Costas.**

Finalmente, toda vez que, para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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 y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**MODIFÍCASE** la sentencia proferida el 19 de febrero de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia, la cual, en su parte resolutiva, quedará así:

**PRIMERO:** Declárase la falta de legitimación de la parte actora respecto de la pretensión correspondiente al restablecimiento del valor de la actualización de los diseños de la carrera 135.

**SEGUNDO:** Declárase no probadas las demás excepciones propuestas por el Instituto Urbano de Desarrollo –IDU-.

**TERCERO:** Niéganse las pretensiones de la demanda.

**CUARTO:** Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por Secretaría de la Sección los gastos ordinarios del proceso y, de quedar remanentes, devuélvanse al interesado, de conformidad con lo establecido en los artículos 7 y 9 de acuerdo 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

**QUINTO:** Sin condena en costas.

**SEGUNDO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO MARÍA ADRIANA MARÍN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Folios 1b a 7 del expediente. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 46 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 13 del expediente. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 15 del expediente. [↑](#footnote-ref-4)
5. Reverso folio 13 del expediente. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 75 a 88 del expediente. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 1 a 4 del cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 5 a 9 del cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 11 del cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-9)
10. En el auto del 29 de agosto de 2002, de acuerdo con lo previsto en los artículos 56 y 57 del Código de Procedimiento Civil, se concedió un término de 5 días al llamado en garantía para que interviniera en el proceso; sin embargo, la contestación fue extemporánea, toda vez que la notificación personal se realizó el 11 de octubre de 2002 y el Distrito Capital se pronunció el 6 de noviembre de ese año (Folios 5 a 9 y del cuaderno 5). [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 89 y 90 del expediente. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 126 y 127 del expediente. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 135 y 136 del expediente. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 143 a 145 del expediente. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 146 del expediente. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 225 a 227 del expediente. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 310 a 324 del expediente. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 333 a 335 del expediente. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 337 del expediente. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 343 del expediente. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folio 345 del expediente. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folios 346 a 353 del expediente. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folios 354 a 370 del expediente. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folio 58 del cuaderno de pruebas 7. [↑](#footnote-ref-24)
25. El referido artículo fue derogado por el artículo 118 de la ley 1563 de 2015. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 6 del cuaderno de pruebas 10. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folio 159 de cuaderno de pruebas 7. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 290 del expediente. [↑](#footnote-ref-28)
29. El salario mínimo legal mensual vigente para el año 2001 era de $286.000. [↑](#footnote-ref-29)
30. Art. 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-30)
31. Acuerdo 001 de 2009. Artículo 2. “NATURALEZA Y DOMICILIO. El Instituto de Desarrollo Urbano - IDU, es un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente, adscrito a la Secretaría de Movilidad, con domicilio en la ciudad de Bogotá, Distrito Capital”. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folios. 9 a 18 del cuaderno 10 y 86 a 96 del cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folios 41 y 42 del cuaderno 10. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 19 del cuaderno 10 y 97 del cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folios 98 y 99 del cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-35)
36. El artículo 60 de la ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, excepto en la parte que señala: “Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación”. [↑](#footnote-ref-36)
37. “Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado”.

    “Clarificado, entonces, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa…” (se transcribe tal como obra en la providencia) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 17720). [↑](#footnote-ref-37)
38. Folios 215 a 218 del cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre de 2013, exp. 19.933. [↑](#footnote-ref-39)
40. Sobre la diferencia entre la figura del incumplimiento y la del rompimiento del equilibrio económico ver: exp. 31431 del 27 de noviembre de 2013, exp. 20524 del 14 de marzo de 2013 y exp. 26219 del 26 de febrero de 2014. [↑](#footnote-ref-40)
41. Folios 9 a 14 del cuaderno 3 y 167 a 172 del cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-41)
42. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21060. [↑](#footnote-ref-42)
43. Folios 9 a 18 cuaderno 10 y 86 a 96 del cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-43)
44. Así lo señaló la interventoría en anexo 1 del acta de terminación del contrato (Folios 127 a 131 del cuaderno 7). [↑](#footnote-ref-44)
45. Folio 33 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-45)
46. Folios 38 y 39 del cuaderno 10. [↑](#footnote-ref-46)
47. Folios 250 y 251 del cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-47)
48. Folios 82 a 97 de cuaderno 10. [↑](#footnote-ref-48)
49. Así consta en acta 1 de recibo y aprobación de diseños e iniciación de ejecución de la obra “OBSERVACIONES: LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS FUERON ENTREGADOS DE FORMA PARCIAL EL DIA 8 DE JUNIO, FALTANDO ÚNICAMENTE LA VÍA DE LA CARRERA 135, DEBIDO A QUE PLANEACIÓN DISTRITAL TENÍA PREVISTO UN PROYECTO DE VÍA ARTERIAL EN ESA VÍA, ASPECTO QUE PARALIZÓ LA ENTREGA DE LOS DISEÑOS DE ESTA VÍA, CON LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS DE LAS VÍAS RESTANTES SE DIO INICIO A LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN EL 8 DE JUNIO.

    EL DÍA 4 DE OCTUBRE SE HIZO ENTREGA FORMAL DE TODOS LOS ESTUDIOS, INCLUYENDO LA CARRERA 135” (folios 93 a 95 del cuaderno 3). [↑](#footnote-ref-49)
50. Folios 256 a 258 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-50)
51. Folios 37 a 92 del cuaderno 3 y 266 a 319 del cuaderno 10. [↑](#footnote-ref-51)
52. Folios 93 a 95 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-52)
53. Folios 167 a 172 del cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-53)
54. Así lo señaló la interventoría en anexo 1 del acta de terminación del contrato (Folios 127 a 131 del cuaderno 7). [↑](#footnote-ref-54)
55. Folio 33 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-55)
56. Obra en el informe final de interventoría, a folios 116 y 117 del cuaderno 8. [↑](#footnote-ref-56)
57. Folio [↑](#footnote-ref-57)
58. Folios 2 a 5 del cuaderno 10. [↑](#footnote-ref-58)
59. “CLAUSULA SEGUNDA – DESCRIPCION Y ALCANCE DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS: El alcance de los estudios y diseños se encuentra establecido en el numeral 1.16.1 y el Capítulo 6 del Pliego de Condiciones, en los puntos que correspondan a la naturaleza del contrato” (folio 8 del cuaderno 10). [↑](#footnote-ref-59)
60. Folios 41 y 42 de cuaderno 10. [↑](#footnote-ref-60)
61. folios 116 y 117 del cuaderno 8. [↑](#footnote-ref-61)
62. Folios 86 y 87 del cuaderno 8. [↑](#footnote-ref-62)
63. Folios 93 a 95 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-63)
64. Folios 199 a 205 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-64)
65. Folios 195 a 198 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-65)