

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, cuatro (04) de noviembre de dos mil veinte uno (2021)

SALA PLENA DE DECISIÓN

MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIA CONTRACTUAL.

ACCIONANTE: UNIÓN TEMPORAL BAJO ARIARI.

ACCIONADO: EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DEL META.

MAGISTRADA: TERESA HERRERA ANDRADE.

EXPEDIENTE: 50001-33-33-004-2014-00408-03.

De conformidad con el auto del 17 de enero de 2019¹, procede la **SALA PLENA** de Decisión Ordinaria, entrar a resolver en 2ª instancia, el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte actora, contra la decisión proferida en audiencia inicial por el **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, mediante la cual declaró probada la excepción de **INEPTITUD DE LA DEMANDA**, por no demandarse el acto que liquidó unilateralmente el contrato, y, terminó el proceso.

PROVIDENCIA APELADA.

Según la Jueza A-Quo se configura una **INEPTITUD DE LA DEMANDA**, al pretender que se liquide judicialmente el contrato N° 071/ 2009, cuando este se liquidó, de manera unilateral, por la **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL META EDESA SA. E.S.P.**

Que la liquidación del contrato ha sido definida como la oportunidad que tienen las partes para determinar, definir, arreglar y conciliar todos los aspectos concernientes a su ejecución, de tal manera que, allí se fijan los débitos y créditos a favor y en contra de cada una de las partes; y cuando es unilateral, la Administración impone su voluntad, puntualizando el resultado económico final de ese negocio, declarando el estado definitivo de los derechos y obligaciones de las partes, como se expresa en un acto

¹ Fol. 5 cuaderno 2ª instancia

administrativo, de carácter particular y concreto, susceptible de recursos en la vía gubernativa.

Afirma que no hay posibilidad de que el Juez examine y se pronuncie de fondo sobre los aspectos relacionados con un contrato, cuando el acto administrativo de liquidación unilateral no se debatió, pues lo dispuesto en el acto de liquidación goza de presunción de legalidad y advierte que para la fecha de radicación de la demanda, 4 de febrero de 2014 (fl. 215 cuad 1), el acto de liquidación unilateral era conocido por la parte y sin embargo, no lo controvertió en sede administrativa ni judicial.

Por lo anterior, estima que la demanda no se planteó de manera adecuada, a efectos de que la discusión judicial verse sobre lo perseguido por el demandante, en cuanto al saldo adeudado por la ejecución total del contrato, aspecto que fue definido en la liquidación del contrato.

Concluye diciendo que hay una indebida formulación de la pretensión, que hace imposible resolver sobre lo pedido, pues se propone como objeto del litigio el incumplimiento del contrato N° 071/ 2009, *omitiendo la situación particular y concreta creada* con la liquidación contractual, que sólo podría ser modificada al desvirtuarse la presunción de legalidad del acto de liquidación unilateral y obtener, a título de restablecimiento del derecho, el pago del saldo que se aduce, que produce como efecto jurídico, extinguir la relación contractual, y una vez conocida por la parte demandante, es forzoso controvertirla en sede judicial, por lo que declara probada la excepción previa de **INEPTA DEMANDA** y, en consecuencia, termina el proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

El demandante inconforme, apela la decisión expresando que acorde con los artículos 104 y 141 del C.C.A (sic), corresponde a la Jurisdicción conocer de las controversias contractuales sobre obras públicas, donde es factible petitionar la liquidación judicial del contrato, declarar el incumplimiento del mismo y consecuentemente, se ordene el cumplimiento de obligaciones como el pago de honorarios insolutos a su representada.

Sostiene que las pretensiones guardan congruencia jurídica con los hechos contractuales señalados en la demanda y con las peticiones planteadas en la conciliación, situación que genera la viabilidad procesal y que es acertado solicitar la liquidación judicial del contrato, toda vez que la liquidación unilateral realizada por **EDESA.**,

no se ajusta a los parámetros legales.

Considera que todas las pretensiones tienen entidad o personería propia para ser resueltas en la decisión de fondo, particularmente la pretensión de la liquidación judicial, ya que con esta se busca enervar yerros de la liquidación unilateral efectuada por **EDESA.**, y en caso de no prosperar, el Juez debe hacer un estudio de fondo sobre el incumplimiento contractual y el derecho al pago de la suma adeudada.

En cuanto a la oportunidad procesal para presentar la demanda, resalta que la contratista **U.T. BAJO ARIARI**, mediante escrito de abril 13 de 2012, rechazó el proyecto de liquidación bilateral propuesto por **EDESA SA. E.S.P.**, posteriormente, agotó la audiencia de conciliación el 30 de octubre del 2012, y el 04 de febrero del 2014, se presentó la demanda, verificándose que no pasaron los 2 años, desde que no se logró la liquidación bilateral, hasta la presentación de la demanda.

Considera que no era un deber del contratista esperar a que la Entidad demandada efectuara la liquidación unilateral, mediante las Resoluciones No. 131 y No. 436 del 2013, cuando el término para realizarla ya estaba vencido.

Afirma que de aceptarse lo planteado en la decisión, habría un desequilibrio total entre las partes, y una de ellas tendría un *supra* derecho sobre la otra; cita jurisprudencia del **H. CONSEJO DE ESTADO**, sobre el vencimiento del término de caducidad del contrato, y resalta que la Entidad del Estado dejó transcurrir más de 28 meses, desde la firma del acta de recibo final, sin realizar la liquidación unilateral, por lo que no sería procedente.

Reitera que frente a la obligación de demandar las Resoluciones que liquidan unilateralmente el contrato, no constituye excepción previa alguna, y es viable petitionar el incumplimiento del contrato y el consecuencial pago de las obligaciones de **EDESA.**, pues esas pretensiones tienen su génesis en el acta de recibo final, donde se determina y recibe, a entera satisfacción por parte del interventor, la ejecución del 100 % de la obra, e igualmente, se reconoce en favor del contratista la suma adeudada de \$ 183.070.076, acta que no se objetó.

Insiste en que las Resoluciones No. 131 y 436 del 2013, fueron extemporáneas e ineficaces para liquidar válidamente el contrato, por ello la solicitud de liquidación judicial es viable; concluye petitionando que se revoque la decisión impugnada y se desestimen las excepciones previas presentadas.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 153 del C.P.A.C.A., este Tribunal es competente para conocer, en 2ª Instancia, de los recursos de apelación contra los autos susceptibles de este medio de impugnación; los que pongan fin a proceso, (num. 3 del art. 243 C.P.A.C.A.) y por ser superior funcional del **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, quien tomó la decisión.

Adicionalmente, la **SALA PLENA** de Decisión Ordinaria es competente para proferir decisión de unificación dentro del presente asunto, en atención a lo establecido en el artículo 35 del **CODIGO GENERAL DEL PROCESO**, aplicable por remisión del artículo 306 del C.P.A.C.A.

Como se indicó en el auto del 17 de enero de 2021, resulta necesario establecer un criterio unificado, en torno a si en virtud de las facultades de saneamiento que le asisten al Juez, de acuerdo con lo establecido en los artículos 180 y 207 del C.P.A.C.A., cuando se advierte que no se llevó a debate el acto administrativo que debía demandarse, necesariamente debe declararse la excepción previa de **INEPTA DEMANDA**, o bien puede entrar a integrarse el acto administrativo que no se demandó a la litis, a fin de realizar un control integral sobre la situación objeto de debate y así emitir una decisión de fondo.

Lo anterior, sin perjuicio de que, en esta oportunidad, la **SALA PLENA** deba pronunciarse sobre el régimen jurídico que rige en materia contractual a las Empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y con base en ello, se determine si los actos expedidos por ellas en desarrollo de la relación contractual constituyen actos administrativos y, por ende, con vocación de ser enjuiciados ante esta Jurisdicción.

PROBLEMA JURÍDICO

Se centra en determinar si resulta procedente declarar la excepción previa de **INEPTITUD DE LA DEMANDA**, por no demandarse la **Resolución No 131, del 11 de marzo de 2013**, acto mediante el cual la **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL META- EDESA. S.A E.S.P.**, liquidó unilateralmente el contrato No 071/2009.

PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

El artículo 180 del C.P.A.C.A., en su redacción original, sin la modificación que introdujo la Ley 2080 de 2021, previó el desarrollo de la audiencia inicial, con la cual comienza el proceso oral propiamente dicho. Dentro de las etapas que se consagraron para el desarrollo de dicha audiencia, en el numeral 6º ídem, se estipuló la de decisión de excepciones previas, dictaminándose que el Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte resolverá sobre las **EXCEPCIONES PREVIAS** y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. Se señaló que si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar.

Entonces, dentro de las excepciones que pueden resolverse en la audiencia inicial, son las denominadas como previas, las cuales el C.P.A.C.A., no definió ni determinó los supuestos para su configuración, como tampoco los hechos constitutivos de las mismas, por lo que, conforme al artículo 306 íbidem, deberá aplicarse el **CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-** Ley 1564 de 2012-, el cual en el artículo 100 enlistó taxativamente las excepciones que son previas, dentro de las que se contempló la que se denomina **INEPTITUD DE LA DEMANDA**, por **FALTA DE REQUISITOS FORMAS** o **POR INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES**.

La Subsección B de la Sección 2ª del **CONSEJO DE ESTADO**, en sentencia del 13 de septiembre de 2021, proferida dentro del proceso con radicado No 76001-23-33-000-2013-00163-02(1433-17), **SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**, explicó que la excepción en términos generales *“es el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él”*.

Definió que las excepciones previas, son aquellos medios exceptivos, que buscan salvar o corregir las irregularidades que afectan el procedimiento para preservarlo frente a posibles nulidades y sanear el proceso contencioso administrativo desde su primera etapa, en otras palabras, aquellas se encaminan a atacar la forma del proceso, es decir, el ejercicio de la acción por existir alguna inconsistencia de tipo procedimental en la manera como fue presentada la demanda, sin enervar la pretensión, pero con la posibilidad de dar lugar a la terminación anticipada del proceso.

Indicó que el propósito de lo previsto por el numeral 6º, del artículo 180 del C.P.A.C.A., es resolver todas las situaciones que se constituyan en deficiencias formales que puedan inhibir un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda, por lo que, en la audiencia inicial el funcionario judicial deberá decidir las excepciones que tengan la calidad de previas, esto es, aquellas que se encaminen a atacar la forma del proceso, en procura de evitar decisiones inhibitorias y las mixtas que estén encaminadas

a atacar el ejercicio de la acción, mas no de la pretensión.

Con relación a la excepción previa de **INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA**, manifestó que esta propende porque el escrito inicial se adecúe a los requisitos legales de forma que permitan su análisis en sede judicial, *so pena* de la terminación anticipada del proceso; expresándose que la referida excepción previa se configura cuando se presentan vicios de forma respecto de la demanda, los actos o actuación enjuiciada, ya que algunos de esos defectos encuadran en la falta de requisitos formales de la demanda.

Se aclaró que la falta de cualquiera de los requisitos formales, se fundamenta en los artículos 43, 74 y 87 del CPACA., normas que establecen que las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho deben dirigirse primordialmente contra los actos definitivos que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto y/o hacen imposible continuar la actuación. Del mismo modo, este medio exceptivo encuentra vocación de prosperidad cuando no se reúnen los requisitos previos exigidos para su estudio de admisibilidad, o, el contenido de la demanda no se ajusta a lo dispuesto en los artículos 161 a 164 y 166, de la Ley 1437 de 2011, y demás normas concordantes.

Ahora bien, la Subsección A de la Sección 2ª, ha dicho que darle la connotación de excepción previa o causal de rechazo de la demanda, y en últimas, emplearla como sustento de decisiones inhibitorias, a la denominada **INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA**, constituye una imprecisión. Lo anterior, porque *“...sólo es viable proponer y declarar, de parte o de oficio, próspera la excepción previa de «ineptitud de la demanda por la falta de cualquiera de los requisitos formales» o «por la indebida acumulación de pretensiones» y; en relación con otras situaciones, se debe acudir a las demás excepciones previas previstas en el artículo 100 del Código General del Proceso, sin que haya vocación para realizar una denominación en términos diferentes a los señalados por la ley”*. Ha recalcado, *“...que al encontrarse otras falencias que otrora han servido como sustento para la declaratoria de una «ineptitud sustantiva de la demanda», en lugar de acudir a esa denominación, se deben utilizar las herramientas que los estatutos procesales prevén para tal efecto, tal como se analizó extensamente en el auto en cita, esto es, aquellos mecanismos de saneamiento como por ejemplo, ordenar corregir la demanda o dejar sin efecto el auto admisorio para proceder al rechazo de la misma en atención a la causal legalmente prescrita para el efecto”*. Así lo manifestó en sentencia del 21 de mayo de 2020, radicado No 08001-23-33-000-2014-01060-01(1473-17), C.P. **WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**.

Independiente, del alcance que se le ha dado a la excepción previa de

INEPTA DEMANDA por falta de cualquiera de los requisitos formales de la demanda o por la indebida acumulación de pretensiones, a la cual se le ha denominado también como **INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA**, entiende esta Corporación, que la misma se configura cuando no se cuestiona, ataca o pide la nulidad del acto administrativo que decidió de fondo el asunto o que afectó la situación particular y concreta del accionante, pues hace parte de los requisitos formales de la demanda, primeramente, porque la demanda se debe dirigir contra los actos que contengan una decisión definitiva o eventualmente, sean de aquellos que hicieron imposible la continuación de la actuación administrativa y, segundo, porque expresamente el artículo 162 del C.P.A.C.A., que reguló los requisitos de forma que debe contener la demanda, en su numeral 2º, dispuso lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad; que en tratándose de la pretensión de nulidad de un acto administrativo, esta disposición debe entenderse conjuntamente con la señalada en el artículo 163 ídem., que dictaminó que el acto debe individualizarse con toda precisión.

Lo anterior, debido a que las pretensiones que se plantean en la demanda son las que concretan la órbita del Juez, por ello, cuando es un acto administrativo el que lesionó el derecho de la persona, además de que debe pedirse su nulidad o cuestionarse la validez del acto, debe indicarse las normas violadas y desarrollarse el concepto de violación (numeral 4º, del artículo 162, del C.P.A.C.A.), pues, el estudio de esto, es el que permite determinar el alcance y los efectos jurídicos que eventualmente se obtendrían con la nulidad del acto administrativo demandado; de lo contrario, hace inviable emitir un pronunciamiento sustancial sobre la materia, lo que conlleva a que se deba corregir dicha falencia, con la declaratoria de la excepción previa de **INEPTA DEMANDA** por falta de requisitos formales. Es por ello, que la parte demandante, tiene la obligación de identificar las pretensiones idóneas para el propósito de su acción.

El **CONSEJO DE ESTADO**, Sección 1ª, en auto del 2 de julio de 2021, proferido en desarrollo de la audiencia inicial, en la etapa de saneamiento del proceso, dentro del proceso con radicado No 11001-03-24-000-2015-00059-00, C.P. **ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**, explicó que *“No debe perderse de vista que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce su función de administrar justicia bajo el principio de justicia rogada. Ello significa que el operador jurídico no puede actuar de manera oficiosa, sino que su actividad se desarrolla respecto de los cargos que los ciudadanos plantean en ejercicio de los medios de control de carácter legal que han sido previstos por el Legislador. En otras palabras, le compete al usuario del servicio de administración de justicia iniciar, impulsar y tramitar las actuaciones judiciales que le permitan defender sus pretensiones...”*

De allí que, cuando está de por medio la discusión de la legalidad de un

acto administrativo, al momento de resolverse la demanda, deba observarse los principios dispositivo y de congruencia, lo cual se concreta en la individualización de las pretensiones y el concepto de violación de las normas, que demarcan la actividad judicial, en tanto que, estos por gozar de presunción de legalidad, quien pretenda derivar consecuencias adversas al acto protestando transgresión del principio de legalidad en su expedición, debe demandar y obtener de la jurisdicción contencioso administrativo decisión declarativa de la nulidad del acto, previa honra de la carga de abatir la presunción de legalidad que lo ampara.

El Órgano de Cierre de esta Jurisdicción, Sección 4ª, en sentencia del 8 de marzo de 2019, radicado No 76001-23-31-000-2011-01132-01(21295), C.P. **JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ**, expuso que el principio dispositivo que irradia en esta Jurisdicción, tiene doble connotación, una sustancial y otra procesal. *“...En lo sustancial, implica que es el propio demandante quien puede disponer de los derechos subjetivos y quien incita la función judicial a través de los actos de postulación, lo cual ha llevado a la doctrina a precisar que «el juez no puede inmiscuirse en aquello que las partes no aduzcan como thema decidendum»²; en lo procesal, el principio dispositivo se materializa en el cumplimiento de las cargas procesales. Así, corresponde a las partes conducir el debate judicial a partir de las actuaciones procesales que ellos ejerzan dentro de los lineamientos de la ley, sin perjuicio de la actividad probatoria oficiosa que puede realizar el juez para resolver aspectos oscuros o dudosos que le impidan dirimir la controversia”*.

En esas condiciones, tenemos que en, principio, el Juez solo puede abordar lo que expresamente se pidió en la demanda, sin que pueda entrar a plantear aspectos que no fueron tocados en la demanda, máxime cuando está de por medio un acto administrativo, que por razón de la presunción de la legalidad que lo reviste, debe peticionarse su nulidad y exponerse los motivos de ilegalidad, a partir de lo cual surge la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación, constituyendo esto el marco dentro del cual el Juez en su sentencia debe pronunciarse para decidir la controversia, de manera que respete el principio de congruencia.

En consecuencia, al Juez le está vedado oficiosamente integrar, dentro de las pretensiones de la demanda, los actos administrativos que debieron cuestionarse, o proceder al estudio oficioso de la normatividad correspondiente para establecer posibles ilegalidades, ya que, como se dijo, en atención al carácter de **“justicia o jurisdicción rogada”** que reviste a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en una proceso donde deba efectuarse el control de legalidad, se contrae a la confrontación del acto sobre

² MORALES MOLINA, Hernando. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: ABC, 1983, p. 190.

el cual recae la petición de nulidad con las normas superiores que se predicen como transgredidas o los motivos de violación alegados por la parte actora, por ser el libelo demandatorio un marco de referencia para que el operador jurídico emita su pronunciamiento judicial.

Es preciso aclarar que, si bien las providencias que se trajeron a colación se profirieron en procesos promovidos dentro del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, ello no es óbice, para aplicar al caso que es objeto de estudio, como quiera que el artículo 141, del C.P.A.C.A., que regula el medio de control de **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**, estableció que dentro de las pretensiones que se pueden formular, está la de declarar la nulidad de los actos administrativos contractuales. Por ende, se deban seguir las mismas reglas determinar para cualquier demanda en la que se pretenda la declaratoria de nulidad de un acto administrativo.

En consideración a esta pequeña explicación, debe decirse que la Sección 3ª, del **CONSEJO DE ESTADO**, tiene consolidada una línea jurisprudencial, frente a las Entidades que se rigen por la Ley 80 de 1993 – **ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**-, en torno a que en la medida en que se eleven pretensiones frente al cumplimiento contractual o al equilibrio económico del contrato u otra declarativa de similar naturaleza, respecto de un contrato que ha sido objeto de liquidación unilateral, la impugnación de este acto administrativo resulta indispensable para la configuración de una demanda en forma, cuando el mismo ha sido conocido por la parte actora con anterioridad a la presentación de la demanda, lo que se traduce en una **INEPTITUD SUSTANTIVA** de la misma, en caso de que se omita dicha impugnación³.

De manera que, para formular el medio de control de controversias contractuales, cuando se trata de contratos estatales que han sido objeto de liquidación unilateral, se impone la necesidad de demandar la nulidad del acto administrativo a través del cual la Entidad estatal adoptó dicha decisión. Lo anterior, dado que, para controvertir

³ Ver sentencias: del 14 de marzo de 2018, Subsección A, radicado No 13001-23-31-000-2010-00419-01(55671), C.P. **MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**; del 21 de junio de 2018, Subsección A, radicado 05001-23-31-000-2012-00808-01(56488), C.P. **MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**; del 31 de enero de 2019, Subsección A, radicado No 25000-23-26-000-2003-00650-01(37910), C.P. **MARÍA ADRIANA MARÍN**; del 20 de mayo de 2019, Subsección A, radicado No 68001-23-31-000-2000-00892-02(38965), C.P. **MARÍA ADRIANA MARÍN**; del 1 de junio de 2020, Subsección C, radicado No 25000-23-26-000-2011-00467-01(48668), C.P. **JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**; del 20 de noviembre de 2020, Subsección A, radicado No 05001-23-31-000-2002-02323-01 (47201), C.P. **JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**; del 9 de julio de 2021, Subsección B, radicado No 41001-23-31-000-2009-00153-01(58602), C.P. **MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**; entre otras.

aspectos relacionados con cualquier circunstancia originada en la celebración o ejecución del contrato se requiere desvirtuar, previamente, la presunción de legalidad que ampara dicho acto.

Por consiguiente, si en estos eventos, en la demanda no se formula pretensión anulatoria alguna en contra del acto de liquidación unilateral, se configura la excepción previa de la **INEPTA DEMANDA**, pues para estudiar el cumplimiento de las obligaciones por parte del accionante y el consecuente incumplimiento por parte de la Entidad contratante, así como la correspondiente indemnización de perjuicios a que haya lugar, es necesario desvirtuar previamente la legalidad del acto de liquidación unilateral del contrato, toda vez que este acto unilateral define la parte económica del negocio; por lo tanto, si no se controvierte la legalidad del acto administrativo mediante el cual se liquidó unilateralmente el contrato significa que ella está incólume.

El **CONSEJO DE ESTADO**, en sentencia del 21 de junio de 2018, Sección 3ª, Subsección A, radicado No 05001-23-31-000-2012-00808-01(56488), C.P. **MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**, reiteró la jurisprudencia acerca de la demanda en forma en los casos en que el contrato estatal ha sido objeto del acto de liquidación unilateral, precisando el deber que tiene la parte actora de pedir la nulidad de dicho acto administrativo, y ante esta omisión, se debe declarar la excepción previa de **INEPTITUD DE LA DEMANDA**. Al respecto, dijo:

(...)

3. Reiteración de la jurisprudencia acerca de la demanda en forma en relación con un contrato que ha sido objeto del acto de liquidación unilateral

La jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado⁴ ha declarado la ineptitud de

⁴ Pueden citarse, entre otras, las siguientes sentencias de la Sección Tercera y de sus distintas subsecciones: **1.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P: Enrique Gil Botero, 11 de agosto de 2010, radicación: 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941), actor: Corporación Cívica Daniel Gillard, demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, referencia: acción contractual; **2.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Danilo Rojas Betancourth, 10 de marzo de 2011, radicación: 68001-23-15-000-1996-02191-01(17963), actor: Prada Rojas Ingenieros Civiles Asociados Ltda., demandado: departamento de Santander, referencia: acción de controversias contractuales (sentencia), **3.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 17 de octubre de 2012, radicación número: 44001-23-31-000-2000-00315-02(25290), actor: Alcides Choles López, demandado: Instituto Nacional de Vías, referencia: apelación sentencia - acción contractual; **4.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 30 de enero de 2013, radicación: 85001-23-31-000-2000-00553-01 (23.904), actor: Ingeniería de Servicios Integrales para el Medio Ambiente Ltda - IDSPAIM LTDA.-, demandado: departamento de Casanare, proceso: acción contractual, asunto: recurso de apelación; **5.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 2 de mayo de 2013, radicación número: 3949, C.P: Hernán Andrade Rincón; **6.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 13 de abril de 2016, radicación número:33792, C.P: Hernán Andrade Rincón; **7.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 30 de agosto de 2017, radicación número 52.510; **8.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 14 de marzo de 2018, radicación: 130012331000201000419 01 (55.671), actor: Anpala SAS y otro, demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares, referencia: acción contractual.

la demanda en aquellos procesos en los cuales el contratista solicita que se condene a la entidad estatal por el incumplimiento del contrato o por la ruptura de la ecuación contractual, sin incluir en las pretensiones de su demanda aquella orientada a que se declare la nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato, cuando el acto ha sido conocido por dicho contratista con anterioridad a la demanda o a la oportunidad procesal para reformarla.

La razón de fondo de estas decisiones estriba en la presunción de legalidad del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, además de que se advierte que en su contenido material dicho acto condensa los aspectos concernientes al cruce final de cuentas relacionados con el cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones contractuales y define las reclamaciones, que en caso como estos, constituyen el centro del litigio propuesto por la parte demandante.

En esa línea, la Subsección A ha observado que resulta inaceptable que el demandante pretenda escindir la realidad de la ejecución contractual cuando reclama perjuicios por la inobservancia del contenido obligacional del contrato, sin llevar al debate procesal el acto de liquidación unilateral del contrato, postura que en ocasiones ha sido advertida como un mecanismo del contratista para evitar que se alleguen al proceso las decisiones que involucran el rechazo a los pagos reclamados o las que implican compensaciones realizadas en el acto de liquidación⁵.

No puede perderse de vista que el acto de liquidación unilateral es un estado financiero de propósito específico y en esa medida contiene el balance que define las cifras de ejecución final del contrato, a lo cual se agrega la fuerza de la presunción de legalidad del acto administrativo, de manera tal que dicho acto define: quién debe a quién, cuánto se debe y los conceptos que originan y componen la obligación resultante.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, en respeto del debido proceso y con apoyo en las disposiciones que definen el contenido de la demanda, el principio de congruencia y la presunción de legalidad del acto administrativo⁶, se reitera la jurisprudencia en el sentido de que se debe declarar la ineptitud de la demanda frente a las pretensiones de incumplimiento o de restablecimiento del equilibrio económico en aquellos casos en que, habiéndose notificado el acto de liquidación unilateral, el mismo no es objeto de demanda de nulidad. Se afirma lo anterior, toda vez que su contenido resulta amparado por la presunción de legalidad y, por ello, la decisión que consta en el acto administrativo de liquidación unilateral no puede modificarse a través de un proceso judicial en el que dicho acto no ha sido expuesto a su juzgamiento, como sucede en el supuesto de la demanda que pretende el reconocimiento de un mayor valor por concepto de la misma ejecución del contrato que se encuentra definida en el acto de liquidación unilateral del mismo.

En este orden de ideas, en procesos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, el requisito de la demanda en forma, exigido a través de la debida integración de la pretensión de nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral, no es un arbitrio caprichoso de la jurisprudencia, ni puede imputarse

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 7 de noviembre de 2012; radicación número: 440012331000200000293 01 (25915), actor: Laureano Quintero Gómez, demandado: Instituto Nacional de Vías –INVÍAS–.

"De esta manera, si el Tribunal estimara apta la demanda presentada sobre el incumplimiento contractual sin incluir el acto de liquidación del contrato, y diera curso a una decisión, tendría que limitarse a la causa petendi planteada por el accionante, caso en el cual escindiría la realidad financiera del contrato de obra cuya controversia evalúa y llegaría a administrar justicia prevaleciendo la pretensión del accionante, que con su acción, limitaría al Juzgador para conocer y pronunciarse sobre la situación contractual en forma integral. Por ello, no debe permitirse la autonomía de la acción contractual de incumplimiento cuando existe un acto administrativo de liquidación unilateral del contrato".

⁶ Artículos 64, 137, 138 y 170 del C.C.A., hoy, artículos 88, 162, 163 y 187 del C.P.A.C.A.

como una denegación de justicia; por el contrario, se evidencia como un mecanismo de protección a la congruencia e integridad de la sentencia, que debe ser adoptada con fundamento en la ejecución completa del contrato y en el acto de liquidación correspondiente. (Se resalta).

El Alto Tribunal en mención, en sentencia del 1 de junio de 2020, Sección 3ª, Subsección C, radicado No 25000-23-26-000-2011-00467-01(48668), C.P. **JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**, expresó por qué la necesidad de demandar la **NULIDAD** del acto de liquidación unilateral, **indicando que debe pedirse expresamente la NULIDAD de dicho acto**, así como el desarrollo del concepto de violación, para el correspondiente estudio de fondo. Así lo señaló:

V. SOBRE LA NECESIDAD DE DEMANDAR LA NULIDAD DEL ACTO DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO Y SU EVENTUAL REVISIÓN ECONÓMICA

5.1. Como ha quedado reseñado, líneas atrás, la Subsección C de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se abstuvo de abordar el estudio del fondo de la *litis* por cuanto la demandante no demandó la nulidad de las Resoluciones No. 0019 del 6 de enero de 2009 y No. 1169 del 15 de mayo de 2009.

La demandante, por su lado, ha planteado en esta segunda instancia que la pretensión declarativa de nulidad del acto con el que se liquidó unilateralmente el Contrato de Obra 142 de 2005 no es presupuesto necesario para que el juez contencioso se pronuncie sobre el fondo del asunto que considera, sólo implica una revisión de aspectos económicos de actos administrativos con los que Bogotá DC-Secretaría de Educación liquidó dicho contrato. Para fundamentar su tesis, la recurrente hizo referencia al auto que profirió la Sección Tercera de esta Corporación, el 29 de febrero de 2004, dentro del expediente 24027.

5.2. Para resolver esta discrepancia, la Sala analizará el fundamento de las pretensiones de la parte demandante con el fin de verificar si, como lo sostiene en su impugnación, este se incardina a la procura de una mera revisión de aspectos económicos de la liquidación. Definido lo anterior, en función de las resultados de esas indagaciones, despejará la Sala las inquietudes que se plantean en la impugnación sobre la validez del motivo que adujo el tribunal para abstenerse del estudio del fondo del asunto. Y, finalmente, estudiará la pertinencia de la aplicación analógica al caso, que pretende la recurrente, de la *ratio* de la decisión que adoptó la Sección Tercera de esta Corporación en auto del 29 de febrero de 2004, dentro del expediente 24027.

5.2.1. En esa línea de propósito, la Sala encuentra que el hecho central que presta fundamento a las pretensiones de la demanda reside, fundamentalmente, en la diferencia que habría existido entre la cantidad de obra que Varela Fiholl se obligó a ejecutar según el área definida en el Contrato de Obra 142 de 2005, y la cantidad de obra que finalmente entregó en razón de las mayores cantidades de obra u obras adicionales que hubo de ejecutar; y que la *ratio* jurídica que sustenta sus pretensiones gravita sobre el reproche a la administración contratante por falta de planeación en la estimación del área a contratar, y sobre el impacto que esta falencia habría tenido sobre la conmutatividad del contrato.

Sin embargo, advierte, también, que los hechos de la demanda dan cuenta de la prolija y abundante correspondencia que cruzaron las partes del contrato en procura de la definición de los términos de la liquidación de la relación negocial; de la exposición que hizo la contratista, en esas comunicaciones, de los motivos que le asistían para pedir de la administración contratante el reconocimiento y pago de las mayores cantidades

de obra y obras adicionales que habría ejecutado; y de la desestimación que hizo la administración contratante de tales razones al momento de liquidar el contrato.

Salta entonces a la vista que, si bien la solución de esta *litis* demanda una revisión de la cantidad de obra realmente ejecutada por la contratista, y una contrastación de dicha obra ejecutada con la cantidad de obra contratada, ello no bastaría para zanjar el debate, pues quedarían de por medio aspectos conflictivos, eminentemente jurídicos, por desatar, tales como, y sólo a guisa de ejemplo, la determinación de la causa determinante de la diferencia que pudiere resultar de esa primera revisión por comparación, pues habría de decidir la jurisdicción, si ella residió en una falta de debida planeación, como lo sostiene la demandante, o si, por el contrario y como ha dicho la demandada, obedeció a falta de una debida diligencia del contratista en lo que atañe a la lectura y estudio de la plenitud de los documentos que forman parte del contrato. Luego, no puede tener buen recibo la manifestación de la recurrente en relación con el plano puramente económico en el que se desenvolvería el estudio del fondo del asunto.

5.2.2. Pero lo que es aún mas relevante aún para desestimar dicha tesis, es que las razones de facto y de derecho que adujo Varela Fiholl para sustentar las pretensiones de su demanda en este contencioso son, al menos parcialmente, las mismas que expuso en sede administrativa dentro de las actuaciones antecedentes a la liquidación del contrato, las mismas que la administración desestimó al momento de la liquidación y en las que la contratista insistió al momento de recurrir esa decisión.

5.2.2.1. Al punto debe tenerse en cuenta que la liquidación del contrato, cuando se decide unilateralmente por la administración, es un acto por medio del cual esta, servida para el efecto de un corte de cuentas de la relación negocial, determina el estado de dicha relación, y determina, en función de dicho estado, con carácter definitivo, las obligaciones remanentes a cargo de cada una de las partes, o en su defecto, el estado recíproco de paz y salvo entre ellas, de forma tal que produce efectos en el universo jurídico ya sea porque cree, porque modifique o porque extinga situaciones jurídicas.

5.2.2.2. El acto unilateral de liquidación es, entonces, un acto administrativo que, en cuanto tal, goza de los atributos que son propios de ellos, a saber: presunción de legalidad, obligatoriedad, ejecutividad y agregan algunos, ejecutoriedad⁷. Significa lo anterior que al amparo de la presunción de legalidad, el acto administrativo, una vez ha alcanzado firmeza, produce efectos obligatorios aún en contra de la voluntad de los interesados, y es suficiente, por sí mismo, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. En virtud de la presunción de legalidad, quien pretenda derivar consecuencias adversas al acto protestando transgresión del principio de legalidad en su expedición, debe demandar y obtener de la jurisdicción contencioso administrativo decisión declarativa de la nulidad del acto, previa honra de la carga de abatir la presunción de legalidad que lo ampara.

5.2.2.3. En línea con lo anterior, los actos administrativos unilaterales que dieron liquidación al contrato de Obra 142 de 2005, por medio de los cuales la Secretaría de Educación Distrital decidió, previo corte de cuentas de la ejecución contractual, cuál era el estado final de esa relación, y conforme a ese estado resolvió desestimar las reclamaciones que en múltiples comunicaciones le había planteado su contratista Varela Fiholl **gozan de una legalidad presunta; y en cuanto están en firme, empezaron a producir efectos obligatorios.**

(...)

5.2.2.7. Por tanto, como existen unos actos administrativos que definieron el estado final de la relación contractual trabada con el contrato de obra 142 de 2005, cuyos fundamentos contradicen la validez o niegan la existencia de los que expuso la contratista a la administración en procura de una decisión favorable a

⁷ Esto, por cuanto parece más válido afirmar que la ejecutoriedad es una atribución de la administración.

sus intereses; y dado que la contratista ha venido a esta jurisdicción para demandar resarcimiento de perjuicios protestando los mismos motivos que la administración contratante desestimó en aquellos actos, se impone concluir que, tal y como lo sostuvo el *a quo*, la pretensión o pretensiones que este último ha formulado ante la jurisdicción contenciosa con fundamento en esa realidad contraria a la declarada por la administración no pueden prosperar mientras tales actos gocen del amparo de la presunción de legalidad.

(...)

5.2.4. Finalmente, respecto de la protesta que hace la recurrente por la falta de una debida interpretación de la demanda por el *a quo*, observa la Sala que ella se hace residir en la calificación del criterio del fallador con el adjetivo de “formalista”. Tal calificación carece, a juicio de esta Sala, de fundamento.

5.2.4.1. En efecto, la preceptiva del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto prescribe que las demandas deben incluir los fundamentos de derecho de las pretensiones, y que, si de la impugnación de un acto administrativo se trata, deben indicar las normas violadas y explicar el concepto de su violación, fue objeto de estudio por la Corte Constitucional, y ésta, oficiando como juez de la constitucionalidad de la ley, la encontró justificada. De su pronunciamiento, viene pertinente la siguiente cita:

(...)

5.2.4.2. Como puede apreciarse, sin dificultad, la *ratio* de este fallo de constitucionalidad se aviene bien para desestimar el juicio de reproche por adhesión a un criterio puramente formal que la recurrente hace a la providencia de primera instancia. **Y ello es así, porque la demanda que presentó Varela Fiholl no cumple con el requisito de señalar las normas violadas con la expedición de los actos liquidatorios del contrato, como tampoco, por supuesto, con la debida exposición del concepto de la violación, y estas son cargas impuestas al actor por el legislador, que no pueden ser suplida por el juzgador sin comprometer su objetividad, ni puede ser obviada por el juez sin trasgredir el principio de congruencia⁸ que ha sido entendido como un elemento constitutivo del derecho fundamental al debido proceso, “en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó”⁹.**

5.2.4.3. Es por ello que, como lo consideró el *a quo* y lo ha sostenido la jurisprudencia constante y de vieja data de esta Corporación:

“El acto administrativo contractual (el de terminación es típico) debe repugnarse dentro de la controversia contractual, en especial cuando es el causante del perjuicio para el contratista; impugnación que puede hacerse en forma aislada o acumulada con otras pretensiones como las de incumplimiento con indemnización de perjuicios. Se ha insistido en que debe pedirse la nulidad del acto contractual porque sólo así podrán estudiarse las pretensiones que partan del supuesto de que dicho acto ya no forma parte del ordenamiento. Cuando la administración no logra acuerdo de liquidación con el contratista o éste no interviene en esa operación, debe hacerlo unilateralmente mediante acto administrativo debidamente motivado, contra el cual, luego de su notificación, podrá agotarse la vía gubernativa. Acto administrativo, que, como tal, tendrá que impugnarse cuando la pretensión del contratista parta de realidades diferentes”¹⁰ (subrayado del texto original).

⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 305. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. [...]”.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias T455 de 2016, T-714 de 2013, T-773 de 2008, T-450 de 2001 y T-025 de 2002, entre otras.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 1990, exp. 3351. En el mismo sentido, ver las sentencias de la Sección Tercera del 20 de mayo de 2004 (exp. 14114), del 09 de junio de 2010 (exp. 16496), del 10 de marzo de 2011 (exp. 17963), del 28 de marzo de 2012, (exp. 20393) y del 1º de agosto de 2016 (exp. 30728), entre otras.

En este orden de idea, como lo ha considerado asimismo esta Sección:

“[...] la obtención de un fallo favorable depende, inexorablemente, de la declaratoria de nulidad del mismo pues, como es sabido, cuando el daño que se alega tiene origen en un acto administrativo ilegal, dicha declaratoria constituye un presupuesto obligado del restablecimiento del derecho desconocido, vulnerado o conculcado. Mientras la nulidad no haya sido declarada, el acto administrativo de liquidación del contrato es válido y conserva su legitimidad, amparado en las mencionadas presunciones y, por ende, no es posible proferir condenas que, en últimas, implicarían desconocer lo allí determinado”¹¹ (Subrayas del texto original).

5.3. No procede pues, en este asunto, el análisis de las pretensiones de formuladas por Varela Fiholl, debido a que su eventual prosperidad requeriría la nulidad —y no la mera revisión económica— de las Resoluciones 019 del 6 de enero de 2009 y 1169 del 15 de mayo de 2009, con las que Bogotá DC-Secretaría de Educación liquidó unilateralmente el Contrato de Obra 142 de 2005; nulidad que no fue deprecada en la demanda, conforme a las reglas previstas en el ordenamiento adjetivo de lo contencioso-administrativo. En consecuencia, la sentencia recurrida será confirmada.

(...) (Negrillas fuera del texto original).

En sentencia del 20 de noviembre de 2020, Sección 3ª, Subsección A, radicado No 05001-23-31-000-2002-02323-01 (47201), C.P. **JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**, explicó el motivo por el cual debe llevarse a debate judicial el acto de liquidación unilateral del contrato, así:

(...)

En este tipo de casos, el contratista no puede reclamar perjuicios por la inobservancia del contenido obligacional del contrato sin llevar a debate procesal el acto de liquidación unilateral del contrato¹². **Esta postura se explica porque el acto administrativo de liquidación unilateral contiene el balance final sobre la ejecución del contrato y determina, con la fuerza ejecutoria que le es propia, quién debe a quién, cuánto se debe y los conceptos que originan y componen la obligación resultante**¹³. En ese sentido, el análisis de la responsabilidad de la entidad contratante por el incumplimiento de sus obligaciones no puede adelantarse al margen del balance de cuentas y de las obligaciones o saldos pendientes de pago que el acto de liquidación determina.

(...) (Se resalta).

También, en sentencia reciente, del 9 de julio de 2021, la Subsección B, de la Sección 3ª, del Supremo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, radicado No 41001-23-31-000-2009-00153-01(58602), con ponencia del Doctor, **MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**, revocó la decisión de 1ª instancia y, en su lugar **declaró probada de oficio** la excepción de **INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA**, porque se omitió solicitar la **NULIDAD** del acto que liquidó unilateralmente el contrato, con base en los siguientes argumentos:

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, exp. 28881.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019. Exp. 60.851. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹³ El balance de la jurisprudencia puede verse en: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 28 de junio de 2016. Rad. 2253. C.P. Álvaro Namén Vargas.

(...)

7.- La Sala revocará la decisión de primera instancia, y en su lugar declarará probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, porque los demandantes omitieron solicitar la nulidad del acto de liquidación unilateral, lo cual resulta indispensable para formular pretensiones que conlleven la alteración de lo allí establecido.

(...)

7.2.- Si los demandantes pretendían solicitar que en una sentencia judicial se estableciera que, en vez de lo dispuesto en la liquidación unilateral, era la entidad demandada la que les adeudaba una suma distinta, estaban obligados a solicitar la nulidad de esta resolución.

8.- Finalmente, debe señalarse que el acto de liquidación unilateral fue expedido y notificado antes de la presentación de la demanda, por lo que no puede considerarse que los accionantes estuvieran en imposibilidad de incluirlo dentro de sus pretensiones de nulidad.

Entonces, se avizora una línea jurisprudencial de la Sección 3ª del **CONSEJO DE ESTADO**, orientada a que en aquellos casos donde se discute, por ejemplo, el incumplimiento del contrato estatal, y este ya ha sido objeto de liquidación unilateral por parte de la Entidad contratante, se debe petitionar de manera expresa la nulidad del acto que contiene dicha liquidación unilateral del contrato, al igual que enunciar las normas violadas junto con el desarrollo del correspondiente concepto de violación, so pena de que se deba declarar la excepción previa de **INEPTA DEMANDA**.

Ello se explica, en que la liquidación efectuada de manera unilateral por la Entidad estatal se encuentra contenida en un acto administrativo que goza del atributo de presunción de legalidad, por lo tanto, para el respectivo estudio de si la Entidad contratante incumplió con algunas de las obligaciones pactadas en el contrato, se debe desvirtuar primeramente la legalidad del acto que liquidó unilateralmente el contrato, sin que el Juez pueda entrar a suplir esa omisión, pues sería vulnerar los principios dispositivos y de congruencia, en el que el demandante solo está facultado para definir las pretensiones que busca le sean reconocidas por esta Jurisdicción, debiendo presentar las pretensiones individualizadas correspondientes a la nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato, en cumplimiento de las exigencias de los artículos 162 y 163 del C.P.A.C.A., para efectuar el estudio de fondo.

Ahora bien, como se anticipó en el apartado correspondiente al problema jurídico, la **SALA PLENA** debe definir si en torno a las facultades de saneamiento que le asisten al Juez, de acuerdo con lo establecido en los artículos 180 y 207 del C.P.A.C.A., cuando se advierte que no se llevó a debate el acto administrativo que debía demandarse, necesariamente debe declararse la excepción previa de **INEPTA DEMANDA**, o bien puede entrar a integrarse el acto administrativo que no se demandó a la litis, a fin de realizar un

control integral sobre la situación objeto de debate y así emitir una decisión de fondo.

En aras de establecer un criterio unificador sobre el aspecto que se esboza en precedencia, debe decirse que, el C.P.A.C.A., en su artículo 103, prevé que los procesos que se adelanten ante esta jurisdicción tienen por objeto *“la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico”*, razón por la cual, el Legislador estableció que en la interpretación de las normas del CPACA *“deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal”*.

Como garantía de los principios constitucionales, verbigracia, la economía y celeridad procesal, se consagró el control de legalidad del proceso expresamente en el artículo 207 *ibídem* como el deber del Juez de efectuar una vez agotada cada etapa del proceso, con la finalidad de *“sanear los vicios que acarrear nulidades”*¹⁴; es por ello que tiene el deber de verificar que en el impulso procesal se respeten las ritualidades de cada medio de control y, en caso de ser necesario, adoptar las medidas que la Ley adjetiva prevé para que la cuestión litigiosa pueda ser decidida de manera definitiva con respeto de los derechos fundamentales de las partes e intervinientes. En todo caso, estas vicisitudes, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.

En concordancia con esa regla general, el numeral 5º del artículo 180 *ibídem*, contempló de manera específica la obligación a cargo del funcionario judicial, de *“decidir, de oficio o a petición de parte, sobre los vicios que se hayan presentado y adoptará las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias”*.

Así mismo, el **CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO** – Ley 1564 de 2012¹⁵, artículo 42, consagra como deberes del Juez, en virtud del principio de economía procesal, velar por su rápida solución y sanear los vicios e irregularidades que puedan afectar el desarrollo célere del proceso, a saber:

“Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez.

2. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal.

(...)

5. Adoptar las medidas autorizadas en este Código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.” (Resaltado fuera del texto original).

¹⁴ Artículo 207 de la Ley 1437 de 2011.

¹⁵ Código General del Proceso.

El **CONSEJO DE ESTADO**, sobre el tema, ha expuesto que el saneamiento procesal, llamado también como principio de expurgación, se constituye en la materialización de los principios procesales de eficiencia, efectiva tutela judicial, congruencia y economía procesal, definiéndolo como el acto jurídico procesal propio del Juez, en el que se verifica que todos los elementos jurídicos procesales de la *litis* estén presentes, precando que esta figura propende porque aspectos meramente formales o procesales, no retrasen ni impidan la decisión sobre el fondo¹⁶.

También ha comentado que las excepciones previas es igualmente una faceta del saneamiento del proceso, en la medida que su finalidad es, con la colaboración de la parte demandada, la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el Juez durante la etapa inicial escrita del proceso, con miras al correcto y legal trámite del proceso, a fin de mejorarlo, corregirlo o finalizarlo cuando haya lugar a ello¹⁷.

Señaló que, *“En ese orden de ideas, en ejercicio de la potestad de saneamiento¹⁸, el juez como director del proceso sana las irregularidades o nulidades y preserva la regularidad del proceso mediante la resolución de las excepciones previas y la revisión de los requisitos de procedibilidad (conciliación extrajudicial y conclusión del procedimiento administrativo o agotamiento de la vía gubernativa), así como los presupuestos: i) procesales – sentencia de fondo (competencia, capacidad para ser parte, capacidad procesal, demanda en forma, la adecuación del trámite) y ii) los materiales – sentencia favorable (legitimación en la causa -activa y pasiva, interés en la pretensión u oposición y la posibilidad jurídica, esto es, pretensiones claras, que no exista cosa juzgada o caducidad, transacción, conciliación o desistimiento)¹⁹”*.

Del mismo modo, en sentencia del 21 de mayo de 2020, Sección 2ª, Subsección A, radicado No 08001-23-33-000-2014-01060-01(1473-17), C.P. **WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, explicó que lo que se pretende con la facultad de saneamiento es velar por el óptimo desarrollo del trámite de la controversia, al ser deber del Juez, en su función de director del proceso, examinar las circunstancias, que bien podría decirse, afectan el desarrollo eficiente del litigio, a fin de que éste se fomente conforme a los preceptos legales y termine con una sentencia de mérito que ponga fin a la controversia, señalando que dicha potestad no finaliza en la etapa de diligencia de la audiencia inicial,

¹⁶ Auto del 18 de febrero de 2021, Sección 2a, Subsección B, radicado No 11001-03-25-000-2016-00098-00(0496-16), C.P. **SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**.

¹⁷ Auto ídem.

¹⁸ Audiencia Inicial y Audiencia de Pruebas – Ley 1437 de 2011. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Paipa (Boyacá). 2015. Págs. 49 y 69.

¹⁹ Auto ídem.

pues a partir de ese momento podrá realizar un control de legalidad frente aquellas actuaciones surgidas con posterioridad y efectuar el saneamiento respecto a las que acarreen vicios o nulidades, de conformidad con el artículo 207 del CPACA.

En dicha providencia se precisó que el término “sanear” debe entenderse como la posibilidad que se tiene de subsanar o reparar un desperfecto que ha podido presentarse en determinada situación.

Que : “.... el juez no sólo controlará los presupuestos de validez de la demanda, sino también aquellos hechos que se configuren como excepciones al sano curso del proceso, todo con el fin de asegurar la reparación de cualquier vicio que adolezca en alguna de sus etapas, y así, evitar fallos inhibitorios y propender el ejercicio de una justicia material.”

Entonces, se tiene que en virtud de la finalidad del proceso judicial, que es la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución y la Ley y la preservación del orden jurídico, el Juez goza de amplias potestades de saneamiento, en aras de que el proceso se ritúe conforme al procedimiento legal y se profiera una sentencia de mérito al verificarse el cumplimiento de los presupuestos de validez y eficacia del proceso, potestades de las que puede hacer uso en cualquier etapa del mismo, por ejemplo, al momento de estudiar la demanda para su admisión, en la audiencia inicial, o incluso en la misma sentencia judicial.

Esta Sala Plena, atendiendo la tesis reiterada del **CONSEJO DE ESTADO** sobre el tema que es materia de análisis en esta providencia, unifica el criterio que, en aquellos casos en los cuales el contratista solicita declarar el incumplimiento de la Entidad contratante o la ruptura de la ecuación contractual del negocio por circunstancias imprevisibles acaecidas durante su ejecución y reclama los consecuentes perjuicios sin incluir en la demanda la pretensión de nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato, cuando el mismo ha sido conocido por dicho contratista con anterioridad a la demanda o a la oportunidad procesal para reformarla, y en su contenido se condensan aspectos concernientes al cruce final de cuentas relacionados con la reclamaciones que constituyen el centro del litigio, no queda otro camino que declarar la **EXCEPCIÓN PREVIA de INEPTITUD DE LA DEMANDA**, como medida de saneamiento del proceso, para evitar una decisión inhibitoria.

Ello, porque como ya se explicó, el acto de liquidación unilateral del contrato, por ser un acto administrativo, su contenido resulta amparado por la presunción de legalidad, por lo que, es a la parte actora a quien le corresponde dirigir la demanda contra

él, para obtener de la Jurisdicción Contencioso Administrativo decisión declarativa de nulidad del acto, previa indicación de las normas y la explicación del correspondiente concepto de violación.

Es menester resaltar que, en supuestos fácticos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, el requisito de la demanda en forma no es un capricho de la jurisprudencia, ni una denegación de justicia, sino que se erige como un mecanismo de protección a la congruencia e integridad de la decisión que debe ser adoptada con fundamento en la real ejecución y liquidación del contrato.

En la línea analizada, esta **SALA PLENA** responde el segundo interrogante que se fijó con efectos de unificar criterios, esto es, que el Juez administrativo, so pretexto de la facultad de saneamiento del proceso, no tiene la posibilidad de modificar las pretensiones del demandante, pues precisamente se encuentra limitado por la demanda que constituye el marco de *litis* por manera que no puede analizar un acto que no se acusa.

La facultad de saneamiento prevista por el Legislador, se estableció con el fin de velar por el óptimo desarrollo del trámite de la controversia, para que se subsanen o reparen aquellas falencias procesales que se han podido presentar en determinada actuación, y pueda terminar el proceso con una sentencia de mérito, pero tal facultad no se contempló para variar las pretensiones esbozadas por el actor o modificar la causa petendi de la demanda, pues además, de que esto vulneraría los principios dispositivos y de congruencia, se vulneraría el derecho al debido proceso de la contraparte. Esta postura garantiza el principio de igualdad de las partes en el proceso, y también el derecho fundamental al debido proceso, considerando que los hechos y las pretensiones que se formulan en la demanda demarcan los límites de la defensa de la parte demandada.

La exigencia de que se demande el acto administrativo que modificó la situación particular y concreta de la parte actora, encuentra su justificación en que, si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien resultó afectado con la decisión, no solamente impugnarlo con su debida individualización, sino alegar su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, carga procesal que es su obligación cumplir de cara con las exigencias que prevé el ordenamiento jurídico, pues carece de toda racionalidad que, siendo esta Jurisdicción de carácter rogado, tenga que el Juez proceder de forma oficiosa a integrarlo a la demanda para realizar el

respectivo control judicial, aunado a buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del Juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación que se haga en la demanda.

En ese sentido, no es dable al Juez, dada la facultad de saneamiento que le asiste como conductor del proceso, integrar el acto administrativo que no se demandó a la *litis* a fin de que se realice un control integral del mismo, que afectó la situación jurídica del accionante y, así sanear el proceso con la finalidad librar la causa judicial de errores, defectos, omisiones o vicios, que retrasen o impidan la decisión sobre el mérito de la *litis* debatida, toda vez que esto conllevaría a quebrantar el debido proceso y desconocer la igualdad de las partes ante la Ley.

Así las cosas, el pronunciamiento del Juez debe limitarse a lo expresamente pedido en la demanda, porque mal haría en pronunciarse sobre la legalidad de un acto administrativo no cuestionado, sobre el cual recae la presunción de legalidad.

Ahora bien, solo llegado el caso, de que en la demanda no se hubiere formulado de manera expresa la pretensión anulatoria del acto administrativo, pero de una interpretación integral de la misma, permita al Juez desentrañar que la verdadera intención del demandante fue la de impugnar dicho acto administrativo, podría adoptarse como medida de saneamiento la integración de dicho acto a la *litis*, en atención a derechos de orden superior como el de acceso material a la Administración de Justicia y la prevalencia de lo sustancial sobre las formalidades, siempre y cuando sea esa la verdadera intención del accionante, ya que la demanda está marcada por la iniciativa del interesado, razón por la cual no puede tenerse por demandado lo que no surge del libelo introductorio. También ello sería posible, si dicha falencia se subsana a través de la reforma de la demanda, con observancia de las limitaciones que regula el artículo 173 del C.P.A.C.A., o aun en el traslado de las excepciones previas formuladas por el extremo pasivo, conforme al numeral 1.º del artículo 101 del CGP.. De este modo, se garantiza la prevalencia de la sustancia sobre la forma y se impulse la actuación judicial a un pronunciamiento de fondo, y no a una sentencia inhibitoria.

Cabe advertir que, la labor de interpretación de la demanda y de las cuestiones que han de ser objeto de pronunciamiento, debe desarrollarse con extremo cuidado y dentro de un marco de acción restrictivo, ya que no es dado al Juzgador interpretar la demanda y demás peticiones con amplitud tal que quebrante el **DEBIDO**

PROCESO y desconozca **LA IGUALDAD** de las partes ante la Ley. Lo anterior, puesto que no sería aceptable de ninguna manera que en aras de salvaguardar el derecho a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal de quien ha errado en la formulación de sus pretensiones, se sacrifique el derecho de defensa que le asiste a la parte demandada, quien en virtud de la falta de claridad de la demanda no ha conocido con exactitud el contenido del *petitum*, lo que de suyo genera un impacto en sus posibilidades y estrategias de defensa dentro del proceso.

En ese orden de ideas, la **SALA PLENA** establece las siguientes reglas de interpretación, para dar solución a asuntos que contengan contornos fácticos iguales al que en esta oportunidad se estudia:

- En aquellos casos en los cuales el contratista solicita declarar el incumplimiento de la Entidad contratante o la ruptura de la ecuación contractual del negocio por circunstancias imprevisibles acaecidas durante su ejecución y reclama los consecuentes perjuicios sin incluir en la demanda la pretensión de nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato, cuando el mismo ha sido conocido por el contratista con anterioridad a la demanda o a la oportunidad procesal para reformarla y en su contenido se condensan aspectos concernientes al cruce final de cuentas relacionados con la reclamaciones que constituyen el centro del litigio, no queda otro camino que declarar la excepción previa de **INEPTITUD DE LA DEMANDA**, como medida de saneamiento del proceso, para evitar una decisión inhibitoria.
- No es dable al Juez, dada la facultad de saneamiento que le asiste como conductor del proceso, pueda integrar el acto administrativo que no se demandó a la *litis* a fin de que se realice un control integral del mismo, que afectó la situación jurídica del accionante y, así sanear el proceso con la finalidad librar la causa judicial de errores, defectos, omisiones o vicios, que retrasen o impidan la decisión sobre el mérito de la *litis* debatida, toda vez que esto conllevaría a quebrantar el debido proceso y desconocer la igualdad de las partes ante la Ley.
- Solo y excepcionalmente si, llegado el caso, de que en la demanda no se hubiere formulado de manera expresa la pretensión anulatoria del acto administrativo, pero de una interpretación integral

de la misma, permita al Juez desentrañar que la verdadera intención del demandante fue la de impugnar dicho acto administrativo, podría adoptarse como medida de saneamiento la integración de dicho acto a la litis, en atención a derechos de orden superior como el de acceso material a la administración de justicia y la prevalencia de lo sustancial sobre las formalidades, siempre y cuando sea esa la verdadera intención del accionante, ya que la demanda está marcada por la iniciativa del interesado, razón por la cual no puede tenerse por demandado lo que no surge del libelo introductorio. También ello sería posible, si dicha falencia se subsana a través de la reforma de la demanda, con observancia de las limitaciones que regula el artículo 173 del C.P.A.C.A, o aun en el traslado de las excepciones previas formuladas por el extremo pasivo, conforme al numeral 1.º del artículo 101 del CGP. De este modo, se garantiza la prevalencia de la sustancia sobre la forma y se impulse la actuación judicial a un pronunciamiento de fondo, y no a una sentencia inhibitoria.

- La labor de interpretación de la demanda y de las cuestiones que han de ser objeto de pronunciamiento, debe desarrollarse con extremo cuidado y dentro de un marco de acción restrictivo, ya que no es dado al Juzgador interpretar la demanda y demás peticiones con amplitud tal que quebrante el debido proceso y desconozca la igualdad de las partes ante la Ley.

A partir de los anteriores criterios interpretativos, pasa la **SALA PLENA** a dar solución al caso concreto.

CASO EN CONCRETO

La Jueza de 1ª instancia, consideró que está probada la excepción previa de **INEPTITUD DE LA DEMANDA**, en tanto el accionante debía demandar el acto de liquidación unilateral del contrato, el cual conocía desde antes de radicar la demanda y que no fue objeto de reproche judicial, pese a que ese acto administrativo controvirtió el saldo que según el actor le adeuda la Entidad demandada.

Según el apelante, la liquidación unilateral realizada por **EDESA.**, no se ajusta a los parámetros legales, por lo que sus pretensiones, están encaminadas a suplir los errores de la misma, solicitando el incumplimiento del contrato, que se realice la

liquidación judicial y ordene el correspondiente pago, de lo que a su juicio, la Entidad le adeuda.

Tenemos que el contrato No 071 de 2009, suscrito entre el demandante y la demanda **EDESA S.A.**, fue liquidado unilateralmente por ésta, el 11 de marzo de 2013, por medio de la Resolución No. **131 de 2013** (fl. 199-202 cuad. 1) y aclarada, el 12 de junio de 2013, con la Resolución No. 0436 del mismo año (fl. 205-207 cuad. 1), decisiones que fueron notificadas a la actora, **UNIÓN TEMPORAL**, el 19 de marzo de 2013 y 21 de junio de 2013, respectivamente; actos administrativos que contienen el balance financiero que determina las prestaciones contractuales, constituyendo el centro del litigio que nos ocupa.

Entonces, conforme los criterios de interpretación que en esta oportunidad se establecieron, para esta **SALA PLENA**, en principio, le asiste razón a la Jueza de instancia, cuando afirma que el accionante debió demandar el acto de liquidación unilateral del contrato, realizada por **EDESA. S.A.**, acto que ha sido conocido por el contratista con anterioridad a la presentación de la demanda, el 4 de febrero de 2014 (fl. 215 del cuad. No 1) o a la oportunidad procesal para reformarla, por lo que, sería procedente la declaratoria de la excepción previa de **INEPTA DEMANDA** por falta de requisitos formales.

En este caso, no sería viable en virtud de la facultad de saneamiento del proceso, adoptar otra decisión menos gravosa a la declaratoria de la referida excepción, como sería integrar a la demanda el acto de liquidación unilateral del contrato, pues revisada la misma, por ningún lado se avizora que el verdadero propósito del accionante haya sido cuestionar la legalidad de dicho acto. Tan así, que no se indicaron la normas que posiblemente hubiere vulnerado tal acto, junto con la explicación del respectivo concepto de violación. Tampoco, dentro del traslado de la excepción previa formulada por la Entidad accionada, se corrigió esta falencia, por el contrario, la parte actora, como respuesta a la excepción planteada, ofreció argumentos tendientes a por qué en su sentir, no debía demandarse el acto que liquidó unilateralmente el contrato.

Por lo anterior, de propender por integrar un acto sobre el cual no se plantea ningún cargo de nulidad, sería variar el petitum y la causa petendi de la demanda, que solo le corresponde fijarlo al demandante y no a otros. En consecuencia, en el presente asunto, no existe duda alguna que el interés del demandante no fue el demandar el acto que liquidó unilateralmente el contrato, siendo que, en estos casos, se requiere su cuestionamiento para poder emitir una decisión de fondo con relación a las pretensiones que se plantean en el libelo introductorio.

Los argumentos dados en precedencia, serían más que suficientes, para confirmar en su totalidad la decisión tomada por la Jueza de 1ª instancia, sino fuera, porque en el caso particularmente estudiado, advierte la **SALA PLENA** que, dada la condición de Empresa de Servicios Públicos de la parte accionada, el régimen contractual que la cubre es el derecho privado, por lo que, los actos que ellas expiden no son actos administrativos, independiente de la denominación que les dé, sino simplemente actos contractuales, pues se originan en virtud de la autonomía de la voluntad dispositiva o negocial y no en una facultad legal.

Sobre la naturaleza jurídica de los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios expedidos en desarrollo de un contrato, y si estos requieren de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el **CONSEJO DE ESTADO** en sentencia del 2 de junio de 2021, Sección 3ª, Subsección B, radicado No 05001-23-31-000-2002-03492-01(48857), C.P. **RAMIRO PAZOS GUERRERO**, manifestó lo siguiente:

2.1. Naturaleza jurídica de los actos de las empresas de servicios públicos

En tanto la sentencia apelada determinó que las pretensiones no podían ser resueltas por razón de la existencia de una comunicación suscrita por EPM que, a su juicio, era un acto administrativo que debió demandarse, el primer asunto que deberá analizar la Sala corresponde a la naturaleza jurídica de dicha comunicación.

La Sala no comparte la conclusión del *a quo* a este respecto y, por el contrario, considera que las empresas de servicios públicos domiciliarios solo pueden expedir actos administrativos contractuales cuando la ley les ha entregado de manera expresa dicha competencia. Las entidades estatales que están exceptuadas del estatuto de contratación solo pueden expedirlos en tanto exista fuente jurídica que las habilite para hacerlo²⁰.

Conforme al texto original del artículo 31 de la Ley 142 de 1994²¹, vigente en la época de

²⁰ La Sección Tercera tuvo oportunidad de precisar este aspecto, a título de unificación de jurisprudencia, en cuanto a los actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, en sentencia de 3 de septiembre de 2020, exp. 42003.

²¹ Ley 142 de 1994. ARTÍCULO 31. CONCORDANCIA CON EL ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se registrarán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se registrará, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

la celebración del contrato, la contratante quedó exceptuada del estatuto de contratación pública y la relación jurídica negocial, propia del objeto de los servicios a cargo de la demandada, estaba llamada a regirse bajo condiciones de igualdad entre sus extremos y, particularmente, por el derecho privado. Así las cosas, EPM no podía expedir actos administrativos contractuales diferentes a los que la ley le autoriza²², por lo que aún sin adentrarse en el análisis material del documento identificado con el número 938259 de 28 de marzo de 2001²³, se puede concluir que no se trataba de un acto administrativo, sino de una comunicación en la que uno de los contratantes le puso de presente a su contraparte una posición jurídica respecto de un puntual aspecto de la ejecución del contrato.

Ahora, aunque se considerara que en la mencionada comunicación, EPM impuso de manera unilateral determinada postura, criterio o entendimiento del devenir de la relación contractual, ello no imponía a la actora la carga de enjuiciarla, en tanto obraba bajo la fundada convicción de que su contraparte se comportaba, para efectos de la ejecución del contrato, en condiciones de igualdad y, en tal virtud, no podía expedir decisiones unilaterales revestidas de presunción de legalidad enjuiciables ante esta jurisdicción. Afirmar ahora lo contrario para abstenerse de resolver de fondo la controversia, resultaría sin duda lesivo del derecho al acceso a la administración de justicia. (Subrayas no son del texto original).

En auto del 31 de enero de 2020, la Subsección C de la Sección 3ª del **CONSEJO DE ESTADO**, proferido dentro del proceso con radicado No 73001-23-33-000-2018-00589-01(64722) A, C.P.**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**, señaló que los actos precontractuales y contractuales que profieren las Entidades estatales que prestan servicios públicos por no estar sujeta al **ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA** no son actos administrativos, salvo cuando la Ley disponga expresamente lo contrario, además, indicó que por pertenecer aquellas a un régimen exceptuado no pueden liquidar unilateralmente el contrato mediante acto administrativo. Al respecto expresó:

2. Según los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 los contratos que celebren las entidades estatales que prestan servicios públicos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. **Por ello, el régimen de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, así como la fase de formación del negocio jurídico, se rigen enteramente por el derecho privado y los actos jurídicos precontractuales y contractuales emitidos por los prestadores de**

²² Por ejemplo aquellos con los que ejerce las potestades excepcionales que el ordenamiento jurídico le autoriza.

²³ A través de esta, EPM le informó al contratista sus conclusiones respecto del accidente ocurrido en el proceso de montaje de la compuerta No. 2 del vertedero de la hidroeléctrica, esto es, le dio a conocer su postura sobre la atribución de responsabilidad producto de esos hechos. El documento será materia de análisis del resolver de fondo la controversia.

servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos, salvo aquellos casos en los cuales la ley disponga expresamente lo contrario. Además, las entidades sometidas a regímenes exceptuados, entre las cuales están las empresas de servicios públicos, no pueden liquidar unilateralmente el contrato mediante acto administrativo por estar sometidas al derecho privado. En estos términos, no es aplicable lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993²⁴. (Negrilla fuera de texto).

Es preciso traer a colación la sentencia del 19 de julio de 2017, Sección 3ª, Subsección C, radicado No 8001-23-31-000-2011-00554-01(57394), CP. **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**, en una demanda de controversias contractuales promovida contra **ECOPETROL**, quien también en materia contractual se gobierna por las normas del derecho privado, explicó un poco más en detalle por que los actos que expiden las Entidades estatales en la ejecución de los contratos no se consideran actos administrativos:

3. Naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de las denominadas cláusulas accidentales en contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado.

El negocio jurídico es una manifestación o expresión de la voluntad encaminada indefectiblemente a la producción de unos efectos jurídicos previstos y queridos de antemano, esto es, para la adquisición, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

Con otras palabras, se trata de un acto humano voluntario y con efectos jurídicos, desplegado en ejercicio de la autonomía dispositiva, con el objeto de regular o disponer de los intereses.²⁵

Por su parte, los actos contractuales son todas aquellas manifestaciones o expresiones de la voluntad que se producen con ocasión del contrato y que se fundan preponderantemente en lo pactado.

Así por ejemplo, los actos que realiza una de las partes del contrato en ejercicio de facultades previamente convenidas, tales como las multas, la terminación unilateral y la liquidación unilateral, entre otras, se constituyen en meros actos contractuales, pues se originan en la autonomía dispositiva o negocial y no en una facultad legal y al pactarlas no se otorga a ninguna de ellas un poder excepcional al derecho común, teniendo en cuenta que *“su finalidad no es otra que la de regular una relación contractual de carácter civil y comercial, dotándola de mecanismos eficaces para la consecución del interés negocial”*²⁶.

En conclusión, la naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de facultades

²⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 8 de junio de 2018, Rad. 38120 [fundamento jurídico 3.6] y sentencia de 30 de septiembre de 2019, Rad. 43036 [fundamento jurídico 3.4.1].

²⁵ Hineyrosa Fernando en *“Tratado de las Obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico, Volumen I”*, Tercera Edición marzo de 2007, Ed. Universidad Externado de Colombia, Págs. 65 y 66, 103 y 104.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de febrero de 2017, Expediente 56.562.

otorgadas por las partes en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, difiere de aquella que se predica de los actos expedidos unilateralmente por la administración en un contrato del Estado con fundamento en la ley, pues la existencia de aquellos se origina en la autonomía dispositiva, se expiden con fundamento en el acuerdo negocial y no comportan el ejercicio de una facultad excepcional al derecho común, a diferencia de éstos que sí se originan y se expiden en ejercicio de prerrogativas excepcionales al derecho común previstas en la ley y, por esta razón se constituyen en actos administrativos.

Así, los actos que se expiden en contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado en ejercicio de las cláusulas accidentales a través de las cuales las partes convienen el ejercicio de facultades o figuras tales como las multas, la terminación o liquidación unilaterales, se constituyen en meros actos contractuales y su expedición por alguna de las partes no comporta el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común.

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, es evidente que en ésta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales, más no administrativos.

4. Noción y elementos del acto administrativo.

El Acto Administrativo se define como *“toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos”²⁷*.

Sus elementos se concretan en:

Es un acto positivo, una manifestación positiva expresa, concreta o específica de la administración.

Tiene un carácter unilateral, es decir, es una manifestación de voluntad unilateral de la administración donde no hay un consentimiento del administrado en su producción, y en la que en todo caso debe respetarse el derecho al debido proceso del destinatario.

Es una expresión de voluntad que se sujeta al principio de legalidad.

Esa manifestación de voluntad positiva y unilateral puede provenir tanto de los órganos que hacen parte del poder ejecutivo así como de aquellos que no siendo parte de ésta rama ejercen ése tipo de funciones.

²⁷ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II “Acto Administrativo”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 131.

El poder decisorio de la manifestación de voluntad, se concreta en la potencialidad para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas a partir de su contenido.

Al respecto se ha señalado que *“La manifestación de voluntad debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando o extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia ante el derecho, esto como efecto directo de su carácter decisorio.”*²⁸

Así, la declaración de voluntad indefectiblemente ha de estar encaminada a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, esto es, a la producción de efectos jurídicos o de lo contrario no podría ser considerado como un acto administrativo.

Ahora, los actos administrativos expedidos unilateralmente por alguna de las partes en la ejecución de un contrato estatal, difieren de aquellos actos contractuales que se emiten en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado en ejercicio de facultades otorgadas por las mismas partes, pues tal como se señaló en líneas precedentes la expedición de aquellos se produce como consecuencia de las prerrogativas previamente dispuestas en la ley y, en cambio la emisión de los otros se funda en la autonomía dispositiva y no comporta el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común.

Así las cosas, teniendo en cuenta que los actos que se expiden con fundamento en facultades otorgadas por las partes en el pacto negocial, cuyo régimen es el de derecho privado, se constituyen en meros actos contractuales, el control judicial que se realice de los mismos debe darse a través del análisis del comportamiento contractual, más no por vía de nulidad.

Es decir, cuando lo que se impugna es un acto contractual expedido por la entidad contratante en ejercicio de las facultades o mecanismos convenidos por las partes en ese determinado contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, la demanda no debe estar encaminada a que se declare la nulidad de ese acto, sino a que se analice si con su expedición la entidad incurrió en el incumplimiento de alguna de las prestaciones a su cargo, si vulneró alguna de las cláusulas negociales, o si violó normas imperativas, buenas costumbres, la buena fe o implicó el ejercicio abusivo de su derecho.

5. Efectos jurídicos e impugnación de los actos contractuales

Con otras palabras, el hecho de que en los casos en que el contrato del Estado se rige por las normas del derecho privado y que en desarrollo de aquel se produzcan actos unilaterales con fundamento en ejercicio de facultades convenidos por las partes, como por ejemplo la terminación unilateral o la imposición de una multa, tal como ocurre en este caso concreto, no significa entonces que tales actos, por regirse por el derecho

²⁸ Ibidem, Págs. 132 a 136

privado, carezcan de la posibilidad de ser reclamados o cuestionados ante la parte que los profirió o demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En efecto, como se trata de actos jurídicos, es decir de actuaciones que tienen repercusiones en el mundo del derecho y específicamente en el contrato, su impugnación, si es que el impugnante considera que no se ajustan al ordenamiento jurídico ni al contrato, puede hacerse directamente ante quien lo expidió para que lo reconsidere y se solucionen las diferencias, y, en últimas, si persiste la discrepancia sobre la juridicidad de lo actuado, ante la jurisdicción contencioso administrativa para que esta decida con autoridad de cosa juzgada sobre a quién le asiste la razón, sin que estas posibilidades les quiten el carácter de actos contractuales. (Negrilla fuera del texto original).

De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia del Alto Tribunal, la **Resolución No 131, del 11 de marzo de 2013**, por medio de la cual la Entidad accionada declaró la liquidación unilateral del contrato, no constituye un acto administrativo enjuiciable ante esta Jurisdicción, al margen de la denominación y estructura que se adoptó en esa decisión, pues al regirse el contrato por las normas de derecho privado, es claro que el acto en mención no fue expedido en ejercicio de una función administrativa, con la aptitud legal para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, derechos u obligaciones a cargo o en favor de la otra, sin su consentimiento, sino en las mismas condiciones que un particular, esto es, en ejercicio de la expresión de la autonomía privada, constituyéndose entonces, en un acto meramente contractual.

Bajo ese contexto, el actor no tenía la carga de abatir presunción de legalidad alguna, tampoco le es exigible obtener declaración judicial de nulidad del acto, como presupuesto o condición previa de las pretensiones que se formulan en la demanda.

No significa lo anterior, que el Juez del contrato no pueda referirse al fundamento jurídico de esa liquidación, sólo que no lo hará con el objeto de constatar si el demandante ha abatido presunción alguna de legalidad, pues ella no goza de tal presunción, ni para satisfacer un presupuesto formal que lo habilite para proferir una eventual condena, sino para establecer si tal liquidación consultó la realidad de la ejecución del contrato, y si por causa de ella sobrevino daño al contratista, que deba ser reparado. En tal caso, el Juez debe contrastar la liquidación, no con la Ley, sino con la voluntad comercial, y con el real proceder de la ejecución contractual; para lo cual se atenderá los argumentos esgrimidos en la demanda junto con las pruebas allegadas al expediente, para determinar con ello es posible acceder a las pretensiones de la demanda, situación que solo será viable analizar en la sentencia que ponga fin al proceso.

Atendiendo a que, en el presente asunto, se declaró probada la excepción

previa de **INEPTA DEMANDA** por omitirse demandar el acto que liquidó unilateralmente el contrato, que si bien, conforme se abordó a lo largo de esta providencia es exigible su impugnación, pero solo para los contratos que se rigen por el **ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**, y como la Entidad demandada su relación se gobierna por las disposiciones del derecho privado, no requiere demandarse el acto en cuestión, por no ser un acto administrativo, por lo que habrá de **REVOCARSE** la decisión de 1ª instancia, en consideración a los argumentos que se ahondaron en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PLENA** del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META**,

RESUELVE:

PRIMERO: La **SALA PLENA** de este Tribunal unifica criterios, para la solución de controversias donde se haya liquidado unilateralmente el contrato regido por el **ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL**, en el siguiente sentido:

- En aquellos casos en los cuales el contratista solicita declarar el incumplimiento de la Entidad contratante o la ruptura de la ecuación contractual del negocio por circunstancias imprevisibles acaecidas durante su ejecución y reclama los consecuentes perjuicios sin incluir en la demanda la pretensión de nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato, cuando el mismo ha sido conocido por el contratista con anterioridad a la demanda o a la oportunidad procesal para reformarla y en su contenido se condensan aspectos concernientes al cruce final de cuentas relacionados con la reclamaciones que constituyen el centro del litigio, no queda otro camino que declarar la excepción previa de **INEPTITUD DE LA DEMANDA**, como medida de saneamiento del proceso, para evitar una decisión inhibitoria.
- No es dable al Juez, dada la facultad de saneamiento que le asiste como conductor del proceso, pueda integrar el acto administrativo que no se demandó a la *litis* a fin de que se realice un control integral del mismo, que afectó la situación jurídica del accionante y, así sanear el proceso con la finalidad librar la causa judicial de errores, defectos, omisiones o vicios, que retrasen o impidan la decisión sobre el mérito de la *litis* debatida, toda vez que esto conllevaría a quebrantar el debido proceso y desconocer la igualdad de las partes ante la Ley.

- Solo y excepcionalmente si, llegado el caso, de que en la demanda no se hubiere formulado de manera expresa la pretensión anulatoria del acto administrativo, pero de una interpretación integral de la misma, permita al Juez desentrañar que la verdadera intención del demandante fue la de impugnar dicho acto administrativo, podría adoptarse como medida de saneamiento la integración de dicho acto a la litis, en atención a derechos de orden superior como el de acceso material a la administración de justicia y la prevalencia de lo sustancial sobre las formalidades, siempre y cuando sea esa la verdadera intención del accionante, ya que la demanda está marcada por la iniciativa del interesado, razón por la cual no puede tener por demandado lo que no surge del libelo introductorio. También ello sería posible, si dicha falencia se subsana a través de la reforma de la demanda, con observancia de las limitaciones que regula el artículo 173 del C.P.A.C.A, o aun en el traslado de las excepciones previas formuladas por el extremo pasivo, conforme al numeral 1.º del artículo 101 del CGP. De este modo, se garantiza la prevalencia de la sustancia sobre la forma y se impulse la actuación judicial a un pronunciamiento de fondo, y no a una sentencia inhibitoria.

- La labor de interpretación de la demanda y de las cuestiones que han de ser objeto de pronunciamiento, debe desarrollarse con extremo cuidado y dentro de un marco de acción restrictivo, ya que no es dado al Juzgador interpretar la demanda y demás peticiones con amplitud tal que quebrante el debido proceso y desconozca la igualdad de las partes ante la Ley.

SEGUNDO: REVOCAR el auto del 24 de octubre de 2017, emitido por el **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, mediante el cual declaró prospera la excepción de **INEPTITUD DE LA DEMANDA**, por las razones planteadas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, continuar con el trámite correspondiente.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase al Juzgado de origen para que continúe con el trámite, previo a las **DESANOTACIONES** de Ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Estudiado y aprobado en **SALA PLENA** de Decisión, de la fecha, mediante acta N.º.- 050

Firmado Por:

**Teresa De Jesus Herrera Andrade
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 001 Administrativa
Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta**

**Hector Enrique Rey Moreno
Magistrado
Mixto 003
Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta**

**Carlos Enrique Ardila Obando
Magistrado
Mixto 002
Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta**

**Claudia Patricia Alonso Perez
Magistrado
Mixto 005
Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta**

**Nilce Bonilla Escobar
Magistrada
004
Tribunal Administrativo De Meta**

**Nohra Eugenia Galeano Parra
Magistrada
Mixto
Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

d0c7658005ea752eee0d4db7c11ef373813dfe01c694ebd4eed4363935433875

Documento generado en 12/11/2021 03:12:31 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>