**ACTOS ADMINISTRATIVOS -** **Principio de legalidad - Presunción de legalidad**

La actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados y a la promoción de la prevalencia de los intereses generales y, de otro, a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos. (…) Este objeto de la actividad de la Administración comprende múltiples facetas pero en todo caso, sin importar cuál de ellas se trate, su actuación supone la existencia de un acto administrativo, pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad aquella que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros. (…) si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad. (…) Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que al hacer referencia al carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. (…) si no se impugna la legalidad de un determinado acto administrativo que se encuentra en firme y produciendo a plenitud sus efectos, no puede el juez contencioso administrativo entrar a estudiar oficiosamente si el contenido de éste o la decisión allí adoptada se encuentra ajustada a derecho o no.

**ACTOS ADMINISTRATIVOS - Nulidad - Presunción de legalidad**

En estas circunstancias se debe partir de una realidad jurídica consistente en la existencia de un acto administrativo que se encuentra firme y produciendo a plenitud sus efectos, cuya legalidad no fue impugnada ni en la vía gubernativa ni judicialmente por la Sociedad contratista. En otros términos, si el ahora accionante presenta unas peticiones solicitando el reconocimiento y pago de unos perjuicios económicos que presuntamente le fueron ocasionados por un acto administrativo que se encuentra en firme y lo ampara una presunción de legalidad, decisión ésta con la cual se ha mostrado de acuerdo la sociedad contratista pues no la cuestionó ni en la vía gubernativa ni judicialmente, no puede ahora pretender que por vía de la acción contractual le sean reconocidos unos perjuicios cuando no demandó la nulidad del acto administrativo que presuntamente se los ocasionó, que existe, se presume legal y está produciendo a plenitud sus efectos.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 41001-23-31-000-2011-00302-02(57125)**

**Actor: OPERADORES DE AGUA Y ENERGIA S.A. E.S.P.**

**Demandado: EMPRESAS PUBLICAS DE NEIVA E.S.P.**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)**

Contenido: Descriptor: Se niegan las pretensiones de la demanda por no haberse demandado la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la administración ya había negado sus peticiones/Restrictor: Principio de Legalidad y presunción de legalidad de los actos administrativos/Presupuestos procesales de la relación jurídico procesal – Fallos inhibitorios y de mérito.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 27 de enero de 2016, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, mediante la cual se declaró como probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

1. **ANTECEDENTES.**
2. **Lo pretendido.**

El 1º de junio de 2011[[1]](#footnote-1) la **Sociedad Operadores de Aguas y Energía S.A. E.S.P.** presentó demanda contra las **Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P.** solicitando que se le condenara al reconocimiento y pago de la suma de $39.503´440.478,80, por concepto de los perjuicios materiales que le fueron ocasionados, suma que debía estar debidamente actualizada.

En segundo lugar, pide que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de una indemnización de perjuicios por los daños que le fueron ocasionados a su buen nombre financiero y comercial.

Pide que se condene a la accionada al reconocimiento y pago de la suma de $641´555.690,00, por concepto de las utilidades equivalentes al 25% del valor de los contratos de cada una de las zonas, dejadas de percibir por no haber podido participar en los procesos de contratación adelantados por el Departamento para la gerencia de alguna de las zonas del Plan Departamental de aguas, debidamente actualizada.

Por último pide que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la suma equivalente a 1.000 gramos oro por concepto de la afectación a su reputación como empresa y contratista o *“good will”.*

1. **Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.**

Por medio de la Resolución No. 549 del 20 de noviembre de 2006 la demandada dio apertura a la convocatoria pública No. 02 de 2006 con el objeto de contratar la Gestión para la ejecución de los procesos comerciales de los servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Municipio de Neiva-Huila.

A dicha convocatoria presentó su propuesta la sociedad demandante bajo la figura de proponente individual conforme al numeral 3.2.1. b junto con un contrato de asistencia técnica calificada de “*TECNICAS HIDRÁULICAS S.A. – TH- SUCURSAL COLOMBIA”* – Sociedad Mercantil Cubana.

El 15 de marzo de 2007 se celebró entre la demandante y la demandada el contrato de Gestión Comercial No. 001 de 2007, por virtud del cual aquella se obligó en favor de ésta a ejecutar en su nombre todas las actividades comerciales relacionadas con la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, incluyendo actividades de vinculación de suscriptores; procesos de facturación de consumos; suspensión y reinstalación de los servicios; solución de anomalías construcción o reposición de redes locales, entre otras.

Como plazo de duración del contrato se fijó el término de diez (10) años contados a partir de la suscripción del acta de iniciación o entrada en ejecución de las obras, esto es, desde el 18 de abril de 2007; prorrogables con un aviso de 12 meses de anticipación a la fecha de vencimiento del plazo inicial.

Manifiesta la accionante que el contrato se empezó a ejecutar el 2 de julio de 2007, fecha en la que se le hizo entrega del primer ciclo de facturación cuya lectura adelantó el gestor comercial.

La remuneración por la ejecución del contrato se pactó bajo las modalidades de retribuciones por la gestión comercial; por honorarios derivados del recaudo de cartera morosa y por la disminución en los índices de agua no contabilizada; bonificaciones por la mejora en la eficiencia de los recaudos y; el reembolso de los costos y gastos por la ejecución de actividades de suspensión, reconexión, taponamiento sencillo y reinstalación cuando éstas fueran imputables al usuario o suscriptor, así como también de los costos por inversión en el programa de agua no contabilizada, las cuales la accionada se negó a implementar

A través de la cláusula No. 22.3 del contrato las partes convinieron que dada la naturaleza de las prestaciones y las modalidades de remuneración pactadas el contrato celebrado sería de cuantía indeterminada.

Desde la época de la campaña Política del Ingeniero Héctor Aníbal Ramírez, actual alcalde de Neiva y transcurridos sólo 2 meses después de que se empezaran a ejecutar las obras objeto del contrato No. 001 de 2007, éste manifestó su voluntad de darlo por terminado.

Mediante la Resolución No. 0213 del 25 de marzo de 2009 el señor Andrés Espitia Duque en su calidad de gerente de Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P. declaró la nulidad absoluta del contrato de Gestión Comercial No. 001 del 15 de marzo de 2007 por estimar que éste había sido celebrado con una sociedad incursa en una causal de inhabilidad; así como también por haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal, al no contar con las disponibilidades presupuestales exigidas por la ley para su celebración y en consecuencia ordenó su terminación unilateral y su posterior liquidación.

Contra dicha providencia la accionante no instauró recurso alguno por ser *“innecesario para el agotamiento de la vía gubernativa”,* quedando entonces ejecutoriada el 2 de abril de 2009.

Afirma que con la decisión adoptada irregularmente a través de la Resolución No. 0213 del 25 de marzo de 2009 y las diferentes acciones y omisiones en la ejecución del contrato No. 01 de 2007 que se concretan en no poner a su disposición la infraestructura para prestar los servicios; no autorizar la constitución de una fiducia para garantizar las obligaciones crediticias; no implementar la retribución por la gestión comercial convenida; terminar anticipadamente el régimen de transición tarifaria, no permitir el cobro prejurídico de la cartera morosa y ocultar mecanismos de financiación; la accionada le ocasionó un daño antijurídico y unos perjuicios que deben ser indemnizados.

Por último, señala que la Resolución No. 0213 del 25 de marzo de 2009 se expidió con falta de competencia al fundarse en las causales de nulidad previstas en la Ley 80 de 1993, siendo otra la norma aplicable a ese asunto; con falsa motivación; con abuso o desviación de poder y con violación a los artículos 90 de la C.P., 4º, 5º y 50 de la Ley 80/93.

* 1. **La solicitud de suspensión provisional.**

Por medio de escrito separado de la demanda[[2]](#footnote-2) la accionante solicitó la suspensión de los efectos de la Resolución impugnada por estimar que ésta había sido expedida con violación al inciso 2º del artículo 29 de la Constitución política; los artículo 87 y 136 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

Dice que con el acto administrativo impugnado se le vulneró su derecho fundamental al debido proceso, pues fue expedido sin que previamente se desplegara el procedimiento administrativo exigido por la Ley y contrariando las disposiciones legales.

Afirma que la Resolución No. 0213 de 2009 se profirió con falta de competencia, teniendo en cuenta que para la fecha en la que se expidió ya habían transcurrido más de dos (2) años después a la suscripción del contrato.

Trae a cuento un concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de ésta Corporación el 1º de diciembre de 1999, bajo el radicado No. 1230 relativo a la competencia para declarar la nulidad total o parcial, absoluta o relativa de los contratos estatales, para luego señalarque el señor Andrés Espitia Duque en su calidad de Gerente de la accionada carecía de competencia para declarar la nulidad absoluta del contrato No. 011 de 2007, pues dicha facultad era de competencia exclusiva del juez contencioso administrativo.

Reitera que con la decisión adoptada irregularmente a través de la Resolución No. 0213 del 25 de marzo de 2009 y las diferentes acciones y omisiones en la ejecución del contrato No. 01 de 2007 la accionada le ocasionó un daño antijurídico y unos perjuicios por las sumas equivalentes a $39.503´440.478,80 por concepto de las utilidades dejadas de percibir con ocasión del contrato y de $ 34.987.137 por concepto de los intereses moratorios causados, las reparaciones locativas por la terminación anticipada del contrato de arrendamiento celebrado con la Señora Ana María Bernal Vanegas y la vinculación a procesos laborales ordinarios instaurados por ex asociados a PCTA COOPLIDER, empresa con la que había contratado la prestación de servicios operativos y de personal.

Concluye señalando que de la simple confrontación de la Resolución cuya suspensión se pide con las normas que se estiman vulneradas se logra evidenciar una vulneración manifiesta de éstas.

1. **Trámite procesal.**

Admitida que fue la demanda por medio de auto del 23 de junio de 2011[[3]](#footnote-3), negada la solicitud de suspensión provisional y noticiada la demandada del auto admisorio[[4]](#footnote-4), el asunto se fijó en lista y Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P. no le dio respuesta[[5]](#footnote-5) pues la contestó de forma extemporánea.

Luego de decretadas[[6]](#footnote-6) y practicadas las pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión[[7]](#footnote-7), oportunidad que sólo fue aprovechada por las partes[[8]](#footnote-8).

* 1. **De la declaratoria de nulidad.**

Por medio del auto del 5 de agosto de 2014[[9]](#footnote-9) la Sala Octava de Decisión Escritural del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila declaró la nulidad de todo lo actuado desde el auto del 23 de junio de 2011, por medio del cual se admitió la demanda interpuesta, argumentando que teniendo en cuenta que por medio de la cláusula No. 24.2 del contrato No. 001 de 2007 las partes convinieron que cualquier controversia que se suscitara entre ellas con ocasión éste, que no fuera de carácter técnico sería sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, ésta Jurisdicción carecía de Competencia funcional para resolver el presente asunto.

Contra dicha decisión la sociedad demandante Operadores de Agua y Energía S.A. E.S.P[[10]](#footnote-10) interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación y la demandada Empresas Públicas de Neiva E.S.P. el de apelación[[11]](#footnote-11), los cuales fueron resueltos por medio del auto del 13 de febrero de 2015 en el sentido de rechazarlos y declarar la ilegalidad del auto proferido el 5 de agosto de 2014 dejándolo sin efecto legal alguno.

Para adoptar dicha decisión el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila expuso las siguientes razones:

Rechaza por improcedentes los recursos interpuestos por la sociedad accionante al considerar, de una parte, que en los términos del artículo 181.6 del C.C.A. el recurso de reposición no resultaba procedente frente a las providencias por medio de las cuales se declara una nulidad procesal y; de otra, que el recurso de apelación contra dicha providencia debía interponerse directamente y no como subsidiario al de reposición.

En lo relativo a los recursos de apelación interpuestos por ambas partes también los rechaza al señalar que contra la providencia que declara la falta de jurisdicción o competencia no resultaba procedente recurso alguno.

Hace referencia a las nociones de competencia y jurisdicción, a la *“perpetuatio jurisdictionis”* y a las reglas de interpretación de la competencia, para luego señalar que el único facultado para definir la competencia era el órgano legislativo con algunas limitaciones, más no el órgano judicial.

Afirma que no se lograría la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustancial si se reinicia un proceso judicial cuando éste se encontrara pendiente para proferir fallo de segunda instancia y que por tal razón no se podía cambiar el juez de conocimiento en ese estado del proceso cuando así no lo había dispuesto expresamente el legislador.

Luego de hacer referencia a algunas providencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación relativas al precedente jurisprudencial vigente para la fecha de la demanda, señala que teniendo en cuenta que para esa época se entendía que las partes renunciaban de forma tácita al pacto arbitral cuando habiéndolo pactado una de ellas presentaba demanda ante la jurisdicción Contencioso Administrativa y la otra parte no se oponía a ello, debía entenderse que en el presente asunto las partes habían consentido mutuamente en desistir de su propio pacto.

Dice que sí la existencia de un pacto arbitral no da lugar ni a la inadmisión ni al rechazo de la demanda, mucho menos puede ser fuente de una nulidad procesal, más aún cuando es clara la voluntad del legislador sanear en lo posible lo errado y limitar dicha consecuencia a unas estrictas causales.

Por último, resalta que mal podría alegarse la nulidad procesal en el presente asunto por la existencia de un pacto arbitral cuando la demanda no se contestó en tiempo y no se propusieron las excepciones respectivas.

1. **LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.**

Mediante la sentencia del 27 de enero de 2016 el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila resolvió declarar como probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Luego de hacer un breve recuento de los hechos, de los fundamentos de derecho y de los cargos propuestos en la demanda, señala que si bien a lo largo de ésta la sociedad accionante formuló reparos en contra de la Resolución No. 0213 del 25 de marzo de 2009, no demando su nulidad como debió hacerlo para sacar avante sus pretensiones, siendo éste el acto generador de los perjuicios cuya reparación reclama.

Hace referencia a algunas sentencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación relativas a la carga de la parte accionante de demandar la nulidad de los actos administrativos generadores de los perjuicios cuya reparación reclama, para luego señalar que teniendo en cuenta que la omisión de la ahora accionante en demandar la nulidad de la Resolución No. 0213 del 25 de marzo de 2009 no podía ser suplida por el Juez Contencioso Administrativo, lo que se imponía en el presente asunto era un fallo adverso a sus pretensiones, más aun teniendo en cuenta que no era posible ordenar la indemnización de unos perjuicios que presuntamente se causaron por un acto administrativo que se encuentra en firme y que se encuentra revestido de una presunción de legalidad que no ha sido desvirtuada.

Con fundamento en las anteriores consideraciones el Tribunal declara como probada de oficio la excepción de inepta demanda y en consecuencia se declara inhibido para emitir un fallo de fondo.

Por último, niega la pretensión relativa a la condena en costas.

1. **EL RECURSO DE APELACIÓN.**

Contra lo así resuelto el apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

Inicia su argumentación la recurrente por reiterar que la Resolución No. 0213 del 25 de marzo de 2009 se expidió con abierta contradicción a las normas constitucionales y legales y con falta de competencia al ser el juez contencioso administrativo el único legitimado y autorizado legalmente para decidir sobre la nulidad absoluta de los contratos estatales, para lo cual trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 30 de enero de 2013, bajo el radicado No. 19083 y el concepto No. 1230 de 1999 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil.

Hace referencia a la sentencia No. C-069 de 1995 relativa a la teoría de los actos administrativos inexistentes, para luego señalar que en el presente asunto la Resolución No. 0213 de 2009 era un acto administrativo inexistente teniendo en cuenta que por medio de éste la administración había suplantado la competencia del Juez Contencioso Administrativo al declarar la nulidad absoluta del contrato No. 001 de 2007.

Dice que no resulta razonable que el Tribunal de Primera instancia le exija al accionante en su demanda una petición especial de anulación de la Resolución No. 0213 de 2009, cuando dicho acto ni siquiera se encontraba revestido de una presunción de legalidad al ser expedido con falta de competencia.

El Tribunal al aplicar el precedente jurisprudencial no tuvo en cuenta la situación de inexistencia de la Resolución No. 0213 de 2009 y adoptó su decisión creyendo equivocadamente que dicho acto administrativo se encontraba revestido de una presunción de legalidad.

Trae a cuento unas sentencia proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación el 6 de julio de 2009 bajo el radicado No. 5860 y el 18 de marzo de 2010 bajo el radicado No. 14390, para luego señalar que en el evento en el cual se entendiera que la Resolución No. 0213 de 2009 resultaba existente, teniendo en cuenta que ésta había sido expedida con falta de competencia, el juez Contencioso Administrativo se encontraba facultado y tenía el deber de declarar de oficio su nulidad absoluta.

Manifiesta que es deber del juez examinar por encima de las formalidades y rigorismos la materialidad de una decisión administrativa permeada por la irresponsabilidad y la mala fe.

Con base en lo anterior la recurrente solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, que se declare la inexistencia de la Resolución No. 0213 de 2009 y que en su lugar se acceda a las pretensiones resarcitorias de la demanda.

**IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público guardo silencio en éste asunto.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes

**V. CONSIDERACIONES.**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** Principio de legalidad y presunción de legalidad de los actos administrativos; **2)** Presupuestos procesales de la relación jurídico procesal – fallos inhibitorios y de mérito; **3)** Los hechos probados; **4)** La solución del caso concreto.

1. **Principio de legalidad y presunción de legalidad de los actos administrativos.**

Ya en anteriores oportunidades ésta Sala había tenido la oportunidad de señalar que conforme a lo previsto en los artículos 2°, 209 y 365 del texto constitucional, la actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados y a la promoción de la prevalencia de los intereses generales y, de otro, a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Este objeto de la actividad de la Administración comprende múltiples facetas pero en todo caso, sin importar cuál de ellas se trate, su actuación supone la existencia de un acto administrativo, pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad aquella que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros.

*“El principio de legalidad determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como* *“la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial,”* de tal manera que *“la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento”* *y que todos sus pronunciamientos* *“deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados.”[[12]](#footnote-12)*

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

Con otras palabras, *“se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.”*[[13]](#footnote-13)

Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que al hacer referencia al carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, disponen respectivamente que *“salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento…”* y que *“salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo…”[[14]](#footnote-14)*

Así las cosas, se entiende que todo acto administrativo una vez ejecutoriado produce a plenitud su efectos y se impone su obligatorio cumplimiento por parte de todos los destinatarios hasta tanto la administración no declare lo contrario, por lo cual quien pretenda su nulidad no sólo tiene la obligación de expresar claramente los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que se sustenta esa ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara.

De ésta forma, si no se impugna la legalidad de un determinado acto administrativo que se encuentra en firme y produciendo a plenitud sus efectos, no puede el juez contencioso administrativo entrar a estudiar oficiosamente si el contenido de éste o la decisión allí adoptada se encuentra ajustada a derecho o no.

1. **Presupuestos procesales de la relación jurídico procesal – fallos inhibitorios y de mérito.**

También ésta Subsección había tenido la oportunidad de señalar que:

“*Los presupuestos procesales son las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa.*

*En lo relativo a las providencias judiciales, se denominan inhibitorias aquellas en virtud de las cuales, la inobservancia de ciertos presupuestos procesales conllevan a que el funcionario judicial se abstenga de proferir una resolución de fondo respecto de un determinado asunto que se somete a su decisión.*

*Si bien se había venido sosteniendo que los presupuestos para que una relación jurídico procesal pudiera surgir válidamente eran la demanda en forma, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, y que la ausencia de alguna de ellas conducía a sentencia inhibitoria, lo cierto es que hoy en día se entiende que la inhibición por la ausencia de presupuestos procesales se reduce a la falta de capacidad para ser parte y a algunos casos excepcionales de inepta demanda pues las dos restantes, así como cualquier otro vicio que expresamente señale la ley, configuran causales de nulidad que deben regirse por los artículos 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil[[15]](#footnote-15) y 132 y siguientes del Código General del Proceso.*

*Aún más, ni siquiera en tratándose de una inepta demanda, puede afirmarse que se justifique la presencia de un fallo inhibitorio, pues la sola existencia de éste vicio no impide jurídicamente que el funcionario judicial emita un pronunciamiento de fondo, salvo casos excepcionales tales como la indebida acumulación de pretensiones”[[16]](#footnote-16).*

No ocurre lo mismo cuando el defecto consiste, por ejemplo, en que no se impugna la legalidad de un acto administrativo que se presume válidos, se encuentra en firme y está produciendo a plenitud sus efectos y luego se pretende el reconocimiento y pago de unos perjuicios económicos que presuntamente fueron ocasionados con su expedición, pues en tal hipótesis lo procedente no es la sentencia inhibitoria sino una decisión de fondo desestimando lo pretendido en ella.

Así que en estas circunstancias el juez, en lugar de negarse a resolver el conflicto pues a esto equivale una sentencia inhibitoria, lo que debe hacer es desatar el fondo de la cuestión litigiosa negando lo pretendido por el demandante.

1. **Los hechos probados.**

Por medio de la Resolución No. 549 del 20 de noviembre de 2006 la demandada dio apertura a la convocatoria pública No. 02 de 2006 con el objeto de contratar la Gestión para la ejecución de los procesos comerciales de los servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Municipio de Neiva-Huila.

A dicha convocatoria presentó su propuesta la sociedad demandante bajo la figura de proponente individual conforme al numeral 3.2.1. b junto con un contrato de asistencia técnica calificada de “*TECNICAS HIDRÁULICAS S.A. – TH- SUCURSAL COLOMBIA”* – Sociedad Mercantil Cubana.

El 15 de marzo de 2007 se celebró entre la demandante y la demandada el contrato de Gestión Comercial No. 001 de 2007, por virtud del cual aquella se obligó en favor de ésta a ejecutar en su nombre todas las actividades comerciales relacionadas con la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, incluyendo actividades de vinculación de suscriptores; procesos de facturación de consumos; suspensión y reinstalación de los servicios; solución de anomalías construcción o reposición de redes locales, entre otras (Fols. 28 a 68 del C. No. 6 de pruebas).

Como plazo de duración del contrato se fijó el término de diez (10) años contados a partir de la suscripción del acta de iniciación o entrada en ejecución de las obras (Fol. 31 del C. No. 6 de pruebas), esto es, desde el 18 de abril de 2007 (Fols. 1 a 7 anexos); prorrogables con un aviso de 12 meses de anticipación a la fecha de vencimiento del plazo inicial.

La remuneración por la ejecución del contrato se pactó bajo las modalidades de retribuciones por la gestión comercial; por honorarios derivados del recaudo de cartera morosa y por la disminución en los índices de agua no contabilizada; Bonificaciones por la mejora en la eficiencia de los recaudos y; el reembolso de los costos y gastos por la ejecución de actividades de suspensión, reconexión, taponamiento sencillo y reinstalación cuando éstas fueran imputables al usuario o suscriptor, así como también de los costos por inversión en el programa de agua no contabilizada (Fols. 39 a 43 del C. No. 6).

A través de la **Cláusula No. 22.3** del contrato las partes convinieron que dada la naturaleza de las prestaciones y las modalidades de remuneración pactadas el contrato celebrado sería de cuantía indeterminada (Fol. 60 del C. No. 6).

Mediante la Resolución No. 0213 del 25 de marzo de 2009 el señor Andrés Espitia Duque en su calidad de gerente de Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P. declaró la nulidad absoluta del contrato de Gestión Comercial No. 001 del 15 de marzo de 2007 por estimar que éste había sido celebrado con una sociedad incursa en una causal de inhabilidad, pues no ostentaba la calidad de entidad prestadora de servicios públicos como lo exige la ley para los contratos de concesión, que era la verdadera naturaleza del contrato celebrado.

De otra parte, consideró que el contrato suscrito había sido celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal, pues quien ordenó la apertura del proceso de selección respectivo y suscribió el contrato no contaba con las disponibilidades presupuestales exigidas por la ley para su celebración, circunstancia que encontró acreditada a través de las certificaciones emitidas por Jorge Osorio Peña en su calidad de Subgerente Administrativo de la accionada y Andrés Camacho Cardozo en su calidad de Secretario de Hacienda Municipal de Neiva, en las que se hacía constar que no existían autorizaciones del CONFIS, ni actos administrativos mediante los cuales se autorizara comprometer vigencias futuras.

Con fundamento en las consideraciones expuestas el Gerente de la accionada declaró la nulidad absoluta del contrato de Gestión Comercial No. 001 del 15 de marzo de 2007 y en consecuencia ordenó su terminación unilateral y su posterior liquidación (Fols. 70 a 111 del C. No. 6).

1. **La solución del caso concreto.**

Pues bien, de las probanzas arrimadas y que atrás se reseñaron se tiene por demostrado en primer lugar, que por medio de la Resolución No. 0213 del 25 de marzo de 2009 el señor Andrés Espitia Duque en su calidad de gerente de Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P. declaró la nulidad absoluta del contrato de Gestión Comercial No. 001 del 15 de marzo de 2007 y en consecuencia ordenó su terminación unilateral y su posterior liquidación.

También se encuentra demostrado que la accionante ahora está pidiendo en su demanda el reconocimiento y pago de unos perjuicios económicos presuntamente derivados de la expedición de la referida Resolución No. 0213 del 25 de marzo de 2009, pero que no demandó la nulidad de dicho acto.

En estas circunstancias se debe partir de una realidad jurídica consistente en la existencia de un acto administrativo que se encuentra firme y produciendo a plenitud sus efectos, cuya legalidad no fue impugnada ni en la vía gubernativa ni judicialmente por la Sociedad contratista.

En otros términos, si el ahora accionante presenta unas peticiones solicitando el reconocimiento y pago de unos perjuicios económicos que presuntamente le fueron ocasionados por un acto administrativo que se encuentra en firme y lo ampara una presunción de legalidad, decisión ésta con la cual se ha mostrado de acuerdo la sociedad contratista pues no la cuestionó ni en la vía gubernativa ni judicialmente, no puede ahora pretender que por vía de la acción contractual le sean reconocidos unos perjuicios cuando no demandó la nulidad del acto administrativo que presuntamente se los ocasionó, que existe, se presume legal y está produciendo a plenitud sus efectos.

En síntesis, si lo que el actor pretende es que se le reconozcan y paguen unos perjuicios materiales que presuntamente se le ocasionaron con la expedición de la Resolución No. 0213 del 25 de marzo de 2009, debió impugnar la legalidad de dicho acto que le ocasionó los perjuicios que ahora reclama y como así no lo hizo, no puede venir ahora a pedir el reconocimiento de los referidos perjuicios económicos, pues lo impide la existencia y la presunción de legalidad del acto administrativo que le causo los perjuicios que ahora reclama.

Ahora, aunque en el presente asunto lo pertinente era impugnar la legalidad de la Resolución No. 0213 del 25 de marzo de 2009 por medio de la cual se declaró la nulidad absoluta del contrato de Gestión Comercial No. 001 del 15 de marzo de 2007 y en consecuencia se ordenó su terminación unilateral y su posterior liquidación, no se puede afirmar que se imponga un fallo inhibitorio pues lo procedente en tal evento es decidir de fondo negando pretensiones, habida cuenta de que existe un acto administrativo que está produciendo todos sus efectos, que se presume legal y que está incuestionado.

Y como así no lo vio y lo decidió el Tribunal de primera instancia, la sentencia apelada deberá ser revocada para en su lugar negar la totalidad de las pretensiones de la demanda por haber operado la ineptitud sustantiva de la demanda.

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

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

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia y en su lugar negar la totalidad de las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en ésta providencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Magistrado Presidente de la Subsección C**

**Aclaró voto 38936/16**

1. Folios 1 a 22 del C. No. 6 de pruebas. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 126 a 131 del C. No. 6 de pruebas. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 155 a 157 del C. No. 6 de pruebas. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 160 del C. No. 6 de pruebas. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 167 a 190 del C. No. 6 de pruebas. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 192 a 194 del C. No. 2 de pruebas. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 510 y 511 del C. No. 2 de pruebas. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 512 a 520 del C. No. 1 (Alegatos demandada), Folios 535 a 544 del C. No. 1 (Alegatos demandante). [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 546 a 552 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 553 a 555 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 556 a 575 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 14 de marzo de 2012, Exp. 21578, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp. 20393, Sentencia del 9 de julio de 2014, Exp. 29.056, entre otras. [↑](#footnote-ref-12)
13. J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo.* Op. cit.p. 54-55 [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de junio de 2014, Exp. 27590, Sentencia del 9 de julio de 2014, Exp. 29.056. [↑](#footnote-ref-14)
15. Sobre este aspecto cfr. H. F. LÓPEZ BLANCO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Parte General.* T. I, Bogotá, Dupré Ditores, 2009, p. 967 a 977. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de agosto de 2014, Exp: 28.237. [↑](#footnote-ref-16)