

CONTRATO DE CONSULTORIA - Objeto / OBJETO CONTRATO DE CONSULTORIA – Elaboración registros topográficos Avenida Centenario a Río Bogotá y tramo intersección Transversal Suba / ADICION AL CONTRATO DE CONSULTORIA – Por elaboración de registros topográficos adicionales, no pagados ni recibidos por el Instituto de Desarrollo Urbano / ADICION AL CONTRATO DE CONSULTORIA – Por trabajos topográficos, no legalizados y realizados sin suscribir contrato / LIQUIDACION UNILATERAL CONTRATO DE CONSULTORIA – Mediante resolución 0274 de 24 de febrero de 2000

Contrato de consultoría Nro. 290 de 1998 celebrado entre el IDU y Construcciones D.K. el día 21 de diciembre de 1998. (...) OBJETO: EL CONSULTOR se compromete para con el IDU, a elaborar los registros topográficos para la Avenida Longitudinal de Occidente, tramos: Calle 13 a Río Bogotá (aproximadamente 220 registros) y el tramo intersección con Autonorte – transversal de Suba (Compartir) (aproximadamente 95 registros). (...) se concluye que lo verdaderamente pretendido por la accionante, es el pago de unas sumas de dinero derivadas de la elaboración de unos registros topográficos adicionales que no fueron recibidos por el IDU.(...) el sub lite se contrae a establecer si hubo un incumplimiento por parte del IDU al no reconocer el pago de unos registros topográficos adicionales del barrio El Recuerdo de Santafé solicitados por dicha entidad, los cuales no fueron legalizados mediante una adición al contrato 290-98, esto es, en ausencia de contrato suscrito entre las partes. (...) se declare la nulidad de las resoluciones n° 0274 del 24 de febrero de 2.000, con la que se liquida unilateralmente el contrato 290-98 de fecha 21 de diciembre de 1.998, celebrado entre Instituto de Desarrollo Urbano y construcciones DK Limitada.

RECURSO DE APELACION – Competencia / COMPETENCIA CONSEJO DE ESTADO - Conoce de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de segunda instancia / VOCACION DE SEGUNDA INSTANCIA - Cuando la cuantía exigida por la naturaleza del asunto es conocido en primera instancia por tribunales administrativos

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4° del Decreto 597 de 1988- aplicables en el sub examine, la cuantía exigida para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, para la época de presentación de la demanda - 13 de octubre de 2000 –, era de \$ 6.037.000.00 y en el presente caso, la parte actora estimó como pretensión mayor los perjuicios materiales causados por concepto de la no adición del contrato 290-98 en la suma de \$ 42.108.000.00.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 132 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 265 / DECRETO 597 DE 1988

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Procedente para impugnar actos administrativos previos a la celebración del contrato / ACTO PRECONTRACTUAL – Puede impugnarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO – Puede intentarse para atacar decisiones durante la ejecución o liquidación del contrato / LIQUIDACION DEL CONTRATO – Puede demandarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / CADUCIDAD – Treinta días para impugnar decisiones durante la ejecución o liquidación del contrato

Con la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, cuyo artículo 32 modificó el artículo 87 del C.C.A., se restituyó, en el derecho positivo nacional, la distinción entre los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato y con ocasión de la actividad previa a dicho momento, por una parte y por la otra, las decisiones unilaterales producidas durante la ejecución o la liquidación del contrato, igualmente con ocasión de la actividad contractual; en relación con los primeros, se estableció que las acciones procedentes con el propósito de ventilar ante el juez competente los litigios a los cuales pueda dar lugar la conformidad o contrariedad a derecho de las correspondientes determinaciones administrativas, serán las de nulidad y de nulidad y restablecimiento de derecho, las cuales podrán intentarse dentro de un término especial de caducidad de treinta (30) días hábiles contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto cuestionado; en relación con los segundos, su impugnación solamente podrá llevarse a cabo a través de la instauración de la acción contractual, siendo esta la normatividad vigente en la materia.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 87 / LEY 446 DE 1998 – ARTICULO 32

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Procede para atacar actos administrativos proferidos con posterioridad a la celebración del contrato

Dado que los actos administrativos atacados en el sub lite fueron proferidos con posterioridad a la celebración del contrato —como que, de hecho, ordenan la terminación unilateral del mismo— y se trata, en consecuencia, de actos contractuales propiamente dichos, no puede menos que concluirse que la acción procedente para demandarlos era la de controversias contractuales, tanto en virtud de lo normado por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo —en la redacción dada al mismo por el artículo 32 de la ley 446 de 1998 —, como atendiendo a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993; no obstante lo anterior, el demandante dijo ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el escrito inicial del proceso, circunstancia ésta que no obsta para que, como lo ha sostenido con anterioridad la jurisprudencia de esta Sección dando aplicación al mandato constitucional que compele al juez a conferir prevalencia al derecho sustancial respecto de las ritualidades procedimentales —artículo 228 superior—, haya de entenderse que la acción promovida por la parte demandante en el presente asunto fue la consagrada en el artículo 87 del Estatuto de Procedimiento Administrativo, y es dentro de dicho marco —que no en el de cierto modo, más restringido que supone la instauración de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho—, que habrán de estudiarse y resolverse los diversos problemas jurídicos antes planteados, con el propósito de desatar el presente litigio.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 87/ LEY 446 DE 1998 – ARTICULO 32 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 77

LIMITE DE LA APELACION – Solo es viable el estudio de los puntos propuestos en el recurso de alzada / COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA – Conoce solo los argumentos contra la decisión del juez de primera instancia / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – Al superior solo le es dado pronunciarse frente a aspectos recurridos de la providencia del inferior

El recurso se limitará a los argumentos planteados por la parte demandada en el recurso de apelación. Lo anterior de conformidad con la decisión adoptada por la

Sala Plena de esta Sección en cuanto que solo es viable el estudio de aquellos puntos que fueron expresamente propuestos y argumentados en el recurso de apelación. **NOTA DE RELATORIA:** Referente al principio de congruencia, aplicable al recurso de apelación, consultar sentencia de 1 de abril de 2009, Exp.32800, MP. Ruth Stella Correa Palacio

COPIAS SIMPLES - Valor probatorio / COPIAS SIMPLES - Tienen valor probatorio si han obrado en el plenario y han sido sometidas a los principios de contradicción y defensa de las partes / COPIAS SIMPLES – Con valor probatorio en aplicación a los principios de la sana crítica

El material probatorio allegado al expediente en copia simple se valorará conforme al precedente jurisprudencial de la Sala Plena de la Sección Tercera, del 28 de agosto de 2013, que indicó que es posible apreciar las copias si las mismas han obrado a lo largo del plenario y han sido sometidas a los principios de contradicción y de defensa de las partes, conforme a los principios de la buena fe y lealtad que deben conducir toda la actuación judicial. (...) En el presente asunto, observa la Sala que los medios de prueba relacionados, -incluidas las copias simples de varias piezas procesales - fueron aportados con la demanda y decretados en el auto de pruebas de primera instancia, es decir, de manera oportuna y regular, razón por la cual, conforme al precedente de esta Sub Sección, serán valorados teniendo en cuenta los principios que informan la sana crítica. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el valor probatorio de las copias simples, consultar sentencia de unificación, de 28 de agosto de 2013, Sala Plena de Sección, Exp. 25022 MP. Enrique Gil Botero

ACTIO IN REM VERSO - No era una acción autónoma / VIA PROCESAL ACTIO IN REM VERSO - Para reclamarla era procedente la acción de reparación directa / ACTIO IN REM VERSO - Excepcionalmente procede sin que medie contrato / ACTIO IN REM VERSO – Excepciones para su procedencia / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – Procedencia / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – Esencialmente es compensatorio

El asunto que hoy nos compete, esto es la solicitud de reconocimiento de emolumentos debido a la ejecución de actividades a favor de una entidad estatal sin que medie un contrato, ha sido el más común en materia de enriquecimiento sin justa causa dentro de la jurisprudencia de esta sección. Sin embargo, las posiciones al interior de la misma respecto a su reconocimiento no eran pacíficas, por lo que mediante sentencia de 19 de noviembre de 2012, se unificó el criterio aclarándose que la actio in rem verso no era una acción autónoma y que su vía procesal era la acción de reparación directa. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a la procedencia de la acción in rem verso y enriquecimiento sin causa, consultar sentencia de Sala Plena, Sección Tercera, de 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897, MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – Se excluye la restitución de prestaciones cuando se carece de contrato estatal

Todo particular debe respetar las normas –de orden público– consagradas por el ordenamiento jurídico, y que tanto aquél como las entidades contratantes deben velar por el cumplimiento de los preceptos jurídicos, por lo que prima facie, se excluye la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, y con ello la restitución de prestaciones cuando se carece de contrato estatal; no obstante, y de forma excepcional y por lo mismo de interpretación restrictiva, se admiten hipótesis en las que resultaría procedente la actio in rem verso por razones de interés público o general. En el presente proceso no existió contrato en razón a

que el mismo no nació a la vida jurídica en virtud a que no se perfeccionó por escrito, solemnidad que se exige para el nacimiento de los contratos estatales, tal y como lo prevé el artículo antes citado, como tampoco se cumplió con la excepción a la exigencia de prueba escrita de la existencia de un contrato teniendo en cuenta que no se presentó ninguna urgencia manifiesta. Tampoco se acreditaron las tres hipótesis en que excepcionalmente procede la declaratoria de enriquecimiento sin causa a cargo de la administración.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – Diferencias con ejecución en mayor cantidad de lo pactado / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – Diferencias con ejecución de prestaciones no pactadas / EJECUCION DEL CONTRATO EN MAYOR CANTIDAD DE LO PACTADO – De obra o servicios no siempre corresponde a situaciones extracontractuales, ni constituye una irregularidad

La Sala aclara que es deber del juzgador desechar, en primer lugar, si la hipótesis jurídica planteada no se encuadra dentro del marco de lo pactado. En otras palabras, si lo reclamado corresponde a una variación normal y ordinaria de la ejecución de un contrato o, por el contrario, a una situación por fuera del mismo. Lo anterior, bajo el entendido de que la actio in rem verso es de carácter excepcional. (...) la Sala entiende que no toda ejecución de mayores cantidades de trabajo, de obra o de servicios corresponde a situaciones extracontractuales. El punto de distinción radica en: i) que lo normal, en muchos contratos, es la ejecución en mayor cantidad de la originalmente pactada, sin que constituya irregularidad; y ii) que lo anormal lo configura la inexistencia de vínculo contractual con ejecución de prestaciones.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – Medio procesal para reclamar eventual compensación económica en favor del empobrecido / EJECUCION DEL CONTRATO EN MAYOR CANTIDAD DE LO PACTADO – Para reclamar perjuicios procede la acción de controversias contractuales

a) El segundo supuesto es el más natural, obvio y propio de la actio in rem verso, porque con ocasión de los hechos que conducen al enriquecimiento de una parte, el empobrecimiento de la otra, mediados por la relación causal entre ambos, es que se refleja la inexistencia de un medio procesal para reclamar la eventual compensación económica en favor del empobrecido, de ahí la configuración del enriquecimiento sin causa. b) En cambio, en el primer supuesto las hipótesis se hacen más complejas, pero conviene aclararlas. Para empezar, la idea general es que cuando existe un contrato -con objeto y alcance bien determinados- que se ejecuta en mayor cantidad de la acordada, la acción adecuada para reclamar el posible perjuicio es la de controversias contractuales, porque entre demandante y demandado preexiste una relación de negocios que conduce a la reclamación judicial por el costo del mayor trabajo. Que la actividad haga o no parte de lo inicialmente contratado pertenece al debate, pero como entre el demandante y el demandado existe un negocio sus conflictos se gobiernan por esa acción, incluso para reclamar mayores cantidades de trabajo, porque al fin y al cabo proceden de esa relación jurídica.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – Las cantidades ejecutadas en exceso de lo inicialmente pactado se reconocen a quien las ejecutó guardando la relación con el objeto principal y alcance

El enriquecimiento sin causa que analizó la sentencia del 19 de noviembre de 2012 no impide que las cantidades ejecutadas en exceso de lo inicialmente pactado se reconozcan a quien las ejecutó, pero con la condición de que guarden

relación de necesidad con el objeto principal y su alcance; de manera que eventos como la compensación entre ítems por cantidades sobre-ejecutadas versus inexecución de otros ítems -deficitarios en su ejecución- son alternativas técnicas que realizan las partes de un contrato de obra, tanto pública como privada, y que constituyen prácticas de la administración del contrato admisibles siempre y cuando preserven lo pactado.

EJECUCION EN EXCESO DE LO CONTRATADO – Debe pagarse por medio de la acción de controversias contractuales / ACTIVIDAD AUTONOMA – Si no es necesaria para ejecutar el objeto del contrato no procede su pago / EJECUCION DE MAYORES CANTIDADES DE TRABAJO – No exime de responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal al funcionario que las ordenó sin los requisitos legales

En general se trata de examinar si la ejecución en exceso de lo contratado hace parte o no de las prestaciones pactadas; de establecerse la relación de necesidad procede el pago por medio de la acción contractual; de concluirse que se trata de una actividad autónoma -no necesaria para la ejecución perfecta del objeto- no procede su pago, por las razones anotadas en la sentencia del 19 de noviembre de 2012. (...) en todas las hipótesis planteadas, no exime de la responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal que le corresponde al funcionario que ordenó o admitió la ejecución de las mayores cantidades de trabajo, en exceso de las pactadas en el contrato original, sin cumplir los requisitos que la ley impone.

EJECUCION DE MAYORES CANTIDADES DE REGISTROS TOPOGRAFICOS – Correspondieron a zona de la ciudad no afectada y necesaria de lo inicialmente pactado / EJECUCION DE MAYORES CANTIDADES DE TRABAJO – No hay lugar a indemnizarlos pues se requería para realizar registros topográficos en zona no afectada por el contrato de un proceso de selección

Se observa con claridad que la mayor cantidad de registros topográficos ejecutada por el demandante corresponden a una zona de la ciudad no afectada por la construcción de la avenida longitudinal de occidente; de manera que no se está ante la mayor ejecución de una actividad propia y necesaria de la inicialmente pactada; para encubrir más bien un objeto contractual autónomo, que requería su propio proceso de selección. De esta manera, no es posible indemnizar eventos como este.

REGISTROS TOPOGRAFICOS ADICIONALES – Se realizaron voluntariamente sin imposición del Instituto de Desarrollo Urbano / REGISTROS TOPOGRAFICOS ADICIONALES – Se levantaron conociendo que no existía contrato escrito / ADICION A CONTRATO DE CONSULTORIA – Era necesario para realizar registros topográficos que se legalizara adición del mismo

Si bien la parte demandada en varias reuniones efectuadas con el contratista -las cuales fueron documentadas en actas- requirió un levantamiento topográfico adicional al contenido en el contrato 290-98, la realización de dichos registros adicionales señalados en la demanda, fueron elaborados voluntariamente, sin imposición de la parte demandada y con el conocimiento de la ausencia de contrato escrito para tal fin, tan es así, que en la cotización o propuesta remitida por la parte actora al IDU de los aludidos registros topográficos se mencionó que “le manifiesto que estamos en condiciones de ejecutarlos una vez sea suscrita la adición al contrato de la referencia para su ejecución...”, y de igual forma no obra en el plenario medio probatorio alguno que permita, de forma restrictiva, inferir que hubo constreñimiento alguno por parte de la demandada sobre la sociedad

Constructora D.K. con el fin de realizar el levantamiento topográfico objeto de la Litis, obras que por demás no fueron recibidas por el IDU. (...) no es de recibo la tesis expuesta por el a-quo quien consideró que al haber solicitado el IDU la elaboración de unos trabajos adicionales, está en la obligación de reconocer y pagar los mismos a pesar de que no se legalizó la adición del contrato, por cuanto era necesario que mediara contrato escrito o se dieran algunas de las hipótesis en las que resultaría procedente la actio in rem verso.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá., D.C., cuatro (04) de junio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-02313-01(28400)

Actor: SOCIEDAD CONSTRUCTORES DK LIMITADA

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO Y OTRO

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el treinta (30) de junio de dos mil cuatro (2004), mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: Declarar la responsabilidad administrativa del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU, en el reconocimiento y pago de los registros adicionales solicitados por la entidad al actor.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, condenar a pagar al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, la suma de CUARENTA Y TRES MILLONES CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$43.195.504), a CONSTRUCTORES DK LTDA.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condenas en costas

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El 13 de octubre de 2000¹, la sociedad Construcciones DK Ltda., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda contra el Instituto de Desarrollo Urbano IDU y el Distrito Capital de Bogotá, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

PRETENSIONES:

"1- Que se declare LA NULIDAD de las RESOLUCIONES N° 0274 DEL 24 DE FEBRERO DE 2.000, CON LA QUE SE LIQUIDA UNILATERALMENTE EL CONTRATO 290-98 DE FECHA 21 DE DICIEMBRE DE 1.998, CELEBRADO ENTRE INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU, Y CONSTRUCCIONES D.K LTDA, CUYO OBJETO CONSISTÍA EN LA ELABORACIÓN DE REGISTROS TOPOGRÁFICOS DE LA AVENIDA LONGITUDINAL DE OCCIDENTE, AVENIDA CENTENARIO (CALLE 13) A RIO BOGOTÁ Y EL TRAMO INTERSECCIÓN AUTOPISTA NORTE – TRANSVERSAL SUBA, y LA RESOLUCIÓN 1033 DEL 8 DE JUNIO DE 2.000 CON LA QUE SE RESOLVIÓ EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA PRIMERA.

2- Que en consecuencia se declare que CONSTRUCCIONES D.K. cumplió el CONTRATO 290-98 DE FECHA 21 DE DICIEMBRE DE 1998, CELEBRADO ENTRE INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU, Y CONSTRUCCIONES D.K. LTDA. y tiene derecho a recibir el cien por ciento del valor contratado, y por tanto que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU, y el DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTÁ, debe proceder a pagar el saldo pendiente en cuantía de \$3.290.792.00 y se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU y al DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTÁ al pago de la citada cantidad de dinero.

3- Que se declare y condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU y al DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTÁ, al pago de los perjuicios sufridos por CONSTRUCCIONES D.K. LTDA, a causa de la no adición del CONTRATO 290-98 DE FECHA 21 DE DICIEMBRE DE 1.998 con la ejecución de 221 registros topográficos de la AVENIDA LONGITUDINAL DE OCCIDENTE, Barrio El Recuerdo de esta ciudad, perjuicios que ascienden a la cantidad de \$42.108.000.00, pues CONSTRUCCIONES D.K. LTDA, efectuó la totalidad del trabajo e incurrió en la totalidad de los gastos previstos para el efecto y por ello tiene derecho a recibir la totalidad del dinero, junto con los honorarios de abogado necesarios para la atención de este proceso y los gastos incurridos en la obtención de las pruebas necesarias para este mismo fin.

4- Que se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU y al DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTÁ a pagar a CONSTRUCCIONES D.K. LTDA, los intereses de mora sobre las sumas de dinero a que se refieren las

¹ Fls. 1 a 24 C. 1.

pretensiones 2ª y 3ª de esta demanda desde el 17 de junio de 1.999 hasta que el pago se produzca efectivamente.

5- Que se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU y al DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTÁ a pagar a CONSTRUCCIONES D.K. LTDA, la corrección monetaria sobre las sumas de dinero a que se refieren las pretensiones 2ª y 3ª de esta demanda desde el 17 de junio de 1.999 hasta que el pago se produzca efectivamente.”

2. Los hechos.

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

2.1. Entre la sociedad CONSTRUCCIONES D.K. LTDA, como contratista y el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU, como contratante, se celebró el contrato de consultoría 290-98, el día 21 de diciembre de 1.998, cuyo objeto consistía en la elaboración de registros topográficos de la Avenida Longitudinal de Occidente, Avenida Centenario (Calle 13) a Río Bogotá y el tramo de intersección Autonorte – transversal Suba. La ejecución de dicho contrato se inició el 18 de enero de 1998 y su cumplimiento, implicaba entregar al IDU, los registros topográficos, las escrituras y los folios de matrícula inmobiliaria de cada uno de los predios cuyo registro debía elaborarse.

2.2. Una vez legalizado el mencionado contrato y habiéndose iniciado su ejecución apenas y estando vigente el mismo, pues este finalizaba el 26 de febrero de 1999, el Gerente de CONSTRUCTORES D.K LTDA., en reunión efectuada con la Gerente del proyecto denominado AVENIDA LONGITUDINAL DE OCCIDENTE (ALO), el 21 de enero de 1999, según consta en el acta N° 1, recibió el encargo verbal y escrito en el acta de remisión, de elaborar aproximadamente 220 registros adicionales a los contratados inicialmente, correspondientes al barrio El Recuerdo de Santafé, que en su parte pertinente dice: “A solicitud de la doctora Alicia Naranjo se requiere el levantamiento topográfico de la totalidad del Barrio Recuerdo de Santafé ya que DAPD solicitó que se compren los predios no afectados, que estén en la zona, contra el margen occidental avenida ALO y el Río Bogotá”.

2.3. Mediante comunicación de 4 de febrero de 1999, el Gerente de CONSTRUCCIONES DK LTDA., presentó al IDU la propuesta para la elaboración de aproximadamente 220 registros topográficos a realizarse en el barrio Nueva Santafé, zona occidental, como adición al contrato 290-98 por un valor de \$42.108.000, con un plazo de ejecución de 30 días calendario, utilizando, para esta oferta, los mismos parámetros definidos por el IDU y por la citada sociedad

para celebrar el contrato 290-98; dicha oferta fue entregada al doctor Tomás Pachón el día 5 de febrero de 1999.

2.4. Esta petición de elaboración de los registros adicionales se reiteró por parte del IDU, en reunión efectuada el 9 de febrero de 1999, cuyos asistentes fueron el Gerente de CONSTRUCCIONES DK LTDA., y el Coordinador del Proyecto, reunión en la que se le informó al contratista que para esa fecha ya se estaba gestionando legalmente la adición al mencionado contrato, según consta en el acta N° 2 de dicha fecha. Además, la doctora Alicia Naranjo le solicitó verbalmente al doctor Morales que entregara en forma inmediata los registros adicionales que debía elaborar, 14 de los cuales eran necesitados con gran urgencia; ésta solicitud fue ratificada con carácter de urgencia según memorando STAP 3400-549 del 2 de marzo de 1999. El texto del acta mencionada, dice lo siguiente, en lo pertinente: “1. Barrio Recuerdo de Santafé entrega de listado de cotización de predios (...) 3. El día 5/02/99 se entregó la cotización de 220 predios que no hacen parte de la ALO Barrio Recuerdo de Stafé. POR PARTE DE IDU SE ESTA GESTIONANDO LA ADICIÓN DEL CONTRATO (...)”.

2.5. En el acta N° 4 de la reunión llevada a cabo el 25 de febrero de 1999, entre Alicia Naranjo, Jaime Abondano, Orlando Patiño y Tomás Pachón en representación del IDU, y Rubén Morales y Antonio Cortés de CONSTRUCCIONES D.K. LTDA., se dejó constancia: “1. Los R.T. comprenden de la Cra. 120 a la Cra. 121 Barrio Recuerdo de Santafé (...) 3. Lunes 1° de marzo se entregarán completamente 126 predios de la Cra. 120 a 121 del Barrio Recuerdo de Stafé.”

2.6. CONSTRUCCIONES D.K. LTDA. efectuó los 14 registros de los predios que se requerían con urgencia, los entregó al IDU con memorando del 12 de marzo de 1999 y elaboró la totalidad de los restantes registros. A través de comunicación del 25 de mayo de 1999, dirigida al Director Técnico Legal del Instituto de Desarrollo Urbano, CONSTRUCCIONES D.K. LTDA. informó sobre los trabajos relacionados con la adición del contrato.

2.7. A pesar de los compromisos escritos y verbales adquiridos por parte de los funcionarios del IDU, la adición del contrato nunca se llevó a cabo y por tanto, el trabajo elaborado nunca fue recibido por el IDU, a pesar de las reiteradas peticiones efectuadas por el Gerente de CONSTRUCCIONES D.K. LTDA., no obstante que fue terminado desde el 17 de junio de 1999, y hasta la fecha de la

demanda no había podido ser entregado porque el IDU no acepta recibirlo. Manifiesta el actor, que posteriormente, se le dijo de manera verbal al Gerente de CONSTRUCCIONES D.K. LTDA., que el IDU haría una invitación a un grupo pequeño de contratistas para subsanar legalmente las dificultades existentes, pues el contrato había perdido vigencia por descuido del coordinador, al no haber legalizado la adición del contrato. A pesar de ello, nunca se invitó a la demandante a participar en este concurso y el trabajo fue asignado a otro contratista.

2.8. A pesar de las reiteradas peticiones, el IDU efectuó proyectos de liquidación bilateral del contrato el 2 de agosto de 1999 y el 18 de noviembre de 1999, sin incluir la adición del contrato, y con escrito de 9 de septiembre de 1999, entregado al IDU, CONSTRUCCIONES D.K. LTDA solicitó, nuevamente, definir lo relacionado con la mencionada adición.

2.9. En comunicación de 2 de noviembre de 1999, CONSTRUCCIONES D.K. LTDA., solicitó una vez más que se definiera, por parte del IDU, lo relacionado con la adición del contrato y se puso de presente que la entidad efectuó la invitación a contratar ID-DTC 379-99 para que se realizaran los 220 registros, habiendo fijado fecha de retiro de pliegos el día 22 de octubre de 1999 y la fecha para la entrega de propuestas el día 29 de octubre de 1999, invitación que no se formuló a CONSTRUCCIONES D.K. LTDA., a pesar de que mediante este mecanismo se hubiese podido solucionar la situación de hecho que los funcionarios del IDU habían creado.

2.10. CONSTRUCCIONES D.K. LTDA. recibió la comunicación GAL-5700-513, fechada el 10 de noviembre de 1999, suscrita por la doctora Alicia Naranjo, que dice: "Con relación a la Comunicación de la referencia me permito aclararle que la adición de los contratos suscritos con el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO sólo puede ser adelantada previa autorización del Director General siempre y cuando el contrato este (sic) vigente y lo amerite, después de vencido el contrato no podrá ejecutarse modificación alguna sobre el mismo. Por lo anteriormente expuesto y de acuerdo con lo estipulado en términos de referencia, las actas de reunión a las cuales usted hace mención no constituyen legalidad alguna sobre el desarrollo del contrato. Aclaro que actualmente se adelanta la revisión de la información y documentación necesaria para proceder con la liquidación de contrato 290/98 dentro de los términos legales respectivos".

2.11. A pesar de todo lo anterior, el IDU no ha fijado por escrito las razones que le asisten para negarse a reconocer que en desarrollo y ejecución del contrato celebrado entre éste y CONSTRUCCIONES D.K. LTDA. sí se efectuó una solicitud verbal, expresa y reiterada en tres actas, para que CONSTRUCCIONES D.K. LTDA. ejecutara una adición al contrato, en los términos pedidos por la Gerente del Proyecto ALO y que ha sido la base del reconocimiento que el IDU ha efectuado en la liquidación unilateral que produjo para 14 registros topográficos.

2.12. Los hechos anteriores configuran una clara responsabilidad de la Gerente de la AVENIDA LONGITUDINAL DE OCCIDENTE (ALO) y del COORDINADOR DEL PROYECTO, debidamente nombrado como tal por el director técnico de construcciones, como lo exige la cláusula sexta del contrato celebrado entre el IDU y CONSTRUCCIONES D.K. LTDA. antes citado, frente a CONSTRUCCIONES D.K. LTDA., por la orden escrita, según actas de las reuniones antes mencionadas y las órdenes verbales de adicionar el contrato, sin que la adición se legalizara, y en consecuencia, el IDU debe indemnizar los perjuicios ocasionados por la conducta negligente e irresponsable de dichos funcionarios a CONSTRUCCIONES D.K. LTDA.

2.13. Tan ciertos son los hechos relacionados y la responsabilidad del IDU, que éste incluyó en la liquidación unilateral del contrato el pago de \$ 3.848.880, por 14 de los 235 registros que se ordenaron como adición al contrato, aunque a la fecha este no se ha producido.

2.14. La parte actora señala que respecto a la liquidación unilateral del contrato, se efectuaron pagos por un valor menor al debido, en razón a que el IDU consideró que el contrato se ejecutó solo en el 96.2% y no en el 99.08% como en realidad ocurrió, lo que hace que el pago sea menor al debido en \$3.290.792.00.

2.15. El contrato 290-98 debía ser cumplido el 26 de febrero de 1999, pues se inició su ejecución el 18 de enero de 1999. Antes de vencerse el plazo y debido a la imposibilidad de cumplir el contrato en el tiempo pactado, CONSTRUCCIONES D.K. LTDA. solicitó una prórroga que le fue concedida, hasta el 26 de abril de 1999. Posteriormente, mediante comunicación STAP-34.000-1787, sin fecha, remitida por el IDU, recibida por CONSTRUCCIONES D.K. LTDA el 2 de junio de 1999, se amplió el plazo hasta el 17 junio de 1999, fecha en la que se entregó el trabajo.

2.16. El contrato 290-98 fue terminado de ejecutar por CONSTRUCCIONES D.K. LTDA el 17 de junio de 1999, fecha en que se entregó la totalidad de los registros, faltando algunas escrituras y folios de matrículas inmobiliarias que no pudieron ser obtenidos por CONSTRUCCIONES D.K. LTDA., pues los propietarios de los diferentes predios no colaboraron suministrando la información necesaria para su consecución.

Frente a esto, el IDU manifestó que el contratista había incumplido el contrato, sin considerar que ello se debió, al decir de la demandante, por fuerza mayor.

2.17. El IDU efectuó una primera liquidación bilateral que no fue aceptada por CONSTRUCCIONES D.K. LTDA., pues, en primer lugar ni la ley, ni el contrato preveían la citada calificación, la cual encontró el contratista no razonable. Ante la negativa de CONSTRUCCIONES D.K. LTDA., a firmar la liquidación, y ante las peticiones que formularon para que se revisaran las calificaciones dadas en comunicación de 9 de septiembre de 1999, el IDU nombró un topógrafo para evaluar la ejecución del contrato y con comunicación 82337 de 26 de noviembre de 1999, el IDU le informó a CONSTRUCCIONES D.K. LTDA., la nueva evaluación realizada.

2.18. Indica que es cierto que la parte actora no entregó al IDU la totalidad de los documentos que ha debido entregar. El total de los registros entregados al IDU fue de 614, discriminados en 130 de la zona norte, 65 de la zona sur y 112 del Barrio Recuerdo de Santafé ($112+65+130= 307$, $307 \times 2= 614$). Del total de estos documentos, 40 corresponden a 20 registros de la serie 11, que sólo requerían actualización del dibujo pues eran predios ya negociados por el Instituto y de los que ya existían esos documentos. El total de documentos entregados hasta julio de 1999, fecha de entrega final, asciende a 519 según el cuadro resumen. Posteriormente, fueron entregados los demás los días 27 de junio/99, 20 documentos; 28 de julio/99, 2 documentos, 28 de septiembre/99, 13 documentos, 12 octubre/99, 4 documentos y 27 de octubre/99, 9 documentos. Por tanto, los documentos faltantes (47), corresponden a un cumplimiento del 4.62% tomando como base el 5% a que se refiere el porcentaje máximo de calificación; y debiendo tenerse en cuenta que la razón para no haberlos entregado corresponde a circunstancia de fuerza mayor, considera que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU, debe pagar a CONSTRUCCIONES D.K. LTDA., el cien por ciento (100%) del valor del contrato, pues el incumplimiento no es imputable a CONSTRUCCIONES D.K. LTDA.

3. Actuación procesal de primera instancia.

3.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda por auto del 2 de noviembre de 2000², siendo notificados el señor Agente del Ministerio Público el 7 de noviembre de 2000, el Director del IDU el 30 de noviembre del mismo año, el Representante Legal de la Compañía Aseguradora de Finanzas Confianza S.A. el 14 de septiembre de 2001, y el Alcalde Mayor de Bogotá, el 23 de enero de 2001. Por último, se le reconoció personería al apoderado judicial de la parte demandante.

3.2. El IDU³ y el Distrito Capital de Bogotá⁴, contestaron la demandada oportunamente.

La apoderada del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, presentó escrito oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; aseguró que no se probó la existencia de compromiso alguno por el cual el IDU estuviera obligado a adicionar el contrato 290 de 1998 y que el contratista no cumplió cabalmente con el objeto del mismo. Además, propuso como excepción, la Inexistencia de Vicios que Invaliden la Provisión de Legalidad de los Actos Administrativos Demandados.

Por su parte, el apoderado del Distrito Capital de Bogotá, se opuso a todas las pretensiones de la demanda; aclaró que el IDU es un establecimiento público que hace parte del sector descentralizado de la Administración Distrital, que cuenta con personería jurídica y autonomía administrativa, y por tanto, el Distrito no está llamado a responder. Al efecto, propuso las excepciones de Inepta Demanda por Falta de Legitimación en la causa por pasiva, e Inepta Demanda por Acción Indebida.

3.3. Por auto de fecha 21 de febrero de 2002⁵, se abrió el período probatorio y el día 12 de febrero de 2004⁶, se dio traslado a las partes y al Ministerio público para que aleguen de conclusión, haciendo uso de ello el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU⁷ y la Compañía Aseguradora Confianza S.A.⁸

² Fls. 27 a 28 C. 1.

³ Fls. 46 a 107 C. 1.

⁴ Fls. 121 a

⁵ Fls. 135 a 137 C. 1.

⁶ Fls. 215 C. 1.

⁷ Fls. 216 a 219 C. 1.

⁸ Fls. 220 a 222 C. 1.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

De otro lado, la apoderada judicial del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, reiteró sus argumentos expuestos en la contestación de la demanda, así como los argumentos con los cuales objetó por error grave el dictamen pericial, en el cual se hicieron conclusiones erradas al suponer que el contrato 290 fue cumplido en su totalidad. Lo que no ocurrió, afirmando además que, respecto al trabajo adicional, se dio un “contrato verbal” entre las partes, desconociendo lo establecido en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, dudando que dicha prueba cumpla con su finalidad, regulada en los artículos 233 y 237 de Código de Procedimiento Civil.

Mediante escrito presentado el 01 de marzo de 2001, la Compañía Aseguradora Confianza S.A., presentó sus alegatos de conclusión asegurando que está probado dentro del proceso que la entidad demandada obró irresponsablemente ordenando al contratista ejecutar unos registros adicionales, negándose a recibirlos en su totalidad después de realizados.

El demandante no alegó de conclusión y el Ministerio Público no rindió concepto.

4. La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera – Sala de Descongestión, en sentencia proferida el 30 de junio de 2004⁹, declaró la responsabilidad administrativa del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU, en el reconocimiento y pago de los registros adicionales solicitados por la entidad al actor, al considerar, que estaba probado que dichos trabajos fueron realizados entregados, aun cuando solo fue reconocido el pago de 14 de ellos.

Señaló que “si bien no fue legalizado por medio de la prometida adición del contrato, éste realmente fue solicitado por los funcionarios de la entidad demandada, siendo así como, ésta recibió parte de los mismos y reconoció su respectivo pago, estando por tanto en la obligación de recibir y reconocer la totalidad de dicho encargo, cuya realización se probó suficientemente dentro del expediente, siendo evidente que al no reconocerse dicho trabajo se está causando un grave detrimento en el patrimonio de la sociedad CONSTRUCCIONES D.K. LTDA., quien con plena confianza en la palabra de los funcionarios públicos, desarrolló la labor encomendada en un corto período de tiempo.”

⁹ Fls. 226 a 244 C. Ppal.

5. El recurso de apelación.

El 09 de julio de 2004, la parte demandada, interpuso recurso de apelación¹⁰ con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar se denieguen las súplicas de la demanda por carecer de fundamento legal y probatorio. El recurso fue concedido mediante auto del 15 de julio de 2015¹¹.

El INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU, fundamentó su recurso en el sentido de que con el reconocimiento de la supuesta adición del contrato 290 de 1998, se desconocieron los parámetros establecidos en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, debido a que la adición del contrato aludido no existió jurídicamente, toda vez que para su existencia requería de un perfeccionamiento previo y este se elevó a escrito.

Explicó que “fueron los anteriores parámetros tomados en forma equivocada por la Magistrada al proferir la decisión, que considero (sic) que el IDU está en la obligación de reconocer y cancelar lo respectivo a los trabajos adicionales solicitados por el IDU a la firma DK LTDA, partiendo de la premisa que efectivamente los trabajos se realizaron por parte del contratista, siendo reconocidos solo 14, sosteniendo en su decisión que si bien no fue legalizado por medio de la prometida adición del contrato, este fue solicitado por funcionarios de la entidad. Para llegar a concluir que como el IDU reconoció, recibió y pagó 14 registros del barrio el Recuerdo, se encuentra obligado a reconocer la totalidad de dicho encargo que se probó, se realizó. Valga decir que, esta última afirmación no tiene ningún sustento, toda vez que se encuentra probado que el contratista presentó en forma incompleta los trabajos objeto del contrato 290 de 1998 y 14 registros relacionados con el proyecto del Barrio el Recuerdo, que indiscutiblemente no forman parte del contrato 290 de 1998.”

6. Actuación en segunda instancia.

6.1. El recurso fue admitido el 26 de noviembre de 2004¹², y luego por auto del 17 de mayo de 2005¹³, se ordenó correr traslado a las partes, término dentro del cual

¹⁰ Fls. 245 a 250 C. Ppal.

¹¹ Fls. 250 C. Ppal.

¹² Fl. 256 C. Ppal.

¹³ Fl. 258 C. Ppal.

el IDU, el día 15 de junio de 2005, alegó de conclusión¹⁴, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

El apoderado del Distrito Capital de Bogotá, presentó alegatos de conclusión el día 22 de junio de 2005¹⁵ con el fin de que se mantenga incólume la sentencia de fecha 30 de junio de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, en la cual se declara la Falta de Legitimación por Pasiva en cabeza del Distrito Capital de Bogotá en razón a que este no tuvo ninguna participación, actuación, omisión o incidencia en los hechos debatidos en el presente caso.

6.2. La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** Cuestión previa; **3)** límite de la apelación y **4)** caso concreto.

1. La competencia para conocer del caso objeto de estudio.

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el sub examine, la cuantía exigida para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, para la época de presentación de la demanda - 13 de octubre de 2000¹⁶ -, era de \$ 6.037.000.00 y en el presente caso, la parte actora estimó como pretensión mayor los perjuicios materiales causados por concepto de la no adición del contrato 290-98 en la suma de \$ 42.108.000.00.

2. Cuestiones previas.

2.1. La acción instaurada.

¹⁴ Fls. 259 a 264 C. Ppal

¹⁵ Fls. 274 a 280 C. Ppal.

¹⁶ Fecha presentación demanda. Folio 1 C. 1.

Referencia singular merece este aspecto procedimental dentro del *sub judice*, en consideración a que, pese a tratarse de una acción encaminada a obtener la declaratoria de nulidad de actos administrativos proferidos por una entidad pública en desarrollo de su actividad contractual, y con posterioridad a la celebración del negocio jurídico, el presente proceso fue iniciado —según se refirió en el inicio del apartado relativo a "*Antecedentes*" del presente proveído—, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, cuestión que conduce a la Sala a la necesidad de precisar, reiterando su jurisprudencia, cuál es en la actualidad la acción que en realidad procede en este tipo de supuestos, sin perder de vista, de un lado, el imperativo constitucional consagrado en el artículo 228 superior, en virtud del cual, en las actuaciones jurisdiccionales deberá hacerse prevalecer el derecho sustancial.

Con la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, cuyo artículo 32 modificó el artículo 87 del C.C.A., se restituyó, en el derecho positivo nacional, la distinción entre los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato y con ocasión de la actividad previa a dicho momento, por una parte y por la otra, las decisiones unilaterales producidas durante la ejecución o la liquidación del contrato, igualmente con ocasión de la actividad contractual; en relación con los primeros, se estableció que las acciones procedentes con el propósito de ventilar ante el juez competente los litigios a los cuales pueda dar lugar la conformidad o contrariedad a derecho de las correspondientes determinaciones administrativas, serán las de nulidad y de nulidad y restablecimiento de derecho, las cuales podrán intentarse dentro de un término especial de caducidad de treinta (30) días hábiles contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto cuestionado; en relación con los segundos, su impugnación solamente podrá llevarse a cabo a través de la instauración de la acción contractual, siendo esta la normatividad vigente en la materia.

Sin embargo, dado que los actos administrativos atacados en el *sub lite* fueron proferidos con posterioridad a la celebración del contrato —como que, de hecho, ordenan la terminación unilateral del mismo— y se trata, en consecuencia, de actos contractuales propiamente dichos, no puede menos que concluirse que la acción procedente para demandarlos era la de controversias contractuales, tanto en virtud de lo normado por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo —en la redacción dada al mismo por el artículo 32 de la ley 446 de 1998 —, como atendiendo a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993; no obstante lo anterior, el demandante dijo ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el escrito inicial del proceso, circunstancia ésta

que no obsta para que, como lo ha sostenido con anterioridad la jurisprudencia de esta Sección dando aplicación al mandato constitucional que compele al juez a conferir prevalencia al derecho sustancial respecto de las ritualidades procedimentales —artículo 228 superior—, haya de entenderse que la acción promovida por la parte demandante en el presente asunto fue la consagrada en el artículo 87 del Estatuto de Procedimiento Administrativo, y es dentro de dicho marco —que no en el de cierto modo, más restringido que supone la instauración de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho—, que habrán de estudiarse y resolverse los diversos problemas jurídicos antes planteados, con el propósito de desatar el presente litigio.

3. El límite de la apelación.

Previo a resolver el asunto de fondo, la Sala pone de presente que solo analizará lo relativo a la falta de perfeccionamiento y existencia jurídica del contrato adicional en virtud del artículo 41 de la ley 80 de 1993, con lo cual pretende se revoque la sentencia de primera instancia que condenó al IDU al pago de los registros adicionales solicitados por el actor, el cual, a su parecer, carece de todo fundamento legal y probatorio.

Así las cosas, se insiste, el recurso se limitará a los argumentos planteados por la parte demandada en el recurso de apelación. Lo anterior de conformidad con la decisión adoptada por la Sala Plena de esta Sección en cuanto que solo es viable el estudio de aquellos puntos que fueron expresamente propuestos y argumentados en el recurso de apelación. Así se puntualizó en la mencionada providencia:

“En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro —y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia— que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia¹⁷ de la sentencia como el principio dispositivo¹⁸, razón por la cual la

¹⁷ En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó:

jurisprudencia nacional ha sostenido que *“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”*¹⁹.

4. Acervo probatorio.

Del material probatorio allegado al expediente, se destaca:

4.1. Certificado de Existencia y Representación Legal de la Sociedad Constructores D.K. Ltda., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá. (Fls. 2 a 3 del C. 2.)

4.2. Copia auténtica del contrato de consultoría Nro. 290 de 1998 celebrado entre el IDU y Construcciones D.K. el día 21 de diciembre de 1998, en el cual se lee:

“CLÁUSULA PRIMERA.-OBJETO: EL CONSULTOR se compromete para con el IDU, a elaborar los registros topográficos para la Avenida Longitudinal de Occidente, tramos: Calle 13 a Rio Bogotá (aproximadamente 220 registros) y el tramo intersección con Autonorte – transversal de Suba (Compartir) (aproximadamente 95 registros); de conformidad con la propuesta presentada el 12 de noviembre de 1998, con las especificaciones indicadas en los Términos de Referencia de la Convocatoria IDU-CD-SCO-065-98 y bajo las condiciones estipuladas en este contrato.”(Fls. 63 a 67 C. 1)

“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

¹⁸ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como:

“La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, **es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”**

“Son características de esta regla las siguientes:

“(…) El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (negritas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

¹⁹ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

4.3. Copia de la resolución N° 0274 del 24 de febrero de 2.000, por la cual se liquida unilateralmente el contrato 290-98 celebrado entre el IDU y la firma Constructores D.K. (Fls. 9 a 12 C. 2)

4.4. Copia de la resolución N° 1033 del 08 de junio de 2000, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución que liquida unilateralmente el contrato en la cual se lee:

“RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en su integridad la Resolución 0274 de 24 de febrero de 200, con fundamento en la parte motiva de este acto administrativo.

(...)” (Fls. 13 a 22 C. 2)

4.5. Copia del acta de recibo del contrato N° 290 de 1998 con fecha del 17 de junio de 1999. (Fls. 67 a74 C. 2)

4.6. Copia del acta Nro. 1 de reunión fechada el 21 de enero de 1999 entre funcionarios del IDU (Alicia Naranjo Gerente Proyecto ALO y Tomás Eduardo Pachón Coordinador del contrato 290-98) y el gerente de Constructora D.K. Ltda. en la que se lee:

“(…)”

A solicitud de la Dra. Alicia Naranjo se requiere el levantamiento topográfico de la totalidad del Barrio El Recuerdo de Santafé ya que DAPD solicitó la compra de predios no afectados que estén en la zona, entre la margen occidental de la ALO y el río Bogotá.

(...)” (Fls.24 a 25 C.1)

4.7. Copia del acta de reunión Nro. 2 fechada el día 9 de febrero de 1999 entre el funcionario del IDU (Tomás Eduardo Pachón Coordinador del contrato 290-98) y el gerente de Constructora D.K. Ltda. en la que se lee:

“(…)”

El día 05/02/99 se entregó (sic) la cotización de 220 predios que no hacen parte de la ALO. Barrio Recuerdo de Santafé. Por parte de IDU, se está gestionando la adición al contrato.

(...)” (Fl. 27 C. 2)

4.8. Copia del acta de reunión Nro. 4 fechada el día 25 de febrero de 1999 entre el funcionarios del IDU (Alicia Naranjo Gerente Proyecto ALO y Tomás Eduardo Pachón Coordinador del contrato 290-98) y el gerente de Constructora D.K. Ltda. en la que se lee:

“(…)

Lunes 1° de marzo se entregarán completamente 126 predios de la Kra 120 a 121 del Barrios Recuerdo de Santafé.

(…)” (Fls. 29 a 30 C. “)

4.9. Original de la cotización para elaboración de registros topográficos en el Barrio Nueva Santafé, zona occidental, como adición al contrato 290-98, enviada por parte del Gerente de Construcciones D.K. Ltda. al doctor Jorge Arturo Pardo Afanador Subdirector Técnico de Adquisición de Predios del IDU, de la que se resalta:

“(…)”

Con la presente y de manera atenta presentamos a Ustedes de acuerdo a lo convenido verbalmente la propuesta para la elaboración de los registros de la referencia de acuerdo al esquema de urbanización anexo.

Cantidad aproximada de registros:	Doscientos veinte (220)
Plazo de entrega:	Treinta días calendario
Valor adicional:	\$ 42'108.000,00 (incluido IVA)

De acuerdo a lo anterior y dada la urgencia con que se requieren estos trabajos le manifiesto que estamos en condiciones de ejecutarlos una vez sea suscrita la adición al contrato de la referencia para sus ejecución, de conformidad con la propuesta presentada, siguiendo los términos de referencia y bajo las condiciones estipuladas en el contrato de adición.

(…)” (Fl. 26 C. 2)

5. Valoración de copias simples.

En primer lugar, el material probatorio allegado al expediente en copia simple se valorará conforme al precedente jurisprudencial de la Sala Plena de la Sección Tercera, del 28 de agosto de 2013, que indicó que es posible apreciar las copias si las mismas han obrado a lo largo del plenario y han sido sometidas a los principios de contradicción y de defensa de las partes, conforme a los principios de la buena fe y lealtad que deben conducir toda la actuación judicial.

Al respecto, la Sala Plena de Sección, en sentencia de unificación, argumentó:

“La Sala insiste en que -a la fecha- las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 -estatutaria de la administración de justicia-. En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la entidad demandante y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos. Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas. El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970. En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar -de modo significativo e injustificado- el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.). Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (retroactividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (ultractividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su aquiescencia, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

(...)

Desconoce de manera flagrante los principios de confianza y buena fe el hecho de que las partes luego del trámite del proceso invoquen como justificación para la negativa de las pretensiones de la demanda o para impedir que prospere una excepción, el hecho de que el fundamento fáctico que las soporta se encuentra en copia simple. Este escenario, de ser avalado por el juez, sería recompensar una actitud desleal que privilegia la incertidumbre sobre la búsqueda de la certeza procesal. De modo que, a partir del artículo 228 de la Constitución Política el contenido y alcance de las normas formales y procesales -necesarias en cualquier ordenamiento jurídico para la operatividad y eficacia de las disposiciones de índole sustantivo es preciso efectuarse de consuno con los principios constitucionales en los que, sin hesitación, se privilegia la materialización del derecho sustancial sobre el procesal, es decir, un derecho justo que se acopla y entra en permanente interacción con la realidad a través de vasos comunicantes. De allí que, el proceso contencioso administrativo y, por lo tanto, las diversas etapas que lo integran y que constituyen el procedimiento judicial litigioso no pueden ser ajenas al llamado de los principios constitucionales en los que se hace privilegiar la buena fe y la confianza”²⁰.

En el presente asunto, observa la Sala que los medios de prueba relacionados, - incluidas las copias simples de varias piezas procesales - fueron aportados con la demanda y decretados en el auto de pruebas de primera instancia, es decir, de manera oportuna y regular, razón por la cual, conforme al precedente de esta Sub Sección, serán valorados teniendo en cuenta los principios que informan la sana crítica.

6. El estudio del caso concreto.

El problema jurídico en el sub lite se contrae a establecer si hubo un incumplimiento por parte del IDU al no reconocer el pago de unos registros topográficos adicionales del barrio El Recuerdo de Santafé solicitados por dicha entidad, los cuales no fueron legalizados mediante una adición al contrato 290-98, esto es, en ausencia de contrato suscrito entre las partes.

6.1. Tesis vigente de la Sala Plena sobre el enriquecimiento sin causa.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022, MP. Enrique Gil Botero.

Analizadas las pretensiones de la demanda y el sustento jurídico de las mismas en el caso *sub examine*, se concluye que lo verdaderamente pretendido por la accionante, es el pago de unas sumas de dinero derivadas de la elaboración de unos registros topográficos adicionales que no fueron recibidos por el IDU, tal y como lo reconoce la parte actora en el hecho 11 del escrito de demanda.

La Ley 80 de 1993, señala en su artículo 41, que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y éste se eleve a escrito. Además, contempla el mismo artículo la única excepción a la exigencia de prueba escrita de la existencia de un contrato, la cual se refiere a situaciones de urgencia manifiesta que no permitan la suscripción de contrato escrito.

El asunto que hoy nos compete, esto es la solicitud de reconocimiento de emolumentos debido a la ejecución de actividades a favor de una entidad estatal sin que medie un contrato, ha sido el más común en materia de enriquecimiento sin justa causa dentro de la jurisprudencia de esta sección. Sin embargo, las posiciones al interior de la misma respecto a su reconocimiento no eran pacíficas, por lo que mediante sentencia de 19 de noviembre de 2012, se unificó el criterio aclarándose que la *actio in rem verso* no era una acción autónoma y que su vía procesal era la acción de reparación directa; además, se establecieron tres hipótesis en los que excepcionalmente procede la declaratoria de enriquecimiento sin causa a cargo de la administración. Al respecto se señaló:

“12.2. Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó.

Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:

- a) *Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium construyó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.*

- b) *En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.*
- c) *En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.*

12.3. El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la actio de in rem verso, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales.²¹

De lo antes transcrito se arriba a la conclusión de que todo particular debe respetar las normas –de orden público– consagradas por el ordenamiento jurídico, y que tanto aquél como las entidades contratantes deben velar por el cumplimiento de los preceptos jurídicos, por lo que *prima facie*, se excluye la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, y con ello la restitución de prestaciones cuando se carece de contrato estatal; no obstante, y de forma excepcional y por lo mismo de interpretación restrictiva, se admiten hipótesis en las que resultaría procedente la actio in rem verso por razones de interés público o general.

En el presente proceso no existió contrato en razón a que el mismo no nació a la vida jurídica en virtud a que no se perfeccionó por escrito, solemnidad que se exige para el nacimiento de los contratos estatales, tal y como lo prevé el artículo

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, Sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 24.897. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

antes citado, como tampoco se cumplió con la excepción a la exigencia de prueba escrita de la existencia de un contrato teniendo en cuenta que no se presentó ninguna urgencia manifiesta.

Tampoco se acreditaron las tres hipótesis en que excepcionalmente procede la declaratoria de enriquecimiento sin causa a cargo de la administración.

6.2. Diferencias -a partir de la aplicación de la jurisprudencia sobre el enriquecimiento sin causa- entre “ejecución en mayor cantidad de lo pactado” y “ejecución de prestaciones no pactadas”.

Ahora bien, como metodología de trabajo, frente a hipótesis como esta, la Sala aclara que es deber del juzgador desechar, en primer lugar, si la hipótesis jurídica planteada no se encuadra dentro del marco de lo pactado. En otras palabras, si lo reclamado corresponde a una variación normal y ordinaria de la ejecución de un contrato o, por el contrario, a una situación por fuera del mismo. Lo anterior, bajo el entendido de que la *actio in rem verso* es de carácter excepcional.

En este sentido, la Sala entiende que no toda ejecución de mayores cantidades de trabajo, de obra o de servicios corresponde a situaciones extracontractuales. El punto de distinción radica en: i) que lo *normal*, en muchos contratos, es la ejecución en mayor cantidad de la originalmente pactada, sin que constituya irregularidad; y ii) que lo *anormal* lo configura la inexistencia de vínculo contractual con ejecución de prestaciones, como se pasa a explicar.

a) El segundo supuesto es el más natural, obvio y propio de la *actio in rem verso*, porque con ocasión de los hechos que conducen al enriquecimiento de una parte, el empobrecimiento de la otra, mediados por la relación causal entre ambos, es que se refleja la inexistencia de un medio procesal para reclamar la eventual compensación económica en favor del empobrecido, de ahí la configuración del enriquecimiento sin causa.

b) En cambio, en el primer supuesto las hipótesis se hacen más complejas, pero conviene aclararlas. Para empezar, la idea general es que cuando existe un contrato -con objeto y alcance bien determinados- que se ejecuta en mayor cantidad de la acordada, la acción adecuada para reclamar el posible perjuicio es la de controversias contractuales, porque entre demandante y demandado preexiste una relación de negocios que conduce a la reclamación judicial por el

costo del mayor trabajo. Que la actividad haga o no parte de lo inicialmente contratado pertenece al debate, pero como entre el demandante y el demandado existe un negocio sus conflictos se gobiernan por esa acción, incluso para reclamar mayores cantidades de trabajo, porque al fin y al cabo proceden de esa relación jurídica.

Sin embargo, al interior de esta idea hay que incorporar una clasificación ilustradora de su alcance: El enriquecimiento sin causa que analizó la sentencia del 19 de noviembre de 2012 no impide que las cantidades ejecutadas en exceso de lo inicialmente pactado se reconozcan a quien las ejecutó, pero con la condición de que guarden relación de necesidad con el objeto principal y su alcance; de manera que eventos como la compensación entre *ítems* por cantidades sobre-ejecutadas *versus* inejecución de otros *ítems* -deficitarios en su ejecución- son alternativas técnicas que realizan las partes de un contrato de obra, tanto pública como privada, y que constituyen prácticas de la administración del contrato admisibles siempre y cuando preserven lo pactado.

No obstante, un evento más complejo es la ejecución de mayores cantidades, necesarias para la ejecución de la obra, actividad o estudio, que siendo claro que requieren de un acuerdo previo entre las partes, podrán reconocerse - debidamente probadas- si se ejecutan, y por medio de la acción contractual, con la condición de que la mayor ejecución no encubra un nuevo objeto no pactado.

La casuística es muy amplia, pero en general se trata de examinar si la ejecución en exceso de lo contratado hace parte o no de las prestaciones pactadas; de establecerse la relación de necesidad procede el pago por medio de la acción contractual; de concluirse que se trata de una actividad autónoma -no necesaria para la ejecución perfecta del objeto- no procede su pago, por las razones anotadas en la sentencia del 19 de noviembre de 2012.

Lo expresado hasta ahora, en todas las hipótesis planteadas, no exime de la responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal que le corresponde al funcionario que ordenó o admitió la ejecución de las mayores cantidades de trabajo, en exceso de las pactadas en el contrato original, sin cumplir los requisitos que la ley impone.

6.3. Conclusión para el caso concreto

Aplicadas estas ideas al caso concreto, se observa con claridad que la mayor cantidad de registros topográficos ejecutada por el demandante corresponden a una zona de la ciudad no afectada por la construcción de la avenida longitudinal de occidente; de manera que no se está ante la mayor ejecución de una actividad propia y necesaria de la inicialmente pactada; para encubrir más bien un objeto contractual autónomo, que requería su propio proceso de selección. De esta manera, no es posible indemnizar eventos como este.

Adicionalmente, si bien la parte demandada en varias reuniones efectuadas con el contratista -las cuales fueron documentadas en actas- requirió un levantamiento topográfico adicional al contenido en el contrato 290-98, la realización de dichos registros adicionales señalados en la demanda, fueron elaborados voluntariamente, sin imposición de la parte demandada y con el conocimiento de la ausencia de contrato escrito para tal fin, tan es así, que en la cotización o propuesta remitida por la parte actora al IDU de los aludidos registros topográficos se mencionó que “le manifiesto que estamos en condiciones de ejecutarlos una vez sea suscrita la adición al contrato de la referencia para su ejecución....”, y de igual forma no obra en el plenario medio probatorio alguno que permita, de forma restrictiva, inferir que hubo constreñimiento alguno por parte de la demandada sobre la sociedad Constructora D.K. con el fin de realizar el levantamiento topográfico objeto de la *Litis*, obras que por demás no fueron recibidas por el IDU.

Por consiguiente, no es de recibo la tesis expuesta por el *a-quo* quien consideró que al haber solicitado el IDU la elaboración de unos trabajos adicionales, está en la obligación de reconocer y pagar los mismos a pesar de que no se legalizó la adición del contrato, por cuanto era necesario que mediara contrato escrito o se dieran algunas de las hipótesis en las que resultaría procedente la *actio in rem verso*.

Con fundamento en lo anterior, la Sala revocará la sentencia de 30 de junio de 2004, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión.

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

FALLA:

PRIMERO: Revóquese la sentencia de 30 de junio de 2004, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, y en su lugar de, se dispone:

a). **Desestimar las pretensiones de la demanda.**

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente de Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA