

## **CONSULTA DE SENTENCIA - Noción. Definición. Concepto / CONSULTA DE SENTENCIA - Alcance**

La consulta consiste en una revisión oficiosa de la sentencia de primera instancia en aquellos eventos en los que la misma no ha sido impugnada por las partes procesales, para lo cual, el ordenamiento jurídico consagra las causales de procedencia de este grado jurisdiccional, que corresponden a eventos en los que el legislador ha considerado que, por estar involucrados derechos e intereses superiores que ameritan una protección especial, debe surtirse en todo caso, la revisión oficiosa de los fallos, siempre que contra ellos no se hubiere interpuesto el recurso de apelación, que en condiciones normales es el que le otorga competencia al juez de segunda instancia para reexaminar la decisión del a-quo. En los procesos contencioso administrativos, la consulta ha sido concebida como un mecanismo legal de protección de los derechos de las entidades estatales, por cuanto en los mismos se halla involucrado, de manera directa o indirecta, el interés general de la sociedad y por lo tanto, debe el juez de lo contencioso administrativo, cuando así resulte procedente, revisar las condenas que se hayan proferido en su contra, para establecer la legalidad de las mismas y que no resulten lesivas del debido proceso ni del interés general.

## **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - Casos en los que procede. Regulación normativa / GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - Procesos contencioso administrativos. Naturaleza y finalidad**

En los procesos contencioso administrativos, se surte este grado jurisdiccional, oficiosamente, en los siguientes casos –artículo 184 C.C.A, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998: 1) Cuando la sentencia dictada en primera instancia imponga a cargo de cualquier entidad pública, una condena en concreto que exceda de 300 salarios mínimos legales mensuales, cuando no fuere apelada. En los asuntos de carácter laboral, procederá la consulta en estos casos, siempre que de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses. 2) Cuando la sentencia dictada en primera instancia, haya sido proferida en contra de quien hubiere estado representado por curador ad-litem y la misma no fuere apelada. La norma también establece que la consulta “(...) se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem”, disposición que ya estaba contenida en el anterior artículo 184 –antes de la modificación de la Ley 446- y respecto de la cual, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad (...) Teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad del grado jurisdiccional de consulta consagrado en el Código Contencioso Administrativo a favor de las entidades estatales demandadas, en los términos expuestos en el fallo citado, resulta evidente que el análisis a cargo del ad quem, no puede extenderse más allá de la verificación de la legalidad de la condena impuesta a la demandada, que no interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia. En consecuencia, no es ésta la oportunidad para analizar aquellas pretensiones de la demanda que no fueron acogidas en la primera instancia, teniendo en cuenta además, que la parte actora, como ya se advirtió, se conformó con lo decidido por el a-quo, en la medida en que no interpuso el recurso de apelación puesto a su disposición por el ordenamiento contencioso administrativo para impugnar la sentencia de primera instancia, si no estaba de acuerdo con la decisión.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 184, MODIFICADO POR LA LEY 446 DE 1998 ARTICULO 57

**CONTRATO ESTATAL - Ecocivil Ltda. Estructuras y Obras Civiles Ltda. y Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT / CONDENA IMPUESTA - Liquidación del contrato / LIQUIDACION DEL CONTRATO ESTATAL - Finalidad / CONDENA IMPUESTA - Monto consignado en el acta de liquidación del contrato cuenta con el respectivo soporte probatorio / CONDENA IMPUESTA EN PRIMERA INSTANCIA - Se ajusta a derecho y no resulta lesiva del patrimonio del Estado**

Una vez el contrato estatal finaliza por cualquier causa –vencimiento del plazo, ejecución del objeto contractual, terminación unilateral, caducidad, etc.-, el mismo debe ser liquidado de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone que “Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación” que, en principio, debe llevarse a cabo de común acuerdo entre las partes, mediante la suscripción de la respectiva acta bilateral y de no ser posible tal acuerdo, le corresponderá a la entidad proceder a liquidar el contrato en forma unilateral, a través de un acto administrativo, tal y como lo disponía el artículo 61 de la mencionada ley. Esa actuación que se lleva a cabo una vez se termina el contrato, tiene como finalidad efectuar un corte de cuentas, para establecer el resultado final de la ejecución contractual, desde el punto de vista de las prestaciones y el cumplimiento del objeto, así como desde la perspectiva económica del negocio jurídico, para verificar cuáles son los valores pactados en el contrato, cuáles las cantidades efectivamente pagadas al contratista y cuáles aquellas sumas pendientes de pago. Se trata, en últimas, de establecer quién le debe a quién y cuánto, siendo éste el momento en el que las partes pueden llegar a arreglos, acuerdos, transacciones y conciliaciones, sobre sus mutuas reclamaciones. (...) La Sala constató que el monto consignado en el acta suscrita por las partes como saldo a favor del contratista y a cargo de la administración, que ascendió a la suma de \$ 211 576 039,05, proveniente de i) el valor de las actas de recibo parcial de obra pendientes de pago, ii) el acta de revisión de precios y iii) el valor de la retención efectuada por la entidad, cuenta con el respectivo soporte probatorio (...) Resultaba procedente, tal y como lo decidió el a-quo, condenar a la entidad demandada al pago del saldo que salió a deber al contratista, a pesar de que, como ya se dijo, la misma acta de liquidación bilateral del contrato prestara mérito ejecutivo (...) La Sala estima que la condena proferida en la sentencia de primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en contra de la parte demandada Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT –en liquidación- y del cual conoce el Consejo de Estado en esta oportunidad en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se ajusta a derecho y no resulta lesiva de su patrimonio, razón por la cual, hay lugar a la confirmación de la condena, con la correspondiente actualización de su monto, teniendo en cuenta para ello, la fórmula usualmente utilizada por la jurisprudencia: valor actualizado = valor histórico x índice final sobre índice inicial, aunque con la advertencia de que, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 19 del Decreto Distrital 581 de 2007, la entidad encargada de efectuar el pago de las condenas contra el liquidado FONDATT, es la secretaría de hacienda distrital.

**SUSCRIPCION DEL ACTA DE LIQUIDACION - Efecto vinculante de la manifestación de voluntad / EFECTO VINCULANTE DEL ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL - Mérito ejecutivo**

La jurisprudencia, de forma pacífica, ha reconocido el efecto vinculante de la manifestación de voluntad que va envuelta en la suscripción del acta de liquidación, en forma tal que se rechaza en principio, la posibilidad de desconocer

la palabra expresada, por cuanto a nadie le es dado ir en contra de sus propios actos, a menos que alegue la existencia de un vicio de la voluntad, que pueda invalidar el respectivo acto jurídico. El valor vinculante del acta de liquidación bilateral se manifiesta en el mérito ejecutivo que la misma ostenta, de tal manera que el cobro de las cantidades que ella arroja a favor del contratista, puede verificarse a través del respectivo proceso ejecutivo, en el cual se presentará como título, la referida acta de liquidación. A propósito, se observa que al parecer, en el presente caso, la parte actora pretendió iniciar un cobro ejecutivo con la presentación de una de las demandas que dieron lugar a los procesos acumulados que aquí se decidieron, puesto que en algunas de sus intervenciones así lo manifestó. No obstante, si esa fue la intención, la deficiente formulación del libelo introductorio, impidió el trámite de un proceso ejecutivo, toda vez que, tal y como se verificó en la relación de antecedentes –párrafos 1 y 2-, en ninguna de las demandas presentadas por la parte actora se solicitó librar mandamiento de pago en contra de la entidad demandada con fundamento en un título ejecutivo que hubiera aducido expresamente para ello el demandante. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto ver sentencias del 25 de mayo de 2011, expediente 18553; de 6 de mayo de 1992, exp. 6661”. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 2 de octubre de 2002 y de 6 de julio de 2005”.

#### **ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL DEL CONTRATO - Reconocimiento de pago de intereses moratorios**

En cuanto a los intereses moratorios reconocidos por el a-quo, quien manifestó que se condenaba al pago de la suma del saldo a favor del contratista reconocida en el acta de liquidación contractual “(...), se observa que efectivamente, se probó que la tasa pactada en el contrato fue del 0,2% mensual y que el plazo para el pago de las actas parciales o final de obra era de 30 días hábiles, contados a partir de la presentación de las respectivas cuentas –párrafo 10.1.1.-. En el presente caso, toda vez que se trataba del pago del saldo que arrojó la liquidación bilateral, suscrita el 30 de noviembre de 1998, la entidad tenía hasta el 11 de enero de 1999 para cancelarlo. Entre esta fecha y la fecha de la sentencia de primera instancia -9 de julio de 2002-, transcurrieron 3 años y 6 meses, es decir 42 meses en total, por lo cual los intereses de mora serían: \$ 211 576 039,05 x 0,2% = 423 152,07 x 42 = 17 772 386,94, lo que significa que los intereses calculados por el a-quo, corresponden a lo pactado por las partes y al periodo de mora transcurrido. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre legitimación en la causa, consultar sentencia de 31 de octubre de 2007, exp. 13503

#### **LLAMAMIENTO EN GARANTIA - No debe confundirse con la falta de legitimación en la causa por activa o pasiva / FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA O PASIVA - Fundamento**

La falta de legitimación en la causa, por activa o por pasiva, sólo se predica de quien indebidamente ha acudido al proceso en calidad de demandante o de demandado, sin reunir los requisitos para ello, es decir, cuando en realidad, no se trata de la persona que en virtud de su relación con la cuestión de fondo que se discute, estaría en posición de reclamar ante el demandado –legitimación por activa- o de la persona que estaría llamada a responder frente al demandante – legitimación por pasiva-. En el presente caso, resulta evidente que la demanda no fue instaurada en contra del Instituto de Desarrollo Urbano; en el libelo introductorio, no se incluyó esta entidad como parte demandada ni se elevaron pretensiones dirigidas en su contra. Por lo tanto, resultaba improcedente declarar probada la falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con ella. Si el Instituto de Desarrollo Urbano se hizo presente en el proceso, lo hizo en calidad

de tercero y fue en virtud del llamamiento en garantía que en su contra formuló la entidad demandada.

**LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Procedencia. Regulación normativa / LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Fundamento**

Como es bien sabido, en los procesos contencioso administrativos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 217 del C.C.A, resulta procedente la aplicación de esta figura procesal, regulada en el C. de P.C., cuyo artículo 57 establece que quien tenga el derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de ese tercero. Se trata entonces de un mecanismo puesto al servicio del demandado en un proceso judicial, que considere que, en virtud de una relación contractual anterior o de una disposición legal que así lo establece, hay una tercera persona obligada a responderle, en caso de resultar condenado, a reembolsarle total o parcialmente lo que por tal condena él deba reconocer al demandante. En realidad, cuando se formula un llamamiento en garantía dentro de un proceso judicial, el mismo da lugar al surgimiento de una nueva relación procesal, diferente a la que se ha entablado con la integración del contradictorio entre la parte actora y la parte demandada. Coexistirá, al lado de esta primera relación procesal, aquella que se traba entre la entidad demandada y el llamado en garantía, debiéndose resolver por el juez, en primer lugar, la relación inicial, en virtud de la cual se pretende por parte de la demandante, la condena de la demandada.

**FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 217 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 57**

**LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Oportunidad / LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Consecuencias / LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Improcedencia**

Una vez se concluye que hay lugar a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y por ende a condenar a la parte demandada a favor de la actora, se debe proceder a analizar el derecho que aquella tenía de formular el llamamiento en garantía de un tercero, para efectos de establecer cuál sería la responsabilidad de éste frente al llamante y si dicho llamamiento, en consecuencia, debe prosperar o no, condenando al llamado a reembolsar total o parcialmente lo que hubiere tenido que pagar el demandado. De lo anterior, se desprenden varias consecuencias: En primer lugar, que no surge ni existe relación alguna entre la parte demandante y el llamado en garantía, puesto que este último, no es contradictor de aquella en el proceso ni la demandante exige nada del llamado en garantía, no es a éste a quien le imputa responsabilidad o frente a quien eleva alguna pretensión, puesto que éstas, son presentadas es en relación con la persona contra quien dirigió inicialmente la demanda. En segundo lugar, como se deduce de lo anterior, el llamado en garantía no es parte en el proceso, sino un tercero que interviene en él. Y en tercer lugar, sólo procede el análisis del llamamiento en garantía, cuando el juez ha resuelto que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar y por lo tanto, proferirá una condena en contra de la parte demandada. Sólo en este evento, surge la necesidad de analizar la relación existente entre llamante y llamado en garantía. (...) En el presente caso, la entidad demandada formuló llamamiento en garantía al IDU, por considerar que le asistía un derecho legal para ello, fundado en que, en aplicación de lo previsto en el Decreto 993 de 1997, y en virtud de lo pactado en el convenio interadministrativo celebrado el 30 de diciembre de 1997 entre el FONDATT y el

IDU, era esta última entidad la que debió adquirir las obligaciones contempladas en el contrato 022 de 1997. (...) No advierte la Sala que de la norma citada por la entidad demandada en el llamamiento en garantía, ni del convenio suscrito entre la secretaría de tránsito y transporte de Bogotá y el Instituto de Desarrollo Urbano, se derive obligación alguna a cargo de esta última entidad, de efectuar algún reembolso a favor de la demandada, en caso de que ésta fuera condenada en un proceso contencioso administrativo originado en el contrato de obra pública celebrado entre el FONDATT y el consorcio ECOCIVIL-NORCO. Resulta evidente que la obligación que asumió el IDU en relación con el referido contrato de obra pública, era exclusivamente de control y vigilancia de la ejecución contractual, con miras a la protección del espacio público, sin que le correspondiera asumir obligación económica alguna ni frente al contratista, ni frente a la entidad estatal contratante.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de mayo de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02072-01(23903)**

**Actor: ECOCIVIL LTDA.-ESTRUCTURAS Y OBRAS CIVILES LTDA.**

**Demandado: FONDO DE EDUCACION Y SEGURIDAD VIAL FONDATT**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Resuelve la Sala el grado jurisdiccional de consulta en relación con la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 9 de julio de 2002, por medio de la cual acogió parcialmente las pretensiones de la demanda, la cual será modificada.

### **SÍNTESIS DEL CASO**

El Fondo de Educación y Seguridad Vial del distrito capital –FONDATT- y el consorcio ECOCIVIL-NORCO, conformado por las sociedades demandantes Ecocivil Ltda., y Estructuras y Obras Civiles Ltda., suscribieron de común acuerdo un acta de liquidación bilateral del contrato de obra pública n.º 022 de 1997, la cual arrojó un saldo a favor del contratista y a cargo de la entidad contratante, que quedó pendiente de pago, el cual fue ordenado en la sentencia de primera instancia.

### **ANTECEDENTES**

## I. Lo que se demanda

### Expediente 992072:

1. El 2 de agosto de 1999, las sociedades Ecocivil Ltda. y Estructuras y Obras Civiles Ltda., quienes hacían parte del consorcio ECOCIVIL-NORCO<sup>1</sup>, presentaron demanda en contra del Fondo de Educación y Seguridad Vial de la Secretaría de Tránsito de Bogotá –FONDATT-, cuyas pretensiones fueron (f. 15 a 57, c. 1):

1. *Declárese que el FONDATT incumplió el contrato 022 de 1997 de fecha 5 de junio de 1997 y de los otrosí firmados por las partes al no pagar, dentro de los plazos contractuales las actas parciales de obra 07, 08 y 09 así como el acta de revisión de precios acordada por las partes y al no haber hecho la devolución de la correspondiente retención de garantía establecida en el contrato, así como no haber cancelado obligaciones provenientes de la ejecución del mismo.*

2. *Condénese a pagar al FONDATT al CONSORCIO ECOCIVIL-NORCO:*

a) *La reliquidación del reajuste de precios debido a las demoras que se presentaron en la ejecución del contrato aplicando la fórmula del mantenimiento de la ecuación contractual establecida por la ley 80 de 1993.*

b) *El valor de la mayor permanencia en obra en que tuvo que incurrir el CONSORCIO por los problemas que se tuvieron en la ejecución del contrato.*

c) *Al pago de las sumas que tuvo que realizar el CONSORCIO por concepto de celaduría de las obras que asumió el demandante por el no recibo físico de las obras por parte del FONDATT, a pesar de existir el acta de recibo formal de las mismas.*

d) *El valor de los intereses comerciales de mora causados en razón del no pago oportuno, esto es dentro de los plazos contractuales de las cuentas de cobro y de la devolución de la retención de garantía del contrato, mediante la imputación de pagos efectuados por dicha entidad, en primer lugar a intereses y luego a capital.*

e) *Que se condene en costas al FONDATT (...) (las subrayas son del texto original).*

2. Las demandantes manifestaron como fundamento de sus pretensiones, que el FONDATT celebró con el consorcio ECOCIVIL-NORCO el contrato 022 del 5 de junio de 1997, cuyo objeto fue la construcción y adecuación de las zonas bajas del puente vehicular de la calle 68 con avenida 68, por valor de \$ 789 237 849, con una duración del contrato de 9 meses y un plazo de ejecución de las obras, de 5 meses que fue ampliado en 3 meses más.

2.1. La parte actora aludió a una serie de circunstancias imputables a la administración, que condujeron a que la ejecución del contrato se extendiera mucho más de lo inicialmente planeado, ocasionando sobrecostos que no le fueron reconocidos. Entre tales eventos, se refirió a la demora en la iniciación misma de las obras, por cuanto la entidad se tardó en designar interventor y en la

---

<sup>1</sup> Mediante auto del 17 de octubre de 2012, la Sala puso en conocimiento de la parte demandante la causal de nulidad consagrada en el numeral 7 del artículo 140 del C. de P.C., por cuanto las sociedades miembros del consorcio ECOCIVIL-NORCO no habían otorgado cada una el correspondiente poder para presentar la demanda; dichas sociedades, corroboraron la actuación del apoderado, aportando poder expreso para actuar en su representación, con lo cual sanearon la referida nulidad (f. 583, 588 y 594, c. ppl).

tramitación de los requisitos de legalización del contrato, a pesar de las múltiples solicitudes del contratista para que se diera inicio a las obras.

2.2. Finalmente el acta de iniciación fue suscrita el 21 de agosto de 1997, aunque realmente las obras se habían iniciado desde el 11 de julio anterior, con la realización de modificaciones y complementación de diseños y estudios técnicos necesarios para la ejecución de las obras.

2.3. Sostuvo que también hubo demora en la entrega del anticipo, en la revisión y aprobación de los diseños de las obras y que se introdujeron modificaciones del contrato a menos de un mes de firmada el acta de iniciación, debiendo realizar el contratista el diseño de un puente peatonal. Esas modificaciones y obras adicionales del contrato, no previstas en los planos, cantidades de obra y especificaciones del pliego de condiciones, implicaron mayores costos.

2.4. Señaló que las obras no se podían adelantar porque los desalojos necesarios de los vendedores ambulantes que se hallaban en la zona de los trabajos no se habían efectuado y por cuanto se presentaron dificultades por interferencias con redes de servicios públicos que no figuraban en los planos oficiales de las empresas de acueducto y alcantarillado y de teléfonos, lo que requirió nuevas aprobaciones que alteraron la ejecución normal del proyecto.

2.5. Afirmó que la entidad no resolvió nada sobre la solicitud del contratista de reconocimiento de los sobrecostos por administración, derivados de la mayor permanencia en la obra y a pesar de que se suscribió un acta de reajuste de precios, el 13 de mayo de 1998, por valor de \$ 91 964 018,45, para solucionar una parte de los reclamos del consorcio, la misma no fue pagada.

2.6. Enfatizó en que a pesar de las múltiples reclamaciones del contratista para el reconocimiento de un reajuste al valor del contrato, afectado por los mayores costos administrativos y los altos costos en que había incurrido el contratista por el cambio de año y el aumento de la mano de obra y alzas en los precios de las materias primas, el mismo no le fue reconocido.

2.7. Relató que la interventoría pidió un corte de cuentas de la ejecución contractual, pues su contrato había finalizado, quedando las obras sin interventor a partir del 19 de febrero de 1998 y hasta el 17 de marzo, cuando se le comunicó al contratista la designación de uno nuevo.

2.8. Indicó que el 21 de mayo de 1998, se suscribió el acta de recibo final de obras, su recibo físico se produjo el 2 de julio del mismo año y el 20 de noviembre de 1998, se suscribió el acta de liquidación del contrato, en la cual se estableció el monto de las cuentas pendientes de pago y los temas contractuales que quedaban librados a la decisión de los árbitros.

2.9. La actora puntualizó que a la fecha de presentación de la demanda, no había sido cancelado tampoco el saldo a favor del contratista que arrojó la liquidación del contrato a pesar de sus constantes requerimientos y que luego de evidenciar que se había modificado el objeto contractual por órdenes de la misma entidad contratante, ésta le manifestó que era necesario que demandara para obtener el reconocimiento judicial de sus reclamaciones.

**Expediente 992069:**

3. En la misma fecha, 2 de agosto de 1999, el consorcio ECOCIVIL-NORCO presentó otra demanda en contra del FONDATT, en la cual:

3.1. Elevó las siguientes peticiones (f. 5, c. 1):

*1. Se declare el incumplimiento del FONDATT-Fondo de Educación y Seguridad Vial de la SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE BOGOTÁ respecto al pago de las cuentas pendientes de las obras ejecutadas y no pagadas por parte de la entidad demandada, cuentas debidamente reconocidas en el acta de liquidación del contrato y en documentos de la entidad.*

*2. Se ordene el pago de la devolución de la retención de garantía establecida en el contrato y no pagada hasta la fecha, de acuerdo con lo establecido en el acta de liquidación del contrato y en documentos de la entidad.*

*3. Se condene al pago de los intereses moratorios establecidos en el contrato por el incumplimiento en el pago de las actas de obra y en la devolución de la retención en garantía (...).*

3.2. En la fundamentación fáctica de las anteriores pretensiones, aludió al mismo contrato de obra pública 022 de 1997 celebrado con el FONDATT, que fue ejecutado a cabalidad por el contratista según consta en el acta de liquidación y que en el contrato se generaron cuentas de cobro debidamente reconocidas por la entidad contratante y que a pesar de que debieron ser pagadas dentro de los 30 días siguientes a su presentación, hasta el momento de la demanda no habían sido canceladas, procediendo a enunciar las facturas de venta.

3.3. En capítulo denominado *requerimiento al deudor*, pidió: *“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 272 del CPC atentamente solicito a usted se sirva citar al deudor para que en día y hora que se le señale, le pague a mis representados los créditos que (sic) trata la presente demanda”.*

## **II. Actuación procesal**

4. La Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá presentó la **contestación de la demanda** en sendos procesos:

4.1. En el **proceso 992072**, admitió unos hechos, negó otros, se atuvo a lo que resultare probado y se opuso a las pretensiones, por considerar que la entidad cumplió el contrato y las sumas debidas al contratista fueron reconocidas en la respectiva liquidación final (f. 64, c. 1).

4.1.1. Además, estimó que no resultaba procedente un nuevo reajuste de precios, pues las partes suscribieron uno durante la ejecución del contrato para mantener el equilibrio de la ecuación contractual y así quedó consignado en el acta de liquidación, en la cual las partes se declararon a paz y salvo por todo concepto.

4.1.2. En cuanto a los intereses moratorios por el retardo en el pago de las cuentas pendientes a favor del contratista, consideró que debía aplicarse la tasa pactada en el contrato y en relación con los costos provenientes de la mayor permanencia en la obra aducidos en la demanda, consideró improcedente la pretensión, pues el contrato fue prorrogado y su valor modificado para subsanar cualquier irregularidad que amenazara un desequilibrio en las cargas del mismo.

4.1.3. Sobre la reclamación de los pagos que por vigilancia de la obra tuvo que efectuar el contratista, la entidad la consideró improcedente, porque no era una obligación contractual de la demandante ni formuló reclamación alguna en el momento del recibo final de la obra ni cuando se liquidó el contrato, por lo tanto la entidad no tiene por qué asumir tales gastos.

4.1.4. La demandada formuló llamamiento en garantía en contra del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, por considerar que éste es el sujeto de derecho que debió adquirir las obligaciones contempladas en el contrato 022 de 1997, en virtud de lo dispuesto en el convenio interadministrativo celebrado el 30 de diciembre de 1997 entre el IDU y FONDATT y en aplicación de lo previsto en el Decreto 993 de 1997, el cual dispuso que los asuntos de sostenimiento del espacio público pasarían al IDU, entre ellos el referido contrato<sup>2</sup>.

4.1.5. Finalmente, solicitó la acumulación del proceso 992069, que se tramitaba en el mismo tribunal.

4.2. En el **proceso 992069**, la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que carecían de fundamentos jurídicos y de hecho y solicitó la acumulación de procesos con el n.º 992072<sup>3</sup>. En cuanto a los hechos de la demanda, se atuvo a lo que se probara, luego de manifestar (f. 14, c. 1):

*1.- Es cierto, que el Fondo de Educación y Seguridad Vial adeuda al Consorcio Ecocivil-NORCO el pago de las cuentas pendientes de las obras ejecutadas en el acta de liquidación del contrato No. 022.*

*2.- Es cierto, que la Secretaría de Tránsito y Transporte le adeuda al Contratista el pago de la devolución de la retención establecida en el contrato y no pagada hasta la fecha.*

4.3. El llamado en garantía, Instituto de Desarrollo Urbano IDU, presentó escrito de “**contestación de la demanda**” en el cual manifestó que se oponía a las pretensiones de la misma, por considerar que además de que eran exclusivamente contra el FONDATT, carecían de fundamentos jurídicos y soportes fácticos en contra del IDU (f. 163, c. 1, exp. 992072).

4.3.1. Propuso excepciones de falta de relación contractual, falta de legitimidad en la causa por pasiva y cobro de lo no debido.

4.3.2. El IDU se opuso al llamamiento en garantía, por cuanto el convenio interadministrativo celebrado el 30 de diciembre de 1997 entre esta entidad y la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá tenía por objeto desarrollar de manera conjunta bajo la dirección del IDU, la coordinación y seguimiento de diferentes contratos, dentro de los cuales se hallaba el 022 de 1997 y dicho convenio, entre las obligaciones a cargo de la Secretaría, contemplaba la de atender, durante la vigencia del mismo, los costos que se requirieran para la ejecución de los contratos relacionados con el objeto y cancelar oportunamente al contratista los pagos a los cuales se obligó.

---

<sup>2</sup> El llamamiento en garantía fue aceptado por auto del 13 de abril de 2000, se notificó al IDU el 15 de mayo de 2000 y la contestación al mismo se presentó el 22 de mayo de 2000 (f. 104, 107 y 163, c. 1, exp. 992072).

<sup>3</sup> La acumulación fue decretada mediante auto del 10 de febrero de 2000 (f. 100, c. 1).

5. Las partes presentaron alegatos de conclusión, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y su contestación.

5.1. En el primer caso, la parte actora insistió en los incumplimientos de la entidad demandada que condujeron a una mayor permanencia del contratista en las obras con los consiguientes perjuicios, el no pago del saldo que arrojó la liquidación del contrato, la negativa a efectuar la revisión de precios del contrato desde la fecha de presentación de la propuesta, el reconocimiento de lo pagado por el contratista a terceros y el deber de calcular los intereses moratorios a la tasa contemplada en la Ley 80 y sus decretos reglamentarios para efectos de restablecer el equilibrio económico del contrato por cuanto la tasa fijada en el contrato sólo sirve para hacer más favorable a la entidad contratante su propio incumplimiento de la obligación de pagar lo adeudado al contratista y “(...) *seguir jugando financieramente con los dineros del consorcio* (...)” para obtener una rentabilidad que constituye un provecho indebido. Si el contratista aceptó la tasa del contrato, fue partiendo del principio de la buena fe de la entidad y confiando en su cumplimiento, que no ocurrió (f. 224, c. 1, exp. 992072).

5.2. En el segundo caso, la entidad demandada aludió nuevamente a la existencia del acta de liquidación bilateral del contrato y cómo en este acto, las partes se declararon a paz y salvo, por haber incluido en el mismo todos los pagos debidos al contratista por concepto de actas de obra, revisión de precios y retención del contrato y se dejó constancia de que las partes habían cumplido sus obligaciones, quedando pendiente únicamente el pago del saldo que arrojó el acta de liquidación, -que por cierto prestaba mérito ejecutivo, a pesar de lo cual el apoderado inició dos procesos de conocimiento en los que pidió la declaratoria de incumplimiento de la entidad-, por lo que resultan improcedentes las reclamaciones de la actora distintas a los concretos puntos de inconformidad que dejó plasmados en el acta -pago de celaduría, mayor permanencia en obra e intereses-, sobre los cuales sostuvo que no eran atendibles, puesto que en primer lugar, en el contrato no se contempló la obligación de vigilancia a cargo del contratista ni la entidad le autorizó este gasto ni aquel reclamó con anterioridad pagos por este concepto; en segundo lugar, no se probó la mayor permanencia del contratista más allá de lo que fue pactado por las mismas partes en el contrato y sus modificaciones, efectuadas de común acuerdo, que traducidas en la disminución del valor total del contrato, permitieron la construcción del puente peatonal sin modificar el precio de las obras, es decir que las prórrogas del contrato estaban previstas dentro del valor final del mismo; y finalmente, porque los intereses moratorios fueron pactados por las partes en el 0,2% mensual a partir de los 30 días siguientes a la presentación de las cuentas por pagar y por lo tanto, de resultar procedente su reconocimiento y pago, es ésta la tasa que se debe tener en cuenta (f. 245, c. 1, exp. 992072).

6. El 9 de julio de 2002, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección B, dictó **sentencia de primera instancia**, en la cual consideró (f. 261 a 271, c. ppl):

6.1. En primer lugar, que debía prosperar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el llamado en garantía IDU, toda vez que de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito por esta entidad con el FONDATT, el 19 de diciembre de 1996, las obligaciones a cargo de aquella eran de asesoramiento y estudio para el proceso licitatorio por el cual se iban a adecuar las zonas bajas de varios puentes vehiculares de la ciudad, entregar los planos y demás documentos técnicos relacionados con este objeto y la elaboración de los pliegos de condiciones, así como la coordinación de la parte técnica y jurídica

necesarias durante la ejecución del respectivo contrato de obra que se suscribiera como resultado de la licitación, pero tales obligaciones no comportaban ser la parte contratante en tales negocios jurídicos.

6.2. En cuanto a las pretensiones de la demandante, consideró que sólo estaban llamadas a prosperar aquellas que apuntan a obtener el pago del saldo que arrojó el acta de liquidación bilateral más los intereses a la tasa acordada en el contrato, puesto que en relación con las demás, éstas correspondían a asuntos que fueron resueltos en dicha acta de liquidación, en la que consta que allí se liquidaron todas las deudas del contrato, incluidos todos los valores por obra ejecutada, medida y recibida, la revisión de precios y el reconocimiento por el valor de retención. Además, por cuanto no existe prueba de la cual se pueda inferir una mayor permanencia en la obra y los gastos de celaduría, distintos a la suma reconocida en el acta de liquidación. En consecuencia, el Tribunal resolvió:

**PRIMERO. DECLÁRASE** probada la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU–.

**SEGUNDO. DECLÁRASE** el incumplimiento del contrato No. 022/97 celebrado entre el FONDO ROTATORIO DE SEGURIDAD VIAL DE LA SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ D.C. –FONDATT– y el CONSORCIO ECOCIVIL-NORCO.

**TERCERO<sup>4</sup>.** En consecuencia **CONDÉNESE** AL FONDATT a pagar por concepto de perjuicios materiales al Consorcio ECOCIVIL-NORCO la suma de DOSCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL (sic) PESOS M/CTE (\$228.925.275.00).

**TERCERO.** Deniéganse las demás súplicas de la demanda (...).

7. Las partes presentaron alegatos de conclusión en esta instancia, en los cuales reiteraron los argumentos aducidos a lo largo del proceso (f. 398 y 411, c. ppl).

## CONSIDERACIONES

### I. La competencia

8. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que en la sentencia de primera instancia, que no fue apelada, se impuso una condena por valor de \$ 304 470 615,75 a una entidad pública como lo era el Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, valor superior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes que equivalían, para la fecha de la providencia (julio de 2002), a \$ 92 700 000.

9. Por otra parte, dado que la Sala conoce del presente asunto en virtud del grado jurisdiccional de consulta, el análisis a cargo del *ad quem* en relación con la

---

<sup>4</sup> Este numeral, a solicitud de la parte actora que pidió complementación del fallo, fue modificado mediante providencia del 30 de julio de 2002, en la cual se efectuó la actualización de la suma adeudada por la entidad demandada, quedando la condena en un valor de \$ 304 470 615,75 (f. 278, c. ppl).

sentencia de primera instancia, deberá realizarse para determinar la procedencia o improcedencia de la condena allí impuesta en contra de la entidad demandada, sin que le sea dado efectuar nuevamente el estudio de las pretensiones de la demanda, toda vez que la parte actora se conformó con el fallo del *a-quo* y no lo apeló y bajo la consideración de que, tal y como lo dice la norma que la consagra –art. 184, C.C.A-, la consulta “(...) *se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem*”.

## II. Hechos probados

10. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis<sup>5</sup>:

10.1. Previo proceso licitatorio, el Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT, celebró con el consorcio ECOCIVIL-NORCO LTDA., el contrato de obra n.º 0022 del 5 de junio de 1997, cuyo objeto fue “(...) *la construcción y adecuación de las zonas bajas del puente vehicular ubicado en la Calle 68 con Avenida 68 (...)*”<sup>6</sup> (cláusula primera).

10.1.1. El valor del contrato fue de \$ 789 237 849,00 incluido el IVA y los demás costos directos e indirectos, pagadero por el sistema de precios unitarios, mediante la entrega de un anticipo por valor de \$ 315 695 139,60 una vez el contratista presentara el acta de iniciación acompañada de la constancia de la oficina jurídica de que el contrato podía ejecutarse y del plan de inversión del anticipo, aprobado por la interventoría; y el saldo, o sea la suma de \$ 473 542 709,40, mediante la presentación de actas de recibo parcial de obra, de las que se descontaría, además de la amortización del anticipo, el 3% de su valor, que se le reintegraría al contratista una vez liquidado el contrato. Se acordó expresamente que la iniciación de las obras o el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales, no quedaba sujeto a la entrega del anticipo (cláusulas cuarta y quinta) y se pactó una tasa de intereses moratorios equivalente al 0.2% mensual, que pagaría la entidad al contratista cuando presentada el acta de recibo parcial o final de obra a satisfacción del FONDATT, éste no efectuara el pago dentro de los

---

<sup>5</sup> De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración.

<sup>6</sup> En el pliego de condiciones de la licitación pública 25-96 que precedió a la adjudicación y celebración del contrato, se efectuó la descripción de las obras, estableciendo que las mismas comprendían “(...) *excavaciones para estructuras y redes, demoliciones, rellenos, cimientos, estructuras, mampostería, impermeabilización, pisos y guardaescobas, pañetes y cielorrasos, instalación sanitaria incluye aparatos, instalaciones hidráulicas, instalaciones eléctricas incluye iluminación, enchapes, carpintería metálica, vidrios y cerraduras, amoblamiento urbano, andenes y plazoletas, renivelación de cajas y pozos, relocalización de redes de infraestructura de servicios (...), iluminación exterior, señalización vial, peatonal y demarcación de pavimentos, obras de paisajismo, arborización y siembra de grama*”. En las características y descripción técnica de las obras, se estableció que “*el contratista con base en los documentos suministrados por el FONDATT para la presente licitación, deberá construir las siguientes obras: Una batería de baños, plataforma para estacionamientos, cerramientos perimetrales en mampostería para la zona baja con los elementos accesorios de carpinterías, andenes, instalación de elementos ordenadores sobre los corredores peatonales, señalización vial y peatonal, amoblamiento urbano, iluminación interior y exterior, distribución de redes eléctricas, hidráulicas y sanitarias*” (fotocopia autenticada de documento público, f. 853, c. 6 de pruebas, expediente 992072 y f. 1349, c. 8 ).

30 días hábiles siguientes a su presentación (cláusula décima octava) (fotocopia autenticada de documento público, f. 147, c. 5 de pruebas, exp. 99-2072).

10.1.2. El contrato tenía una duración de 9 meses contados a partir de su perfeccionamiento y un plazo de ejecución –para el cumplimiento del objeto contractual- de 5 meses, contados a partir de la suscripción del acta de iniciación (cláusula sexta).

10.2. El 21 de agosto de 1997, se suscribió el acta de iniciación de obras, en la que se lee: *“Obras a ejecutar: De conformidad con la propuesta presentada y adjudicada: Baterías sanitarias, Áreas de parqueo y Obras de urbanismo bajo (el) (los) puente (s) vehiculares y en las áreas aledañas al mismo”* (fotocopia autenticada de documento público, f. 68, c. 5 de pruebas, exp. 99-2072 y f. 718, c. 11).

10.3. El 15 de diciembre de 1997, se suscribió el acta de modificación n.º 1, *“(…) con el fin de adicionar ítems de obras no previstas en el Contrato (…)”*, de los cuales se adjuntan los análisis de precios unitarios debidamente aprobados. Dentro de las obras no previstas, se halla el diseño estructural y la construcción de un puente peatonal. Se advierte que *“Es entendido que el valor de las actividades aquí contempladas, no altera el valor total del contrato, en razón a que se han revisado las cantidades de obra a ejecutar, adecuando el valor del contrato entre las obras previstas, no previstas, mayores y menores cantidades de obra”* (fotocopia autenticada de documento público, f. 759, c. 11).

10.4. Mediante otrosí suscrito por las partes el 22 de diciembre de 1997, se prorrogó el término de duración del contrato en 2 meses y el plazo de ejecución en 3 meses, y se modificaron las cláusulas cuarta y quinta, para establecer que para todos los efectos legales y fiscales, el valor del contrato es hasta por la suma de \$ 789 237 849,00 –sin incluir el IVA, pues por ser la contratante una entidad descentralizada distrital, el contrato está excluido de tal impuesto- y en cuanto a la forma de pago, se estableció que el FONDATT *“(…) pagará al Contratista el saldo pendiente del valor del contrato así: 1- Hasta el noventa y cinco (sic) (95%) mediante la presentación de una factura por el valor mencionado, previa la aprobación de la garantía que ampare el riesgo de pago anticipado por la cuantía del valor de éste. 2- El cinco por ciento (5%) del saldo final será cancelado previa la presentación del acta de liquidación del contrato”* (fotocopia autenticada de documento público, f. 126, c. 5 de pruebas, exp. 99-2072).

10.5. El 13 de abril de 1998, las partes suscribieron el acta de modificación n.º 2 al contrato 022 de 1997, en la cual se adicionaron obras complementarias para las cuales se fijaron los precios unitarios, aclarando que las mismas hacían parte del objeto del contrato y no alteraban el valor total del mismo (fotocopia autenticada de documento público, f. 408, c. 10).

10.6. El 21 de abril de 1998 se prorrogó el plazo del contrato en 19 días, contados a partir del vencimiento de la primera prórroga y el 8 de mayo, se adicionó en otros 11 días calendario (fotocopia autenticada de documento público, f. 98 y 101, c. 5 de pruebas, exp. 99-2072).

10.7. El comité de obra se reunió en 14 oportunidades luego de la celebración del contrato, según consta en las respectivas actas de obra del 30 de julio, 10, 17 y 24 de septiembre, 1º, 9, 15, 22 y 30 de octubre, el 6, 13, 20 y 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1997 (f. 652, 656, 659, 663, 686, 689, 692, 695, 698, 701, 705, 711 y 715, c. 11).

10.8. El FONDATT, Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, canceló al consorcio ECOCIVIL-NORCO, en virtud del contrato de obra 022 de 1997, las siguientes cantidades de dinero (informe presentado por el jefe de la división financiera al jefe de la oficina jurídica de la secretaría el 21 de septiembre de 2000. Documento público original, f. 1003, 1004, 1015, 1016, 1017 y 1018, c. 6 de pruebas, exp. 99-2072):

10.8.1. Orden de pago n.º 4680 del 3 de septiembre de 1997, por valor de \$ 315 695 139,60 (anticipo), por concepto de *“Anticipo del 40% al contrato No. 022/97 relacionado con la construcción de zonas bajas y adecuación del puente vehicular en la calle 68 con Avda. 68. Factura 001. Base de retención: \$ 315 695 139,60”*.

10.8.2. Orden de pago 5527 del 24 de diciembre de 1997 por valor de \$ 44 368 285,00, por concepto de *“Construcción de obra adecuación zonas bajas puentes vehiculares según factura 003. Base retención: \$ 77.839.097.00”*.

10.8.3. Orden de pago 5528 del 24 de diciembre de 1997 por valor de 38 959 555,00, por concepto de *“Construcción de obra adecuación zonas bajas puentes vehiculares según factura 003. Base retención \$ 68.350.096.00”*.

10.8.4. Orden de pago 5577 del 31 de diciembre de 1997, por valor de \$ 310 985 840,00, por concepto de *“Pago anticipo hasta el 95% sobre el saldo pendiente del v/r del contrato según otrosí al contrato (...)”*.

10.9. El 21 de mayo de 1998, se suscribió el acta de recibo final de obras por el director de la interventoría, el representante legal del consorcio contratista, el coordinador del I.D.U y el coordinador del FONDATT, en la que consta que el contratista ejecutó la totalidad de las obras contratadas; el 1º de julio de 1998, se suscribió el acta de entrega de obras por parte del FONDATT a la Procuraduría de Bienes de la Secretaría de Hacienda, con participación del interventor del contrato, en la que se consignó que dichas obras habían sido recibidas al contratista a satisfacción del FONDATT (fotocopias autenticadas de documentos públicos, f. 40 a 46, c. 4).

10.10. El 30 de noviembre de 1998 las partes, conjuntamente con el interventor, suscribieron el acta de liquidación final del contrato.

10.10.1. Dicha acta, arrojó el siguiente estado financiero (copia de documento público, remitida por la entidad demandada a solicitud del tribunal *a-quo*, f. 1 y sgtes., c. de pruebas n.º 5, exp. 99-2072):

Valor inicial del contrato:	\$ 789 237 849
Actas de recibo parcial de obra:	\$ 814 071 548,60
Acta de revisión de precios <sup>7</sup> :	\$ 91 964 018,45
Valor total de la inversión:	\$ 906 035 567,05
Valor pagado:	\$ 694 459 527,60
Valor retención:	\$ 23 677 135,00
Valor cuentas por pagar:	\$ 187 898 904,05
Mayor valor por amortización anticipo:	\$ 0,40

VALOR CUENTA FINAL POR PAGAR:

<sup>7</sup> Fotocopia autenticada del acta de revisión de precios suscrita por el interventor del contrato, es visible en su informe final, f. 35, c. 4.

Valor cuentas por pagar:	\$187 898 904,05
Valor retención:	\$ 23 677 135,00
VALOR TOTAL A PAGAR:	\$ 211 576 039,05 <sup>8</sup>

10.10.2. Entre las constancias que se dejaron sentadas en la liquidación bilateral, se registró que el contratista presentaría para el pago de la cuenta final del contrato, copia de esta acta, ampliación de la garantía única con amparo de calidad, estabilidad y buen funcionamiento de la obra y prestaciones sociales, debidamente aprobadas por la entidad y que "(...) el contratista manifiesta que el FONDATT cumplió con todas sus obligaciones en relación con el contrato y la presente liquidación, quedando pendiente el pago de la suma determinada en el literal D de esta (...)".

10.10.3. En el acta de liquidación, se registró:

*"El contratista deja constancia que (sic) las sumas correspondientes a los siguientes conceptos:*

- 1. Pago de celaduría durante el tiempo que el Fondatt no recibió la obra después de haber firmado el acta de finalización.*
- 2. Mayor permanencia en la obra.*
- 3. Pago de intereses por no cancelación de los rubros anteriores, el pago oportuno de las actas parciales 07, 08 y 09 y el acta de revisión de precios. No han sido incluidos en esta acta y serán objeto de definición entre las partes a través de las instancias previstas en el Decreto 1818 de septiembre 7 de 1998".*

### **III. El problema jurídico**

11. Teniendo en cuenta los hechos probados y la competencia de la Sala para decidir, se deberá establecer si en el presente caso resultaba procedente la condena que se profirió en primera instancia en contra del Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT –en liquidación<sup>9</sup>–, por valor de 304 470 615,75 y si fue acertada la decisión del *a-quo* al resolver el llamamiento en garantía formulado por la entidad demandada.

### **IV. Análisis de la Sala**

---

<sup>8</sup> En oficio suscrito por el jefe de la división financiera de la secretaría de tránsito y transporte de Bogotá del 2 de junio de 1999, éste informa al contratista que las facturas pendientes por cancelar son las n.º 013, por valor de \$ 34 796 335; 015, por valor de \$ 36 304 851; 016, por valor de \$ 24 833 699,60; 017, por valor de \$ 91 964 018,45 y la cuenta de cobro por retregarantía, por valor de \$ 23 677 135, cantidades cuya sumatoria da precisamente el monto de \$ 211 576 039,05 (documento público original, f. 10, c. 7. Las facturas originales son visibles en f. 1 a 4, c. 7).

<sup>9</sup> El FONDATT fue creado por el Acuerdo n.º 3 de 1979 del concejo distrital de Bogotá como un fondo rotatorio, se transformó, a través del Acuerdo n.º 9 de 1989, en un establecimiento público distrital adscrito a la secretaría de tránsito y transporte de Bogotá y mediante el Decreto 563 del 29 de diciembre de 2006, el alcalde mayor de Bogotá ordenó su supresión, disolución y liquidación, asignando la liquidación en cabeza de la subsecretaría de hacienda distrital; mediante el artículo 27 del Decreto Distrital 581 del 18 de diciembre de 2007, el alcalde mayor de Bogotá delegó en el secretario distrital de hacienda la representación legal y judicial del distrito en los asuntos relacionados con el extinto FONDATT, una vez se culmine su proceso de liquidación (f. 491 y 535, c. ppl).

12. Como ya se advirtió al analizar la competencia para decidir el presente asunto, si la Sala conoce de la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, lo hace en virtud del grado jurisdiccional de consulta y no de recurso alguno de apelación interpuesto por las partes. Al respecto, se observa que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución Política, “[t]oda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”, es decir que la competencia del juez de segunda instancia, puede provenir tanto de la actuación expresa de una de las partes, que promueve el recurso de alzada, como de la aplicación de una disposición legal que de manera directa se la atribuye, para que asuma el conocimiento del respectivo fallo.

13. La consulta consiste en una revisión oficiosa de la sentencia de primera instancia en aquellos eventos en los que la misma no ha sido impugnada por las partes procesales, para lo cual, el ordenamiento jurídico consagra las causales de procedencia de este grado jurisdiccional, que corresponden a eventos en los que el legislador ha considerado que, por estar involucrados derechos e intereses superiores que ameritan una protección especial, debe surtirse en todo caso, la revisión oficiosa de los fallos, siempre que contra ellos no se hubiere interpuesto el recurso de apelación, que en condiciones normales es el que le otorga competencia al juez de segunda instancia para reexaminar la decisión del *a-quo*.

14. En los procesos contencioso administrativos, la consulta ha sido concebida como un mecanismo legal de protección de los derechos de las entidades estatales, por cuanto en los mismos se halla involucrado, de manera directa o indirecta, el interés general de la sociedad y por lo tanto, debe el juez de lo contencioso administrativo, cuando así resulte procedente, revisar las condenas que se hayan proferido en su contra, para establecer la legalidad de las mismas y que no resulten lesivas del debido proceso ni del interés general.

15. Es por ello que en los procesos contencioso administrativos, se surte este grado jurisdiccional, oficiosamente, en los siguientes casos –artículo 184 C.C.A, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998<sup>10</sup>:-

---

<sup>10</sup> “ARTICULO 184. CONSULTA. Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas. // Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior. // En los asuntos contenciosos de carácter laboral, solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses. // La consulta se tramitará y decidirá previo traslado común por cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito y se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem. El agente del Ministerio Público, antes del vencimiento del término aquí previsto podrá solicitar traslado especial que se concederá, sin necesidad de auto que así lo disponga, por el término de cinco (5) días, contados a partir de la entrega del expediente que se efectuará una vez concluido el traslado común. // La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado”.

1) Cuando la sentencia dictada en primera instancia imponga a cargo de cualquier entidad pública, una condena en concreto que exceda de 300 salarios mínimos legales mensuales, cuando no fuere apelada. En los asuntos de carácter laboral, procederá la consulta en estos casos, siempre que de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses.

2) Cuando la sentencia dictada en primera instancia, haya sido proferida en contra de quien hubiere estado representado por curador *ad-litem* y la misma no fuere apelada.

16. La norma también establece que la consulta "(...) *se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem*", disposición que ya estaba contenida en el anterior artículo 184 –antes de la modificación de la Ley 446- y respecto de la cual, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad, en sentencia en la cual manifestó:

*La consulta, a diferencia del recurso de apelación, es una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado un providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo. La competencia funcional del superior que conoce de la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida.*

*La consulta opera por ministerio de la ley y, por consiguiente, la providencia respectiva no queda ejecutoriada sin que previamente se surta aquélla. Por lo tanto, suple la inactividad de la parte en cuyo favor ha sido instituida cuando no se interpone por ésta el recurso de apelación, aunque en materia laboral el estatuto procesal respectivo la hace obligatoria tratándose de entidades públicas.*

*La consulta se consagra en los estatutos procesales en favor o interés de una de las partes. No se señalan en la Constitución los criterios que el legislador debe tener en cuenta para regularla; sin embargo, ello no quiere decir que esté habilitado para dictar una reglamentación arbitraria, es decir, utilizando una discrecionalidad sin límites, pues los derroteros que debe observar el legislador para desarrollar la institución emanan, como ya se dijo, precisamente de la observancia y desarrollo de los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución.*

*Del examen de los diferentes estatutos procesales que regulan la consulta, deduce la Corte que ella ha sido instituida con diferentes propósitos o fines de interés superior que consultan los valores principios y derechos fundamentales constitucionales, como son:*

*(...) El interés colectivo, asociado a la defensa de los derechos y del patrimonio de las entidades públicas. En tal virtud, es viable la consulta en relación con las sentencias que fueren adversas a la Nación, a los departamentos o los distritos especiales o a los municipios, o que impongan una condena a cargo de cualquier entidad pública o la providencia que la liquide (arts. 69 C.P.L., 386 C.P.C. y 184 C.C.A.).*

- La protección de algunos sujetos procesales que se encuentren en alguna situación o posición desventajosa, desde el punto de vista de sus derechos procesales -los representados por curador ad litem (...).etc. Es decir, personas que de algún modo se encuentran en una situación de debilidad manifiesta o indefensión que reclama la protección estatal a través de la figura de la consulta (...).

Concordante con los criterios expuestos, esta Corte en la sentencia C-055/93 dijo, en relación con la consulta "que ésta es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica que se trate"<sup>11</sup>.

(...) no encuentra la Corte que los apartes de la norma que se acusa sean inconstitucionales, por las siguientes razones:

a) Los fundamentos o supuestos de hecho que tuvo el legislador en cuenta para instituir la consulta en los procesos contencioso administrativos son objetivamente diferentes, porque los intereses públicos involucrados en este tipo de controversias son distintos a los intereses privados que igualmente resultan comprometidos en éstas.

b) La defensa del patrimonio de las entidades públicas y las medidas encaminadas a precaver posibles fraudes procesales, colusiones o manejos indebidos en los procesos constituyen razón suficiente para justificar la consulta en favor de dichas entidades.

La consulta se convierte en una garantía más que se otorga a las entidades de derecho público para asegurar de la mejor manera posible el valor constitucional que representa el interés general dentro del Estado Social de Derecho, habida cuenta de las consecuencias que pueda entrañar para el patrimonio público una condena adversa que carezca de una fundamentación ajustada al derecho y a la justicia (...)<sup>12</sup>.

17. Teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad del grado jurisdiccional de consulta consagrado en el Código Contencioso Administrativo a favor de las entidades estatales demandadas, en los términos expuestos en el fallo citado, resulta evidente que el análisis a cargo del *ad quem*, no puede extenderse más allá de la verificación de la legalidad de la condena impuesta a la demandada, que no interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia.

18. En consecuencia, no es ésta la oportunidad para analizar aquellas pretensiones de la demanda que no fueron acogidas en la primera instancia, teniendo en cuenta además, que la parte actora, como ya se advirtió, se conformó con lo decidido por el *a-quo*, en la medida en que no interpuso el recurso de apelación puesto a su disposición por el ordenamiento contencioso administrativo para impugnar la sentencia de primera instancia, si no estaba de acuerdo con la decisión.

### **La condena impuesta**

<sup>11</sup> [2] "M.P. José Gregorio Hernández Galindo".

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia C-153 del 5 de abril de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

19. El *a-quo*, condenó a la entidad demandada a pagar a favor de la parte actora, la suma de \$ 304 470 615,75, por concepto del saldo que arrojó el acta de liquidación bilateral del contrato suscrita por las partes, debidamente actualizado a la fecha de la sentencia de primera instancia más los intereses a la tasa acordada en el contrato, por considerar que sólo este crédito fue probado en el proceso. Y al respecto, se observa que efectivamente, en el plenario se acreditó la existencia del acuerdo de voluntades de las partes, que finiquitó la relación negocial –párrafo 10.9-.

20. En consecuencia, resulta necesario determinar la procedencia de dicha condena, para lo cual se analizará la naturaleza y contenido de la referida liquidación.

### **La liquidación del contrato**

21. Una vez el contrato estatal finaliza por cualquier causa –vencimiento del plazo, ejecución del objeto contractual, terminación unilateral, caducidad, etc.-, el mismo debe ser liquidado de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993<sup>13</sup>, el cual dispone que “*Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación*” que, en principio, debe llevarse a cabo de común acuerdo entre las partes, mediante la suscripción de la respectiva acta bilateral y de no ser posible tal acuerdo, le corresponderá a la entidad proceder a liquidar el contrato en forma unilateral, a través de un acto administrativo, tal y como lo disponía el artículo 61 de la mencionada ley<sup>14</sup>.

22. Esa actuación que se lleva a cabo una vez se termina el contrato, tiene como finalidad efectuar un corte de cuentas, para establecer el resultado final de la ejecución contractual, desde el punto de vista de las prestaciones y el cumplimiento del objeto, así como desde la perspectiva económica del negocio jurídico, para verificar cuáles son los valores pactados en el contrato, cuáles las cantidades efectivamente pagadas al contratista y cuáles aquellas sumas pendientes de pago. Se trata, en últimas, de establecer quién le debe a quién y cuánto, siendo éste el momento en el que las partes pueden llegar a arreglos, acuerdos, transacciones y conciliaciones, sobre sus mutuas reclamaciones.

23. La jurisprudencia, de forma pacífica, ha reconocido el efecto vinculante de la manifestación de voluntad que va envuelta en la suscripción del acta de liquidación, en forma tal que se rechaza en principio, la posibilidad de desconocer la palabra expresada, por cuanto a nadie le es dado ir en contra de sus propios actos, a menos que alegue la existencia de un vicio de la voluntad, que pueda invalidar el respectivo acto jurídico. Al respecto, la Sala ha manifestado<sup>15</sup>:

*Así las cosas, una vez se ha liquidado el contrato por mutuo acuerdo de los contratantes, sin que se hayan consignado salvedades en el acta correspondiente, dado el carácter de negocio jurídico bilateral y, por ende, su fuerza vinculante resolutoria o liberatoria, no es posible entablar una reclamación judicial en relación con el contrato liquidado, pues clausura, en principio, la controversia ante la Jurisdicción, a menos que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza,*

---

<sup>13</sup> Esta norma fue parcialmente derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y modificada por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012.

<sup>14</sup> Derogado posteriormente, por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>15</sup> Sentencia del 25 de mayo de 2011, expediente 18553, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

o dolo) o que dicha liquidación haya sido suscrita con salvedades o reparos por alguna de la partes en el mismo momento de su firma<sup>16</sup>, lo cual, además se fundamenta en el principio de que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos “*venire contra factum proprium non valet*”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas<sup>17</sup>.

24. Así mismo, el valor vinculante del acta de liquidación bilateral se manifiesta en el mérito ejecutivo que la misma ostenta, de tal manera que el cobro de las cantidades que ella arroja a favor del contratista, puede verificarse a través del respectivo proceso ejecutivo, en el cual se presentará como título, la referida acta de liquidación.

25. A propósito, se observa que al parecer, en el presente caso, la parte actora pretendió iniciar un cobro ejecutivo con la presentación de una de las demandas que dieron lugar a los procesos acumulados que aquí se decidieron, puesto que en algunas de sus intervenciones así lo manifestó. No obstante, si esa fue la intención, la deficiente formulación del libelo introductorio, impidió el trámite de un proceso ejecutivo, toda vez que, tal y como se verificó en la relación de antecedentes –párrafos 1 y 2-, en ninguna de las demandas presentadas por la parte actora se solicitó librar mandamiento de pago en contra de la entidad demandada con fundamento en un título ejecutivo que hubiera aducido expresamente para ello el demandante.

26. En cambio, ambas demandas dieron lugar al trámite de un proceso ordinario de conocimiento, ya que se fundaron en las pretensiones que se pueden aducir en ejercicio de la acción contractual, pidiendo en las dos, en primer lugar, que se declarara el incumplimiento contractual de la entidad demandada y en segundo lugar, que ésta fuera condenada a pagar unas sumas de dinero.

27. Por otra parte, una vez presentadas las demandas, el tribunal *a-quo*, que así mismo entendió que se estaba incoando la acción contractual tendiente a establecer la responsabilidad de la entidad contratante en la ejecución de un contrato estatal, no libró mandamiento de pago, como correspondería en un proceso ejecutivo, sino que ordenó notificar la demanda a la parte demandada, providencia frente a la cual la parte actora guardó silencio.

28. En tales condiciones, se tramitó un proceso ordinario, que culminó con la sentencia que ahora es objeto de estudio, en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

29. Volviendo al análisis de la liquidación del contrato, la Sala constató que el monto consignado en el acta suscrita por las partes como saldo a favor del contratista y a cargo de la administración, que ascendió a la suma de \$ 211 576 039,05, proveniente de i) el valor de las actas de recibo parcial de obra pendientes de pago, ii) el acta de revisión de precios y iii) el valor de la retención efectuada por la entidad, cuenta con el respectivo soporte probatorio, toda vez que consta en el expediente cuál fue el valor contratado para la ejecución de las obras, consagrado en el contrato principal y que ascendió a la suma de \$ 789 237 849,00 -párrafo 10.1.1-; se probaron los valores cancelados por la entidad al contratista,

---

<sup>16</sup> [6] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de mayo de 1992, exp. 6661”.

<sup>17</sup> [7] “Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 2 de octubre de 2002 y de 6 de julio de 2005”.

de acuerdo con las cuentas de cobro presentadas por éste y según las respectivas órdenes de pago de la entidad, en las que además, consta que la entidad efectuó respecto de cada una de ellas, la retención del 3% estipulada en el contrato a título de garantía retornable al contratista una vez liquidado aquel –párrafo 10.8-; se acreditó la ejecución total de las obras y que éstas fueron recibidas a satisfacción, según se registró en las actas de recibo de las mismas –párrafo 10.9-; se probó que la entrega de las obras, que se produjo el 21 de mayo de 1998, fue oportuna, puesto que, habiéndose pactado un plazo de ejecución inicial de 5 meses, contados a partir de la suscripción del acta de iniciación –párrafos 10.1 y 10.1.2-, la cual se produjo el 21 de agosto de 1997 –párrafo 10.2-, dicho plazo fue adicionado en tres oportunidades por un término total de 4 meses, siendo la fecha límite del mismo el mencionado 21 de mayo de 1998, día en el que las obras fueron entregadas –párrafos 10.4 y 10.6-; de igual manera, constan los saldos que la entidad reconoció deber a favor del contratista y que corresponden al monto consignado en la respectiva acta de liquidación bilateral –pie de pg. 8-.

30. De acuerdo con lo anterior, resultaba procedente, tal y como lo decidió el *a quo*, condenar a la entidad demandada al pago del saldo que salió a deber al contratista, a pesar de que, como ya se dijo, la misma acta de liquidación bilateral del contrato prestara mérito ejecutivo, puesto que, como lo ha dicho la Sala<sup>18</sup>:

*(...) si bien el acta de liquidación bilateral presta mérito ejecutivo, por lo cual el cumplimiento de la obligación contenida en ella se puede obtener mediante la tramitación del correspondiente proceso ejecutivo, el hecho de que el demandante haya acudido a la acción contractual no obsta para que el juez contencioso administrativo se pronuncie sobre la existencia de tal obligación y profiera la respectiva condena, puesto que, tal y como sucedió en el **sub-lite**, se produjo una acumulación de pretensiones derivadas del mismo contrato, entre ellas, la declaratoria de incumplimiento contractual de la entidad demandada, respecto de su obligación de pago del saldo debido al contratista. Al respecto, ha dicho la Sala:*

*“Tratándose de controversias derivadas de un contrato estatal, el nuevo Estatuto Contractual unificó en la jurisdicción de lo contencioso administrativa, la competencia para conocer tanto de los litigios derivados de los contratos estatales, como de los procesos de ejecución y cumplimiento derivados de éstos.*

*Si bien en principio frente a la situación jurídica de incumplimiento a una obligación presuntamente clara, expresa y exigible, se encuentra prevista la vía ejecutiva, ello no obsta para que el particular acuda a la vía ordinaria con el fin de que se hagan las declaraciones pertinentes - de incumplimiento de la obligación - y de esta forma se actualice el respectivo título ejecutivo, siempre y cuando lo haga dentro del término contemplado por la ley, para el ejercicio oportuno de la acción.*

*El hecho de que no parezca razonable la utilización de la vía ordinaria con el fin de lograr la declaración de una obligación que en principio ya existe, no implica que el ejercicio de tal acción sea indebida; muy seguramente será una vía más larga y de mayor complejidad, pero es una vía que el administrado puede escoger legítimamente.*

*El legislador contempló la viabilidad de tal ejercicio cuando señaló en el Estatuto Civil que “( ) la acción ejecutiva se prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte. La*

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de marzo de 2011, expediente 15935, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años, y convertida en ordinaria durará solamente otros diez ” (Art. 2536)<sup>19</sup>”.

31. En cuanto a los intereses moratorios reconocidos por el *a-quo*, quien manifestó que se condenaba al pago de la suma del saldo a favor del contratista reconocida en el acta de liquidación contractual “(...) *mas los intereses pactados en el porcentaje acordado en el contrato, es decir del 0.2% por el tiempo transcurrido desde el momento en que debió hacerse el pago, o sea el porcentaje anual a pagar equivale al 2.4% multiplicado por los 3 años y 5 meses que han transcurrido, corresponde al 8.2%, lo que corresponde a \$ 17.349.236,00 por concepto de intereses*” (f. 270, c. ppl.), se observa que efectivamente, se probó que la tasa pactada en el contrato fue del 0,2% mensual y que el plazo para el pago de las actas parciales o final de obra era de 30 días hábiles, contados a partir de la presentación de las respectivas cuentas –párrafo 10.1.1.-. En el presente caso, toda vez que se trataba del pago del saldo que arrojó la liquidación bilateral, suscrita el 30 de noviembre de 1998, la entidad tenía hasta el 11 de enero de 1999 para cancelarlo. Entre esta fecha y la fecha de la sentencia de primera instancia -9 de julio de 2002-, transcurrieron 3 años y 6 meses, es decir 42 meses en total, por lo cual los intereses de mora serían: \$ 211 576 039,05 x 0,2% = 423 152,07 x 42 = 17 772 386,94, lo que significa que los intereses calculados por el *a-quo*, corresponden a lo pactado por las partes y al periodo de mora transcurrido.

#### **V. El llamamiento en garantía**

32. Observa la Sala que, a pesar de que la entidad demandada formuló un llamamiento en garantía en contra del Instituto Distrital de Desarrollo Urbano IDU – párrafo 4.1.4-, el Tribunal *a-quo* no lo resolvió en debida forma, por cuanto en la parte resolutoria del fallo se limitó a declarar probada, erróneamente, la falta de legitimación en la causa por pasiva del mencionado instituto.

33. Al respecto, se observa que la falta de legitimación en la causa, por activa o por pasiva, sólo se predica de quien indebidamente ha acudido al proceso en calidad de demandante o de demandado, sin reunir los requisitos para ello, es decir, cuando en realidad, no se trata de la persona que en virtud de su relación con la cuestión de fondo que se discute, estaría en posición de reclamar ante el demandado –legitimación por activa- o de la persona que estaría llamada a responder frente al demandante –legitimación por pasiva-. Sobre la legitimación en la causa, ha dicho la Sala<sup>20</sup>:

*(...) se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa<sup>21</sup>. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien*

<sup>19</sup> [26] “Sentencia del 14 de febrero de 2002, expediente 13238, C.P. María Elena Giraldo Gómez”.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 13503, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>21</sup> [6] “Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01(14178)”.

*cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.*

*Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo (...)*

*(...) el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra<sup>22</sup>.*

34. En el presente caso, resulta evidente que la demanda no fue instaurada en contra del Instituto de Desarrollo Urbano; en el libelo introductorio, no se incluyó esta entidad como parte demandada ni se elevaron pretensiones dirigidas en su contra. Por lo tanto, resultaba improcedente declarar probada la falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con ella.

35. Si el Instituto de Desarrollo Urbano se hizo presente en el proceso, lo hizo en calidad de tercero y fue en virtud del llamamiento en garantía que en su contra formuló la entidad demandada.

36. Como es bien sabido, en los procesos contencioso administrativos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 217 del C.C.A, resulta procedente la aplicación de esta figura procesal, regulada en el C. de P.C., cuyo artículo 57 establece que quien tenga el derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de ese tercero. Se trata entonces de un mecanismo puesto al servicio del demandado en un

---

<sup>22</sup> [8] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452). En similar sentido y complementando lo dicho en el texto, se ha afirmado lo siguiente: “La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352)”.

proceso judicial, que considere que, en virtud de una relación contractual anterior o de una disposición legal que así lo establece, hay una tercera persona obligada a responderle, en caso de resultar condenado, a reembolsarle total o parcialmente lo que por tal condena él deba reconocer al demandante.

37. En realidad, cuando se formula un llamamiento en garantía dentro de un proceso judicial, el mismo da lugar al surgimiento de una nueva relación procesal, diferente a la que se ha entablado con la integración del contradictorio entre la parte actora y la parte demandada. Coexistirá, al lado de esta primera relación procesal, aquella que se traba entre la entidad demandada y el llamado en garantía, debiéndose resolver por el juez, en primer lugar, la relación inicial, en virtud de la cual se pretende por parte de la demandante, la condena de la demandada.

38. Una vez se concluye que hay lugar a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y por ende a condenar a la parte demandada a favor de la actora, se debe proceder a analizar el derecho que aquella tenía de formular el llamamiento en garantía de un tercero, para efectos de establecer cuál sería la responsabilidad de éste frente al llamante y si dicho llamamiento, en consecuencia, debe prosperar o no, condenando al llamado a reembolsar total o parcialmente lo que hubiere tenido que pagar el demandado.

39. De lo anterior, se desprenden varias consecuencias:

39.1. En primer lugar, que no surge ni existe relación alguna entre la parte demandante y el llamado en garantía, puesto que este último, no es contradictor de aquella en el proceso ni la demandante exige nada del llamado en garantía, no es a éste a quien le imputa responsabilidad o frente a quien eleva alguna pretensión, puesto que éstas, son presentadas es en relación con la persona contra quien dirigió inicialmente la demanda.

39.2. En segundo lugar, como se deduce de lo anterior, el llamado en garantía no es parte en el proceso, sino un tercero que interviene en él.

39.3. Y en tercer lugar, sólo procede el análisis del llamamiento en garantía, cuando el juez ha resuelto que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar y por lo tanto, proferirá una condena en contra de la parte demandada. Sólo en este evento, surge la necesidad de analizar la relación existente entre llamante y llamado en garantía.

40. En relación con el llamamiento en garantía, ha dicho la jurisprudencia:

*(...) mediante el llamamiento en garantía, la parte demandada puede hacer citar al proceso a un tercero que, en virtud de una relación legal o contractual esté en el deber de reembolsarle al llamante los perjuicios o el pago de la indemnización que éste deba realizar en virtud de la condena que se profiera en su contra<sup>23</sup>; la*

---

<sup>23</sup> [2] "El artículo 57 del C.P.C. -aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión que hace a sus normas el artículo 267 del CCA-, establece que "Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación".

*aceptación del llamamiento en garantía, hará que obren entonces, dos relaciones procesales distintas que deben resolverse así mismo en dos momentos diferentes:*

*1) En primer lugar, está la relación trabada entre la parte demandante y la parte demandada, en la que se estudiarán y resolverán las pretensiones de la primera frente a la segunda; en el presente caso, la sociedad INMAQ LTDA demandó al Municipio de San Marcos por considerar que éste es responsable de los perjuicios por ella sufridos, con ocasión de la ocupación de una parte del predio de su propiedad, que fue utilizado para el funcionamiento del bote ferry, sin que en parte alguna le atribuya actuación u omisión alguna al Fondo Nacional de Caminos Vecinales como causa de los perjuicios por los cuales reclama; es decir que no se trata de un evento de responsabilidad solidaria, en el que la parte afectada resolvió demandar tan sólo a uno de los responsables.*

*2) En segundo lugar, está la relación existente entre el llamante y el llamado, que sólo habrá lugar a estudiar en el evento en que, como resultado del análisis de la controversia demandante - demandado, el juez acceda a las pretensiones y condene a este último a pagar una suma de dinero a favor de aquel; sólo en este momento, será necesario determinar la existencia del derecho que aquel adujo tener, a reclamar del llamado el reembolso de lo que tenga que pagar en virtud de la condena.*

*De acuerdo con lo anterior, el llamado en garantía no responde frente al demandante, respecto de las pretensiones que éste haya planteado en su demanda, puesto que las mismas no estuvieron dirigidas en su contra ni fue por sus actuaciones u omisiones que la parte actora sufrió el daño, por lo tanto no le asiste obligación alguna respecto de ésta; la responsabilidad del llamado es frente a quien lo vinculó al proceso en virtud del derecho legal o contractual que le asistía a reclamarle el pago de una indemnización o el reembolso de lo que tuviere que pagar, como consecuencia de la condena judicial que se profiriera en su contra dentro de ese proceso<sup>24</sup>.*

41. En el presente caso, la entidad demandada formuló llamamiento en garantía al IDU, por considerar que le asistía un derecho legal para ello, fundado en que, en aplicación de lo previsto en el Decreto 993 de 1997, y en virtud de lo pactado en el convenio interadministrativo celebrado el 30 de diciembre de 1997 entre el FONDATT y el IDU, era esta última entidad la que debió adquirir las obligaciones contempladas en el contrato 022 de 1997.

42. Al respecto, se observa que mediante el Decreto Distrital 993 del 14 de octubre de 1997 "Por el cual se distribuyen unos negocios y asuntos entre la Secretaría de Tránsito y Transporte –STT-, EL Fondo de Educación y Seguridad Vial –FONDATT- y el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-"; la administración propendió por la reorganización del sector tránsito, transporte, vías y espacio público, para evitar la atomización y duplicación de funciones entre la secretaría de tránsito y transporte, el FONDATT y el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, para lo cual procedió a una redistribución de funciones entre estas entidades, como resultado de la cual, algunos asuntos y negocios que se adelantaban en el FONDATT, debían pasar al IDU. Al respecto, el artículo 7º del referido decreto, estableció (f. 171, c. 1, proceso 992072):

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 22011, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

**ARTICULO SEPTIMO:** Los negocios o asuntos que a la fecha de la distribución efectiva se encuentren en ejecución por parte de la SECRETARIA DE TRANSITO Y TRANSPORTE -STT- y el FONDO DE EDUCACION Y SEGURIDAD VIAL -FONDATT-, serán asumidos por el Instituto en el estado en que se encuentren. A más tardar el 16 de noviembre de 1997, los contratos que se relacionan con los asuntos y negocios que se distribuyen en el presente Decreto, serán coordinados y administrados por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU, sin perjuicio de [que] su ejecución presupuestal siga siendo realizada por la SECRETARIA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE STT o el FONDO DE EDUCACION Y SEGURIDAD VIAL -FONDATT-.

43. En relación con el convenio suscrito por el FONDATT y el IDU y relacionado con el contrato que es objeto de la presente controversia, se observa que la parte demandada –Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá-, en la contestación de la demanda pidió como prueba que se oficiara al Instituto de Desarrollo Urbano IDU, con el fin de que allegara al proceso copia del convenio interadministrativo celebrado con el FONDATT, el 30 de diciembre de 1997 (f. 76, c. 1, proceso 992072).

44. En el auto de pruebas, el Tribunal *a-quo* ordenó tener como pruebas las aportadas por la parte demandada FONDATT y por el llamado en garantía IDU, con el valor que la ley les asigne. Y ordenó librar los oficios solicitados por las partes, entre ellos al que alude el numeral anterior, los cuales fueron efectivamente librados (f. 109, 192 y 194, c. 1, proceso 992072).

45. En respuesta a lo solicitado por el Tribunal, el director técnico legal del IDU, envió copia de 2 convenios interadministrativos celebrados entre el FONDATT y el IDU el 30 de diciembre de 1997 relacionados, uno con el contrato de concesión n.º 174 de 1994 celebrado por el FONDATT con la unión temporal Ascotrainpa APD de Colombia S.A., y el otro, relacionado con el contrato de concesión n.º 176 de 1994, celebrado por el FONDATT con la unión temporal Sociedad Temporal de Parques (f. 27 a 31, c. 7).

46. Lo anterior quiere decir que no allegó el convenio celebrado por el IDU, que hiciera referencia al contrato de obra pública suscrito entre el FONDATT y el consorcio ECOCIVIL-NORCO, razón por la cual, considera la Sala que debe ser tenida en cuenta la copia simple que del convenio celebrado entre el IDU y la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santafé de Bogotá D.C., el 30 de diciembre de 1997, aportó la entidad llamada en garantía –IDU- con la respectiva contestación al llamamiento, del cual se resaltan las siguientes estipulaciones (f. 182, c. 1, exp. 992072):

**CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO:** Desarrollar de manera conjunta y coordinada bajo la dirección del Instituto de Desarrollo Urbano, la coordinación y seguimiento de la ejecución de los Contratos: 003 de 1997, 022 de 1997, 021 de 1997, 020 de 1997 (...).

**CLÁUSULA SEGUNDA.- OBLIGACIONES DEL IDU:** En virtud de lo previsto en el presente convenio interadministrativo el Instituto de Desarrollo Urbano se compromete a 1. Proporcionar el apoyo logístico que la ejecución de los contratos requiera. 2. Velar por la ejecución material de los contratos a que hace referencia el objeto del presente convenio interadministrativo. 3. Desarrollar las actividades de seguimiento interno que sean necesarias para garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual.

*CLÁUSULA TERCERA.- OBLIGACIONES DE LA SECRETARÍA: En virtud de lo previsto en el presente convenio interadministrativo la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santafé de Bogotá se compromete a: 1. Atender dentro de la vigencia del presente convenio los costos que se requieran para la ejecución de los Contratos relacionados en el objeto y la interventoría de los mismos. 2. Cancelar oportunamente al contratista los pagos a los cuales se obligó con el fin de evitar la parálisis del mismo. 3. Suministrar, en caso de ser necesario el apoyo material y humano que requiera el IDU en la ejecución del presente convenio.*

47. Entre las consideraciones que fundamentaron dicho convenio, se manifestó que el mismo obedecía a la necesidad, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 993 de 1997, de adelantar en forma coordinada la ejecución, administración y vigilancia de los contratos de sostenimiento del espacio público y que de acuerdo con la capacidad institucional, técnica y administrativa del IDU, se hacía necesario, en coordinación con la secretaría de tránsito y transporte del distrito, realizar la vigilancia de los contratos de sostenimiento del espacio público.

48. De acuerdo con lo anterior, no advierte la Sala que de la norma citada por la entidad demandada en el llamamiento en garantía, ni del convenio suscrito entre la secretaría de tránsito y transporte de Bogotá y el Instituto de Desarrollo Urbano, se derive obligación alguna a cargo de esta última entidad, de efectuar algún reembolso a favor de la demandada, en caso de que ésta fuera condenada en un proceso contencioso administrativo originado en el contrato de obra pública celebrado entre el FONDATT y el consorcio ECOCIVIL-NORCO.

49. Resulta evidente que la obligación que asumió el IDU en relación con el referido contrato de obra pública, era exclusivamente de control y vigilancia de la ejecución contractual, con miras a la protección del espacio público, sin que le correspondiera asumir obligación económica alguna ni frente al contratista, ni frente a la entidad estatal contratante.

50. En consecuencia, las pretensiones del llamamiento en garantía han debido ser denegadas y así lo decidirá expresamente la Sala, en la parte resolutive de esta providencia.

## **VI. Conclusión**

51. De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Sala estima que la condena proferida en la sentencia de primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en contra de la parte demandada Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT –en liquidación- y del cual conoce el Consejo de Estado en esta oportunidad en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se ajusta a derecho y no resulta lesiva de su patrimonio, razón por la cual, hay lugar a la confirmación de la condena, con la correspondiente actualización de su monto, teniendo en cuenta para ello, la fórmula usualmente utilizada por la jurisprudencia:  $\text{valor actualizado} = \text{valor histórico} \times \text{índice final sobre índice inicial}^{25}$ , aunque con la advertencia de que, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 19 del Decreto Distrital 581 de 2007, la entidad encargada de efectuar el pago de las condenas contra el liquidado FONDATT, es la secretaría de hacienda distrital (f. 530, c. ppl.):

---

<sup>25</sup> En donde el índice inicial es el IPC vigente para la fecha de la sentencia de primera instancia: 69,94 y el índice final, el IPC vigente para la fecha de la presente providencia: 113,16.

$$VA = 304\,470\,615,75 \times \frac{113,16}{69,94}$$

$$VA = 492\,620\,744$$

No obstante, la sentencia será modificada, para efectos de negar el llamamiento en garantía por las razones anteriormente expuestas.

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

#### **FALLA**

MODIFÍCASE la sentencia consultada, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 9 de julio de 2002, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLÁRASE** el incumplimiento del contrato No. 022/97 celebrado entre el FONDO ROTATORIO DE SEGURIDAD VIAL DE LA SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ D.C. –FONDATT- y el CONSORCIO ECOCIVIL-NORCO.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** AL FONDATT a pagar por concepto de perjuicios materiales al Consorcio ECOCIVIL-NORCO la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS VEINTE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$ 492 620 744).

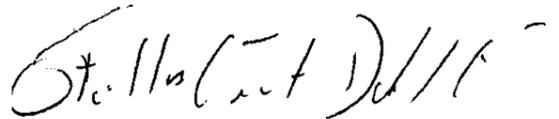
**TERCERO:** Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

**CUARTO: DENIÉGANSE** las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por la parte demandada en contra del Instituto de Desarrollo Urbano IDU.

**QUINTO:** Sin condena en costas.

**SEXTO:** Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Presidente de la Sala