**INEPTITUD DE LA DEMANDA - Control abstracto de legalidad- Ausencia de pretensión de nulidad - Nulidad - Fallo inhibitorio**

. Así las cosas, está probado que el contrato 129 se liquidó unilateralmente por la entidad pública contratante, de conformidad con lo pactado, con el objeto de ajustar las cuentas relacionadas con la ejecución del mismo y establecer los reconocimientos a que hubiere lugar; no obstante, en la demanda el actor no formuló pretensión anulatoria alguna en contra del acto de liquidación ni del que resolvió el recurso interpuesto contra aquél, situación que configura el fenómeno de la inepta demanda, pues para estudiar el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad Distribuciones Edzon y/o Edgar Pinzón Neira y el consecuente incumplimiento por parte de la entidad contratante, así como la correspondiente indemnización de perjuicios, era necesario desvirtuar previamente la legalidad de los actos de liquidación del contrato 129, máxime teniendo en cuenta que el acto de liquidación unilateral definió la parte económica del negocio y el contratista, pese a ello y sin demandar este acto, pide por su lado que se le reconozcan los daños causados por un posible incumplimiento de la entidad contratante, generador de perjuicios materiales y morales, según los términos de la demanda. (…) Pese a que se formularon diversas pretensiones, ninguna controvierte la legalidad del acto administrativo de liquidación unilateral, situación que conduce a declarar la ineptitud de la demanda, pues no debe olvidarse y, más bien, cabe recordar que el juez no tiene la posibilidad de modificar las pretensiones del demandante; además, cuando el juicio se limita a lo expresado en la demanda, como sucede en los contenciosos de nulidad, no es posible que se realice un control abstracto de legalidad por parte del juez. (…) Si bien la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. en la intervención adhesiva solicitó la nulidad de las resoluciones 3029 del 17 de diciembre de 2003 y 0043 del 1 de enero de 2004, es preciso señalar que, de conformidad con el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, en la calidad en la que esa aseguradora actuó en el proceso, no le asistía la facultad de adicionar las pretensiones de la demanda, sino tan solo de coadyuvarlas. Sumado a lo anterior, se tiene que en la sentencia apelada se negaron esas pretensiones y la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. no interpuso recurso de apelación contra esa decisión. En estas condiciones, es decir, ante la imposibilidad de pronunciarse de fondo –por la ineptitud de la demanda, generada en la indebida formulación del petitum del demandante- la Sala debe proferir un fallo inhibitorio.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 73001-23-31-000-2004-00274-02(33880)**

**Actor: EDGAR PINZÓN NEIRA – DISTRIBUCIONES EDZON**

**Demandado: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 16 de febrero de 2007, por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso lo siguiente (se transcribe como obra en el original):

**“PRIMERO:** Declarar no probada la excepción de indebida acumulación de pretensiones propuesta por la entidad accionada.

**“SEGUNDO:** Son nulas las resoluciones 2299 del 8 de octubre de 2003 que declaró la caducidad del contrato de compraventa No. 0129 del 26 de junio de 2003 suscrito entre el Hospital Federico Lleras Acosta y la firma Distribuciones Edzon y 2170 del 20 de noviembre de 2003 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra aquella.

**“TERCERO:** Declarase el incumplimiento del contrato de compraventa No. 0129 del 26 de junio de 2003 por parte del Hospital Federico Lleras Acosta.

**“CUARTO:** INHIBIRSE la Sala para decidir de mérito la pretensión indemnizatoria el accionante, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**“QUINTO:** NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

**“SEXTO:** A esta sentencia se le dará cumplimiento por parte de la entidad demandada, de conformidad con lo establecido en los artículos 176 e inciso final del artículo 177 del C.C.A.

“En firme la anterior decisión, archívese el expediente” (fl. 591, c. ppal.)

### **I. ANTECEDENTES**

**1.- La demanda.-**

Mediante escrito radicado el 9 de febrero de 2004 en el Tribunal Administrativo del Tolima, Edgar Pinzón Neira, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Distribuciones Edzon, formuló demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual, contra el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcribe como obra en el expediente):

“1) Declarar que entre el HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E representado por el doctor GILBERTO BARRAGÁN ÁVILA y la distribuidora EDZON Y/O EDGAR PINZON NEIRA, se celebró el contrato de compraventa N° 0129 por un valor de $364.252.472.oo y con un plazo de treinta (30) días contados a partir de la entrega del anticipo, cuya copia del mismo se anexa.

“2) Que son nulas las resoluciones N° 2299 del 8 de octubre del 2003 que declaro la caducidad del contrato por incumplimiento del mismo atribuible a mi mandante y resolución N° 2710 del 20 de Noviembre del 2003 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por mi mandante y que confirmo la resolución inicialmente citada.

“3) Como consecuencia de lo anterior y por la oposición de la entidad demandada a que mi mandante ejecutara dentro del termino contractual el objeto del contrato suscrito, con grave detrimento financiero de las expectativas propuestas en dicha relación contractual y posterior detrimento a los intereses de la DISTRIBUIDORA EDZON Y/O EDGAR PINZON NEIRA, en virtud de la declaratoria de caducidad por causas exclusivamente imputables al Hospital Federico Lleras Acosta, condénese a dicha entidad oficial a cumplir el contrato en mención y a pagar el valor de los perjuicios de orden material distribuidos de la siguiente manera (…)” (fls. 126 y 127, c. 1).

**2.- Hechos.-**

Los fundamentos fácticos de las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

**2.1.-** Con la resolución 649 de abril de 2003 el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. ordenó la apertura de la invitación a cotizar 027, para la adquisición de unos equipos médicos.

**2.2.-** Con la cotización 058 del 21 de abril de 2003, Distribuciones Edzon ofertó la venta de unos equipos médicos, para lo cual allegó una propuesta básica y otra alternativa con menor costo y menor tecnología. También presentó otra cotización, identificada como la 059, igualmente a menor costo y menor tecnología, en la que ofertó 10 monitores de signos vitales, marca MEK-USA modelo MP 400N.

**2.3.-** Mediante la resolución 1295 del 20 de junio de 2003, se adjudicó a Distribuciones Edzon la venta o suministro de 20 unidades de los equipos MEK –USA.

**2.4.-** El 26 de junio de 2003 se suscribió el contrato 0129, entre el Hospital Federico Lleras Acosta y Distribuciones Edzon y/o Edgar Pinzón Neira.

**2.5.-** Con el fin de cumplir con sus obligaciones, el demandante importó los equipos objeto del contrato y los entregó el 12 de agosto de 2003 al profesional universitario del almacén del Hospital, en espera de autorización para su instalación y capacitación del personal; sin embargo, tal autorización no se concedió y, al día siguiente, el interventor le comunicó la imposibilidad de recibir los monitores marca MEK-USA, por cuanto no cumplían con los parámetros de exactitud y nitidez para el control de los signos vitales en pacientes en estado crítico.

**2.6.-** El contratista se reunió con el interventor y los médicos del comité técnico quienes indicaron que los equipos MEK – USA no satisfacían las necesidades técnicas, motivo por el cual, previamente, habían recomendado comprar otros equipos.

**2.7.-** El interventor sugirió una prórroga del contrato, para encontrar una salida concertada. Vencido el plazo, el almacenista del Hospital solicitó el retiro de los monitores, ya que no se haría responsable por el deterioro o extravio de los mismos.

**2.8.-** Con la resolución 2299 del 8 de octubre de 2003, el Hospital Federico Lleras Acosta declaró la caducidad del contrato 0129, confirmada mediante la 2710 del 20 de noviembre del mismo año.

La anterior decisión se tomó con fundamento en lo informado por el interventor, quien indicó que los monitores no cumplían con los requerimientos técnicos; sin embargo, esos equipos fueron probados sin la intervención del contratista, ya que nunca se le dio la autorización para la correcta instalación de los equipos, con la correspondiente calibración y puesta en funcionamiento en condiciones satisfactorias, ni se pudo dar la inducción al personal operativo.

**3. Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de la violación.-**

El actor citó como fundamentos de derecho los artículos 1, 2, 6, 13, 29, 90 y 133 de la Constitución Política, los artículos 5, 7, 18, 26 (numerales 1, 2 y 4), 50, 51 y 52 de la ley 80 de 1993

Indicó que el Hospital Federico Lleras Acosta motivó falsamente los actos demandados, ya que el contratista no incumplió el contrato, pues los equipos entregados fueron los ofertados y correspondían a los adjudicados, es decir, el contratista cumplió con los requerimientos tecnológicos de los equipos ofertados y adjudicados, cosa diferente es que al final la entidad requiriera equipos de mayor tecnología, pero que no fueron los contratados.

**4.- La actuación procesal.-**

Por auto del 23 de marzo de 2004 se admitió la demanda, se ordenó la vinculación del demandado al proceso, a través de la notificación personal de la providencia al representante legal del Hospital Federico Lleras Acosta, se ordenó la notificación personal al agente del Ministerio Público y se dispuso la fijación del negocio en lista.

El Hospital Federico Lleras Acosta se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar que el contratista incumplió con el suministro de los monitores conforme a los requerimientos establecidos en su propuesta, en los términos de referencia y en el contrato.

Adujo que los términos de referencia fueron claros en señalar que los equipos se necesitaban para la unidad de cuidados intensivos de adultos y neonatos y el contratita no fue claro en su propuesta, pues no advirtió de las limitaciones técnicas de los monitores MEK USA; por el contrario, de la información suministrada por el proponente se concluyó que eran equipos aceptables para las condiciones particulares del Hospital Federico Lleras Acosta, es decir, que los equipos ofertados fueron diferentes a los entregados. Así las cosas, como los equipos ofrecidos no arrojaban datos confiables en pacientes obesos y neonatos (según el manual de funcionamiento), no se cumplió con los requerimientos técnicos.

Agregó que el manual de funcionamiento de los equipos no fue aportado con la propuesta, por lo que la evaluación de ella se hizo con la información suministrada por el contratista, es decir, la administración no conocía de las limitaciones técnicas de los monitores MEK USA.

Propuso la excepción de indebida acumulación de pretensiones.

**5.- Intervención adhesiva.-**

Mediante escrito radicado el 5 de mayo de 2005, la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza formuló demanda de intervención adhesiva, que fue admitida por auto del 21 de junio de ese mismo año.

Coadyuvó las pretensiones presentadas por el actor y, adicionalmente, solicitó declarar la nulidad de la resolución 3029 del 17 de diciembre de 2003, con la que se liquidó unilateralmente el contrato, así como la 0043 del 1 de enero de 2004, con la que se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera de ellas y, en consecuencia, pidió declarar que no se puede hacer efectiva la garantía única GU-01-1691297, expedida el 1 de julio de 2003.

Subsidiariamente, solicitó declarar la terminación del contrato de seguro, por agravación del riesgo no informado a la aseguradora.

Indicó que las resoluciones demandadas violaron los principios de transparencia y responsabilidad, ya que el contratista sí cumplió con el objeto contractual, y que las excepciones sobre el funcionamiento de los monitores en neonatos y pacientes obesos fueron puestas de presente en la propuesta, por lo que no se podía entender que el contratista no cumplió con las especificaciones técnicas indicadas en su oferta. Agregó que no resultaba lógico que la declaratoria de caducidad se basara en el concepto emitido por quienes, en su momento, habían integrado el comité técnico y habían dado concepto negativo a la propuesta que resulto beneficiada con la adjudicación.

También señaló que el hecho de que los equipos se hubieran importado inicialmente a Ecuador y no a Colombia no tenía relevancia, pues ni en el contrato, ni en la invitación se exigió que el contratista fuera distribuidor autorizado de los equipos MEK USA, ni se exigió una vía de importación específica, por lo que aquella circunstancia no tenía influencia alguna como argumento para declarar la caducidad del contrato.

Agregó que para proceder al pago de la póliza se debían demostrar los perjuicios causados a la entidad, los que consideró improcedentes, ya que, sí éstos se llegaron a causar, ello se debía a la propia conducta de la administración, ya que el contratista allegó en forma oportuna los equipos, pero no se le dio la oportunidad de instalarlos.

Por último, precisó que se no se le comunicó la agravación del estado del riesgo, pues, vencido el término inicial del contrato, no se informó a la aseguradora la divergencia que existía entre las partes del contrato y tampoco se le informó la prórroga de 30 días.

**6.- Los alegatos de primera instancia.-**

Las partes reiteraron lo expuesto en otras etapas procesales. La parte actora agregó que del dictamen pericial rendido dentro del proceso se evidenciaba que los monitores sí cumplían con las condiciones técnicas establecidas en el pliego de condiciones y en el contrato, que la advertencia que traían los manuales sobre personas obesas y neonatos muy pequeños eran casos extremos, pero que no constituían una limitación del equipo, es decir, que eran aptos para el trabajo en unidades de cuidados intensivos en pacientes adultos y neonatos.

Dijo también que se violó el debido proceso previo a la declaratoria de caducidad del contrato, ya que no se requirió al contratista, ni se le dio la oportunidad de rendir descargos, ni de aportar o solicitar pruebas para controvertir el supuesto incumplimiento.

El Ministerio Público guardó silencio.

**7.- La sentencia recurrida.-**

Es la proferida el 16 de febrero de 2007, por el Tribunal Administrativo del Tolima, en la cual se negó la excepción de indebida acumulación de pretensiones y se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en la forma indicada al inicio de esta providencia.

Consideró que el contrato no termina por vencimiento del plazo contractual cuando subsisten obligaciones a cargo del contratista; en consecuencia, la administración no pierde la facultad de declarar la caducidad de aquél, mientras exista incumplimiento del mismo.

Indicó que, de conformidad con los experticios presentados en el proceso, las razones aducidas por la entidad contratante para negarse a recibir los equipos desde el punto de vista técnico no fueron deficiencias o fallas de funcionamiento, sino las limitaciones naturales de los equipos adquiridos, por lo que no existió una justificación para que el hospital demandado se negara a recibirlos, máxime cuando los mismos funcionaron correctamente, según lo concluyeron los peritos, quienes, además, indicaron que se ajustaban a lo señalado en la propuesta del contratista y a lo previsto en los pliegos de condiciones.

Sumado a lo anterior, se pone de presente que en la propuesta del contratista, en lo referente a las especificaciones técnicas, se indicó que los equipos emitían un margen de error de diferentes porcentajes, frente a lo cual los peritos precisaron que ello no significaba que los equipos no fueran confiables para valorar a personas obesas o neonatos, ya que los manuales advertían que se debía tener especial cuidado en esa clase de pacientes sin que signifique que no sirven en esos eventos.

Indicó que el contratista fue sorprendido con la terminación del contrato, sin que se hubiera adelantado un procedimiento administrativo previo a la declaratoria de caducidad, a pesar de que el contratista entregó los equipos dentro del plazo convenido. Si bien, el contratista no instaló los equipos, ni los probó, ni realizó la inducción al personal del hospital, ello se debió a que la entidad demandada no lo permitió, por lo que no era viable sostener que el contratista incumplió sus obligaciones. En todo caso, señaló que, de considerarse que sí hubo incumplimiento, al contratista se le violó el debido proceso, pues no se le hizo requerimiento alguno.

En consecuencia declaró la nulidad de las resoluciones demandadas.

En cuanto a las pretensiones indemnizatorias, consideró que no se demostraron cuáles fueron los perjuicios ocasionados. Además, dijo que la resolución 3029 del 17 de diciembre de 2003 y la 043 del 15 de enero de 2001, que confirmó aquélla (la cual liquidó unilateralmente el contrato 129 de 2003), que no fueron demandadas en este proceso, por lo que debían conservar su presunción de legalidad.

En cuanto a la intervención adhesiva, consideró que no era procedente realizar ningún pronunciamiento, ya que constituyó una reforma de la demanda, lo que no era viable por no ser una intervención autónoma, sino limitada por la demanda inicial.

**8.- El recurso de apelación.-**

Inconformes con la anterior decisión la parte actora y la demandada interpusieron sendos recursos de apelación; sin embargo, la parte demandante lo hizo en forma extemporánea. La parte demandada, en cambio, lo hizo dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico y contra los ordinales segundo y tercero, con fundamento en que no se realizó un análisis de los presupuestos procesales para declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, no se consideraron las circunstancias de hecho que dieron lugar a la suscripción de la prórroga del contrato y no se analizó el verdadero alcance de los dictámenes periciales rendidos en el proceso.

Adujo que el actor presentó dos propuestas: las cotizaciones 058 y 059. La 059 fue la favorecida, con dicha propuesta no se allegó físicamente el equipo, por lo que el comité evaluador realizó la calificación sobre la información suministrada por el proponente, la cual, comparada con los términos de referencia, cumplía con los requerimientos allí establecidos.

Ahora bien, entregados los monitores por parte del contratista, el comité evaluador verificó las especificaciones técnicas acordadas en el contrato, en los términos de referencia y en la propuesta, hecho lo cual, el 12 de agosto de 2003, emitió un concepto en el que se resaltaron algunas imprecisiones de la oferta, como la advertencia que traía el manual para pacientes obesos y muy pequeños e inconsistencia en la lectura de datos, lo cual generaba duda sobre la confiabilidad de los monitores.

Tal circunstancia fue aceptada por el contratista, por lo que solicitó prorrogar el contrato y se dejó constancia del incumplimiento del contratista, esto es, que los equipos suministrados no cumplían con los parámetros de la convocatoria, circunstancia que se mantuvo aún vencido el término contractual, por lo que la declaratoria de nulidad del acto demandado se ajusta a los hechos y es una evidencia de que el Tribunal no estudió el acta de prórroga.

En cuanto a los dictámenes rendidos dentro del proceso indicó, que el primero fue objetado por error grave, motivo por el cual se ordenó la elaboración de uno nuevo; en consecuencia, al ser objetado y, según su criterio, concedida la objeción, el primer dictamen carecía de valor; sin embargo, el *a quo* tuvo en cuenta algunos aspectos de esa pericia y, además, señaló que los peritos no fueron claros en la metodología utilizada para rendir la experticia.

Agregó que ninguno de los peritos determinó, ni referenció los equipos objeto de la prueba, solo se limitaron a indicar que eran los mismos de la controversia judicial y que el actor los había suministrado, cuando se sabe que el demandante es proveedor de equipos médicos; así mismo, que en el dictamen rendido en el proceso adelantado por la Aseguradora Confianza contra el Hospital Federico Lleras Acosta se determinó que los equipos no cumplían con lo ofertado.

De otra parte, señaló que no se debía adelantar un procedimiento previo a la declaratoria de caducidad; además, una vez proferido el acto, el contratista puede ejercer su derecho de defensa tanto en la vía gubernativa, como en la judicial.

**9.- Trámite de segunda instancia.-**

El recurso se concedió el 6 de marzo de 2007, se admitió el 20 de abril de ese mismo año y, habiéndose dado traslado para alegar, la Aseguradora Confianza S.A y la parte actora reiteraron lo expuesto en otras instancias procesales. El actor insistió en el reconocimiento de los perjuicios que se negaron en la primera instancia.

La demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

**II. CONSIDERACIONES**

**1.- La competencia.-**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 16 de febrero de 2007, por cuanto la cuantía del proceso fue estimada razonadamente por el demandante en 1.000 SMLMV que a la presentación de la demanda equivalían a $358’000.000. Para la época de interposición del recurso de apelación[[1]](#footnote-1), eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera la suma de $179’000.000[[2]](#footnote-2), monto que acá se encuentra ampliamente superado. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

Aunado a lo anterior, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-3), el cual establece que la que conoce de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Comoquiera que el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué tiene el carácter de entidad pública descentralizada, del orden departamental, de categoría especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, en su condición de empresa social del Estado[[4]](#footnote-4), naturalmente los contratos en los cuales esa entidad es parte son contratos estatales.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido, ha dicho la Sala:

“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado,** ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos”[[5]](#footnote-5) (negrilla fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, se tiene que, en el marco del ordenamiento jurídico vigente, la determinación de la naturaleza jurídica del contrato depende de la que, a su vez, tenga la entidad que lo celebra; así, si ésta es estatal, el contrato también lo es, sin importar el régimen legal que se le deba aplicar.

La afirmación anterior tiene fundamento legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que, al definir los contratos estatales, adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato: *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (…)”[[6]](#footnote-6).*

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 que, a su vez, fue modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2006, define el objeto de esta jurisdicción, en los siguientes términos:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional” (negrillas fuera de texto).

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, determinó que a la misma le compete *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*, en lugar de *“juzgar las controversias y litigios administrativos”*, como disponía el texto anterior del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo. Respecto de su alcance se pronunció la Sala, mediante auto del 8 de febrero de 2007 (radicación 30.903), en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, se señaló:

“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

“(…)

“i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo”.

**2.- Ejercicio oportuno de la acción.-**

De conformidad con el artículo 136 (numeral 10, literales c y d) del Código Contencioso Administrativo, en los contratos sujetos a liquidación el término para el ejercicio de la acción contractual se cuenta a partir del día siguiente a la fecha en que aquella se haga, bien sea en forma bilateral o bien de manera unilateral. La bilateral puede hacerse dentro del plazo previsto para tal efecto en el contrato o, en su defecto, dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación. La unilateral se realiza cuando el acuerdo de liquidación se frustre y/o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo que tienen las partes para liquidarlo.

En el presente caso, el contrato se liquidó unilateralmente el 17 de diciembre de 2003 mediante la resolución 3029, confirmada el 15 de enero de 2004[[7]](#footnote-7), con la resolución 0042, de la que no existe dentro del proceso constancia de ejecutoria[[8]](#footnote-8). La demanda se presentó el 9 de febrero de 2004, de modo que se interpuso dentro del término oportuno.

**3.- Régimen jurídico de los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado – E.S.E.-**

De conformidad con la ley 100 de 1993, por medio de la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, el régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado en el sector salud se determinó así:

**“ARTICULO.****195.- Régimen jurídico**. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

“1.  El nombre deberá mencionar siempre la expresión "empresa social del Estado".

“2.  El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.

“3.  La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.

“4.  El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente ley.

“5.  Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

**“6.  En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública[[9]](#footnote-9).**

“7.  El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley” (negrillas adicionales).

De lo anterior surge que los contratos que celebran las Empresas Sociales del Estado no se sujetan a la ley 80 de 1993, porque tienen un régimen especial: el de derecho privado, es decir, se trata de un caso en el que se exceptúa la aplicación del estatuto de contratación estatal.

Sin embargo, el legislador previó la posibilidad de que en los contratos celebrados por esas empresas se pactaran las cláusulas exorbitantes contenidas en la citada ley 80, entre ellas, la atinente a la facultad de declarar la caducidad del contrato.

En ese sentido, esta Subsección consideró que la facultad de las Empresas Sociales del Estado para pactar las cláusulas exorbitantes deviene, además de la autorización legal, del servicio público de salud que se presta:

“En las legislaciones especiales desarrolladas en materia de servicios públicos, el criterio legal para instituir las potestades exorbitantes del Estado, (sic) lo constituye el concepto de servicio público y no el de la entidad estatal contratante, ni tampoco el del régimen legal aplicable al contrato…

“También se encuentra la potestad para incluir las cláusulas exorbitantes en la contratación de entidades estatales cuya actividad contractual fue sustraída de la égida de la Ley 80 de 1993, en materia del servicio público de salud, de acuerdo con el artículo 95 (sic) de la Ley 100 de 1995, el cual dispuso la aplicación del derecho privado en el régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), no obstante lo cual les permitió utilizar en sus contratos las cláusulas exorbitantes previstas para la contratación estatal. Desde esta perspectiva se observa nuevamente que no es el régimen de contratación estatal el que abre la puerta a las potestades exorbitantes del Estado; (sic) el criterio que ha seguido el legislador para establecer dichas potestades exorbitantes en el contrato, (sic) es el servicio público comprometido en el objeto contractual”[[10]](#footnote-10) .

Así las cosas, en el sub júdice se encuentra que el contrato 129 celebrado entre las partes es un contrato estatal sometido al régimen del derecho privado, en el que se hizo uso de la prerrogativa de pactar cláusulas exorbitantes, ya que en su cláusula octava se estableció la facultad del Hospital de declarar la caducidad del mismo, en los siguientes términos (transcripción literal):

“OCTAVA: CADUCIDAD.- EL CONTRATANTE podrá declarar la caducidad del contrato, sin previo requerimiento y sin lugar a indemnización alguna, de conformidad con la Ley, por incumplimiento grave, a juicio del Contratante, por parte del CONTRATISTA de cualquiera de las obligaciones y por causas imputables exclusivamente a él, si con ello se afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato. PARAGRAFO PRIMERO: La declaratoria de caducidad se hará mediante acto administrativo debidamente motivado. PARAGRAFO SEGUNDO: La muerte del CONTRATISTA, si este fuere persona natural o la disolución de la persona jurídica, no dará lugar a la declaratoria de caducidad, si a juicio de EL CONTRATANTE, sus sucesores pueden continuar con la ejecución del contrato. Esta circunstancia se hará constar en contrato adicional suscrito con herederos judicialmente reconocidos”(fls. 176 y 177).

Igualmente, en la cláusula novena se estableció la liquidación del contrato como un efecto derivado de la declaratoria de caducidad:

“NOVENA: EFECTOS DE LA CADUCIDAD.- Ejecutoriada la Resolución mediante la cual el CONTRATANTE declara la caducidad del contrato, se procederá a la liquidación del mismo dentro de los seis (6) meses siguientes meses siguientes (sic) de terminado el contrato” (fl. 177, c. 1).

Así las cosas, se encuentra que la facultad de declarar la caducidad del contrato fue pactada expresamente y, como consecuencia de ella, también se pactó la consiguiente etapa de liquidación del contrato[[11]](#footnote-11).

**4.- Análisis del caso.-**

Ahora bien, previo a estudiar de fondo el asunto, la Sala analizará la procedencia de la excepción de inepta demanda, teniendo en cuenta que el contrato 129 del 26 de junio de 2003, celebrado entre el Hospital Federico Llera Acosta de Ibagué y Distribuciones Edzon y/o Edgar Pinzón Neira, fue liquidado unilateralmente por la entidad pública, mediante resolución 3029 del 17 de diciembre de 2003, confirmada el 15 de enero de 2004 con la resolución 043, pero la legalidad del acto de liquidación no fue controvertida en el proceso de la referencia.

La liquidación del contrato se ha entendido como un corte de cuentas entre las partes contratantes, es la etapa final del negocio, donde se hace el balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y se define el estado en que queda el contrato después de su ejecución o terminación por cualquier otra causa. En ese sentido se ha pronunciado esta Sección:

“La Jurisprudencia ha establecido que el alcance y sentido de la liquidación definitiva de un contrato es el de un verdadero balance o corte de cuentas, lo cual permite determinar si alguna de las partes de un contrato le debe algo a la otra u otras y de ser así, cuánto es el monto del valor adeudado”[[12]](#footnote-12).

La liquidación puede ser unilateral o bilateral. Esta última supone un acuerdo de voluntades de naturaleza contractual, porque son las mismas partes del negocio quienes dicen cómo finaliza la relación; ahora, si bien lo normal es que la liquidación se produzca tan pronto finaliza la ejecución del contrato, existen situaciones en las que ocurre antes, ya sea porque se declara la caducidad o se presenta otra circunstancia imprevista que imposibilita continuar la ejecución.

Pero, cualquiera sea la causa o forma como se llegue a la liquidación bilateral, la jurisprudencia ha señalado, reiteradamente, que cuando esto acontece no es posible que las partes intenten una acción judicial, para reclamar por los daños e inconformidades, si la parte interesada no dejó constancia de insatisfacción en relación con el aspecto concreto que aspira a reclamar ante el juez. Esta tesis se ha aplicado con fundamento en un criterio jurisprudencial[[13]](#footnote-13) y legal[[14]](#footnote-14), salvo que se trate de circunstancias que se presenten con posterioridad a la fecha en la que se suscriba el acta de liquidación del contrato, al respecto, se ha dicho:

“En este sentido, constituye requisito de la acción contractual la existencia de la inconformidad, que debe quedar expresa y escrita en el acta de liquidación bilateral. Por eso ha considerado esta Sala –sentencia de julio 6 de 2.005. Exp. 14.113- que: ‘… la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión de contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero si debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad…’”[[15]](#footnote-15).

Así mismo, se ha precisado que la necesidad de dejar salvedades u observaciones al acta de liquidación bilateral se aplica, igualmente, cuando se trata de discutir actos administrativos que se han proferido durante la ejecución del contrato, de suerte que, para que se puedan estudiar pretensiones contractuales de esa índole, se ha debido dejar la respectiva constancia de inconformidad:

“De otro lado, si la razón de inconformidad radica en un acto administrativo que declara una obligación, y que el contratista discute -como el que impone una multa, o una cláusula penal, **o la caducidad** (como en el caso *sub iudice*)- también es necesario dejar constancia de esa insatisfacción, porque igualmente los efectos de esas decisiones integran los asuntos sobre los cuales las partes deben, primero, intentar conciliar las diferencias, y sólo si no lo hacen, expresarlo en el acta, para que luego puedan acudir al juez. De hecho, la sola circunstancia de que el motivo de inconformidad de una parte radique en un acto administrativo, y no en un hecho, un comportamiento, un mal pago, etc., no tiene por qué (sic) variar la tesis general: Que los motivos de inconformidad -cualquiera sea-, se deben expresar en la liquidación bilateral del contrato.

“La conclusión no varía si contra el acto administrativo -en su debida oportunidad-, se interpuso el recurso de reposición, para que se revoque o modifique la decisión. El simple hecho de hacerlo sólo da cuenta de que el contratista estaba inconforme con lo decidido, en ese momento, pero eso no lo exime de hacer constar en el acta su discrepancia, al final del contrato. De hecho, en este lugar también aplican las razones expuestas, esto es, que ‘Debe recordarse que el acto de liquidación se constituye en la expresión final de la autonomía de la voluntad de las partes que bien pueden disponer de sus derechos y obligaciones; puede acontecer que algo que fue motivo de inconformidad en el pasado resulte finalmente olvidado o que se haya comprendido -por la fuerza de las razones de la otra parte- que la exigencia no tenía razón de ser’[[16]](#footnote-16)”[[17]](#footnote-17) (se resalta).

De igual forma, puede presentarse el caso de que fracase el intento de liquidación bilateral o que, por cualquier razón, el contratista no comparezca ante la entidad pública para esos efectos. En tal evento, la entidad contratante adquiere la competencia para liquidar el contrato en forma unilateral, lo cual efectúa a través de un acto administrativo. Al respecto, la jurisprudencia también ha señalado:

“Del contenido de estas normas legales se destacan los siguientes aspectos: i) la obligatoriedad de liquidar los contratos de ejecución sucesiva y aquellos que lo requieran; ii) la competencia que tienen las partes para liquidar el contrato de común acuerdo; iii) el plazo que tienen las partes para liquidar el contrato de mutuo acuerdo, que no es otra (sic) que la (sic) prevista en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación, bien sea que ésta se haya producido de manera normal o anormal; iv) la ley faculta a las partes para que, en la etapa de liquidación, de común acuerdo procedan a realizar los ajustes y reconocimientos económicos a que hubiere lugar y resolver las controversias suscitadas en el contrato, para declararse a paz y salvo por todo concepto; v) el carácter supletivo de la liquidación unilateral, pues solo en el evento de que fracase la liquidación bilateral, la Administración adquiere competencia para declarar la liquidación final del contrato, mediante acto administrativo”[[18]](#footnote-18).

En consecuencia, considerando que la liquidación es el momento previsto por el ordenamiento jurídico para debatir, ajustar cuentas, establecer las obligaciones y deberes de los contratantes y estipular las respectivas declaraciones a favor y en contra de cada uno, debe tenerse claro que cuando ésta se surte unilateralmente es necesario demandar la legalidad del acto administrativo que la contiene, para controvertir o solicitar de la jurisdicción el análisis de la ejecución del contrato y los consecuenciales reconocimientos y condenas, pues, de lo contrario, dicha manifestación de la administración, que se presume legal, quedará ejecutoriada, producirá efectos jurídicos y extinguirá la relación contractual.

Así las cosas, es necesario indicar que la demanda es el instrumento a través del cual se ejerce el derecho de acción, es decir, es el instrumento que da lugar al inicio del proceso judicial, en aras de obtener la definición del asunto sometido al conocimiento del juez.

La normatividad ha establecido diversos requisitos para el cumplimiento del presupuesto procesal denominado “*demanda en forma*”[[19]](#footnote-19); por lo tanto, no cualquier escrito denominado demanda pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado, ni logra una decisión de fondo, pues resulta necesario cumplir tales requisitos, a fin de configurar una demanda en debida forma. En ese sentido, los artículos 137 y 138 del Código Contencioso Administrativo consagraron los presupuestos con los que debía cumplir la demanda, así:

“Art. 137. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

“1. La designación de las partes y de sus representantes.

**“2. Lo que se demanda.**

“3. Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción.

**“4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.**

“5. La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer.

“6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.

**“**Art. 138. Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

“Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

“Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

“Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren” (resalta la Sala).

Cuando falta alguno de los presupuestos señalados, como cuando no se indica lo que se demanda, ni se indica el concepto de la violación, se configura lo que se conoce como ineptitud sustantiva de la demanda, que impide que el juez se pronuncie de fondo en relación con las pretensiones formuladas por la parte actora.

Ahora, analizando el caso *sub exámine* se observa que el demandante solicitó declarar la nulidad de las resoluciones 229 y 2710 (por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato 129, se dio por terminado el mismo y se ordenó su liquidación) y se reconocieran los perjuicios materiales; pero, al proceso se aportó también la resolución 3029 de 2003 mediante la cual el Hospital Federico Lleras Acosta liquidó unilateralmente dicho contrato, liquidación respecto de la que el contratista manifestó su desacuerdo en la vía gubernativa, mediante recurso resuelto con la resolución 043 de 2004, que también se allegó al presente proceso.

Así las cosas, está probado que el contrato 129 se liquidó unilateralmente por la entidad pública contratante, de conformidad con lo pactado, con el objeto de ajustar las cuentas relacionadas con la ejecución del mismo y establecer los reconocimientos a que hubiere lugar; no obstante, en la demanda el actor no formuló pretensión anulatoria alguna en contra del acto de liquidación ni del que resolvió el recurso interpuesto contra aquél, situación que configura el fenómeno de la inepta demanda, pues para estudiar el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad Distribuciones Edzon y/o Edgar Pinzón Neira y el consecuente incumplimiento por parte de la entidad contratante, así como la correspondiente indemnización de perjuicios, era necesario desvirtuar previamente la legalidad de los actos de liquidación del contrato 129, máxime teniendo en cuenta que el acto de liquidación unilateral definió la parte económica del negocio y el contratista, pese a ello y sin demandar este acto, pide por su lado que se le reconozcan los daños causados por un posible incumplimiento de la entidad contratante, generador de perjuicios materiales y morales, según los términos de la demanda.

Ahora, el hecho de no controvertir la legalidad del acto administrativo mediante el cual se liquidó unilateralmente el contrato significa que ella está incólume, pues en su contra no se interpuso la acción judicial procedente; por tanto, las resoluciones proferidas en ese sentido por el Hospital Federico Lleras quedaron ejecutoriadas y se presumen legales.

Sumado a lo anterior, se encuentra que no solo no se formularon pretensiones en contra de los actos de liquidación unilateral del contrato 129, sino que, por consiguiente, tampoco se indicaron las normas violadas, ni el concepto de la violación frente a los actos de liquidación, sobre lo que esta Corporación ha sostenido:

“La jurisprudencia de **esta Corporación ha reiterado la necesidad de que una vez liquidado unilateralmente el contrato sólo se pueda alegar el incumplimiento de las obligaciones a través de la censura de la legalidad del acto administrativo que contiene esa manifestación de voluntad** de la administración pública. En efecto, una vez que la entidad pública contratante liquida unilateralmente el negocio jurídico, en los términos establecidos en el contrato o en la ley (artículo 60 de la ley 80 de 1993), al contratista no le es viable invocar como pretensión autónoma el incumplimiento, toda vez que es necesario que se solicite y acredite la nulidad del acto administrativo correspondiente, so pena de que la acción devenga improcedente por ineptitud formal de la misma. **En efecto, una vez media el acto de liquidación unilateral la única forma de controvertir aspectos relacionados con la celebración o ejecución del contrato estatal es mediante el levantamiento del velo de legalidad de que goza el acto administrativo que contiene la misma, circunstancia que torna exigente, como lo ha señalado esta Corporación, la formulación de la causa petendi y el fundamento jurídico de la responsabilidad, pues será requisito sine qua non deprecar la declaratoria de ilegalidad total o parcial del acto que contiene la liquidación así como la indicación y el desarrollo del concepto de la violación en el que se apoya la censura respectiva.** Como se aprecia, no sólo es imperativo en este tipo de escenarios demandar expresamente la legalidad del acto o actos que contienen la liquidación unilateral del contrato en aras de develar la presunción de legalidad y la fuerza ejecutoria y ejecutiva de que gozan, sino que, de igual manera, es preciso enunciar y desarrollar el concepto de la violación en los términos señalados por el numeral 4 del artículo 137 del C.C.A., so pena de transgredir los derechos fundamentales del demandado al debido proceso y de defensa, sin perjuicio de que los fundamentos de ilegalidad emerjan de forma clara de la demanda, o que se trate de la transgresión de derechos fundamentales en los términos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia C-197 de 1999, eventos en que se podrá analizar de fondo la legalidad de la actuación administrativa”[[20]](#footnote-20) (se resalta).

Bajo esta perspectiva y de conformidad con el numeral 2 del artículo 137 del C.C.A, el *petitum* de la demanda debe plantearse de manera adecuada. Al respecto, la doctrina ha señalado:

“Este requisito no es otro que la pretensión que va dirigida a la contraparte (el petitum), y por este motivo el libelo introductorio (sic) además de reunir los presupuestos procesales necesarios para que pueda originarse el proceso, **debe contener en forma adecuada y precisa lo que se pide (el objeto de la pretensión) con su fundamentación correspondiente; es decir, la pretensión y la razón o el fundamento de la misma o causa petendi**.

“Se insiste en su formulación adecuada y precisa porque **la defectuosa formulación del petitum que haga imposible resolver sobre la pretensión de la parte actora,** como se verá luego, **dará lugar a una decisión inhibitoria por ser la debida petición un presupuesto material de la sentencia de fondo**”[[21]](#footnote-21) (resalta la sala).

Conforme a todo lo anterior, en el caso concreto, pese a que se formularon diversas pretensiones, ninguna controvierte la legalidad del acto administrativo de liquidación unilateral, situación que conduce a declarar la ineptitud de la demanda, pues no debe olvidarse y, más bien, cabe recordar que el juez no tiene la posibilidad de modificar las pretensiones del demandante; además, cuando el juicio se limita a lo expresado en la demanda, como sucede en los contenciosos de nulidad, no es posible que se realice un control abstracto de legalidad por parte del juez. Así lo ha sostenido esta Corporación:

“Debe recordarse, igualmente, que el juez administrativo no tiene competencia para realizar un control general de legalidad. Está limitado por la demanda que constituye el marco de *litis* por manera que no puede analizar un acto que no se acusa”[[22]](#footnote-22).

Si bien la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. en la intervención adhesiva solicitó la nulidad de las resoluciones 3029 del 17 de diciembre de 2003 y 0043 del 1 de enero de 2004, es preciso señalar que, de conformidad con el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, en la calidad en la que esa aseguradora actuó en el proceso, no le asistía la facultad de adicionar las pretensiones de la demanda, sino tan solo de coadyuvarlas[[23]](#footnote-23).

Sumado a lo anterior, se tiene que en la sentencia apelada se negaron esas pretensiones y la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. no interpuso recurso de apelación contra esa decisión.

En estas condiciones, es decir, ante la imposibilidad de pronunciarse de fondo –por la ineptitud de la demanda, generada en la indebida formulación del *petitum* del demandante- la Sala debe proferir un fallo inhibitorio.

**5.- Condena es costas**

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

**F A L L A:**

**1.- Revócase** la sentencia proferida el 16 de febrero de 2007 por el Tribunal Administrativo del Tolima; en su lugar, **inhíbese** para dictar sentencia de mérito.

**2.-** Sin condena en costas.

**3.-** En firme esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL DOCTOR HERNAN ANDRADE RINCON**

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO - Sentencia inhibitoria / FALO INHIBITORIO - Estudio autónomo de las pretensiones / AUTONOMIA DE LAS PRETENSIONES - Actos de liquidación del contrato. Actos que declaran la caducidad del contrato**

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que se invoca por la mayoría de la Sala como fundamento de la decisión inhibitoria frente a la totalidad de las pretensiones de la demanda. De hecho, lo que ha precisado es que al no solicitarse en la demanda la anulación del(los) acto(s) de liquidación unilateral del contrato, el fallo inhibitorio se impone en relación con aquellas pretensiones que están directamente conectadas con el contenido de dicho(s) acto(s) de liquidación. Sin embargo, la tesis en cuestión en modo alguno excluye que, como acontece en el asunto *sub lite*, si en la demanda se formulan pretensiones que pueden y deben ser estudiadas autónomamente respecto de los efectos de las decisiones de liquidación unilateral, se acometa de fondo dicho estudio en la sentencia, como de hecho acontece con algunas de las consecuencias que pueden derivarse del acto administrativo que declara la caducidad del contrato -verbigracia la imposibilidad de celebrar otros contratos con el Estado fruto de la inhabilidad aludida, perjuicios morales o de otra índole derivados de esta circunstancia y no directamente de la suerte corrida por el negocio que se liquidó a través de los actos administrativos no demandados, etcétera-, las cuales no se encuentran necesariamente anudadas al objeto de los actos de liquidación del contrato. (…) los actos administrativos mediante los cuales se declaró la caducidad del contrato cuya ejecución originó el litigio en esta providencia dirimido, fueron proferidos con violación del debido proceso, podría pensarse que, sin necesidad de examinar más asuntos en relación con su legalidad, deberían haber sido anulados, pues dicha circunstancia conducente a la anulación de los actos en cuestión, no depende en modo alguno de la suerte que tuviesen que correr los actos de liquidación, más aún cuando la atribución para proferir estos últimos encuentra su fundamento en una cláusula autónoma pactada en el contrato –la cláusula novena, según se cita en la parte considerativa de la decisión de la cual parcialmente me separo- y no en el acto que declara la caducidad del negocio.(…) deberían haberse estudiado de fondo las pretensiones encaminadas a que se declarara la nulidad de los actos administrativos que dispusieron la caducidad del contrato estatal –como, por lo demás, lo hizo el fallo apelado–; en relación con las restantes pretensiones, efectivamente la circunstancia de no haberse demandado los actos de liquidación, imponía la decisión inhibitoria que se acogió en la providencia en comento.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 73001-23-31-000-2004-00274-02(33880)**

**Actor: EDGAR PINZÓN NEIRA – DISTRIBUCIONES EDZON**

**Demandado: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Con el acostumbrado respeto que profeso por las decisiones de la Sala, debí apartarme parcialmente de lo resuelto en la sentencia referenciada, por las razones que sucintamente expresaré a continuación.

**1**. Comparto los argumentos esgrimidos por la mayoría de la Sala para arribar a la conclusión de acuerdo con la cual no quedaba otro camino que el de la decisión inhibitoria frente a las pretensiones elevadas en el libelo introductorio del litigio que tenían una finalidad indemnizatoria, en atención a que la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Sección Tercera de esta Corporación ha sostenido que siempre que se liquida el contrato estatal, si ello ha ocurrido unilateralmente por la Administración, deben ser demandados por el contratista que no se encuentra de acuerdo con alguno(s) de los extremos de tal decisión de la entidad contratante, los actos administrativos de liquidación respectivos, pues en el evento de no proceder de esa manera, cualquier pretensión relacionada con el contenido de dicho acto de liquidación no podrá ser estudiada de fondo, en la medida en que éste mantendría incólume la presunción de legalidad que lo acompaña.

Toda vez que en el presente caso el accionante no demandó el acto de liquidación ni el que resolvió el recurso de reposición contra aquel interpuesto, efectivamente no tenía la Sala camino distinto que el de la inhibición frente a los pedimentos incluidos en la pretensión tercera de la demanda, en la cual se reclamó que se condenara a la entidad accionada *“a cumplir el contrato en mención y a pagar el valor de los perjuicios de orden material distribuidos de la siguiente manera (…)”[[24]](#footnote-24).* Sin duda resultaba jurídicamente inviable examinar la vocación de prosperidad de tales pretensiones, especialmente en cuanto contaran con alcance indemnizatorio, toda vez que ello dependía de la suerte que tuviere que correr la legalidad del acto de liquidación, que no fue demandado en el asunto *sub judice*, por manera que la definición de quién debe a quién y cuánto al finalizar el contrato, que es lo que en la anotada decisión administrativa se resolvió, devino inmutable para el Juez Contencioso Administrativo al decidir la parte actora no cuestionar la juridicidad de las correspondientes decisiones de liquidación en su demanda, como igualmente lo resolvió la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

**2**. Sin embargo, en mi opinión no puede arribarse a la misma conclusión respecto de la pretensión segunda de la demanda[[25]](#footnote-25), encaminada a que se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la entidad demandada decretó la caducidad del contrato estatal, los cuales, como es bien sabido, no sólo producen efectos económicos para las partes en el negocio jurídico, sino que también crean o modifican situaciones jurídicas de otro orden, como acontece, por vía de ejemplo, con la circunstancia consistente en que la declaratoria de caducidad apareja ineluctablemente una inhabilidad para el contratista -artículo 8, letra c) de la Ley 80 de 1993-, efecto éste del acto administrativo que aniquila el contrato con base en el incumplimiento del contratista que, *per se*, no se encuentra conectado con el contenido económico propio del acto administrativo de liquidación unilateral del vínculo negocial.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que se invoca por la mayoría de la Sala como fundamento de la decisión inhibitoria frente a la totalidad de las pretensiones de la demanda. De hecho, lo que ha precisado es que al no solicitarse en la demanda la anulación del(los) acto(s) de liquidación unilateral del contrato, el fallo inhibitorio se impone en relación con aquellas pretensiones que están directamente conectadas con el contenido de dicho(s) acto(s) de liquidación. Sin embargo, la tesis en cuestión en modo alguno excluye que, como acontece en el asunto *sub lite*, si en la demanda se formulan pretensiones que pueden y deben ser estudiadas autónomamente respecto de los efectos de las decisiones de liquidación unilateral, se acometa de fondo dicho estudio en la sentencia, como de hecho acontece con algunas de las consecuencias que pueden derivarse del acto administrativo que declara la caducidad del contrato -verbigracia la imposibilidad de celebrar otros contratos con el Estado fruto de la inhabilidad aludida, perjuicios morales o de otra índole derivados de esta circunstancia y no directamente de la suerte corrida por el negocio que se liquidó a través de los actos administrativos no demandados, etcétera-, las cuales no se encuentran necesariamente anudadas al objeto de los actos de liquidación del contrato.

Si, entonces, efectivamente resultaba certero, como lo declaró el Tribunal Administrativo *a quo* en el fallo apelado, que los actos administrativos mediante los cuales se declaró la caducidad del contrato cuya ejecución originó el litigio en esta providencia dirimido, fueron proferidos con violación del debido proceso, podría pensarse que, sin necesidad de examinar más asuntos en relación con su legalidad, deberían haber sido anulados, pues dicha circunstancia conducente a la anulación de los actos en cuestión, no depende en modo alguno de la suerte que tuviesen que correr los actos de liquidación, más aún cuando la atribución para proferir estos últimos encuentra su fundamento en una cláusula autónoma pactada en el contrato –la cláusula novena, según se cita en la parte considerativa de la decisión de la cual parcialmente me separo- y no en el acto que declara la caducidad del negocio.

En consecuencia, en mi sentir deberían haberse estudiado de fondo las pretensiones encaminadas a que se declarara la nulidad de los actos administrativos que dispusieron la caducidad del contrato estatal –como, por lo demás, lo hizo el fallo apelado–; en relación con las restantes pretensiones, efectivamente la circunstancia de no haberse demandado los actos de liquidación, imponía la decisión inhibitoria que se acogió en la providencia en comento.

En los anteriores términos dejo planteadas las razones de mi discrepancia para con la decisión de la cual, respetuosamente, he debido separarme de manera parcial.

*Fecha ut supra.*

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

1. 1 de marzo de 2007. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 954 de 2005. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ordenanza 086 del 28 de diciembre de 1994, artículo 2. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, auto de 20 de agosto de 1998, exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en sentencias como la del 20 de abril de 2005 (exp: 14519) y en auto del 7 de octubre de 2004 (exp. 2675). [↑](#footnote-ref-5)
6. Según este artículo, son contratos estatales los celebrados por las entidades enunciadas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

   “Para los solos efectos de esta ley:

   “1o. Se denominan entidades estatales:

   “a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

   “b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (…)”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Documentos que fueron aportados con la contestación de la demanda y que se tuvieron como prueba mediante auto del 14 de septiembre de 2004 (fl. 487, c. 1). [↑](#footnote-ref-7)
8. Si bien en el proceso no existe constancia de ejecutoria de esa resolución, en el hecho 18 de la demanda se mencionan “otros actos como el de liquidación unilateral del contrato”, por lo que la Sala concluye que el demandante tuvo conocimiento del mismo. [↑](#footnote-ref-8)
9. La aplicación de los principios de contratación del derecho privado a las empresas sociales del estado encuentra un antecedente en la Ley 10 de 1990, así: *“Artículo 24º.-**Contratación o asociación para la prestación de servicios de salud. Previa autorización del Ministerio de Salud, cuya competencia podrá ser delegada en las direcciones seccionales, o locales, todas las entidades públicas que tengan la responsabilidad de prestar servicios de salud, (sic)* ***podrán contratar con personas privadas especializadas en servicios de salud, inscritas en el registro especial que, para el efecto se organizará,*** *en desarrollo de las facultades de que trata el artículo 1 de esta Ley,* ***la prestación del servicio público de salud,*** *siempre y cuando, se respeten los principios consagrados en el artículo 3.* ***Estos contratos,*** *(sic)* ***no requerirán requisito distinto a los exigidos para la contratación entre particulares”*** *(la negrilla no es del texto).* [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de julio de 2014, expediente: 33.831, M.P. Hernán Andrade Rincón (e). [↑](#footnote-ref-10)
11. Como esto no fue objeto de cuestionamiento, nada se dirá al respecto. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 14.854, sentencia del 29 de agosto de 2007, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-12)
13. Debe tenerse en cuenta que, desde hace ya muchos años, esta Sala ha sostenido que “La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe a quien y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad.

    “Pero si el acta se suscribe con salvedades o la elabora unilateralmente la administración ante la negativa del contratista a suscribirla, le queda abierta a éste su posibilidad de impugnarla jurisdiccionalmente ante el juez del contrato” (sentencia de febrero 20 de 1987, expediente 4838, actor: Ingeniería Civil Ltda.). [↑](#footnote-ref-13)
14. En sentencia de esta Sección, de julio 6 de 2005 -exp. 14.113-, se manifestó que existen dos razones que dan soporte normativo a esta exigencia: “A este respecto se debe precisar que, el deber de dejar en el acta de liquidación, en forma clara y concreta, las constancias o reclamaciones, sí tiene fundamento normativo y por eso mismo es exigible en las relaciones contractuales.

    “En primer lugar, este hecho se funda en el artículo 1602 del Código Civil, aplicable por remisión al derecho de los contratos estatales, según el cual ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.’ No puede perderse de vista que el acta de liquidación bilateral comparte la misma naturaleza del contrato, tanto por su formación como por sus efectos, de modo que lo allí acordado produce las consecuencias a que se refiere el artículo citado. Desde este punto de vista, cuando no se deja en el acta constancia concreta de reclamación, se entiende que no existe inconformidad.

    “En segundo lugar, este deber se funda en el ‘principio de la buena fe’, el cual inspira, a su vez, la denominada ‘teoría de los actos propios’, cuyo valor normativo no se pone en duda, pues se funda, en primer lugar, en el artículo 83 de la CP, según el cual ‘las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas’, y en forma específica, en materia contractual, en el artículo 1603, según el cual ‘los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.’

    “Queda, entonces, claro que la posición del *a quo*, compartida por esta Sala, tiene fundamento normativo suficiente, razón por la cual esta jurisdicción ha exigido su cumplimiento en las actas de liquidación bilateral de los contratos estatales”.

    Lo anterior fue reiterado por esta Subsección en sentencia del 31 de marzo de 2011, expediente 16.246, M.P.: Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, expediente 21.843, sentencia del 18 de julio de 2012, M.P.: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-15)
16. Nota del original: “Sentencia de mayo 20 de 2009, exp. 16.076 -CP. Mauricio Fajardo Gómez-“. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 17.322, sentencia del 14 de abril de 2010, M.P.: Enrique Gil Botero, reiterada en la sentencia recaída dentro del expediente 21.483 del 18 de julio de 2012 y en la producida en el expediente 16.246 del 31 de marzo de 2011, entre otras. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente: 15.469. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 18 de abril de 2010, expediente 18.530 [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, C.P.: Enrique Gil Botero, expediente: 16.941. [↑](#footnote-ref-20)
21. BETANCUR JARAMILLO, Carlos: “Derecho Procesal Administrativo”, sexta edición, Señal Editora, Medellín, 2002, pág. 206. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de noviembre de 1995, expediente: 1468. C.P. Miren de la Lombana de Magyaroff. [↑](#footnote-ref-22)
23. En ese sentido esta Sección ha considerado: “Sin embargo, **dicha intervención no puede significar una reformulación de la demanda**, pues ello entrañaría una clara contradicción con lo formulado por el coadyuvado, que comportaría no sólo una desnaturalización de la figura, sino un desbordamiento de sus limitadas facultades como intervención adhesiva o accesoria que es, y -de paso- adoptaría en su lugar la calidad de parte principal, con un interés jurídico procesal diverso y no el de apoyar la pretensión del demandante (Alsina).

    “No se olvide que, como advierte el profesor Morales Molina, la coadyuvancia supone una legitimación menos plena, que habilita únicamente para intervenir en ayuda de la parte ‘y no para obrar autónomamente’, en la medida en que como lo señala la Corte Suprema de Justicia, se trata del empeño voluntariamente manifestado por una persona distinta del demandante y del demandado ‘de apoyar la intención que uno u otro de éstos haya sostenido en el juicio’.

    “Estamos, pues, delante de un tercero que coopera y ayuda con el interés de un desenlace favorable del proceso, pero no se trata ‘de una nueva demanda del coadyuvante que amplíe el objeto del proceso, sino de su intervención en la cuestión trabada entre las partes, dirigida a favor de una de ellas’” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, expediente 25000-23-27-000-2004-00888-01, M.P. Ruth Stella Correa Palacio).

    En ese mismo sentido: “La intervención adhesiva del tercero no reclama un pronunciamiento judicial para sí, sino el reconocimiento del derecho, pretensión o excepción invocado por la parte demandante o demandada…” (Consejo de Estado, Sección Cuarta, providencia del 7 de mayo de 2008, expediente 44001-23-31-000-2005-000979-01(16847), M.P.: Juan Ángel Palacio Hincapié). [↑](#footnote-ref-23)
24. Transcripción de las pretensiones en el apartado número 1 del acápite de antecedentes de la sentencia. [↑](#footnote-ref-24)
25. Idem. [↑](#footnote-ref-25)