**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Concepto**

La legitimación en la causa es la “*calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso*”, o en otras palabras, la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Así, es evidente que cuando la legitimación en la causa falte en el demandante o en el demandado, la sentencia debe ser desestimatoria de las pretensiones. En el caso concreto, comparece como demandante la compañía Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A., en su calidad de garante de las obligaciones contenidas en el Contrato de obra No. 047 de 2009. Sin embargo, aunque en el caso de autos el A quo no declaró la falta de legitimación en la causa por activa, sí sostuvo que la aseguradora no se halla legitimada para reclamar la aplicación del artículo 1.609 del C.C. – también conocida como excepción de contrato no cumplido, en razón a que sólo el contratista puede demandar el incumplimiento de su co-contratante. A la sazón, debe preverse que las pretensiones contractuales pueden ser ejercidas por la compañía aseguradora del contratista, cuando dicha compañía resulta afectada con una decisión de la entidad contratante; pues ésta puede iniciar el mismo medio de control que ejerce el contratista para ventilar la decisión unilateral de la administración, en razón, precisamente, a que ella se ha visto afectada por un acto administrativo contractual que declara el siniestro e impone una multa. Ahora bien, la Sala encuentra acreditado que el **4 de noviembre de 2009**, entreel Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y el representante legal del Consorcio Calle 153, se suscribió el Contrato de Obra No. 047 …Asimismo se encuentra acreditado que el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU profirió las resoluciones 051 de 11 de enero de 2011 y 1863 de 25 de abril de 2011, por medio de las cuales declaró el incumplimiento del contratista, impuso multa por valor de $480.918.351,oo y ordenó que en el evento en que no fuera posible descontar el valor de la multa de los pagos efectuados al contratista, se requiriera “*al representante legal de la compañía aseguradora Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A para que cumpla con el pago de la multa cubierta en la garantía única de cumplimiento con cargo al amparo de cumplimiento contenido en la póliza número CIS720408 del 11 de noviembre de 2009, de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio (…)”* Dicho lo anterior, la Sala considera que la compañía Royal & Sun Alliance Seguros de Colombia S.A., se encuentra legitimada en la causa por activa, frente a la totalidad de las pretensiones de la demanda.Por la otra parte, la demanda fue dirigida contra el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, en su calidad de entidad contratante que profirió los actos contractuales demandados como lesivos a los intereses de la aseguradora, por lo que también se encuentra acreditada la legitimación en la causa por pasiva.

**CADUCIDAD – Concepto**

La caducidad es concebida como un instituto que permite garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general; cuyos términos están fijados por el artículo 164.1 del C.P.A.C.A…La caducidad, a diferencia de la prescripción, no se suspende, salvo la excepción consagrada en la Ley 446 de 1998, el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 y el artículo 102 del C.P.A.C.A. Tampoco admite renuncia y de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez.

**CONTRATACIÓN ESTATAL - Incumplimiento contractual**

Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido. No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes” y que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales. “En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.

**EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO – Aplicación en contratación estatal**

Señala el artículo 1609 del Código Civil que “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. Sobre el precepto anterior la doctrina y la jurisprudencia han pretendido edificar la figura de la excepción de contrato no cumplido – exceptio non adimpleti contractus-, la cual tuvo su génesis en el derecho privado pero que será procedente en materia de contratos estatales única y exclusivamente cuando del incumplimiento de la administración, se genere una razón de imposibilidad de cumplir para la parte que se allane a ejecutar la prestación debida, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. En los demás eventos, como regla general el contratista estará obligado a cumplir las obligaciones, así se presente incumplimiento que no impida la ejecución. Tal postura se basa en la aplicación de cuatro fundamentos, a saber: que se trate de contratos sinalagmáticos, que el incumplimiento de la administración sea cierto o real, que tenga una gravedad ostensible y considerable que imposibilite el incumplimiento, y que quien la invoca no haya dado lugar al incumplimiento de la otra. De los anteriores fundamentos, uno en el que se pone especial relieve es en aquel relativo a la gravedad del incumplimiento por parte de la administración, sobre el particular ha discurrido de antaño la Sección Tercera de esta Corporación… Así las cosas, cuando ambas partes sean incumplidas se deberán estudiar en cada caso concreto la intensidad del incumplimiento por parte de la administración y si el mismo es de tal magnitud y relevancia que amerite la declaratoria de la excepción.

**IMPOSICIÓN DE LAS MULTAS CONTRACTUALES – Finalidad**

La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual. Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista. Resulta entonces obvio que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo... Así las cosas, cuando se encuentra pactado dentro del contrato, la administración tiene la competencia para declarar el incumplimiento parcial del contrato e imponer multas como una medida coercitiva para constreñir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando no hubiera vencido el plazo de ejecución del objeto contractual o decretado la caducidad administrativa del contrato.

**ACTO ADMINISTRATIVO - Elementos de existencia**

Por acto administrativo de contenido individual se entiende toda manifestación unilateral, por reglageneral de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos. De esta manera se dice que son 5 los elementos claves para llegar a la conclusión de que existe un acto administrativo: (i) la expresión o manifestación concreta de la administración; (ii) la expresión unilateral del querer de la administración; (iii) el ejercicio de la función administrativa mediante la declaración de la voluntad de la administración; (iv) que su contenido material equivalga al ejercicio de una función administrativa así provenga de cualquiera de los órganos del poder público o de particulares. (v) que posea la fuerza suficiente para decidir y crear situaciones jurídicas a partir de su contenido, de manera que esta se configura como la característica reveladora o de mayor importancia.

**ACTO ADMINISTRATIVO - Elementos de validez**

Para que el acto administrativo sea válido deben concurrir una serie de elementos acordes al ordenamiento jurídico entre tanto que cualquier falla en su estructura podría afectar la legalidad del acto. En el primer plano podemos mencionar los elementos esenciales del acto, dentro de los cuales se encuentran los elementos externos, estos son: (i) el sujeto activo, persona, órgano o particular revestido de funciones administrativas competente, (ii) sujeto pasivo, sobre quien recaen los efectos jurídicos del acto y quien ve alterados sus derechos o intereses (iii) eventualmente el Ministerio Público, quien interviene en defensa del ordenamiento jurídico y de los intereses sociales, y (iv) el procedimiento formal (formalidades del acto) que varía según los derechos protegidos y el ámbito de aplicación y cuyo desconocimiento puede conducir a la vulneración del debido proceso. De otra parte se encuentran sus elementos internos, tales como: (i) el objeto, constituido por todo aquello de que se ocupa el acto jurídicamente; (ii) los motivos (causa), entendida como el móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo o las circunstancias de hecho o de derecho que provocan su emisión, y (iii) la finalidad, es decir, las metas que debe lograr la administración, es el fin propuesto, el cual debe ser de interés general, lícito, debe encontrarse dentro de la competencia del agente que realiza el acto y perseguirse por medio de los actos que la ley ha establecido, finalidad que se enmarca dentro del artículo 2º y los artículos 123 – inciso 2º y 209 constitucionales. Y, finalmente el tercer elemento estudia básicamente el mérito u oportunidad para la producción del acto, que si bien no hace parte de su legalidad, como los dos anteriores, sí constituye un importante argumento de ciencia administrativa y de capacidad personal del sujeto intérprete de la voluntad administrativa para la adopción del acto administrativo. El mérito no es otra cosa que el momento que obliga a la administración a manifestarse cuando verdadera y ciertamente es necesario para cumplir con la finalidad propuesta sin que este elemento pueda confundirse con el anterior. Así las cosas, debe anotarse que el acto administrativo es válido cuando ha sido emitido de conformidad con las normas jurídicas. Del mismo modo, debe quedar claro que la actividad de la administración se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros.Ahora bien, cuando un acto administrativo ha sido cuestionado por la vía gubernativa y resulta modificado o confirmado por aquel que decide el recurso, se conforma una relación jurídica entre éste y el impugnado de tal suerte que forman un todo inescindible. Lo mismo no puede decirse si el acto es revocado porque en éste evento, como es obvio, sólo subsistirá el que revoca puesto que el revocado ha desaparecido del mundo jurídico.

**ACTO ADMINISTRATIVO** **– Principio de legalidad**

Con relación al principio de legalidad, éste determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica…En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, mientras no se demuestre lo contrario, se infiere que una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad…Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 88 y 91 del CPACA disponen respectivamente que “*los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*” y *“los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”*; de manera que los actos en firme son suficientes para que las autoridades puedan ejecutarlos. Luego, quien pretenda la nulidad de un acto administrativo no sólo debe combatir expresamente su legalidad, sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que hace consistir la ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara, circunstancia que será razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

**NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS - Falsa motivación**

La falsa motivación o falsedad del acto administrativo constituye una causal genérica de violación que se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica o jurídica, o ambas, que induce a la producción del acto o a los motivos argüidos tomados como fuente por la Administración Pública. Bajo este entendido, esta causal de anulación de los actos administrativos se puede manifestar mediante un error de hecho, o a través de un error de derecho. El error de hecho se presenta cuando la Administración desconoce los supuestos fácticos en que debía soportar su decisión, ya sea porque la autoridad que profirió el acto no los tuvo en cuenta o, porque pese a haberlos considerado se deformó la realidad de tal manera que se dejaron por fuera o se introdujeron circunstancias de tiempo modo y lugar que resultan irreales y que traen como consecuencia que el acto administrativo no se funde en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de ser proferido. Por otra parte, también se incurre en falsa motivación por error de derecho, que tiene lugar cuando se desconocen los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento a los actos demandados, situación que se presenta por: i) inexistencia de las normas en que se basó la Administración; ii) ausencia de relación entre los preceptos que sirvieron de fundamento a la manifestación de voluntad de la Administración y los supuestos de hecho objeto de decisión; y finalmente iii) cuando se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C, veintitrés (23) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 25000-23-36-000-2013-00802-01(53206)**

**Actor: ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A.**

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

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUAL (APELACIÓN SENTENCIA)**

**Contenido: Descriptor**: Niega las pretensiones de la demanda porque no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados. **Restrictor:** Legitimación en la causa / Caducidad del medio de control de controversias contractuales / El incumplimiento contractual / Imposición de las multas – finalidad y oportunidad / El acto administrativo, elementos para su configuración y la presunción de legalidad / Nulidad de los actos administrativos por falsa motivación / Caso concreto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante[[1]](#footnote-1) contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de agosto de 2014[[2]](#footnote-2), que decidió negar las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda y lo pretendido**

El **7 de junio de 2013**[[3]](#footnote-3), la aseguradora **Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A** por intermedio de su representante legal y a través de apoderado judicial[[4]](#footnote-4),presentó demanda contra el **Instituto de Desarrollo Urbano – IDU** para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 051 de 11 de enero de 2011 y 1853 de 25 de abril del mismo año, por medio de las cuales el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU impuso una multa al Consorcio Calle 153 por valor de $480.918.351 y confirmó dicha sanción.

1.2 Que se condene a la Entidad demandada a “*reintegrar a Royal and Sun Alliance Seguros Colombia S.A en un 60% y Allianz Seguros S.A – Aseguradora Colseguros S.A en un 40% la suma de cuatrocientos ochenta millones novecientos dieciocho mil trescientos cincuenta y un pesos M/cte ($480.918.351.oo) que es el valor de la multa irregularmente descontada de la liquidación del anticipo”.*

**2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así[[5]](#footnote-5):**

El **4 de noviembre de 2009** el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y el Consorcio Calle 153 suscribieron el contrato de obra No. 047 de 2009 el cual tenía por objeto “*la construcción de la calzada sur de la avenida La Sirena (calle 153) desde la avenida paseo de los libertadores (autopista norte) hasta la avenida Boyacá en Bogotá”, con* un plazo de ejecución de 15 meses y un valor de $16.030.611.692.oo.

Ahora bien “*con el fin de garantizar el cumplimiento del mencionado contrato, se celebró contrato de seguro de cumplimiento instrumentado en la póliza número 20.408 que tenía como tomador / afianzado al Consorcio Calle 153 y asegurador a “****Royal and Sun Alliance Seguros Colombia S.A. en un 60% del riesgo y Aseguradora Colseguro S.A en un 40% del riesgo”.***

La Entidad contratista profirió las Resoluciones No. 051 de **11 de enero de 2011** y 1853 de **25 de abril del mismo año**, por medio de las cuales impuso y confirmó en contra del Consorcio Calle 153 una multa por valor de $480.918.351. Decisiones estas que son consideradas ilegales por la parte demandante.

**3. Concepto de violación.**

La demandante estructura su concepto de violación con fundamento que existió falsa motivación de los actos administrativos que imponen la multa, por los siguientes motivos:

3.1. **Violación del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007** por cuanto consideró que “para el caso *sub judice se debe recordar que la primera resolución de multa fue expedida por la entidad el 11 de enero de 2011 y el día 7 de marzo del mismo año se declaró la caducidad del contrato, por lo que para la fecha de expedición de la Resolución 1853, el 25 de abril de 2011 ya la multa no tenía ningún fin y mucho menos cumplía el propósito único para el cual fue creada que no es otro que conminar”* al cumplimiento del contrato.

3.2.- **Vulneración del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo** debido a la desarmonía entre el acto administrativo que impuso la multa y la realidad fáctica, por los siguientes motivos:

- En cuanto al atraso en el cumplimiento del cronograma de obra y el no cumplimiento de las cantidades de obras contratadas, el demandante señaló que desde el inicio de la ejecución del contrato se presentaron una serie de circunstancias que generaron graves demoras no imputables al contratista, tales como 1.- La falta de entrega de los predios por parte de la entidad contratante por motivos ajenos al contratista; 2.- La interferencia de los postes de Codensa, que generó graves inconvenientes durante la ejecución del contrato; 3.- La falta de definición por parte de la Secretaria de Medio Ambiente sobre la ocupación de los cauces del vallado; 4.- La existencia de árboles no previstos en la zona; y 5.- Las demoras en las aprobaciones de los diseños de protección de tuberías, especificaciones de material B – 400 para utilizar en espacio público y estructuras de ciclo rutas.

- Con relación a la factura de obra inferior a la programada, la demandante señaló que “*al verse afectado seriamente el cronograma de obra por las dificultades que presentaba la ejecución, la misma obviamente se ve afectada seriamente y como bien lo reconoce el Interventor no necesariamente la facturación de la obra genera falta de ejecución de la misma”.*

- Respecto a la falta de disposición de recursos o mano de obra la aseguradora manifestó que:

*“Los recursos de mano de obra, maquinaria y equipo se disponen en obra de acuerdo con lo contractualmente pactado y con las condiciones de ejecución que se presenten a lo largo de la obra. De lo atrás analizado se evidencia que existían predios que no se habían entregado al contratista, esquinas con problemas de redes inconclusas y lugares de la obra en donde no resultaba factible iniciar trabajos por temas como líneas eléctricas, árboles, etc.*

*Sabido lo anterior, resulta necesario concluir que la persona que se encontraba destinada para esos puntos, necesariamente no tendría posibilidad de trabajar en ellos y su permanencia en obra sin ejecución, indefectiblemente acarrea mayores costos de personal que no se traducían en obra”.*

- El IDU de forma irregular descontó el valor de la multa cuando liquidó el amparo del anticipo, que ninguna relación tenía con el amparo de cumplimiento y que eran totalmente diferentes.

Así las cosas, la demandante consideró que se debe dar aplicación al artículo 1609 del Código Civil ya que existieron incumplimientos del contrato por parte de la entidad contratante los cuales generaron demoras en la ejecución de las obras.

**4. El trámite procesal**

Admitida la demanda[[6]](#footnote-6) y notificado el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU[[7]](#footnote-7) de la existencia del proceso, el asunto se fijó en lista.

El **15 de noviembre de 2013** la entidad demandada contestó la demanda[[8]](#footnote-8) oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que el IDU actuó “*de buena fe al establecer los cargos en las resoluciones atacadas por la parte demandante”*; y la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos demandados.

**5. Audiencia inicial, de pruebas y alegatos de conclusión**

El **12 de marzo de 2014** se llevó a cabo la audiencia inicial[[9]](#footnote-9), en la que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca saneó el proceso, fijó el litigio y decretó las **pruebas** solicitadas por la parte demandante y la entidad demandada.

El **22 de abril de 2014** se llevó a cabo la audiencia en la que se practicaron las pruebas decretadas anteriormente[[10]](#footnote-10).

Una vez agotada la etapa probatoria, se resolvió correr traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus **alegatos de conclusión** y al Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor. Oportunidad en la que las partes guardaron silencio.

**II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

Como se anotó *ad initio* de esta providencia el 14 de agosto de 2014 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca[[11]](#footnote-11) negó las pretensiones de la demanda, y no accedió a la pretensión de la demandante relacionada con la aplicación del precepto contenido en el artículo 1609 del Código Civil, relativo a la excepción de contrato no cumplido, porque consideró que esta situación es ajena a la relación entre el contratante y la compañía aseguradora. En este sentido el *A quo* sostuvo:

*“La Sala precisa que la legitimación reconocida a la aseguradora para demandar el acto que declara un siniestro no incluye la posibilidad de formular pretensiones encaminadas a que se reconozca a un tercero el derecho o la relación jurídica sustancial debatida en la demanda.*

*Así, en casos como este, la legitimación reconocida a la aseguradora para demandar el acto que declara un siniestro, no conlleva la facultad de reclamar judicialmente el reconocimiento de derechos o situaciones jurídicas cuyo titular es el contratista; el cumplimiento o no del contrato sólo es predicable de las partes del mismo, de tal forma que si el Estado atribuye al contratista un incumplimiento, sólo a él le es dado, en sede administrativa o judicial, alegar que si cumplió o que su incumplimiento es producto de actuaciones de la contratante misma o de terceros, etc , ya que se trata de un derecho subjetivo de ese contratista, cuyo reconocimiento no puede ser reclamado por otra persona que (…) no se encuentre en relación directa con la pretensión”.*

Asimismo, en lo que respecta al carácter conminatorio de la multa, el tribunal considero que:

*“En este caso contrario a lo sostenido por la parte demandante no es cierto que la multa no haya tenido carácter conminatorio por el hecho de que cuando se expidió la resolución que confirmó lo que impuso dicha multa ya el contrato no estaba en ejecución porque la entidad contratante había declarado su caducidad.*

*Así, el IDU impuso efectivamente la multa al consorcio calle 153 el 11 de enero de 2011 mediante la Resolución No. 051, cuando el contrato 047 de 2009 aún se estaba ejecutando, pues la caducidad de éste fue declarada por esa entidad el 7 de marzo siguiente mediante la Resolución No. 1047; es decir casi dos meses después.*

*(…)*

*Por lo tanto, se advierte que la decisión confirmatoria de imponer multa al contratista fue emitida el 25 de abril de 2011 con la Resolución 1863* ***que confirmó*** *la 051 de 2011 y si bien mediante la Resolución 1047 del 7 de marzo de 2011 se había declarado la caducidad del contrato, esta decisión fue igualmente recurrida y* ***confirmada*** *sólo hasta el 25 de mayo de 2011, con la Resolución 2548 es decir cuando ya la multa había quedado en firme”.*

Finalmente, con relación a que “*la multa fue descontada en la liquidación del amparo de anticipo”,* el *A quo* encontró que “*éste carece de sustento alguno pues en las resoluciones demandadas no se emitió orden alguna relativa a descontar el valor de la multa del amparo de anticipo ni de ningún otro. Así lo reiteró la entidad demandada al contestar la demanda afirmando “el IDU no ha hecho el descuento de la multa de que trata la Resolución 051 de 2011 por lo tanto no es cierto este hecho”.*

**III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

El **3 de septiembre de 2014** el apoderado judicial de la parte demandante interpuso el recurso de apelación[[12]](#footnote-12) en el que solicitó que se revoque la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la demanda y además sostuvo:

(i) La parte demandante se encuentra legitimada para actuar por cuanto “*ella pagó tanto la indemnización derivada de la declaratoria de caducidad del contrato, como la multa que fue irregularmente cobrada con la afectación del amparo de anticipo, pues el de cumplimiento se encontraba plenamente agotado; lo que no puede ser es que mi mandante cancele más de cuatro mil millones de pesos por el amparo de cumplimiento y la Entidad, violando el contrato de seguro me imputé una multa por más de cuatrocientos millones de pesos al amparo de anticipo que es totalmente ajeno al tema de la multa”.*

(ii) El *A quo* desconoció el derecho de defensa de la parte demandante por cuanto consideró:

*“No podría defenderse aduciendo el cumplimiento del contratista ni siquiera en la vía gubernativa y ello significa que no importa si hay una efectiva materialización del riesgo, es decir, si existe un incumplimiento imputable al contratista afianzado o si por el contrario es un hecho de la Administración el que genera la imposibilidad de ejecución.*

*Debe recordarse que, lo que ampara la póliza de cumplimiento como la que es materia de análisis, son los perjuicios derivados del* ***incumplimiento responsable*** *del contratista afianzado y que corresponde a la Entidad, en cumplimiento de la norma del artículo 1077 del C. de Co., aplicable plenamente a los contratos, demostrar la ocurrencia de siniestro y la cuantía de la pérdida. La ocurrencia del siniestro para el amparo de cumplimiento no es cosa distinta que la acreditación del incumplimiento responsable del contratista afianzado.*

*Si el contratista no incumplió o si la imposibilidad de ejecutar el contrato proviene del incumplimiento primigenio de las obligaciones de la Entidad, no podrá hablarse de materialización de un riesgo amparado por la póliza, por lo que la aplicación del artículo 1609 del Código Civil, que la señora magistrada advierte sólo puede ser alegado como medio exceptivo de responsabilidad por parte del contratista, resulta para el caso del seguro de cumplimiento una causal exonerativa de responsabilidad del asegurador de la mayor relevancia y las (sic) prohibición ilegal de no poderla alegar constituye una clara violación al debido proceso y derecho de defensa del asegurador garante, a más del desconocimiento de las disposiciones que regulan el contrato de seguro”.*

(iii) Con relación a la esencia conminatoria de las multas la apelante sostuvo que “*no podrán imponerse multas cuando el contratista ya no tenga ninguna posibilidad de cumplir, porque el término de ejecución contractual se cumplió o porque, como en el caso que nos ocupa, se declaró la caducidad del contrato y con ello cesó el vínculo entre las partes de manera anticipada”.*

El **19 de enero de 2015** el *A quo* concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora[[13]](#footnote-13).

**IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

El **10 de marzo de 2015** esta Corporación admitió el recurso de alzada[[14]](#footnote-14) y el 1 de septiembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia de alegatos de conclusión de que trata el numeral 4 del artículo 247 del C.P.A.C.A.[[15]](#footnote-15)

En sus **alegatos**, **la aseguradora demandante** solicitó que se revoque la sentencia apelada porque: La aseguradora sí tiene legitimación para demandar los actos que imponen la multa y ordenan afectar la póliza de cumplimiento (resoluciones 051 de 11 de enero de 2011 y 1863 de 25 de abril de 2011); Insistió en la excepción de contrato no cumplido; sostuvo que la actuación del IDU es contradictoria ya que impone la multa conminando al contratista a cumplir, pero le imposibilita cumplir cuando declara la caducidad administrativa del contrato; asimismo, sostuvo que la multa dejó de ser conminatoria, ya que el contratista no podía cumplir el contrato porque estaba caducado; consecuencialmente, dijo que la multa se convirtió en una doble sanción e insistió en que la entidad imputó la multa al amparo de buen manejo del anticipo, porque ya había hecho efectivo el amparo de cumplimiento, lo que conlleva una falsa motivación o, en su defecto, desviación del poder.

Asimismo, dentro de sus alegatos la demandante allegó como prueba sobreviniente la sentencia proferida el 7 de marzo de 2017 por el Juzgado 36 Administrativo de Oralidad – Distrito Judicial de Bogotá, que tuvo por acreditada la excepción de pago por indemnización total del valor asegurado, dentro del proceso ejecutivo interpuesto por el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU en contra de Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A., para el cobro de los valores contenidos en las resoluciones 051 de 11 de enero de 2011 y 1863 de 25 de abril de 2011.

A su turno, **la entidad demandada** presentó sus **alegatos de conclusión**, solicitó que se confirme la sentencia apelada y precisó que el contrato de obra 047 de 2009 se realizó con el lleno de los requisitos de un proceso licitatorio por lo tanto el Consorcio Calle 153 conocía los requisitos para la suscripción del contrato y aceptó las condiciones del proceso, en cuyo efecto constituyó la garantía dispuesta en la cláusula 17.

Sin embargo, el Consorcio incumplió con lo pactado, en razón a lo cual se impuso la multa objeto de debate, con anterioridad al decreto de caducidad administrativa del contrato, multa que quedó en firme antes de que la caducidad adquiriera firmeza.

En cuanto a que la multa se descontó del amparo al buen manejo del anticipo, la entidad sostuvo que este hecho no es cierto, en cuyo efecto adujo a la parte resolutiva de la Resolución 051 (demandada), de donde concluye que la multa no se impuso para que fuera cubierta por el amparo de buen manejo del anticipo.

En síntesis, sostuvo que las Resoluciones 051 y 1863 de 2011 son legales, y tuvieron su fundamento en los informes de interventoría donde se observaba que el contratista incumplió y, aunque ya había transcurrido el 45% del plazo contractual, la obra reportaba un atraso del 37%, pues el contratista no cumplió con las cantidades de obra ni rendimientos de ejecución física ni facturó la obra en los valores del PAC aprobado.

**V. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

En la misma audiencia de **1 de septiembre de 2017** el señor agente del Ministerio Público conceptuó sobre el asunto bajo estudio y solicitó que la sentencia objeto de apelación sea revocada para reconocer legitimación en la causa a la demandante por cuanto está demostrado que los actos contractuales objeto de debate afectan a la aseguradora[[16]](#footnote-16).

Encontrándose el asunto al Despacho del Consejero Ponente para elaboración del fallo y no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidad lo actuado, la Sala procede a proferir la decisión de fondo, previas las siguientes:

**VI. CONSIDERACIONES**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como ratio decidendi para sustentar su decisión: 1. Legitimación en la causa; 2.- Caducidad del medio de control de controversias contractuales; 3.- El incumplimiento contractual; 4. Imposición de las multas – finalidad y oportunidad; 5. El acto administrativo, elementos para su configuración y la presunción de legalidad ; 6. Nulidad de los actos administrativos por falsa motivación; 7. Caso concreto

**1. Legitimación en la causa**

La legitimación en la causa es la “*calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso*”[[17]](#footnote-17), o en otras palabras, la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Así, es evidente que cuando la legitimación en la causa falte en el demandante o en el demandado, la sentencia debe ser desestimatoria de las pretensiones.

En el caso concreto, comparece como demandante la compañía Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A., en su calidad de garante de las obligaciones contenidas en el Contrato de obra No. 047 de 2009.

Sin embargo, aunque en el caso de autos el A quo no declaró la falta de legitimación en la causa por activa, sí sostuvo que la aseguradora no se halla legitimada para reclamar la aplicación del artículo 1.609 del C.C. – también conocida como excepción de contrato no cumplido, en razón a que sólo el contratista puede demandar el incumplimiento de su co-contratante.

A la sazón, debe preverse que las pretensiones contractuales pueden ser ejercidas por la compañía aseguradora del contratista, cuando dicha compañía resulta afectada con una decisión de la entidad contratante; pues ésta puede iniciar el mismo medio de control que ejerce el contratista para ventilar la decisión unilateral de la administración, en razón, precisamente, a que ella se ha visto afectada por un acto administrativo contractual que declara el siniestro e impone una multa[[18]](#footnote-18).

Ahora bien, la Sala encuentra acreditado que el **4 de noviembre de 2009**, entreel Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y el representante legal del Consorcio Calle 153, se suscribió el Contrato de Obra No. 047 que, de conformidad con el parágrafo 2º de la cláusula 9ª, numeral 2., dispuso *“para la suscripción del acta de iniciación del contrato [que] el contratista deber[ía] haber cumplido previamente con (…) 2.- Haber constituido y entregado al IDU la garantía única de cumplimiento y las demás garantías exigidas para este contrato y haber obtenido la aprobación de las mismas por parte del IDU”.*

En cuyo efecto, el contratista suscribió con la compañía Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A., la Póliza No. 20408[[19]](#footnote-19) que incluyó los siguientes amparos:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Garantías*** | ***Valor asegurado*** | ***Vigencia*** |
| *Cumplimiento*  | *$4.809.183.508* | *10/12/2003 10/11/2011*  |
| *Anticipo*  | *$6.412.244.677*  | *10/12/2009 10/11/2011*  |
| *Salarios*  | *$801.530.585*  | *10/12/2009 10/03/2014*  |
| *Calidad de estudios*  | *$6.945.661* | *Dos años acta*  |
| *Estabilidad*  | *$4.254.019.871* | *Cinco años acta.*  |

Asimismo se encuentra acreditado que el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU profirió las resoluciones 051 de 11 de enero de 2011 y 1863 de 25 de abril de 2011, por medio de las cuales declaró el incumplimiento del contratista, impuso multa por valor de $480.918.351,oo y ordenó que en el evento en que no fuera posible descontar el valor de la multa de los pagos efectuados al contratista, se requiriera “*al representante legal de la compañía aseguradora Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A para que cumpla con el pago de la multa cubierta en la garantía única de cumplimiento con cargo al amparo de cumplimiento contenido en la póliza número CIS720408 del 11 de noviembre de 2009, de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio (…)”*

Dicho lo anterior, la Sala considera que la compañía Royal & Sun Alliance Seguros de Colombia S.A., se encuentra legitimada en la causa por activa, frente a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Por la otra parte, la demanda fue dirigida contra el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, en su calidad de entidad contratante que profirió los actos contractuales demandados como lesivos a los intereses de la aseguradora, por lo que también se encuentra acreditada la legitimación en la causa por pasiva.

**2.- Caducidad del medio de control de reparación directa**

La caducidad es concebida como un instituto que permite garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general; cuyos términos están fijados por el artículo 164.1 del C.P.A.C.A., que en su literal j) que dispone:

*“**ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:*

*1. En cualquier tiempo, cuando:*

*(…)*

*j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

*Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.*

*En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:*

*i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;*

*ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;*

*iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;*

*iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;*

*v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;*

La caducidad, a diferencia de la prescripción, no se suspende, salvo la excepción consagrada en la Ley 446 de 1998, el artículo 21 de la Ley 640 de 2001[[20]](#footnote-20) y el artículo 102[[21]](#footnote-21) del C.P.A.C.A. Tampoco admite renuncia y de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez[[22]](#footnote-22).

En el caso concreto, la Sala prevé que los actos cuya nulidad se demanda quedaron ejecutoriados el **24 de mayo de 2011**, de manera que en principio el término de caducidad contaría hasta el **25 de mayo de 2013.**

Sin embargo, antes del vencimiento del término de caducidad, esto es, el **24 de abril de 2013** la parte demandante solicitó audiencia de conciliación prejudicial ante el Ministerio Público, la cual se llevó a cabo el **4 de junio de 2013** ante la Procuraduría Judicial Sexta Judicial II para Asuntos Administrativos y se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio de la parte demandada[[23]](#footnote-23).

Así las cosas, el cómputo de la caducidad se suspendió durante 1 mes y 11 días, de manera que su vencimiento se corrió hasta el **8 de julio de 2013** y la demanda fue presentada el **7 de junio de 2013**, es decir, dentro del término de caducidad previsto en el literal i) del artículo 164 del C.P.A.C.A.

**1.- El incumplimiento contractual[[24]](#footnote-24)**

Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que *“el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”,* que *“el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes”* y que *“el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.”*

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.

**2. La excepción de contrato no cumplido – gravedad o intensidad del incumplimiento**

Señala el artículo 1609 del Código Civil que “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

Sobre el precepto anterior la doctrina y la jurisprudencia han pretendido edificar la figura de la excepción de contrato no cumplido – *exceptio non adimpleti contractus*-, la cual tuvo su génesis en el derecho privado pero que será procedente en materia de contratos estatales única y exclusivamente cuando del incumplimiento de la administración, se genere una razón de imposibilidad de cumplir para la parte que se allane a ejecutar la prestación debida, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado.

En los demás eventos, como regla general el contratista estará obligado a cumplir las obligaciones, así se presente incumplimiento que no impida la ejecución. Tal postura se basa en la aplicación de cuatro fundamentos, a saber: que se trate de contratos sinalagmáticos, que el incumplimiento de la administración sea cierto o real, que tenga una gravedad ostensible y considerable que imposibilite el incumplimiento, y que quien la invoca no haya dado lugar al incumplimiento de la otra[[25]](#footnote-25).

De los anteriores fundamentos, uno en el que se pone especial relieve es en aquel relativo a la gravedad del incumplimiento por parte de la administración, sobre el particular ha discurrido de antaño la Sección Tercera de esta Corporación de la siguiente manera:

*“No basta pues que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí, deje de cumplir con sus deberes jurídicos. Así y por vía de ejemplo, si la administración está obligada a poner a disposición del contratista el terreno por donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, ¿cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que cumpla, así sea pagando por anticipado el precio de su ruina? A estos extremos no se puede llegar pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como la buena fe, la justicia, etc., lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que puso en marcha la exceptio non adimpleti contractus se movió dentro del marco de la lógica de lo razonable.”[[26]](#footnote-26)*

A modo de ejemplo, y con base en el anterior postulado – intensidad del incumplimiento de la administración, la Subsección A de esta Corporación se abstuvo de declarar la excepción de contrato no cumplido por no ser el incumplimiento de la administración de gran envergadura bajo los siguientes argumentos:

“Es claro que en el sub-lite no se dan los anteriores presupuestos, toda vez que, como se mencionó anteriormente, si bien la entidad pública demandada incurrió en mora en el pago del acta número 002, no puede concluirse que tal incumplimiento generara una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista en tanto el valor pagado a modo de anticipo era superior al valor de los suministros realizados por parte de la sociedad actora; tampoco puede concluirse que ese incumplimiento de la Administración constituyó la causa del incumplimiento del contratista, por cuanto del material probatorio arrimado al proceso fácilmente puede observarse que éste ocurrió por motivos absolutamente imputables a la sociedad demandante; tampoco puede predicarse en este caso el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad CHECO LTDA., en tanto, además de evidenciar el incumplimiento durante todo el tiempo de ejecución del contrato, no se observó, para el momento en el cual la entidad incurrió en mora, una seria intención de cumplir con sus obligaciones[[27]](#footnote-27).

Así las cosas, cuando ambas partes sean incumplidas se deberá estudiar en cada caso concreto la intensidad del incumplimiento por parte de la administración y si el mismo es de tal magnitud y relevancia que amerite la declaratoria de la excepción.

**3. Imposición de las multas – finalidad y oportunidad**

La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.

Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.

Resulta entonces obvio que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo.

En lo relativo a la imposición de multas en contratos estatales ésta Corporación ha señalado:

*“(…)*

*1. La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración.*

*2. La obligación que nace de la multa es el pago de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Esta obligación de pagar una suma de dinero es distinta (adicional) de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de incumplimiento, por la que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero además, si es multado, debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa.*

*Por tanto, las multas y su cumplimiento no pueden ser neutras o favorables al contratista, pues conllevan implícita una consecuencia desfavorable para él, derivada de la situación de incumplimiento en que se ha puesto. Si no fuera así, la multa no cumpliría su función de apremio, pues al contratista le podría ser indiferente cumplir o no sus obligaciones para con la Administración.”[[28]](#footnote-28)*.

Ahora, en lo relativo al límite temporal de la administración para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato e imponer las multas respectivas, la Sección Tercera de ésta corporación ha señalado:

*“(…)*

*(iii) Se prevé que sólo podrá adoptarse [las multas como medida coercitiva] mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, lo cual significa que, además que se encuentra prevista para incumplimientos parciales y no totales, procede siempre que el contratista no haya satisfecho a cabalidad sus prestaciones, toda vez que su finalidad es la de garantizar el cumplimiento cabal y oportuno de un contrato constriñendo al contratista a su ejecución en caso de mora o retardo.*

*Quiere decir lo anterior que, una vez vencido el plazo de ejecución, cesa la aludida facultad, de suerte que su aplicación extemporánea, o sea, la inobservancia de este límite temporal, hace anulable el acto respectivo, al presentarse una forma de incompetencia por razón del tiempo (ratione temporis).*

*Por consiguiente, para la viabilidad de la imposición de las multas, resulta necesario que no se haya vencido el plazo de ejecución o decretado la caducidad del contrato, pues, se precisa, ellas no tienen una naturaleza indemnizatoria sino compulsiva por cuanto sirven para apremiar o conminar al contratista a cumplir el contrato, lo que implica que deben ser aplicadas durante el término fijado por las partes para su cumplimiento en tiempo oportuno y no cuando ese período ha expirado o extinguido en forma anormal”[[29]](#footnote-29).*

Así las cosas, cuando se encuentra pactado dentro del contrato, la administración tiene la competencia para declarar el incumplimiento parcial del contrato e imponer multas como una medida coercitiva para constreñir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando no hubiera vencido el plazo de ejecución del objeto contractual o decretado la caducidad administrativa del contrato.

**2. El acto administrativo, elementos para su configuración y la presunción de legalidad** [[30]](#footnote-30)

Por acto administrativo de contenido individual se entiende toda manifestación unilateral, por reglageneral de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos.

De esta manera se dice que son 5 los elementos claves para llegar a la conclusión de que existe un acto administrativo: (i) la expresión o manifestación concreta de la administración; (ii) la expresión unilateral del querer de la administración; (iii) el ejercicio de la función administrativa mediante la declaración de la voluntad de la administración,; (iv) que su contenido material equivalga al ejercicio de una función administrativa así provenga de cualquiera de los órganos del poder público o de particulares. (v) que posea la fuerza suficiente para decidir y crear situaciones jurídicas a partir de su contenido, de manera que esta se configura como la característica reveladora o de mayor importancia.

Ahora bien, para que el acto administrativo sea válido deben concurrir una serie de elementos acordes al ordenamiento jurídico entre tanto que cualquier falla en su estructura podría afectar la legalidad del acto.

En el primer plano podemos mencionar los elementos esenciales del acto, dentro de los cuales se encuentran los elementos externos, estos son: (i) el sujeto activo, persona, órgano o particular revestido de funciones administrativas competente, (ii) sujeto pasivo, sobre quien recaen los efectos jurídicos del acto y quien ve alterados sus derechos o intereses (iii) eventualmente el Ministerio Público, quien interviene en defensa del ordenamiento jurídico y de los intereses sociales, y (iv) el procedimiento formal (formalidades del acto) que varía según los derechos protegidos y el ámbito de aplicación y cuyo desconocimiento puede conducir a la vulneración del debido proceso.

De otra parte se encuentran sus elementos internos, tales como: (i) el objeto, constituido por todo aquello de que se ocupa el acto jurídicamente; (ii) los motivos (causa), entendida como el móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo o las circunstancias de hecho o de derecho que provocan su emisión, y (iii) la finalidad, es decir, las metas que debe lograr la administración, es el fin propuesto, el cual debe ser de interés general, lícito, debe encontrarse dentro de la competencia del agente que realiza el acto y perseguirse por medio de los actos que la ley ha establecido[[31]](#footnote-31), finalidad que se enmarca dentro del artículo 2º[[32]](#footnote-32) y los artículos 123 – inciso 2º[[33]](#footnote-33) y 209[[34]](#footnote-34) constitucionales.

Y, finalmente el tercer elemento estudia básicamente el mérito u oportunidad para la producción del acto, que si bien no hace parte de su legalidad, como los dos anteriores, sí constituye un importante argumento de ciencia administrativa y de capacidad personal del sujeto intérprete de la voluntad administrativa para la adopción del acto administrativo[[35]](#footnote-35).

El mérito no es otra cosa que el momento que obliga a la administración a manifestarse cuando verdadera y ciertamente es necesario para cumplir con la finalidad propuesta sin que este elemento pueda confundirse con el anterior.

Así las cosas, debe anotarse que el acto administrativo es válido cuando ha sido emitido de conformidad con las normas jurídicas.

Del mismo modo, debe quedar claro que la actividad de la administración se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros.

Ahora bien, cuando un acto administrativo ha sido cuestionado por la vía gubernativa y resulta modificado o confirmado por aquel que decide el recurso, se conforma una relación jurídica entre éste y el impugnado de tal suerte que forman un todo inescindible.

Lo mismo no puede decirse si el acto es revocado porque en éste evento, como es obvio, sólo subsistirá el que revoca puesto que el revocado ha desaparecido del mundo jurídico.

Con relación al principio de legalidad, éste determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como *“la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial,”[[36]](#footnote-36)* de tal manera que *“la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento”[[37]](#footnote-37)* y que todos sus pronunciamientos *“deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados.” [[38]](#footnote-38)*

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

Con otras palabras, *“se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.”[[39]](#footnote-39)*

Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 88 y 91 del CPACA disponen respectivamente que “*los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*” y *“los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”*; de manera que los actos en firme son suficientes para que las autoridades puedan ejecutarlos.

Luego, quien pretenda la nulidad de un acto administrativo no sólo debe combatir expresamente su legalidad, sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que hace consistir la ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara, circunstancia que será razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

4. **Nulidad de los actos administrativos por falsa motivación[[40]](#footnote-40)**

La falsa motivación o falsedad del acto administrativo constituye una causal genérica de violación que se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica o jurídica, o ambas, que induce a la producción del acto o a los motivos argüidos tomados como fuente por la Administración Pública.

Bajo este entendido, esta causal de anulación de los actos administrativos se puede manifestar mediante un error de hecho, o a través de un error de derecho.

El error de hecho se presenta cuando la Administración desconoce los supuestos fácticos en que debía soportar su decisión, ya sea porque la autoridad que profirió el acto no los tuvo en cuenta o, porque pese a haberlos considerado se deformó la realidad de tal manera que se dejaron por fuera o se introdujeron circunstancias de tiempo modo y lugar que resultan irreales y que traen como consecuencia que el acto administrativo no se funde en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de ser proferido.

Por otra parte, también se incurre en falsa motivación por error de derecho, que tiene lugar cuando se desconocen los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento a los actos demandados, situación que se presenta por: i) inexistencia de las normas en que se basó la Administración; ii) ausencia de relación entre los preceptos que sirvieron de fundamento a la manifestación de voluntad de la Administración y los supuestos de hecho objeto de decisión; y finalmente iii) cuando se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas”[[41]](#footnote-41).

**5. Caso concreto**

En el caso concreto la Sala encuentra acreditado que en el mes de agosto de 2009 se difundió el pliego de condiciones correspondiente a la **licitación pública** No. IDU – LP –DG -010-2009 del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU[[42]](#footnote-42), que tenía por objeto la “*construcción de la calzada sur de la avenida La Sirena (Calle 153) desde la avenida Paseo de los Libertadores (autopista norte) hasta la avenida Boyacá”* por el término de 15 meses contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación y para la cual se contaba con un presupuesto inicial de $16.612.026.398.oo., que mediante Adenda No. 3 se modificó a la suma de $16.395.267.858.oo[[43]](#footnote-43).

Una vez surtido el proceso de selección, mediante Resolución No. 3910 de **28 de septiembre de 2009** el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU[[44]](#footnote-44) resolvió “***adjudicar*** *la licitación pública No. IDU – LP –DG – 010 – 2009 (…) al proponente Consorcio Calle 153**conformado por Coopmunicipal (50%), Mauros Food Ltda (20%), Coespro Ltda (30%), adjudicación que se hace hasta por la suma de dieciséis mil treinta millones seiscientos once mil seiscientos noventa y dos ($16.030.611.692) pesos M/cte”.*

Consecuentemente, el **4 de noviembre de 2009,** entreel Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y el representante legal del Consorcio Calle 153, se suscribió el **Contrato de obra** No. 047[[45]](#footnote-45), en cuyo objeto “*”El CONTRATISTA se compromete con el IDU a ejecutar a precios unitarios con ajustes, las obras requeridas para la construcción de la calzada sur de la avenida La Sirena (Calle 153) desde la avenida Paseo de los Libertadores (Autopista Norte) hasta la avenida Boyacá en Bogotá D.C**de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones, en especial las consignadas en el anexo técnico separable (capitulo 4º del pliego de condiciones), los apéndices y la propuesta presentada el 28 de agosto de 2009, los cuales hacen parte integral de este contrato”.*

Asimismo, debe preverse que la cláusula 18 del Contrato No. 047 de 2009, dispuso que “[e]*n caso de incumplimiento parcial de cualquiera de las obligaciones a cargo del contratista de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el IDU tendrá la facultad de declarar el incumplimiento y aplicar la cláusula penal a título sancionatorio o imponerle multas para apremiarlo a cumplir (…)”*

El **10 de diciembre de 2009,** se dio **inicio a la obra** mediante Acta No. 1 suscrita por el representante legal del Consorcio Calle 153, la firma interventora y el coordinador del IDU[[46]](#footnote-46), a partir de la cual comenzaba a correr el plazo de ejecución pactado en 15 meses, los cuales debían culminar el **9 de marzo de 2011.**

Durante la ejecución del contrato, mediante Resolución No. 051 de **11 de enero de 2011** el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU resolvió[[47]](#footnote-47) “*Declarar que el Consorcio Calle 153 en desarrollo de la ejecución del contrato No. 047 de 2009 ha incurrido en* ***incumplimiento*** *de sus obligaciones contractuales”* e *“imponer al contratista Consorcio Calle 153 una* ***multa*** *de cuatrocientos ochenta millones novecientos dieciocho mil trescientos cincuenta y un pesos M/cte ($480.918.351.oo), equivalente al cero punto cinco por mil (0.5 X mil) del valor de las obras de construcción, por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación incumplida, es decir, a partir del 10 de junio de 2010 hasta el 9 de agosto de 2010”.*

La anterior decisión fue notificada el **2 de febrero de 2011** al representante legal de Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A[[48]](#footnote-48), quien el **9 de febrero de 2011** interpuso **recurso de reposición**[[49]](#footnote-49) con fundamento en que el acto administrativo adolece de falsa motivación, en sintesis, por cuanto desconoce los incumplimientos e interferencias en que incurrió la entidad y que generaron un desfase del cronograma de obra, tales como la entrega incompleta del tramo comprendido entre el KO + 500 al KO + 630, debido a los trabajos que ejecutaba la urbanización Cusezar y la intervención de la EAAB en la instalación de la tubería de aguas lluvias de 2 m de diámetro; interferencia de los postes de Codensa en el tramo II; afectación por las raíces de los arboles; falta de entrega de predios; falta de definición por parte de la Secretaria del Medio Ambiente sobre la ocupación de los cauces del vallado; demoras en las aprobaciones de los diseños de protección de tuberías; especificaciones de material B – 400 para utilizar en espacio público; y estructuras de ciclo rutas.

En razón de lo anterior, la recurrente consideró que debía darse aplicación del artículo 1609 del Código Civil, en la medida que los inconvenientes en la ejecución de la obra eran imputables al incumplimiento de las obligaciones inobservadas por la entidad.

El recurso de reposición antes descrito, fue resuelto mediante Resolución No. 1863 del **25 de abril de 2011** que **confirmó en todas sus partes la Resolución No. 051** de 11 de enero de 2011[[50]](#footnote-50).

Finalmente, la resolución que confirmó la imposición de la multa fue notificada por edicto fijado el **10 de mayo de 2011** y desfijado el **24 de mayo de 2011[[51]](#footnote-51);** y es precisamente contra los actos administrativos que imponen la multa que se dirige la demanda interpuesta por la aseguradora garante del contrato, quien sostiene que tales actos se encuentran viciados de nulidad por falsa motivación, consistente en (i) violación del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, porque la administración impuso la multa por fuera del límite temporal y al hacerlo afectó la medida de incompetencia *ratione temporis*, y (ii) violación del artículo 84 del C.C.A., porque los motivos que fundamentaron la imposición de la sanción no concuerdan con la realidad fáctica que demuestra que los atrasos se debieron a hechos imputables a la entidad demandada, en cuyo efecto debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 1.609 del C.C.

En este orden de ideas, la Sala procederá a desatar cada uno de los cargos propuestos, en el orden en que fueron presentados por los demandantes:

6.1.- **Violación del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007,** porque la administración impuso la multa por fuera del límite temporal y al hacerlo afectó el acto administrativo por incompetencia *ratione temporis.*

A la sazón la Sala prevé que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispone:

***Artículo 17. (…)***

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*

***PARÁGRAFO.****La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

***PARÁGRAFO******TRANSITORIO.****Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.*

En este sentido, la aseguradora hace consistir la falsa motivación en que “*para la fecha de expedición de la Resolución 1853 del 25 de abril de 2011 [que confirma la sanción] ya la multa no tenía ningún fin y mucho menos cumplía el propósito único para el cual fue creada que no es otro que conminar”* al cumplimiento del contrato, toda vez que “*el día 7 de marzo del mismo año se declaró la caducidad del contrato”.*

En otras palabras, en el sentir de la demandante la imposición de la multa deviene en ilegal por incompetencia *ratione temporis* porque, aunque tuvo lugar antes de declararse la caducidad administrativa del contrato, la resolución que la confirmó se expidió cuando el contrato ya había terminado por la misma declaratoria de caducidad, caso en el cual, la imposición de la multa ya no desempeña su función de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, precisamente, porque el contrato ya había finalizado y no habían obligaciones que cumplir, lo cual desconoce las normas en las cuales debía fundarse, es decir el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

A la sazón debe preverse que, en lo relativo al límite temporal de la administración para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato e imponer las multas respectivas, en la parte conceptual de la *ratio decidendi* de esta providencia se dijo quepara la viabilidad e imposición de las multas, resulta necesario que no se haya vencido el plazo de ejecución del contrato o decretado su caducidad, de manera que las multas sólo pueden adoptarse en vigencia del contrato para compeler al contratista al cumplimiento de las obligaciones incumplidas, luego de lo cual la administración pierde la facultad o competencia para imponer tales multas, en razón del tiempo.

En otras palabras, una vez terminado el contrato, ya sea de manera normal por ejecución del plazo pactado o anormal por declaratoria de la caducidad o terminación unilateral, la administración pierde su competencia temporal para imponer multas al contratista, de manera que la aplicación de tales multas resultaría extemporánea, porque el contratista ya no tendría oportunidad de cumplir las obligaciones incumplidas o subsanar las situaciones que dieron lugar al incumplimiento.

En el caso concreto, la Sala encuentra acreditado, como antes se dijo, que mediante Resolución No. 051 de **11 de enero de 2011** el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU resolvió[[52]](#footnote-52) declarar que el Consorcio Calle 153 incumplió el Contrato No. 047 de 2009 y, en consecuencia, le impuso una multa de $480.918.351.oo.

Asimismo se dijo que contra la decisión antes mencionada, el **9 de febrero de 2011** la Aseguradora interpuso recurso de reposición[[53]](#footnote-53) que fue resuelto el **25 de abril de 2011** mediante Resolución No. 1863 que confirmó la multa impuesta.

Y, también resulta acreditado que en el interregno trascurrido entre el recurso de reposición y su resolución, el **7 de marzo de 2011** mediante Resolución No. 1047 el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU[[54]](#footnote-54)declaró “*que* *el* ***Consorcio Calle 153*** *(…) ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales que afecta directa y gravemente la ejecución de la obra”* y “c*omo consecuencia [declaró] la caducidad del contrato de obra IDU – 047 de 2009”* y la terminación del mismo.

Así las cosas, es cierto que la imposición de la multa quedó en firme luego de que fuera declarada la caducidad administrativa del contrato cuyo incumplimiento dio lugar a su imposición, pero este hecho no desdice que la multa fue impuesta dos meses antes de que fuera declarada dicha caducidad.

En este sentido, debe preverse que la imposición de la multa tuvo lugar el **11 de enero de 2011**, lo que indica que fue en esta fecha que la administración previó el incumplimiento en que se hallaba incurso el contratista, en razón a lo cual impuso la multa, conminándolo al cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Ahora, pese a que la aseguradora interpuso recurso de reposición en contra del acto administrativo que multó al contratista, y aunque la resolución que confirmó la sanción tuvo lugar luego de que se declarara la caducidad de la acción, frente a la ejecución del contrato y la finalidad del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, lo relevante es que la multa se haya impuesto mientras el contrato se encontraba vigente y el contratista conservaba la posibilidad de cumplir las obligaciones a su cargo, situación que se garantizó en el caso de autos.

A la sazón, debe resaltarse que una vez declarado el incumplimiento e impuesta la multa (11 de enero de 2011), el contratista contó con un término de dos meses en los que, pese a no encontrarse en firme la sanción, estaba obligado a acatar las obligaciones contractuales y ejecutar la correspondiente obra.

Sin embargo, ello no fue así y el contratista reincidió en el incumplimiento dando lugar a que la administración declarara la caducidad del contrato, mediante resoluciones 1047 y 2548 de 2011, que según aparece en el plenario se encuentran en firme, y como lo hizo ver el Tribunal de Primera Instancia, aunque fueron impugnadas ante la jurisdicción, las pretensiones de nulidad de estas resoluciones fueron negadas mediante sentencia del 5 de junio de 2014 de la Sala de Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quedando, así, confirmado el incumplimiento que dio lugar a la caducidad del contrato.

En este sentido, la Sala concluye que, aunque la imposición de la multa no se encontraba en firme, el contratista contó con 2 meses para cumplir o, por lo menos, allanarse a cumplir las obligaciones contractuales, pero ello no fue así y por el contrario el incumplimiento se prolongó dando lugar a la caducidad administrativa del contrato.

Ahora bien, en sede de discusión también debe preverse que la declaratoria de caducidad cobró firmeza luego de que quedará en firme la imposición de la multa, pues la multa fue impuesta el 11 de enero de 2011 y quedó ejecutoriada el 25 de abril de 2011, entre tanto que la caducidad del contrato tuvo lugar el 7 de marzo de 2011 y quedó ejecutoriada el 25 de mayo de 2011, mediante Resolución 2548, esto es con posterioridad a la firmeza de la multa objeto de debate.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que la multa fue impuesta dentro del límite temporal que el ordenamiento jurídico dispone para tal fin, de manera que el cargo de falsa motivación por violación del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no está llamado a prosperar.

3.2.- **Vulneración del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo** debido a la desarmonía entre el acto administrativo que impuso las multas y la realidad fáctica, toda vez que el incumplimiento atribuido a l contratista, en realidad deviene del incumplimiento de la entidad demandada.

A la sazón, la Sala observa que dentro de los motivos incluidos como razones de la sanción pecuniaria impuesta al Consorcio Calle 153, la entidad contratante señaló como incumplimiento principal el incumplimiento del cronograma de obra, asociado a otras faltas de cumplimiento en las obligaciones contractuales, consistentes en “1. Incumplimiento reiterado del PAC. 2. Incumplimiento en asignación de personal suficiente para la realización de las obras. 3. Incumplimiento en el número de equipo adecuado para la realización de las obras.

Frente a estos ítems se presentaron los descargos del consorcio, luego de lo cual el IDU decidió declarar el incumplimiento e imponer la multa, concretamente, en consideración a que el contratista:

 ***“1.- Transcurrido más del más del 45% del plazo presenta un atraso del 37.00% en el cumplimiento del cronograma o programación de obra aprobado por la interventoría, alejándose enormemente de la línea base o ruta crítica” (****resaltado fuera del texto)*

3.2.1 Al respecto, “en cuanto al atraso en el cumplimiento del cronograma de obra y el incumplimiento de las cantidades de obras contratadas”, la aseguradora demandante señaló que desde el inicio de la ejecución del contrato se presentaron una serie de circunstancias que generaron graves demoras no imputables al contratista, sino a la entidad demandada, tales como 1.- La falta de entrega de los predios por parte de la entidad contratante por motivos ajenos al contratista; 2.- La interferencia de los postes de Codensa, que generó graves inconvenientes durante la ejecución del contrato; 3.- La falta de definición por parte de la Secretaria de Medio Ambiente sobre la ocupación de los cauces del vallado; 4.- La existencia de árboles no previstos en la zona; y 5.- Las demoras en las aprobaciones de los diseños de protección de tuberías, especificaciones de material B – 400 para utilizar en espacio público y estructuras de ciclo rutas.

Es de anotar que estas circunstancias fueron argumentadas por el contratista en su escrito de descargos, y frente a ellas la entidad demandada, en la Resolución 051 de 2011, por medio de la cual declaró el incumplimiento y multó al contratista, consideró que la justificación del contratista ante el atraso en el cumplimiento de la programación de obra se limita a una larga exposición de motivos que han interferido con el desarrollo de las obras, pero sin probar técnicamente cómo estas circunstancias interfieren en el desarrollo de la obra frente al cronograma o programación elaborado por el mismo contratista y aprobado por el interventor.

En este sentido, la Resolución 051 de 2011 consideró:

*“Al revisar cada uno de los argumentos expuestos por el contratista como justificación al atraso en el cumplimiento de la programación de obra y definidas en su oficio como causas que originan el atraso en el cronograma o programación de obra y que no son imputables al contratista el consorcio Calle 153 se encuentra que si bien se hace una larga exposición de motivos que han generado algunas interferencias con el desarrollo de las obras, no se evidencia por ninguna parte un análisis técnico del proceso constructivo llevado a cabo por el Consorcio Calle 153 frente al cronograma o programación de obra del contrato.*

*Tal es el caso que el Consorcio Calle 153 desconoce tajantemente en toda su exposición la propuesta de intervención o plan de trabajo aprobado por la interventoría al contratista como Programa de Trabajo e Inversiones y se limita a enlistar una serie de interferencias que si bien se han presentado en la zona del proyecto, no representan ni la magnitud de afectación señalada ni se ajustan con el proceso constructivo definido en el programa de obra e inversiones, situación que es desvirtuada por la realidad de los hechos por no coincidir con la temporalidad del proceso constructivo propuesto por el contratista.*

*Es claro para esta Dirección Técnica que el incumplimiento señalado al contratista se hace a partir del seguimiento a la programación de obra aprobada para el contrato, pues aparte de ser un documento contractual, el resultado de su análisis es diáfano y objetivo, libre de apreciaciones personales o subjetivas; razón por la cual el consorcio Calle 153 debió presentar sus descargos dentro del mismo contexto, es decir, la programación de obra frente a las supuestas interferencias, revisando periodo por periodo, actividad por actividad con sus predecesoras, holguras y ruta crítica, para concluir la verdadera magnitud de desplazamiento de la línea base. Un indicador de gestión, no puede ser revisado de otra manera aislada de su referencia que para el presente caso es la línea base y/o ruta crítica.*

*Por el contrario, para la Dirección Técnica de Construcciones, el señalamiento que se hace al contratista parte de la desviación negativa que presenta la línea base del cronograma de obra y que al momento de oficializarse al Consorcio Calle 153 la necesidad de presentarse a una audiencia de descargos, el cumplimiento a la programación de obra presentaba un atraso del 37%; indicador preocupante y tomado de los informes semanales que presenta la interventoría, así como de la verificación en sitio y su respectivo análisis en cada uno de los comités de seguimiento realizados semanalmente entre la interventoría, el contratista y el IDU.*

*Asimismo, es importante tener presente que la programación de obra por ser un documento de carácter contractual, es de estricto cumplimiento, pues ha sido elaborado por el contratista y refleja la hipótesis del plan de trabajo que asume para entregar la obra a satisfacción y en el plazo acordado; este documento a su vez es debidamente revisado y aprobado por la interventoría, no sólo para el seguimiento y supervisión de todas las actividades diarias sino para la programación del PAC de la entidad. La programación fue aprobada por la interventoría el día dos (2) de marzo del presente año como “carta de navegación” para el seguimiento y control durante la construcción del proyecto.*

*Al analizar la programación de obra, que como se mencionó en el párrafo anterior fue elaborada por el contratista para el inicio del contrato y sustentada ante la interventoría por el Director de Obra para su correspondiente aprobación, las actividades o tareas programadas para los tres primeros meses (10/12/2006 al 10/03/2010) se circunscriben dentro de las labores propias de topografía y replanteo del proyecto, las cuales por su misma característica se definen como “actividades preliminares” que normalmente están definidas para ser ejecutadas en la primera tercera parte del plazo contractual de un proyecto, es decir, para el caso de la calle 153, el programador acertó en su calendario de obra, en el entendido que en el primer trimestre sólo propuso una inversión del 2% del valor total de la construcción. Lo anterior evidencia la revisión y análisis que el contratista realizó a cada uno de los estudios y diseños técnicos que el IDU le suministró en la etapa preliminar del contrato.*

*De otra parte, al revisar la programación de obra presentada por el contratista para el segundo trimestre del plazo contractual, es decir en el periodo comprendido entre el 10/03/2010 al 10/06/2010, se tiene: el tramo 1 no está en ejecución, el tramo 2 presenta un 60% de sus tareas, el tramo 3 un 25% y los tramos 4 y 5 no presentan actividades. Ahora bien, tras superponer la línea base de la programación de obra con las fechas en las cuales el IDU definió las dudas y/o ajustó las especificaciones y diseños técnicos del proyecto para implementarse en obra, se observa que esta gestión se realizó en su gran mayoría en los primeros 4 meses del plazo del contrato, durante los cuales el contratista tenía programado ejecutar tan solo un 6% de su valor. Así, que si se pudo presentar alguna interferencia con las actividades programadas, su incidencia en la ruta crítica fue ínfima y prácticamente despreciable.*

*Por otro lado, menciona el Consorcio Calle 153 que en los tramos 1,2 y 3, se presentaron algunas interferencias que no le permitieron desarrollar plenamente su programación. Pues bien, así como lo analiza la interventoría, es una afirmación que no se ajusta a la magnitud que el consorcio Calle 153 pretende dar en sus argumentos.*

*Al tenor de la objetividad y sobre un análisis cuantitativo de la meta física del contrato, es claro que las áreas que presentaron interferencias con el proceso constructivo, no afectaron más allá del 3% del área total del proyecto; adicionalmente fueron interferencias puntuales que si bien afectaban algún sector del tramo, existen procedimientos constructivos válidos por la ingeniería civil que permitían avanzar con las actividades sin tener que suspender todo el tramo y/o en el peor de los casos, bien se hubieran podido adelantar tareas de otros frentes para compensar el tiempo perdido, cosa que efectivamente no sucedió.*

*Hecho el anterior análisis y revisada la respuesta que por su parte hace la interventoría a los descargos del consorcio Calle 153, referente a este primer punto la Dirección Técnica considera que el contratista no presentó argumentos válidos que desvirtúen el cargo señalado, razón por la cual acoge y ratifica lo expresado por el Consorcio Vías 2009 en su calidad de interventores.*

***2.- No cumplir con las cantidades de obra o rendimientos de ejecución física programados por el Consorcio Calle 153 durante los meses de mayo, junio y julio del presente año.***

*El IDU en su oficio de llamamiento a descargos hace mención con claridad a un incumplimiento en un periodo especifico de la obra, sin embargo, el consorcio Calle 153 en sus descargos sólo se limita a relacionar una serie de interferencias que se presentaron en la obra y no responde de manera precisa a este señalamiento.*

*Revisado el programa de trabajo e inversión del proyecto se tiene que para el periodo de mayo a julio el Consorcio Calle 153 programó la ejecución de actividades por un valor equivalente al 30.86% de la inversión total, meta que fue incumplida por el contratista, pues de acuerdo con los datos registrados por la interventoría en los informes semanales radicados ante el IDU tan sólo se desarrollaron obras por una suma cercana al 9.00% del valor del proyecto.*

*Adicionalmente, es necesario señalar que el día 6 de mayo del presente año, el IDU había aclarado más del 90% de dudas técnicas que el contratista había formulado, razón por la cual este periodo adquiere relevancia en el análisis de antecedentes de causa y efecto en el desarrollo del cronograma de obra elaborado por el contratista y aprobado por la interventoría.*

*Hace parte de este análisis la evaluación comparativa entre la línea base del proyecto y la curva de progreso o ejecución real de las actividades programadas, concluyéndose que a pesar de que la mayoría de dudas técnicas y ajustes a los diseños fueron solucionados, la ejecución de la obra continuó con un rendimiento bajo que en promedio durante el periodo observado no superó el 1% debiendo haber ejecutado el 2.50%.*

*Al revisar los descargos presentados por el contratista, no se encuentra una justificación clara que responda a lo solicitado por el IDU razón por la cual esta Dirección Técnica acoge el análisis de los hechos efectuado por la interventoría.*

En síntesis, al analizar la programación o cronograma de obra elaborado por el contratista para la ejecución del contrato dentro del plazo acordado, frente a las cantidades de obra efectivamente ejecutadas, la entidad contratante advirtió que “*el cumplimiento a la programación de obra presentaba un atraso del 37%”,* situación ésta que no ha sido desvirtuada por el Consorcio, pues, aunque obran en el plenario las actas donde constan los avances de la obra, al plenario no se allegó el correspondiente cronograma, de manera que es imposible para la Sala verificar si las conclusiones argüidas por la entidad frente al atraso en la ejecución del contrato concuerdan, o no, con la realidad.

Adicionalmente sobre este punto debe preverse que la aseguradora demandante no desmiente el atraso de la obra sino que, por el contrario, su defensa consiste en atribuir dicho atraso a circunstancias que considera imputables a la entidad contratante, frente a las cuales no se encuentra prueba en el plenario, más allá del dicho de la misma entidad demandada, contenido en los actos administrativos impugnados, donde el IDU sostiene que los posibles hechos a él atribuidos no tenían la magnitud para interferir con las actividades programadas, además que se presentaban en asuntos puntuales que le permitían al contratista avanzar en otros frentes, sin tener que interrumpir tramos completos de la obra.

Entonces, los argumentos alegados por la aseguradora en sede judicial corresponden a los mismos alegados en el escrito de descargos del contratista y analizados por la entidad en los actos que declararon el incumplimiento e impusieron la multa, e incluso en aquellos que declararon la caducidad administrativa del contrato (resoluciones 1047 y 2548 de 2011), los cuales quedaron en firme, como lo hizo ver el Tribunal de Primera Instancia, pues, aunque fueron impugnadas ante la jurisdicción, las pretensiones de nulidad de estas resoluciones fueron negadas mediante sentencia del 5 de junio de 2014 de la Sala de Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quedando, así, confirmado el incumplimiento que dio lugar a la caducidad del contrato y que antes había dado lugar a la imposición de la multa aquí objetada.

Ahora bien, otro hecho de incumplimiento que fue atribuido por la entidad demandada para imponer la multa, consistió en:

***3.- Facturar la obra mediante actas de recibo parcial de obra por valores inferiores al programado en el flujo de caja o PAC mensual propuesto por el contratista y aprobado por la interventoría***

3.2.2 Con relación a la factura de obra inferior a la programada, la demandante señaló que “*al verse afectado seriamente el cronograma de obra por las dificultades que presentaba la ejecución, la misma obviamente se ve afectada seriamente y como bien lo reconoce el Interventor no necesariamente la facturación de la obra genera falta de ejecución de la misma”.*

A la sazón la Sala reitera que ninguna prueba obra en el plenario que desvirtué el cargo expuesto por la entidad contratante como argumento de la multa impuesta en contra del Consorcio Calle 153.

Contrario sensu, debe preverse que la aseguradora demandante no niega la inejecución del presupuesto y se limita a justificarla como una consecuencia obvia de la inejecución de las obras, incluso, dentro del proceso administrativo la entidad demandada encontró que el contratista no justificó la inejecución del presupuesto:

*“De acuerdo con los argumentos presentados por el contratista como descargos, no se evidenció ninguna justificación al hecho de no haber facturado al IDU los valores presupuestados en su programa de trabajo e inversiones. Es absolutamente claro para esta Dirección Técnica que el consorcio Calle 153 debió haber facturado al 10 de agosto de 2010 una suma cercana a $6.940.458.466 y no $1.857.913.900 como realmente aconteció.*

*Al respecto, esta Dirección Técnica considera que si bien se presentaron interferencias físicas en el desarrollo de las obras, más algunas dudas de orden técnico las mismas fueron muy puntuales y nunca fueron limitantes para que el contratista pudiera avanzar en otras actividades e inclusive en las mismas actividades que presentaban alguna afectación en su proceso constructivo, pues como ya se anotó en el numeral anterior,* ***las interferencias no afectaron más allá de un 3% del área del proyecto,*** *adicionalmente, se tiene que sectores como el relacionado con el espacio público (andenes y ciclo ruta), tenía toda posibilidad de avanzar en procura del cumplimiento de flujo de caja o PAC del contrato. Era claro para el contratista que en desarrollo de sus obligaciones y para el cumplimiento exitoso de su programación de obra, en algún momento podía adelantar actividades en otros frentes de trabajo programados para fechas futuras y con ello cumplir con su obligación de facturar lo acordado en su Plan de Inversión.*

*Sobre este punto y de acuerdo con lo expresado por el Consorcio Calle 153 tanto en la audiencia de descargos, así como en el memorial escrito, se concluye que el consorcio Calle 153 no presentó argumentos válidos que justifiquen las razones por las cuales no facturó acorde con el flujo de caja o programa de inversiones aprobado para el contrato”.*

Este argumento tampoco fue desvirtuado en sede de reposición e incluso, al igual que el anterior, también fue argüido dentro de la declaración de caducidad administrativa del contrato - resoluciones 1047 y 2548 de 2011, actos que, como se viene reiterando, quedaron en firme como lo hizo ver el Tribunal de Primera Instancia, pues, aunque fueron impugnadas ante la jurisdicción, las pretensiones de nulidad de estas resoluciones fueron negadas mediante sentencia del 5 de junio de 2014 de la Sala de Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quedando, así, confirmado el incumplimiento que dio lugar a la caducidad del contrato y que antes había dado lugar a la imposición de la multa aquí objetada.

Finalmente, la entidad demandada fundamentó la declaratoria de incumplimiento e imposición de la multa en que el Consocio Calle 153:

***“No disp[uso] de todos los recursos de mano de obra y equipo necesarios para el cumplimiento del objeto contractual, acorde con las actividades programadas y rendimientos propuestos por el contratista en el cronograma de obra. Situación que se ha evidenciado en frentes de trabajo totalmente inactivos por periodos superiores a las 48 horas.”***

3.2.3 En defensa, la aseguradora demandante consideró que *“Los recursos de mano de obra, maquinaria y equipo se disponen en obra de acuerdo con lo contractualmente pactado y con las condiciones de ejecución que se presenten a lo largo de la obra. De lo atrás analizado se evidencia que existían predios que no se habían entregado al contratista, esquinas con problemas de redes inconclusas y lugares de la obra en donde no resultaba factible iniciar trabajos por temas como líneas eléctricas, árboles, etc. Sabido lo anterior, resulta necesario concluir que la persona que se encontraba destinada para esos puntos, necesariamente no tendría posibilidad de trabajar en ellos y su permanencia en obra sin ejecución, indefectiblemente acarrea mayores costos de personal que no se traducían en obra”.*

Dado lo anterior, la Sala evidencia que la demandante no niega la falta de “*los recursos de mano de obra y equipo necesarios para el cumplimiento del objeto contractual, acorde con las actividades programadas y rendimientos propuestos por el contratista en el cronograma de obra”,* sino que se limita a exponer las razones que justifican su ausencia, las cuales no han quedado acreditadas en el plenario y fueron inadmitidas por la entidad contratante en el siguiente sentido:

*“En la planeación de un proyecto, una vez definida la línea base y ruta crítica del mismo, el planificador debe preparar igualmente el programa de recursos, mano de obra y equipo. Este subprograma es un producto que durante el desarrollo del proceso constructivo, se tiene que estar consultando permanentemente como una herramienta de trabajo y planeación para garantizar que el camino por el cual se lleva el proyecto, permitirá (sic) el alcance de la meta y objetivos del mismo.*

*Ante el señalamiento que hace la interventoría al consorcio en el presente punto, y tras analizar los descargos presentados en la audiencia y mediante memorial escrito, no se evidencia ningún argumento fáctico que desvirtúe total o parcialmente este hecho; la presentación de cuadros técnicos con la relación de la asistencia de personal y horas de trabajo del equipo en obra, hubiera sido necesario para aclarar que los recursos dispuestos eran suficientes para alcanzar los rendimientos esperados en la programación para cada frente de trabajo.*

*Sobre esta situación, tanto el IDU como la interventoría han venido señalando a través de los comités de seguimiento al contrato, así como durante los recorridos semanales y por medio escrito que el personal en obra, así como el equipo, son insuficientes y en más de una oportunidad se han encontrado frentes de obra totalmente inactivos en los cuales no se tienen interferencias ni temas pendientes por definir. El anterior aspecto negativo se presenta en mayor magnitud en el área de espacio público como andenes y ciclo ruta.*

*Este hecho adquiere especial relevancia al situarse como una de las principales razones para que el rendimiento físico y avance financiero del contrato, no corresponda con los porcentajes en el indicador de gestión propuesto por el contratista como línea base en su programa de trabajo e inversión para el proyecto objeto del contrato IDU 047 de 2009.*

*Por lo anterior, esta Dirección Técnica considera que ante los señalamientos hechos por la interventoría sobre un presunto incumplimiento del Consorcio Calle 153 y comunicado por el IDU a través del oficio IDU 20103360408201 de fecha 10/08/2010, el contratista Consorcio Calle 153 en sus descargos no presentó argumentos sólidos ni valederos para justificar suficientemente el atraso que presentaba la obra al 10 de agosto del presente año.*

*Por las precitadas razones, se evidencia el incumplimiento injustificado de obligaciones por parte del contratista, motivo por el cual es procedente la aplicación de la multa”.*

Entonces, en los anteriores términos la entidad contratante consideró procedente la declaratoria de incumplimiento e imposición de la multa al Consorcio Calle 153, que se encuentra contenida en la Resolución 051 de 11 de enero de 2011 y fue confirmada por la Resolución No. 1863 del 25 de abril de 2011,por los motivos esgrimidos en el acto administrativo objeto del recurso y además por las razones que se sintetizan así[[55]](#footnote-55):

(i) El contratista no sólo incumplió parcialmente sus obligaciones, razón por la cual se le conminó para que superará los atrasos en Comité de Obra del 10 de junio de 2010, sino que estos se incrementaron semana a semana y nunca subsanó los incumplimientos que le endilgaron en el periodo comprendido entre junio y agosto, como tampoco hasta la fecha en que se impuso la multa.

(ii) Se ha dado estricto cumplimiento al trámite pactado entre las partes en el Contrato No. 047 de 2009, para efectos de adelantar el procedimiento de multa.

(iii) No es aplicable la excepción de contrato no cumplido, toda vez que si bien la interventoría reconoció la existencia de interferencias durante la ejecución del contrato en cita, estas no son de la extensión y magnitud que le quiere dar el contratista. Al respecto:

*“En las comunicaciones enviadas y en los comités de obra realizados consta que las interferencias menores que se presentaron en algunos frentes de obra no obstaculizaban el desarrollo norma del proyecto, pues éstas sólo son unas molestias constructivas sin la incidencia ni la magnitud que le quiere dar la recurrente frente a la totalidad de la obra”.*

(iv) La decisión de imponer la multa no se fundó en apreciaciones subjetivas, sino que por el contrario se sustentó a partir del seguimiento a la “*programación de obra aprobada para el contrato, pues además de ser un documento contractual, el resultado de su análisis es diáfano y objetivo, libre de apreciaciones personales o subjetivas. Es así como el señalamiento que se le hace al constructor parte de la desviación negativa que presenta la línea base del cronograma de obra (o programación de obra aprobada) y que al momento de oficializarse al contratista la necesidad de comparecer a una audiencia de descargos, el cumplimiento a la programación de obra presentaba un atraso del 37% indicador tomado de los informes semanales que presenta la interventoría así como de la verificación en sitio y su respectivo análisis en cada uno de los Comités de Seguimiento efectuados semanalmente entre la interventoría, el contratista y el IDU”.*

(v) Si bien es cierto que hubo errores en algunas actas de recibo parcial, atinentes a que el área técnica ordenó pagar el 100% del total facturado, los mismos se corrigieron. Al respecto:

*“La entidad y la interventoría fueron reiterativos en el estricto cumplimiento que debía darse a lo acordado en el Contrato No. 047 de 2009 en su cláusula No. 3 en la que se estipula claramente que en los recibos parciales de obra sólo se puede cancelar en pagos parciales mensuales hasta un 90% (incluyendo AIU) del valor total de las obras civiles y redes ejecutadas, sin que ello signifique que el IDU esté efectuando retención alguna como garantía adicional del contrato, pues su pago se hace sobre el valor facturado por el contratista. Lo anterior se evidencia en los comunicados vía correo electrónico enviados por el contratista, la interventoría y el coordinador del contratos de fechas 24 de marzo, 9 y 10 de junio de 2010 y ratificado en concepto de fecha 14 de diciembre del mismo año, proferido por la Subdirección General Jurídica del IDU”.*

En este orden de ideas, la Sala considera que los actos administrativos demandados se encuentran en firme y en el plenario, no logró desvirtuarse su presunción de legalidad, la que, esencialmente, fue impugnada con fundamento en la aplicación del artículo 1.609 del C.C., esto es, el incumplimiento de las obligaciones a cargo entidad contratante, que imposibilitó al contratista para ejecutar el contrato en la forma y tiempo dispuesto en el cronograma de obra.

A la sazón, debe preverse que en la parte conceptual de la ratio decidendi de esta providencia se dijo que, la excepción de contrato no cumplido – *exceptio non adimpleti contractus*-, es procedente en materia de contratos estatales única y exclusivamente cuando “*del incumplimiento de la administración, se genere una razón de imposibilidad de incumplir para la parte que se allane a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado*”[[56]](#footnote-56).

De manera que, en los demás eventos, el contratista está obligado a cumplir las obligaciones, así se presente incumplimiento de la entidad contratante, se insiste, siempre que éste no imposibilite la ejecución del contrato, pues, entre otros, se dijo que para la conjuración de la *exceptio non adimpleti contractus* se exige que el incumplimiento de la administración tenga una gravedad ostensible y considerable que imposibilite el cumplimiento del contratista.

Bajo este entendido, tres serían los elementos a probar para que sea declarada la excepción de contrato no cumplido, el primero, el incumplimiento; el segundo, la gravedad de dicho incumplimiento; y el tercero, la imposibilidad para continuar con la ejecución y desarrollo de la obra.

Sin embargo, en este caso concreto, la Sala observa absoluta orfandad probatoria por parte de la demandante frente a los hechos que alega como configurantes del incumplimiento y, peor aún, de la gravedad de tales hechos y de la forma en que imposibilitaron la ejecución del contrato.

Recuérdese que quien pretenda la nulidad de un acto administrativo no sólo debe combatir expresamente su legalidad, sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que hace consistir la ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara.

Adicionalmente, debe recordarse que, en aplicación del artículo 167 del C.G.P. incumbe a las partes probar el supuesto de hecho cuyo efecto jurídico se persigue, y aunque el juez ostente facultades oficiosas en materia probatoria, debe preverse que ellas no están dadas para suplir la negligencia o impericia de las partes sino para atender situaciones particulares que ameriten un tratamiento especial.

Entonces, en *sub judice* la única prueba que obra del incumplimiento se encuentra contenida en los actos administrativos objeto de demanda donde la entidad contratante asume una suerte de demoras, pero en cada uno de los casos bajo la aclaración según la cual tales demoras no configuran una situación o incumplimiento grave que imposibilitara la ejecución de las obras e, incluso, afirma que el contratista estaba en la posibilidad de continuar con las labores en otros tramos que no sufrían afectación.

En este sentido también debe recordarse que la presunción de legalidad de los actos administrativos permite inferir que las manifestaciones en ellos contenidas son ciertas y acordes al ordenamiento y la situación fáctica, siempre que no se demuestre lo contrario, pues la presunción de legalidad sólo puede desconocerse cuando quien alega los vicios, además de alegarlos los prueba, como quedó especificado en la parte conceptual de la ratio decidendi de esta providencia.

Y en el caso de autos no ha quedado desvirtuada la presunción de legalidad, contrario sensu, debe resaltarse que el incumplimiento del contratista fue tal que conllevó a la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, proferida mediante Resolución No. 1047 del **7 de marzo de 2011**, donde el IDU sostuvo:

*“Se observa que una vez analizando el acervo probatorio obrante en el expediente, efectivamente se presentaron algunas vicisitudes propias de la ejecución de un contrato de obra de esta magnitud, pero no con la incidencia suficiente para justificar los reiterados retrasos por parte del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones.*

*En efecto, dentro de la prueba documental anunciada consta que se le indicó al contratista en comunicaciones enviadas y en comités de obra, que las interferencias menores que se presentaron en algunos frentes de obra no obstaculizaban el desarrollo normal del proyecto. Sobre el particular, la interventoría mediante comunicación 831- IDU – 512- 0237 del 28/01/2011 del Consorcio Vías 2009 hace un extenso análisis de éstas, calculando que a lo sumo son unas “molestias constructivas” sin la incidencia ni la magnitud que se le quiere dar frente a la totalidad de la obra. (…)*

*Ahora bien, la interventoría informa que la única interferencia por la que potencialmente y de manera restrictiva vislumbraría ampliar el plazo contractual, sería la de la tubería instalada en el predio de Cusezar, que representaría el 5 – 6% del total del área de construcción, enfatizando que su delimitación física no obstruía la ejecución de los trabajos de construcción en el 94% restante, ni mucho menos justificaría el atraso tan ostensible que presenta el contratista en el cronograma de obra, lo cual sin lugar a dudas es imputable a su propia desidia. (…)*

*Aunado a ello, es pertinente anunciar desde ya que las imputaciones que se efectúan contra el contratista, se fundan en una serie de hechos y comportamientos permanentes y conscientes durante la ejecución de este contrato, tales como la inactividad en la construcción como producto de su desorganización administrativa, su incapacidad de ejecutar recursos, la falta de equipos y personal en las obras, entre otros factores.*

*(…)”.*

Adicionalmente, el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, puso de presente que el Consorcio manifestó en la audiencia de descargos que “***es claro que la obra presenta un atraso,*** *atraso que es claro para el Consorcio que debe ser superado. (…) El Consorcio decidió a través de sus integrantes una* ***reorganización administrativa*** *del mismo. (…) Como prueba final queremos continuar con la obra y adicional a todo lo aportado la prueba principal la tendrán con la* ***reactivación y empuje que tendrá la misma”.***

Dado lo anterior, el IDU sostuvo:

*“Obsérvese que se reconoce la existencia de un atraso para efectos de lo cual solicitan la oportunidad para “reactivar” la obra. Entendido bajo sentido común, lo anterior implica que la obra “está inactiva” y requiere ser activada. (…)*

*(…)*

*En los hechos descritos en el primer acápite de esta resolución (así como en el oficio que dio inicio al presente procedimiento) se observa que inclusive desde el mes de junio de 2010 se ha venido apremiando al contratista para que retome una conducta diligente frente a la construcción, sin que en ningún momento fuera controvertido por el contratista en sus descargos, como tampoco fue refutado el que a julio de 2010 habían sido resueltas en su totalidad las dudas técnicas que a juicio del contratista se habían presentado.*

*Entre los descargos escritos presentados por el representante del contratista se observa que éste afirma que “así las cosas, teniendo en cuenta el presunto incumplimiento que se le formula al Consorcio Calle 153 por el no cumplimiento estricto del cronograma de obra, podemos entrar a establecer que el atraso es, en parte, atribuible al Instituto de Desarrollo Urbano IDU (…)”. Entiéndase de lo anterior que en “parte atribuible” a la Entidad implica que en parte no es atribuible a la Entidad; por lo cual se está reconociendo explícitamente por el representante del Consorcio que al menos parcialmente existe un incumplimiento de las obligaciones por el contratista únicamente imputable a él mismo. Al amparo de los medios probatorios reconocidos por el ordenamiento colombiano, se tendrá como Confesión sobre el incumplimiento – parcial – de sus obligaciones (en los términos previstos por el CPC arts. 194-198 y CCA art. 57) que adquiere relevancia para la propuesta exceptio non adimpleti contractus (…).*

*De los informes de la interventoría se extrae de la comunicación 831- CCL 153 – 531-0348 del 07 de febrero de 2011 que hay un incumplimiento en las obligaciones de personal, equipo y facturación que han afectado directamente la obra y que sólo son atribuibles al contratista.*

*- Entre las mismas pruebas anunciadas por el Consorcio Calle 153 se relaciona el Acta No. 7 del Comité de enero 28 de 2010, dentro de la cual se evidencia que el IDU le instruyó al Contratista que ejecutara las labores necesarias en las zonas que no estaban afectadas en ese momento (i.e. predio de Cusezar), lo que indica que había una exhortación clara para que no se parara la construcción ni el avance en obra sino para que el Contratista ejecutara la labor donde podía hacerlo (i.e. 95% del área de construcción aproximadamente).*

*(…)*

*Como se señaló anteriormente frente a la intervención de la aseguradora, el argumento relacionado con las “interferencias” de la obra tiene una incidencia del 5-6% del total del área de construcción. Lo anterior nunca fue desvirtuado con un cálculo diferente por parte del contratista. De tal forma que la exceptio non adimpleti contractus sin lugar a dudas está llamada a fracasar. No hay ninguna razonabilidad entre el atraso evidenciado en la obra y las causas que no le son imputables al contratista, por lo cual no se verifican las exigencias normativas y jurisprudenciales para que prospere dicha excepción.*

*(…) se tiene como suficientemente probado que no hubo ninguna “imposibilidad sobreviniente” sobre la ejecución de la obra; de hecho, legal y materialmente estaban dadas las condiciones para una ejecución normal de la construcción, sin embargo lo que se evidencia palmariamente es la falta de ejecución debido a la falta de diligencia, pericia y prudencia del contratista para satisfacer el interés de su acreedor (reiterando que se desestima la aplicación de la exceptio non adimpleti contractus para este caso, a la luz de las particulares circunstancias y pruebas que indican que la situación traumática de la obra no tiene como contrapartida un incumplimiento grave de la Administración.*

*Como conclusión de todo lo anteriormente señalado, la Entidad considera que está plenamente probado la existencia de un incumplimiento en las obligaciones del contratista en los términos arriba indicados”.*

(…)

*Las manifestaciones de las partes para el cumplimiento del contrato de la Av La Sirena dejan entrever que entre junio de 2010 y febrero de 2011, el IDU y la interventoría han sido reiterativos en criticar la falta de personal y maquinaria necesarios, idóneos y suficientes para cumplir con el objeto contratado. Asimismo, por el bajo nivel de facturación mensual del contratista, frente a lo cual se han hecho numerosos requerimientos sin respuesta material alguna. Lo anterior indica que las obligaciones sobre las que ha recibido varios reclamos el contratista son de suma importancia para el interés del acreedor y así se lo ha hecho saber.*

*La cuantía del incumplimiento puede evidenciarse en el nivel de atraso de la obra. Sin duda, un atraso superior al 47% indica que las obligaciones hasta ahora incumplidas afectan incisivamente el precitado interés del acreedor, quien no ha podido recibir ni siquiera la mitad del objeto contratado durante el plazo de ejecución del pactado.*

*[El contratista] no ha cumplido nunca con los compromisos de “reactivación” que ha expresado a la Entidad y la Interventoría. La ausencia de intención de cumplir en los términos pactados ha sido relievada por la Entidad y la Interventoría en varias ocasiones (como se observa en el acápite de hechos y con los oficios y documentos que lo sustentan), y fue sustancialmente evidente para el día 08 de febrero de 2011, momento en el cual se verificó in situ el fracaso del contratista para satisfacer las expectativas del IDU y la comunidad con un aumento de personal, maquinaria y facturación.*

*De acuerdo con el anterior análisis, se tiene que las obligaciones incumplidas por el contratista – especialmente lo relacionado con la cantidad e idoneidad de la maquinaria, personal y facturación mensual – son de gran importancia para el cumplimiento del objeto contractual como lo requiere el acreedor, por lo cual su incumplimiento implica una directa y grave afectación a la construcción”.*

Ahora bien, es de anotarse que la declaratoria de caducidad fue confirmada por Resolución No. 2548 del **27 de mayo de 2011** que ratificó en todas sus partes la Resolución No. 1047 de 7 de marzo de 2011[[57]](#footnote-57) reiterando los argumentos allí expuestos y, además, destacando el informe semanal de interventoría del **6 de marzo de 2011**[[58]](#footnote-58)**,** donde se observa que:

*“Al día 9 de enero de 2010 se cumplió el plazo para la etapa de preliminares y el día 10 de enero de 2010 se dio inicio a la etapa de construcción.*

*Con corte a 6 de marzo de 2011 se presenta un atraso del 49.89% debido a que el avance de excavaciones, estabilización con rajón, lecho (ilegible), sub base, base granular, mezcla asfáltica y espacio público en general han tenido rendimiento por debajo de lo estimado lo mismo que las actividades en obras de alcantarillado y de redes secas y la vía en el tramo 1 no se ha iniciado. A lo anterior se suma la falta de recursos del contratista para suministrar materiales y la disminución notable de personal y equipo en las últimas semanas. En la presente semana se obtuvo un avance inferior a lo programado. (…)”.*

Así las cosas, con las resoluciones 1047 y 2548 de 2011, las cuales al igual que los actos administrativos demandados se encuentra amparadas por la presunción de legalidad, la Sala concluye que el contratista persistió en el incumplimiento que dio lugar a la imposición de la multa, de tal forma que para la fecha en que se profirió la Resolución 051, esto es, enero de 2011, la ejecución de la obra reportaba un atraso del 37.00%, pero para la fecha en que se declaró la caducidad del contrato, esto es, 7 de marzo de 2011, el atraso alcanzaba un 49.89%.

Así las cosas, lo anterior ratifica que pese a la imposición de la multa, por medio de la cual se conminó al contratista al cumplimiento de las obligaciones pactadas, el Consorcio continuó con el incumplimiento a tal punto que dio lugar a la caducidad del contrato.

Ahora bien, respecto a la legalidad de las resoluciones que declararon la caducidad administrativa del Contrato No. 047 de 2009, la Sala observa que, aunque no fueron demandadas bajo la presente cuerda procesal, el tribunal de primera instancia informó:

*“La Sala advierte que en asunto anterior las aseguradoras Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A. y Allianz Seguros S.A. solicitaron la nulidad de la Resolucion 1047 del 7 de marzo de 2011 y 2548 del 25 de mayo de 2011, mediante las cuales el IDU declaró la caducidad del Contrato 047 de 2009 suscrito con el Consorcio Calle 153, así como la ocurrencia de unos siniestros amparados por la poliza No. 20408. Demanda que fue decidida mediante sentencia del 5 de junio de 2014 de esta Sala que negó las pretensiones de la demanda.”*

En otras palabras, fue tan evidente el incumplimiento del contratista que no solo dio lugar a la imposición de la multa sino también a la caducidad del contrato que, según se observa, se encuentra en firme y, también es amparada por la presunción de legalidad.

En síntesis, la Sala considera que en el caso concreto no se acreditó la intensidad del incumplimiento de la administración, de manera que no hay lugar a la declaratoria de la excepción de contrato no cumplido y, en consecuencia, no se acredito la causal de nulidad alegada por la demandante de modo que la legalidad de los actos administrativos permanece incólume y habrán de negarse las pretensiones de la demanda.

3.3 No obstante, la Sala desatará el siguiente argumento expuesto por la aseguradora, según el cual, El IDU de forma irregular descontó el valor de la multa cuando liquidó el amparo del anticipo, que ninguna relación tenía con el amparo de cumplimiento y que eran totalmente diferentes.

A la sazón, debe advertirse que la parte resolutiva de la Resolución 051 de 2011, además de declarar el incumplimiento del contratista e imponer la correspondiente multa, dispuso:

*“(…)*

*ARTÍCULO TERCERO.- El valor de la multa impuesta en la presente resolución deberá ser descontado de los pagos a favor del contratista Consorcio Calle 153 una vez se encuentre en firme el presente acto administrativo.*

*Si ello no fuere posible, la Dirección Técnica de Gestión Contractual deberá requerir al representante legal de la compañía aseguradora Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A para que cumpla con el pago de la multa cubierta en la garantía única de cumplimiento con cargo al amparo de cumplimiento contenido en la póliza número CIS720408 del 11 de noviembre de 2009, de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio. En el caso en que no se obtenga el pago a través de dicho requerimiento, deberá remitir a la Dirección Técnica de Gestión Judicial los documentos pertinentes que permitan dar inicio a las acciones judiciales correspondientes para hacer efectivo el valor de la multa, con cargo al amparo de cumplimiento de la póliza mencionada, expedida por la compañía aseguradora Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A con ocasión del contrato No. 047 de 2009.*

*(…)” (subrayado fuera del texto)*

Así las cosas, es evidente que la disposición efectuada por la resolución demandada se acoge al procedimiento establecido en el contrato No. 047 de 2009, según el cual la entidad estaba facultada para imponer multas y descontarlas de las liquidaciones hechas a favor del contratista o hacer efectivo el siniestro de incumplimiento.

En el *sub examine* la entidad contratante ordenó descontar el valor de la multa de los pagos efectuados a favor del contratista y si ello no fuere posible, previó que el pago de dicha multa fuera imputado a la “*garantía única de cumplimiento con cargo al amparo de cumplimiento contenido en la póliza número CIS720408 del 11 de noviembre de 2009”;* de manera que no es cierto que el acto administrativo ordenara descontar el valor de la póliza del amparo a la debida amortización del anticipo.

Ahora, si en la ejecución del acto administrativo la entidad descontó el valor de la póliza de la garantía de buen manejo del anticipo, este es un asunto que transciende de la legalidad del acto administrativo a la legalidad de su ejecución y por lo tanto no vicia las Resoluciones 051 y 1863 de 2011.

Pues, la liquidación y cobro de la multa no configuran un hecho que tenga que ver con los motivos que dieron lugar a la declaratoria de incumplimiento e imposición de la multa, sino que, más bien, hace alusión a la aplicación, cobro o ejecución de la mencionada multa, hecho que, además de no hallarse acreditado, escapa a la órbita de discusión de legalidad de los actos administrativo que imponen la sanción.

Adicionalmente, la Sala encuentra que este tema fue decidido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia del 5 de junio de 2014, donde se negaron las pretensiones de la demanda porque el Tribunal, entre otros, encontró que:

*“no se encuentra demostrado en el proceso que dicha multa haya sido incluida como parte de los $3.049.254.652 que fueron establecidos por la ocurrencia del siniestro de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo.*

*(…) no le asiste la razón a la actora [Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A.] al pretender que se descuente la suma de la sanción impuesta, del monto que fue pagado por la seguradora correspondiente al amparo del anticipo.”[[59]](#footnote-59)*

Adicionalmente, debe preverse que el inciso final de la cláusula 20 del Contrato 047 de 2009, expresamente dispuso que:

“*Si el* ***IDU*** *considera que el incumplimiento amerita multa o la aplicación de la cláusula penal, expedirá el correspondiente acto administrativo, debidamente motivado y hará los descuentos a que haya lugar en las actas de pago o en la liquidación final del contrato, en el caso de existir saldos pendientes a favor del* ***Contratista.*** *Si no existen saldos se requerirá al* ***contratista*** *para el pago de la multa o de la cláusula penal, en un término máximo de diez (10) días. En caso que éste no pague, se solicitará a la compañía de seguros o al garante, a través de correo certificado, para que asuma el pago correspondiente, con cargo al amparo de cumplimiento, una vez se encuentre en firme el correspondiente acto administrativo.*

Dado lo anterior, es evidente que las resoluciones demandadas dieron cumplimiento a los dispuesto en la cláusula contractual, es decir, se impuso la multa, se ordenó su descuento a los valores pagados a favor del contratista o, en su defecto a cargo del amparo de cumplimiento.

De manera que si así no se hizo, se insiste, será un tema de ejecución del acto que no afecta su legalidad, considerando, además, que el supuesto descuento con cargo al amparo de amortización del anticipo tampoco quedó acreditado, pues al plenario ni siquiera se allegó el acta de liquidación donde se hayan ejecutado los valores adeudados por el contratista a la entidad.

En conclusión, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, por las razones aquí expuestas, esto es, por no desvirtuarse la legalidad de los actos administrativos demandados.

**5. Condena en costas.**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 *“salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.*

De manera que al acudir a la norma de procedimiento civil, esta es el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), el artículo 365 señala, entre otras, las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

Conforme con lo anterior, y teniendo en cuenta que para determinar la cuantía de las agencias en derecho deben aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y que si aquellas establecen solamente un mínimo o un máximo, se tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado que litigó, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder al máximo de dichas tarifas, procede la Sala a liquidar las costas a imponer.

Así las cosas, se procede a dar aplicación a un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible. Así:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **Idoneidad** | **Necesidad** | **Proporcionalidad en estricto sentido** |
| **Exigencias fácticas** | Se refiere a la existencia fáctica de una afectación a un interés legítimamente tutelado por el ordenamiento jurídico, que para el caso de las agencias en derecho lo constituye la afectación que se causó al acceso a la administración de justicia. Debe advertirse que la satisfacción del primer supuesto del test se encuentra en la respectiva sentencia que desató la controversia pues, el legislador previó que es en dicha oportunidad en que el Juez puede pronunciarse sobre la imposición o no de la condena en costas.  | El criterio jurídico de la necesidad en el test de proporcionalidad comporta una valoración de grado o intensidad. Comoquiera que al abordar este escenario se parte del supuesto de que existe una afectación, el ejercicio valorativo en esta instancia se contrae a precisar el grado de intensidad de esa afectación, en donde acabe distinguir tres supuestos de intensidad: 1. Afectación leve a la administración de justicia. Se configura cuando el fundamento de la afectación supone un simple desconocimiento de aspectos elementales de la formación jurídica.
2. Afectación gravísima a la administración de justicia. Se constituye por la realización de reiteradas conductas dilatorias del proceso y que obstruyen el transcurrir del proceso judicial y las diligencias respectivas.
3. Afectación gravísima a la administración de justicia, en donde, además del anterior supuesto, se presentan perjuicios a terceros.
 | El último supuesto del escenario del test de proporcionalidad es el correspondiente a la tasación que se le debe asignar a cada uno de los niveles de afectación a la administración de justicia, esto es, en los niveles leve, grave y gravísima a la administración de justicia. 1. Afectación leve. Esta tasación va hasta el 1,66% del valor de las pretensiones de la demanda.
2. Afectación grave. A este escenario corresponderá una condena entre 1,67% y 3,32%.
3. Por último la configuración del tercer supuesto de intensidad, el gravísimo, comportará una tasación que oscilará entre el 3,33% y el 5%.
 |

Empero lo anterior no resulta suficiente para determinar la tasación de la condena a imponer, pues, el Acuerdo 2222 de 10 de diciembre de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, concede un margen de movilidad dentro del cual el Juez debe fijar la condena por concepto de agencias en derecho, y que en el caso de procesos en segunda instancia corresponde *“Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”*.

Ahora, atendiendo alos 3 criterios referidos y ala naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por los accionantes a lo largo del proceso la Sala considera que la conducta de la parte demandada será suficientemente remediada en el escenario de la idoneidad, por cuanto se evidenció la inexistencia del daño alegado, lo que hace que la actuación del impugnante resulte temeraria, al no existir un fundamento razonable para interponer el recurso, por manera que se fijarán las agencias en derecho en un 1% del monto de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de agosto de 2014[[60]](#footnote-60), que decidió negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** al demandante en el 3% del valor de las pretensiones, a título de costas, conforme a lo dispuesto en la parte motiva. Liquídese por secretaría.

**TERCERO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Magistrado**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Magistrado**

**Aclaró voto**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente**

1. Fls.99-111 C.P [↑](#footnote-ref-1)
2. Fls.88-92 C.P [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls.2-25 C.1 [↑](#footnote-ref-3)
4. Fls.1 C.1 [↑](#footnote-ref-4)
5. Fls.3-6 C.1 [↑](#footnote-ref-5)
6. Fls.24-25 C.1 [↑](#footnote-ref-6)
7. Fls.29-33 C.1 [↑](#footnote-ref-7)
8. Fls.60-70 C.1 [↑](#footnote-ref-8)
9. Fls.77-78 C.1 [↑](#footnote-ref-9)
10. Fls.81 C.1 [↑](#footnote-ref-10)
11. Fls.89-92 C.P [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls.99-114 C.P [↑](#footnote-ref-12)
13. Fls.115 C.P [↑](#footnote-ref-13)
14. Fl.151 C.P [↑](#footnote-ref-14)
15. Fls.252 C.P [↑](#footnote-ref-15)
16. En el mismo sentido, previamente el Procurador Judicial había radicado su concepto de fecha 17 de abril de 2017. (Fl. 262-274) [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia del 8 de mayo de 2013, Exp. 24.745. Al respecto consultar: Auto de 18 de julio de 2007, exp. 33476 y sentencias de 10 de julio de 1997, exp. 9286, de 30 de marzo de 2011, exp. 20917, de 22 de abril de 2009, exp. 14667 y sentencia de 15 de abril de 2010, exp. 18292 [↑](#footnote-ref-18)
19. Fls.74-77 C.2 [↑](#footnote-ref-19)
20. ARTICULO 21. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo [2](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html#2)o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”. (Subrayado fuera de texto) [↑](#footnote-ref-20)
21. Artículo 102. *Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades.*Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.  (…) La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Auto de fecha 26 de marzo de 2007, Rad. 33372, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-22)
23. Fls.148 - 149 C.2 [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, Expediente 25131; Sentencia del 26 de marzo de 2014, Expediente 26831; sentencia de 10 de septiembre de 2014, Expediente 28875, entre otras. [↑](#footnote-ref-24)
25. Ibídem, página 238. [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de enero de 1991. Exp. 4739. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 11 de abril de 2012. Exp. 17851. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2040 del 29 de noviembre de 2010. [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2009, Expediente No. 17.936. [↑](#footnote-ref-29)
30. SANTOFIMIO Gamboa Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo – Acto Administrativo, 4 Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003. [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre de 1971, C. P.: Eduardo Aguilar Vélez, *ace*, t. lxxxi, n.os 431 y 432, 1971, p. 130. [↑](#footnote-ref-31)
32. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general, y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares...”. [↑](#footnote-ref-32)
33. Nos enseña que los “... servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad...”. [↑](#footnote-ref-33)
34. Señala como uno de los principios rectores de la función administrativa el del “Interés general”. [↑](#footnote-ref-34)
35. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 6 de abril de 2000, C. P.: Olga Inés Navarrete Barrero, exp. 5373: “Encuentra la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sentado doctrina de los elementos del acto administrativo, y sostiene que existen ciertos elementos esenciales, de los cuales depende su validez y eficacia. Esos elementos son los siguientes: órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma”. [↑](#footnote-ref-35)
36. J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo.* t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004*,* p. 41. [↑](#footnote-ref-36)
37. Ibídem, p. 42. [↑](#footnote-ref-37)
38. Ibídem, p.43. [↑](#footnote-ref-38)
39. Ibídem, p. 54-55. [↑](#footnote-ref-39)
40. Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 399 y ss. [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de marzo de 2013, Exp. 22.523. [↑](#footnote-ref-41)
42. Fls.10-195 C.3 [↑](#footnote-ref-42)
43. Fls.148-154 C.3 [↑](#footnote-ref-43)
44. Fls.1-9 C.3 [↑](#footnote-ref-44)
45. Fls.363-393 C.3 [↑](#footnote-ref-45)
46. Fls.196-197 C.3 [↑](#footnote-ref-46)
47. Fls.7-27 C.2 y 318-338 C.3 [↑](#footnote-ref-47)
48. Fls.526 C.3 [↑](#footnote-ref-48)
49. Fls.52-73 C.2 [↑](#footnote-ref-49)
50. Fls.28-51 C.2 y 339-362 C.3 [↑](#footnote-ref-50)
51. Fls.537 C.3 [↑](#footnote-ref-51)
52. Fls.7-27 C.2 y 318-338 C.3 [↑](#footnote-ref-52)
53. Fls.52-73 C.2 [↑](#footnote-ref-53)
54. Fls.394-457 C.3 [↑](#footnote-ref-54)
55. Fls.28-51 C.2 y 339-362 C.3 [↑](#footnote-ref-55)
56. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Contencioso Administrativo. Tomo III. Universidad Externado de Colombia. Tercera Reimpresión, 2007, página 237. [↑](#footnote-ref-56)
57. Fls.458-520 C.3 [↑](#footnote-ref-57)
58. Fls.485 C.3 [↑](#footnote-ref-58)
59. Incluir la cita de la publicación de la providencia (sic). [↑](#footnote-ref-59)
60. Fls.88-92 C.P [↑](#footnote-ref-60)