

LEY VIGENTE AL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Ley 153 de 1887 artículo 38 – Seguridad jurídica

[...] el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 establece que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración, excepto la normativa referida al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del acuerdo de voluntades -de naturaleza procesal- y las que señalen penas para el caso de la infracción de lo estipulado, en cuyo caso se juzgaran con arreglo a la ley bajo la cual se cometió.

El anterior mandato tiene como fin dotar al acuerdo de voluntades de estabilidad normativa, de ahí que, pese a la promulgación de nuevas leyes propia del tráfico jurídico del país, las condiciones en virtud de las cuales se suscribió el negocio jurídico no se ven alteradas intempestivamente por ello, otorgando seguridad jurídica y una expectativa legítima de que el objeto negocial será efectivo y se materializará según lo convenido.

Bajo ese panorama, esta Subsección ha sostenido, en tratándose de contratos estatales impugnados ante esta Jurisdicción, que se rigen por la normativa que se encuentre vigente al momento de su suscripción, por lo que, pese a que existan normas posteriores sobre la materia, aquellas no pueden entrar a regular la relación negocial anterior, pues el querer del legislador fue que, precisamente, se sometiera a la normativa del momento en que fue perfeccionado.

De ese modo, los contratos deben gozar de estabilidad y seguridad, pues así se promueve la confianza y se facilitan las relaciones jurídicas, por lo que debe aplicárseles la ley vigente en el momento de su celebración y, por ello, las normas posteriores no pueden alterar las relaciones contractuales. Entonces, las obligaciones -así como su validez, existencia y efectos- quedan sometidas solo bajo el imperio de la ley que estuviese en vigor en el momento en que surgieron y, por ende, no puede aplicarse una nueva disposición jurídica a las nacidas antes de ella. Este mandato legal es la concreción de la regla de la irretroactividad de la ley, pues la nueva no puede regular o afectar las situaciones jurídicas consolidadas.

Así las cosas, en la medida en que el contrato de obra [...] fue suscrito el 27 de diciembre de 2006 con una entidad territorial del nivel departamental, se rigió por la Ley 80 de 1993 y sus reformas -Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública o EGCAP-, normativa que se encontraba vigente para el momento en que fue perfeccionado, en concordancia con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, y en atención al criterio orgánico establecido en los artículos 2 y 13 del primer estatuto mencionado, según el cual los negocios jurídicos celebrados por tales órganos estarán sometidos a dicha normativa y, en lo no regulado, se regirán por el derecho privado -civil y mercantil-

CESIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – No modifica el régimen del contrato estatal

Frente a lo anterior, resulta menester anotar que, aun cuando [...] el extremo contratante de la relación negocial pasó a ser EPC, cuya naturaleza es la de una empresa de servicios públicos domiciliarios, la sustitución de la entidad contratante no implicó que ipso facto el régimen del contrato variara, ya que, como se explicó, el legislador prescribió en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 citado en distintas oportunidades que los actos jurídicos se someten a la normativa vigente para el momento en que fueron suscritos, lo que, según la jurisprudencia de esta Corporación, también es aplicable al negocio jurídico pese a que haya sido objeto de ajustes y adiciones.

Efectivamente, el Consejo de Estado ha sostenido que, aun si los contratos adicionales a los principales se suscriben cuando ha entrado en vigencia una norma sustancial posterior, lo cierto es que, en la medida en que se encuentran coligados al negocio jurídico original, el régimen que les aplica es el de ese primer negocio jurídico "con mayor razón si se tiene en cuenta que por regla general el contrato adicional se sigue por las estipulaciones del contrato principal en aquellas cláusulas en las cuales no se adicionó.

MODIFICACIÓN DE LA NATURALEZA JURIDICA DE UNA ENTIDAD ESTATAL – No modifica el régimen jurídico del contrato estatal

Igualmente, esta Subsección ha resaltado que, aunque una entidad pública modifique su naturaleza jurídica de un establecimiento público a una empresa industrial y comercial del Estado estructurada como una prestadora de servicios públicos domiciliarios, dicha novedad en sí misma no es configurativa de un cambio de régimen de los acuerdos de voluntades suscritos cuando la persona jurídica tenía la primera configuración, pues la aplicación de normativa posterior solo será posible en la medida en que se esté dentro de las excepciones del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, a saber: "1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido".

En virtud de los razonamientos esbozados en precedencia, es dable señalar que el cambio de la parte contratante en un contrato estatal no tiene la vocación de modificar el régimen jurídico aplicable para el momento en que este se suscribió, aunque la normativa de la nueva entidad sea distinta de la de la anterior, no solo porque el legislador no dispuso que tal novedad tuviera la vocación de incorporar nuevas normas, sino porque ello desnaturalizaría el alcance del negocio jurídico y, en la práctica, representaría su modificación involuntaria, situación contraria al principio de pacta sunt servanda, en virtud del cual el contrato es ley para las partes y debe acatarse integralmente salvo que los sujetos negociales le otorguen distinto alcance al objeto convenido.

CESIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Cesionario adquiere derechos y obligaciones del contrato cedido – RÉGIMEN DE CONTRATO ESTATAL – Ley 80 de 1993

Ahora bien, tampoco se vislumbra que la cesión del contrato en sí misma configure un cambio de régimen, en especial porque el artículo 887 del Código de Comercio avaló la posibilidad de que una de las partes se hiciera sustituir por un tercero, pero no prescribió que dicha situación representaba un cambio del régimen normativo en virtud del cual se sometió el negocio jurídico.

Así las cosas, es claro que la cesión del contrato implica que el cesionario adquiere los derechos y obligaciones del contrato cedido, en concordancia con la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual "asume la calidad de parte que correspondía al cedente [por lo que] la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato", en concordancia con el artículo 895 del Código de Comercio, de ahí que tal figura implica la continuidad de la normativa aplicable al negocio jurídico y todas las obligaciones derivadas de aquella, pues se trata del régimen normativo que cimentó el acuerdo de voluntades desde un comienzo.

NATURALEZA JURIDICA DE ACTOS CONTRACTUALES – EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Decisiones - Derecho privado – RÉGIMEN DE LA LEY 80 DE 1993

[...] la Subsección comienza por poner de presente que esta Corporación unificó su jurisprudencia en cuanto a la naturaleza de los actos contractuales proferidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios, en el sentido de señalar que, con motivo de su actividad contractual: i) por regla general, son decisiones de derecho privado, pues están sometidos únicamente por la ley 142 de 1994 y el derecho común -civil y mercantil-, de ahí que para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación; y ii) en los asuntos en los que se hubiere solicitado su nulidad por considerarse que eran actos administrativos no podrá declararse la inepta demanda ni inhibirse los jueces para resolver la controversia de fondo.

[...] los actos liquidatorios fueron proferidos por EPC en el marco de una circunstancia excepcional, anómala y sui generis mediante la cual resultó cobijada bajo los efectos del EGCAP, dada la cesión del contrato de obra [...] en su favor, sin que aquellos se hubieran fundado en el derecho común o en la autonomía de la voluntad de los sujetos negociales.

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Falta de competencia – POTESTAD EXCEPCIONAL – Legalidad de los actos administrativos

[...] en casos en que se cede un contrato inicialmente sometido por el EGCAP a una entidad regida por el derecho privado, las decisiones que se dictan unilateralmente son, a primera vista, actos administrativos; empero, cuando además se han cuestionado dichas decisiones, se ha concluido que, frente a aquellas, puede existir una falta de competencia, como vicio de la validez, bajo la lógica de que no existe “una habilitación expresa del ordenamiento para proferir los actos administrativos”, de ahí que un uso indebido de una potestad excepcional en sede contractual cuando la autoridad que la ejerce no está investida para el efecto puede derivar en un vicio de la legalidad de las decisiones de la Administración, pero ello solo se revisará cuando la legalidad de la actuación haya sido cuestionada.

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Término de caducidad del medio de control

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que, cuando los contratos que se demandan ante esta jurisdicción se liquidan después de vencido el término convencional y/o legalmente dispuesto para su liquidación -esto, en referencia a los asuntos que son pasibles de ser liquidados según el EGCAP, pero dentro de los 2 años posteriores a su vencimiento, la oportunidad para demandar se contará desde el día siguiente a la firma del acta o a la ejecutoria del acto de liquidación del contrato.

En lo concerniente al término para liquidar el contrato, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, aplicable al asunto de estudio debido a que todavía no había entrado a regir la Ley 1150 de 2007 para el momento del perfeccionamiento del contrato, estipuló que se haría bilateralmente, a falta de convenio sobre el plazo para ello, dentro de los 4 meses siguientes a la terminación del acuerdo de voluntades. Al punto, el literal d) del numeral 10) del artículo 44 de la Ley 446 de 1998 estipuló que, de no lograrse la liquidación bilateral, podría efectuarse unilateralmente en el término de 2 meses desde que se venció el plazo convenido por las partes o el de ley.

A su vez, aunque para cuando dichas normas estaban vigentes no existía un criterio legal que previera la posibilidad de liquidar el contrato después de los 6 meses referidos anteriormente, lo cierto es que la jurisprudencia sí reconoció que era posible efectuar el cruce de cuentas dentro de los 2 años siguientes, inclusive, lo cual, posteriormente, fue reconocido por la propia ley.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL - Nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral – INEPTITUD DE LA DEMANDA – No cuestionamiento del acto de liquidación del contrato

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado de manera reiterada que, en los procesos regidos por el CCA, e incluso en aquellos sometidos por las reglas del CPACA, la ineptitud de la demanda se configura en aquellos casos en los cuales el contratista solicita declarar el incumplimiento del contrato y reclama los consecuentes perjuicios sin incluir en el escrito inicial la pretensión de nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral del negocio, cuando aquel ha sido conocido por dicho contratista con anterioridad a la interposición de la demanda o a la oportunidad procesal para reformarla.

[...] la Sala ha considerado desacertado que el contratista demandante pretenda escindir la realidad comercial cuando reclama perjuicios por la inobservancia del contenido obligacional del contrato por parte de la entidad estatal o derivados de la fractura del equilibrio prestacional, sin llevar a debate procesal el acto de liquidación unilateral del contrato, postura usualmente advertida como mecanismo del contratista para evitar que se apliquen las compensaciones realizadas en dicho acto y eludir el efecto financiero de su propio incumplimiento.

[...] En ese contexto, cuando el acto de liquidación unilateral del contrato no es objeto de demanda de nulidad, su contenido resulta amparado por la presunción de legalidad y, por ende, la decisión que allí consta no puede modificarse a través de un proceso judicial en el que el demandante haya omitido impugnarlo, de ahí que, como se ha advertido en supuestos fácticos similares al caso que ahora ocupa la atención de la Sala, el requisito de la demanda en forma no puede ser visto como un capricho de la jurisprudencia de la Corporación, ni tampoco como una manera de denegar justicia, sino que -vale decir- se erige como un mecanismo de protección a la congruencia e integridad de la decisión que debe ser adoptada con base en la real ejecución y liquidación del contrato.



Radicado: 250002336000201200501-01 (67190)
Demandantes: Constructora Arkgo Ltda. y otro

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil veinticinco (2025)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – APELACIÓN
Radicación: 25000-23-36-000-2012-00501-01 (67190)
Demandantes: CONSTRUCTORA ARKGO LTDA. Y OTRO
Demandado: EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA E.S.P. Y OTRO

TEMAS: CESIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – la cesión del contrato no varía el régimen jurídico al que está sujeto, en concordancia con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, pues en todo contrato se entienden incorporados las normas vigentes al momento de su celebración. LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO – La liquidación unilateral efectuada en el marco del EGCAP al que está sujeto el contrato constituye acto administrativo. De proferirse exclusivamente con base en el convenio de las partes que habilitan a una de ellas a dictar decisiones unilaterales, se está ante actos de derecho privado, frente a los cuales no se predica la presunción de legalidad, en virtud de la jurisprudencia de unificación. INEPTITUD DE LA DEMANDA FRENTE A CONTRATOS QUE HAN SIDO LIQUIDADOS UNILATERALMENTE - cuando se pide el incumplimiento del negocio jurídico sin incluir la pretensión de nulidad del acto administrativo que lo liquidó unilateralmente, se configura la ineptitud de la demanda, según los lineamientos jurisprudenciales de la Sección Tercera de esta Corporación. JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - está sometido al principio de justicia rogada y no puede incorporar pretensiones no formuladas por la parte demandante. INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA - se restringe a establecer la voluntad allí plasmada, pero no puede tergiversar la *litis*, ni suplantar al demandante en las cargas que le corresponde asumir.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Constructora Arkgo Ltda. y el señor Víctor Armando Cortés Torres contra la sentencia del 10 de febrero de 2021, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se inhibió para resolver la demanda de fondo, por su ineptitud.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La sociedad Constructora Arkgo Ltda. y el señor Víctor Armando Cortés Torres, quienes conformaron el consorcio Acueplan, suscribieron con el departamento de Cundinamarca el contrato No. SOP-A-202-2006, que tuvo por objeto la realización de múltiples obras, relacionadas con la construcción de varios acueductos y alcantarillados en distintos municipios de esa entidad territorial y que, una vez



ejecutado, fue liquidado unilateralmente por Empresas Públicas de Cundinamarca - a quien se le cedió el contrato- mediante la decisión 218 del 6 de julio de 2011, confirmada por medio de decisión 233 del 31 de agosto de 2011.

Según la parte actora, en la ejecución del contrato se presentaron dificultades no imputables a su gestión, que la llevaron a asumir una mayor cantidad de obra y, por ende, sobrecostos que le debían ser reconocidos por la entidad, originados tanto en un desequilibrio económico del contrato, como en un incumplimiento del extremo activo del negocio, por lo que solicitó su declaratoria de incumplimiento, sin haber cuestionado la legalidad del acto liquidatorio.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El 15 de marzo de 2012¹ la constructora Arkgo Ltda. y el señor Víctor Armando Cortés Torres², quienes conformaron el consorcio Acueplan, presentaron demanda, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, contra el departamento de Cundinamarca y Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. -en lo sucesivo EPC-, con el fin de obtener la “*modificación económica de la liquidación unilateral del contrato estatal No. SOP-A-202-2006*”, a efectos de incluir el pago de emolumentos no reconocidos en el cruce de cuentas, así como de obtener la declaratoria de incumplimiento y desequilibrio económico de tal acuerdo de voluntades. Como consecuencia, solicitaron el reconocimiento de la suma de \$4.750'933.840,32 por los perjuicios derivados de lo anterior.

1.2. En particular, las pretensiones formuladas fueron las siguientes (*se transcriben de forma literal, incluso con eventuales errores*):

“A. DECLARATIVAS.

¹ Páginas 16 a 80 del archivo 36 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

² La constructora Arkgo Ltda. manifestó haberle cedido los derechos litigiosos de este asunto al señor Armando Cortés Torres; sin embargo, tal solicitud fue negada mediante proveído del 29 de abril de 2019, por falta de documentación para verificar si se contaba con la facultad de proceder de esa forma, como obra en las páginas 262, 274 y 481 a 484 del archivo 36 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.



1.- *Se ordene la modificación del aspecto económico de la liquidación unilateral del contrato de obra No SOP-A-202-2006, efectuada por la demandada EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA, mediante Resolución No. 218 de julio 06 de 2011, y confirmada en vía gubernativa a través de la Resolución No. 233 de agosto 31 de 2011.*

2.- *Se declare patrimonialmente responsable a la entidad pública demandada de los perjuicios causados a los miembros integrantes del CONSORCIO ACUEPLAN, integrado por VÍCTOR ARMANDO CORTÉS TORRES Y CONSTRUCTORA ARKGO LTDA., porque incumplió el contrato de obra pública No. SOP-A-202-2006, por la violación del principio de planeación, ante el no pago de los sobrecostos ocasionados por la demora en la etapa de inicio imputable a la entidad, por gastos administrativos generados por la mayor permanencia en obra derivada de los innumerables ajustes a los diseños, costos administrativos asociados a la etapa de liquidación y, ante la demora en la entrega de los espacios para iniciar los trabajos y del tiempo que fue necesario permanecer en ejecución para las actividades no previstas y mayores cantidades de obra, sobrecostos por mayor permanencia en obra; sobrecostos por demora en la etapa de inicio imputable a la entidad; costos de ampliación de pólizas por causas no imputables al contratista; costos administrativos asociados a la etapa de liquidación; intereses causados sobre acta de ajuste; utilidad por obras no ejecutadas por causas no imputables al contratista; pago de ajustes pactados contractualmente a partir del acta No. 19 perjuicios que dada la conmutatividad del contrato estatal no deben quedar sin retribución económica alguna.*

3.- *Se declare que la entidad es responsable del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, ante la necesidad de ajustar los precios del contrato de obra No. SOP-A-202-2006, como consecuencia de las variaciones de precios de los insumos y de la mano de obra.*

4.- *Se declare que la entidad es responsable del reconocimiento y pago de intereses por mora en el recibo y pago tardío de obra ejecutadas; utilidad por obras no ejecutadas por causas no imputables al contratista; en virtud del principio de conmutatividad de los contratos estatales o simetría prestacional.*

5.- *Se declare que la entidad demandada incumplió con el principio de planeación contractual, al estimar la ejecución del contrato en un plazo inicial en un tiempo considerablemente menor a la ejecución real, que no se cumplieron por razones ajenas al contratista, obligándolo a permanecer mayor tiempo en la obra, a los necesarios ajustes a diseños y entrega de espacios para iniciar los trabajos generando sobrecostos administrativos, y financieros en detrimento de su patrimonio, y por ende debe ordenarse el reconocimiento y pago de éstos perjuicios dada la conmutatividad del contrato estatal No. SOP-A-202-2006.*

6.- *Que se declare que la entidad es responsable de los perjuicios pretendidos bajo los títulos de imputación desarrollados y en últimas, en virtud del título de imputación del no enriquecimiento sin causa contractual por parte de la SED.*

B. CONDENATORIAS:



- 1- Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a **EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.**, al pago de la suma de cuatro mil setecientos cincuenta millones novecientos treinta y tres mil cuatrocientos ochenta pesos con treinta y dos centavos (\$4.750.933.480,32), o en su defecto a las cifras que logren ser demostradas parcialmente dentro del proceso, de acuerdo con la estimación realizada en anexos explicativos, correspondiente a los siguientes conceptos:
 - Intereses por mora en el recibo y pago tardío de obra ejecutada por valor de \$798.027.542,85
 - Sobrecostos por mayor permanencia de obra \$1.171.842.042,63
 - Sobrecostos por demora en la etapa de inicio imputable a la entidad \$446.416.016,18
 - Costos de ampliación de pólizas por causas no imputables al contratista \$17.539.736
 - Costos administrativos asociados a la etapa de liquidación \$1.166.451.720,33
 - Intereses causados sobre acta de ajuste No. 2 por valor de \$41.096.593,57
 - Utilidad por obras no ejecutadas por causas no imputables al contratista por valor de \$107.437.509,14
 - Pago de ajustes pactados contractualmente a partir del acta No. 19 por valor de \$1.002.122.319,62
- 2- Se condene en costas y gastos del proceso a la entidad pública demandada.
- 3- Se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 y 177 del C.C.A”.

1.3. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, la parte demandante formuló los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.3.1. Indicó que, el 27 de diciembre de 2006, el consorcio Acueplan y el departamento de Cundinamarca suscribieron el contrato de obra No. SOP-A-202, cuyo objeto consistió en la ejecución de las obras relacionadas con los productos de construcción de acueductos y alcantarillados de varios municipios de Cundinamarca. Se fijó un plazo de ejecución de 14 meses, que debía finalizar el 12 de abril de 2008. El valor del contrato fue de \$20.362'220.292, que se cancelaría mediante el sistema de precios unitarios “con fórmula de reajuste de precios”.

1.3.2. Manifestó que el 12 de febrero de 2007 se inició la ejecución del contrato; sin embargo, se suscribieron varias prórrogas y adiciones, lo que extendió el plazo hasta el 3 de febrero de 2009, para un tiempo de ejecución total de 23 meses y 19 días, así como se amplió el valor del contrato en \$5.138'000.000 adicionales.



1.3.3. Aseveró que, en el curso de la ejecución del contrato, mediante sendos oficios radicados entre el 12 de enero de 2007 y el 18 de abril de 2008, solicitó a la entidad contratante que entregara la totalidad de diseños de los 37 frentes de la obra, pero solo recibió los de Viotá, Nariño planta, Líneas de Acueducto Mesitas integración, Bituima, Acueducto Regional de Pandi, Paratebueno, Planta Pandi casco urbano y Pacho la Cabrera.

1.3.4. Afirmó que, en diciembre de 2008, el departamento de Cundinamarca cedió a EPC el contrato de obra SOP-A-202-2006.

1.3.5. Adujo que, luego de que por defectos en la ejecución el consorcio Acueplan tuviera que asumir mayores cantidades de obra, el 3 de febrero de 2009 finalizó el contrato y en junio de 2009 el departamento de Cundinamarca decidió no convalidar varias de las entregas de las obras finales, por considerar que se debían entregar a cada municipio.

1.3.6. Arguyó que, mediante la Resolución 218 del 6 de julio de 2011, EPC liquidó unilateralmente el contrato de obra No. SOP-A-202-2006, decisión frente a la cual presentó recurso de reposición, que fue resuelto desfavorablemente por medio de la Resolución No. 233 del 31 de agosto de 2011.

1.4. Como **fundamentos jurídicos** de la demanda, la parte demandante expuso que en la ejecución del contrato SOP-A-202-2006 tuvo lugar un desequilibrio económico en perjuicio del consorcio contratista por las mayores cantidades de obra que ejecutó, así como un incumplimiento de la entidad contratante, que debía llevar a que se le reconocieran los costos adicionales en que incurrió.

1.4.1. Primero, manifestó que el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 dispuso que era dable restablecer la ecuación económica de aquellos contratos que se hubieran visto afectados por circunstancias tales como mayores cantidades, como ocurrió con ocasión del de obra pública No. SOP-A-202-2006, dado que se tuvo que ejecutar actividades adicionales por cuenta y riesgo del consorcio Acueplan y por causas que no le eran imputables, por lo que debían serle reconocidos los valores adicionales que asumió.



Así pues, adujo que la entidad contratante entregó solo parte de los diseños, en unos casos de manera incompleta y en otros de forma tardía, además de lo cual hubo problemas en la gestión de los predios y en el manejo de plantas de tratamiento de aguas, que impidieron que el proyecto saliera adelante con los costos inicialmente estimados, pues se tuvo que asumir una *“inmensa cantidad de actividades no previstas y mayores cantidades de obra”*, sin que se le hubieran reconocido recursos adicionales por aquellas. También consideró que se le impusieron barreras, como fue el hecho de someterlo a que la entrega de las obras se realizara a cada uno de los municipios donde las mismas se llevaron a cabo y no al departamento, a pesar de que este último había sido el contratante.

En ese punto, enfatizó en que las anteriores alteraciones al contrato fueron ajenas a su actuar y lo hicieron más oneroso, añadiendo al respecto que los sobrecostos que ello ocasionó tuvieron que ser asumidos de su bolsillo, aunque no estaban previstos en el contrato.

1.4.2. Segundo, aseveró, en línea con los mandatos de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, que la contratante incumplió el contrato y transgredió los principios de *pacta sunt servanda* y buena fe, al no reconocer los mayores costos en que incurrió por la extensión de las labores en tiempo, pues estaba obligado, a la luz del principio de conmutatividad negocial, a pagar todo lo que el contratista llevó a cabo, partiendo de la premisa de que nadie está obligado a asumir aspectos que no le representen ninguna ventaja en el marco de la ejecución de un negocio jurídico y considerando que se debe actuar de manera leal a lo largo del *iter* contractual.

En ese punto, resaltó que la contratante también incurrió en un incumplimiento por desconocimiento del principio de planeación, pues dicho postulado obligaba al departamento de Cundinamarca a determinar el alcance real del contrato que suscribió con los aquí demandantes, lo que no sucedió, comoquiera que sus estimaciones de tiempo y plazo estuvieron totalmente desfasadas, lo que se vio reflejado en la ausencia de diseños o falta de su aprobación, la indeterminación de las cantidades de obra, la carencia de lotes, la falta de permisos, las cantidades y especificaciones erradas, los predios mal elegidos, la inexistencia de permisos urbanos y una defectuosa interventoría, la falta de reconocimiento de los ajustes, la



ausencia de coordinación de los proyectos entregados, el “*desgaste administrativo*” y la alteración inusual de cronogramas.

Así las cosas, consideró que la entidad contratante debía responder por las falencias descritas, que llevaron a la causación de sobrecostos que fueron asumidos por los aquí demandantes, en concordancia con el “*no enriquecimiento sin causa como título subsidiario de imputación de responsabilidad de orden contractual*”, en el que se predica que la entidad contratante, de haberse visto favorecida por la mayor ejecución del objeto contractual, debe reconocer los montos en favor del consorcio Acueplan por tal situación.

1.4.3. La cuantía fue estimada en \$4.750'933.480,32, monto reclamado por los demandantes a título de indemnización de perjuicios.

2. Admisión de la demanda y su contestación

2.1. El 18 de abril de 2012³, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda por encontrar reunidos los requisitos de ley, decisión que fue notificada.

2.2. El 5 de junio de 2012⁴, **EPC** contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones, con sustento en que no hubo un desequilibrio económico, ni un incumplimiento del contrato de obra SOP-A 202 de 2006, a lo cual sumó que la demanda fue inepta, por no haberse cuestionado la legalidad del acto de liquidación unilateral. Así, formuló los medios exceptivos de “*improcedencia de la acción por ineptitud formal de la demanda*” y falta de legitimación en la causa por activa.

2.2.1. Previo a sus argumentos de oposición, resaltó que, en efecto, mediante el convenio interadministrativo No. 05 del 23 de octubre de 2008, el departamento de Cundinamarca le cedió los contratos de obra vigentes relacionados con la ejecución de proyectos de acueducto, alcantarillado y electrificación, incluido el No. SOP-A 202 de 2006. Al respecto, añadió que posteriormente las partes suscribieron la “*nota*

³ Páginas 84 a 85 del archivo 36 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

⁴ Páginas 89 a 112 del archivo 36 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.



de cesión del contrato de obra SOP-A-202-2006, que fue debidamente comunicada al contratista y a la aseguradora mediante escrito del 9 de diciembre de 2008.

2.2.2. Aclarado lo anterior, manifestó que, para la prosperidad de las pretensiones de la parte actora, concernientes al reconocimiento de mayores emolumentos por la ejecución del contrato de obra SOP-A 202 de 2006, debía controvertir la legalidad de la Resolución 218 de 2011, confirmada por la Resolución 233 del mismo año, mediante la cual se liquidó el acuerdo de voluntades, pues a través de tales decisiones se determinó que no había lugar a reconocer montos adicionales, de suerte que, al no haberse procedido de ese modo, se incurrió en una *“ineptitud formal de la demanda”*.

Sobre el punto anterior, consideró que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado uniformemente que *“una vez liquidado unilateralmente un contrato estatal, solo se puede 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”*, lo cual no sucedió en el *sub lite*, debido a que se solicitó el reconocimiento de sumas de dinero del contrato de obra SOP-A 202 de 2006 sin que se hubiera reprochado la legalidad del cruce de cuentas que se restringió a determinar una suma diferente.

2.2.3. Aunado a lo anterior, alegó la falta de legitimación en la causa por activa, dado que solo demandaron dos de los cuatro miembros que conformaron el consorcio Acueplan, sin que se pudiera proceder de tal modo, pues era necesario que todos los que conformaron el esquema asociativo presentaran la demanda.

2.2.4. En cuanto al fondo del asunto, argumentó que no se configuró un desequilibrio económico, ni un incumplimiento del contrato de obra SOP-A 202 de 2006 que transgrediera la buena fe y la conmutatividad, debido a que la entidad contratante le pagó al consorcio Acueplan el valor de los montos a que tenía derecho por la ejecución del acuerdo negocial e incluso lo adicionó para solventar los imprevistos que se hubieran podido haber ocasionado, de ahí que no se configuró ningún enriquecimiento sin justa causa. Además, añadió que tampoco se incurrió en un desconocimiento del principio de planeación, al punto que los aquí demandantes suscribieron el negocio jurídico sin reparos en la forma como fue constituido.



2.3. El 5 de junio de 2012⁵, el **departamento de Cundinamarca** contestó la demanda y formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por estimar que, como cedió el contrato de obra SOP-A 202 objeto de la controversia a EPC, era dicha entidad, creada mediante escritura pública 2069 del 19 de mayo de 2008, la llamada a responder por los reproches formulados por los demandantes.

3. Alegatos de conclusión

Una vez vencido el término probatorio⁶, el Tribunal corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

3.1. El departamento de Cundinamarca reiteró que no estaba legitimado en la causa por pasiva para comparecer en el presente asunto, por haber cedido el contrato objeto de la disputa a EPC⁷.

3.2. EPC reafirmó que no hubo un desequilibrio económico, una mayor cantidad de obras, ni un incumplimiento negocial, debido a que se le pagó todo lo debido al consorcio Acueplan. Igualmente, añadió que, en su criterio, operó la caducidad, debido a que el contrato de obra SOP-A-202-2006 se prolongó hasta el 3 de febrero de 2009, por lo que *“el término de vigencia era hasta el día 3 de junio de 2009”* de modo que podía ser liquidado bilateralmente dentro de los 4 meses siguientes y/o unilateralmente 2 meses después, por lo que, como tal plazo feneció el 3 de diciembre de 2009, se contaba con 2 años para radicar el escrito inicial desde entonces y, como la demanda se presentó hasta el 15 de marzo de 2012, considerando la interrupción del término por el agotamiento del trámite de la conciliación, entre el 3 de febrero y el 3 de mayo de 2011, fue allegada tardíamente⁸.

En cuanto a la excepción de ineptitud de la demanda alegada desde la contestación de la demanda, afirmó que *“se encuentra sustentada en el hecho de que los actos administrativos en virtud de los cuales se liquidó unilateralmente el contrato no*

⁵ Página 166 del archivo 36 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

⁶ Páginas 209 a 211, 219 a 221, 224 a 227, 236, 240 a 241 y 487 del archivo 36 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

⁷ Página 503 del archivo 36 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

⁸ Páginas 504 a 515 del archivo 36 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.



fueron objeto de ataque ante la jurisdicción y consecuentemente no le es dable a la parte demandante invocar como pretensión autónoma el incumplimiento del contrato". Así, aseveró que al permanecer incólumes los actos administrativos de liquidación del contrato, por no haberse solicitado su nulidad, no puede proferirse decisión judicial que involucre el análisis del presunto incumplimiento aducido por la parte demandante, ya que, de procederse de ese modo, se estaría contrariando la presunción de legalidad de los actos administrativos sin que haya razones válidas para ello.

3.3. La parte demandante allegó sus alegatos extemporáneamente, luego de vencidos los 10 días para tal efecto⁹, mientras que el Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

4. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 10 de febrero de 2021¹⁰, la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se inhibió de decidir la demanda, por configurarse la excepción de inepta demanda, con sustento en que la parte actora no recurrió el acto de liquidación unilateral.

4.1. Previo a arribar a la conclusión anterior, descartó que hubiera operado la caducidad de la acción, debido a que la demanda se radicó dentro del término de dos años *-el 15 de marzo de 2012-*, contados a partir de la liquidación del acuerdo de voluntades *-que quedó ejecutoriada el 31 de agosto de 2011-*.

4.2. Luego, argumentó que, como el contrato de obra SOP-A 202 de 2006 fue liquidado unilateralmente, decisión que quedó en firme una vez se despachó desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra aquella, a los actores les asistía el deber de recurrir judicialmente tal determinación para controvertir el velo de legalidad de que es objeto, y solo así proceder a solicitar un mayor valor por la ejecución del objeto negocial, lo que no sucedió, dado que del escrito inicial no se lee, ni se interpreta ninguna pretensión encaminada en tal sentido.

⁹ Páginas 524 a 592 del archivo 36 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

¹⁰ Páginas 2 a 22 del archivo 39 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.



En efecto, de la lectura de la demanda se encontró que el extremo activo de la *litis* solamente pretendió la modificación aritmética de la liquidación, pero en ningún caso manifestó por qué el acto liquidatorio no se ajustó a derecho, al punto de que en las pretensiones no se lee ninguna concerniente a que tal declaración fuera anulada.

Asimismo, puso de presente que *“la sola referencia a la vulneración de disposiciones o preceptos jurídicos, en aras de que se declare un supuesto incumplimiento de la entidad demandada, no permite que la Sala estudie de fondo la legalidad del acto de liquidación, precisamente porque no es una de las pretensiones de la demanda y no existen cargos individualizados frente a los que se pueda adelantar el análisis de legalidad contra el citado acto administrativo”*, ello, en línea con el hecho de que el juez contencioso administrativo está atado a las pretensiones que se formulen por la parte actora, sin que pueda anular una decisión que no fue solicitada.

De conformidad con lo expuesto advirtió que, sin que se acredite una ilegalidad del acto liquidatorio, no es dable pasar a estudiar un incumplimiento del contrato impugnado, debido a que, en tal escenario, el cruce final de cuentas efectuado unilateralmente por EPC se mantiene vigente para las partes y rige toda la relación comercial. Al respecto afirmó que *“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”*.

Finalmente, resaltó que el reproche de legalidad que se exige frente al acto liquidatorio no puede limitarse a controvertir su conclusión, sino que se *“deberá indicar las normas que estime violadas y el concepto de su violación”*, en concordancia con el numeral 4 del artículo 137 del CCA, o de lo contrario no se estará haciendo un juicio de legalidad, sino de conveniencia, asunto que no le atañe al juez contencioso administrativo.



5. Recurso de apelación

El 9 de marzo de 2021¹¹ la parte actora presentó recurso de apelación, que fue concedido el 19 de abril de la misma anualidad¹² y admitido el 26 de julio siguiente¹³. En su escrito, la parte recurrente solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, con sustento en que, al haber alegado un incumplimiento contractual, dentro de tal reproche se entendía subsumido el del acto que liquidó el negocio jurídico, además de lo cual resaltó que no era obligatorio formular una demanda expresa frente a tal declaración unilateral.

5.1. En desarrollo de lo anterior, manifestó que la jurisprudencia sobre la base de la cual se indicó que era obligatorio recurrir el acto de liquidación para alegar un incumplimiento derivado de la relación comercial frente a la cual se efectuó el cruce de cuentas era obsoleta y anterior al principio de primacía del derecho sustancial, sobre la base del cual tal proceder no era válido con el alcance restringido que le dio el *a quo*. Así, indicó que *“la nulidad del acto liquidatorio no es pauta obligatoria para establecer el equilibrio económico del contrato, sino un pretexto o «velo de legalidad» formal que no deja ver lo sustancial”*.

5.2. De todos modos, consideró que la demanda presentada *“constituye en sí misma un acto de impugnación de la liquidación del contrato, en cuanto se considera que produjo una ruptura del equilibrio económico y la denominación de la acción administrativa como acción contractual no conlleva necesariamente a un fallo desestimatorio de las pretensiones, porque el contenido de la demanda es el que realmente identifica la acción”*.

En esa línea, aseveró que, el hecho de que no se hubiera denominado la demanda como de nulidad y restablecimiento del derecho, no significa que no se haya formulado tal pretensión, pues, al alegar un desequilibrio e incumplimiento del contrato de obra SOP-A-202-2006, debía entenderse que ello también implicó poner en duda la legalidad del acto que liquidó unilateralmente el acuerdo de voluntades. A su vez, resaltó que no era necesario ejercer la acción anteriormente mencionada

¹¹ Páginas 24 a 46 del archivo 39 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

¹² Páginas 48 a 49 del archivo 39 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

¹³ Páginas 55 a 56 del archivo 39 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.



de manera autónoma, dado que se estaba ante auténticos actos contractuales, pasibles de ser impugnados a través del medio procesal homónimo.

5.3. En ese contexto, consideró que el desequilibrio económico del contrato que fue asumido por la parte demandante, debido a una mayor cantidad de las obras a su cargo, no podía mantenerse sin un reconocimiento pecuniario, pues ello implicaría que la Administración se enriqueció a su cargo y no pagó por la totalidad del proyecto frente al cual se vio beneficiado.

5.4. A su vez, advirtió que, de haber anomalías en el escrito inicial, al juzgador de primera instancia le correspondía efectuar el saneamiento, como se predica de la normativa procesal aplicable y, como ello no sucedió, advirtió que tendría que declararse la causal de nulidad por “*afectación sustancial al debido proceso*”, por no ser dable proferir sentencias inhibitorias.

6. Actuación en segunda instancia

Una vez concedido y admitido el recurso de apelación, el 27 de agosto de 2021¹⁴ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si a bien lo tenía, rindiera concepto.

6.1. En el término otorgado, el departamento de Cundinamarca presentó alegaciones conclusivas, en las que insistió en que no estaba legitimado en la causa por pasiva para comparecer al proceso, además de lo cual coadyuvó los argumentos del *a quo*, en el sentido de que era necesario que la parte actora cuestionara la legalidad del acto liquidatorio del contrato de obra SOP-A 202 de 2006, para pasar a analizar su supuesto incumplimiento, lo que no sucedió, de modo que había lugar a confirmar la sentencia recurrida, que declaró la inepta demanda¹⁵.

6.2. EPC también presentó escrito de alegatos, en el cual reiteró los argumentos de su defensa y señaló que el recurrente erró al afirmar que la sentencia del *a quo* le exigió interponer una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues lo que

¹⁴ Páginas 57 a 58 del archivo 39 del índice 3 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

¹⁵ Índice 13 del expediente digital en la plataforma SAMAI.



en realidad dictaminó fue que debía formular un reproche contra la legalidad del acto liquidatorio y, por no haber procedido de tal sentido, era imposible entrar a discutir si tenía derecho al reconocimiento patrimonial de una mayor cantidad de obra, pues, en firme el acto que hizo el cruce de cuentas, aquel era definitivo¹⁶.

Al punto, manifestó que, como *“la demandante en su escrito introductorio no formuló pretensiones de nulidad de los actos administrativos de liquidación unilateral del contrato, así como tampoco expuso las normas violadas ni el concepto de la violación, le resulta improcedente al fallador efectuar pronunciamiento sobre el particular, sin violar los principios de congruencia, defensa y contradicción”*.

Finalmente, consideró que no había lugar a ninguna nulidad procesal por el hecho de no haberse saneado la demanda para que se adicionara un reproche de legalidad contra el acto de liquidación, pues no fue formulada de manera previa, por lo que, si en gracia de discusión hubiera operado, se encontraba precluida.

6.3. La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala analizará los siguientes aspectos: **(1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto, **(2)** el régimen aplicable al contrato de obra No. SOP-A-202-2006, **(3)** la naturaleza jurídica de los actos liquidatorios proferidos por EPC en el caso concreto, **(4)** procedencia de la acción, **(5)** legitimación en la causa, **(6)** oportunidad de la acción, **(7)** problema jurídico, **(8)** hechos probados, **(9)** la demanda en forma en relación con un contrato que ha sido objeto de liquidación unilateral, **(10)** el análisis del caso concreto y **(11)** las costas.

1. Jurisdicción y competencia

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del asunto, en atención al criterio orgánico dispuesto en el artículo 82 del Decreto 01 de

¹⁶ Índice 14 del expediente digital en la plataforma SAMAI.



1984 -CCA-, modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006¹⁷, vigente a la fecha de presentación de la demanda -15 de marzo de 2012¹⁸-, debido a que la controversia gira en torno al contrato de obra No. SOP-A-202-2006 y sus actos liquidatorios 218 del 6 de julio y 233 del 31 de agosto de 2011, suscrito y proferidos, respectivamente, por el departamento de Cundinamarca y EPC, en tanto entidades públicas, la primera, prevista como una entidad territorial y la segunda como una empresa de servicios públicos domiciliarios con capital 100% estatal¹⁹.

Igualmente, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en virtud de los artículos 129 y 132 del CCA²⁰, dada la vocación de doble instancia del proceso, ya que la pretensión mayor para la fecha de presentación de la demanda, 26 de marzo de 2012, excedió 500 S.M.L.M.V.²¹

¹⁷ “Artículo 82. Objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. [Modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006]. 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”.

¹⁸ Ello, considerando que la Ley 1437 de 2011 -CPACA- derogó el CCA y entró en vigor hasta el 2 de julio de 2012, de forma posterior a la presentación de la demanda, en concordancia con el artículo 308 de ese estatuto procesal, a cuyo tenor se expone que: “El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012”.

¹⁹ Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. fue constituida como una empresa de servicios públicos domiciliarios, mediante escritura pública 2069 del 19 de mayo de 2008, con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal, cuyo principal accionista es el departamento de Cundinamarca, a través de su gobernación y con un capital 100% público. Página 164 del archivo 36 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

²⁰ “Artículo 129. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. [Subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. // El grado jurisdiccional de consulta se surtirá en los eventos de que trata el artículo 184 de este Código”. //// “Artículo 132. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. [Subrogado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998]. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes [...] cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales. // 6. De los de reparación directa cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales”.

²¹ Lo anterior, teniendo en cuenta que en el asunto de conocimiento la pretensión mayor fue de \$4.750'933.480,32, monto que excedió 500 veces la suma de 566.700 (566.700 x 500 = 283'350.000) que correspondía al salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de presentación de la demanda -15 de marzo de 2012-.



2. Régimen aplicable al contrato de obra No. SOP-A-202-2006

En la medida en que el régimen jurídico del contrato tiene consecuencias en cuanto a la normativa a la luz de la cual se debe estudiar la controversia, la Sala estima necesario establecerlo en el *sub lite*, previo a determinar si operó una ineptitud de la demanda por la ausencia de un reproche frente a las decisiones mediante las cuales EPC liquidó unilateralmente el contrato impugnado.

2.1. Al respecto, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887²² establece que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración, excepto la normativa referida al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del acuerdo de voluntades *-de naturaleza procesal-* y las que señalen penas para el caso de la infracción de lo estipulado, en cuyo caso se juzgaran con arreglo a la ley bajo la cual se cometió.

El anterior mandato tiene como fin dotar al acuerdo de voluntades de estabilidad normativa, de ahí que, pese a la promulgación de nuevas leyes propia del tráfico jurídico del país, las condiciones en virtud de las cuales se suscribió el negocio jurídico no se ven alteradas intempestivamente por ello, otorgando seguridad jurídica y una expectativa legítima de que el objeto comercial será efectivo y se materializará según lo convenido²³.

Bajo ese panorama, esta Subsección ha sostenido, en tratándose de contratos estatales impugnados ante esta Jurisdicción, que se rigen por la normativa que se encuentre vigente al momento de su suscripción, por lo que, pese a que existan normas posteriores sobre la materia, aquellas no pueden entrar a regular la relación

²² “Artículo 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición: 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”.

²³ Sobre el particular, la doctrina considera que, una vez perfeccionado el negocio jurídico es ley para las partes; sin embargo, se encuentra subordinado por la ley, en tanto aquella no puede ser pretermitida por el consentimiento de los sujetos del contrato. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: 2022. Editorial Temis. P. 306-311.



negocial anterior, pues el querer del legislador fue que, precisamente, se sometiera a la normativa del momento en que fue perfeccionado²⁴.

En efecto, de vieja data la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que los contratos no pueden estar sujetos a los constantes cambios normativos, pues ello generaría inestabilidad e incertidumbre en las relaciones jurídicas (*se transcribe de forma literal*):

“En materia contractual, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 prevé que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Esta norma se opone al efecto general inmediato de una nueva ley en el ámbito contractual, porque los contratos no pueden estar sujetos a los cambios constantes y repentinos de la legislación, que generarían inestabilidad e incertidumbre en las relaciones jurídicas . Aceptada, pues, por el Estado una obligación contractual su «cumplimiento es ineludible», de modo que las leyes nuevas posteriores no tienen la virtualidad de modificarlo -mucho menos- de «viciarlo de nulidad», pues ello equivaldría a dotar a Estado de una prerrogativa de poder público inexistente en franca oposición a la estabilidad y la certeza que se persigue al celebrar el contrato”²⁵.

De ese modo, los contratos deben gozar de estabilidad y seguridad, pues así se promueve la confianza y se facilitan las relaciones jurídicas²⁶, por lo que debe aplicárseles la ley vigente en el momento de su celebración y, por ello, las normas posteriores no pueden alterar las relaciones contractuales. Entonces, las obligaciones *-así como su validez, existencia y efectos-* quedan sometidas solo bajo el imperio de la ley que estuviese en vigor en el momento en que surgieron y, por ende, no puede aplicarse una nueva disposición jurídica a las nacidas antes de ella²⁷. Este mandato legal es la concreción de la regla de la irretroactividad de la ley, pues la nueva no puede regular o afectar las situaciones jurídicas consolidadas.

En ese orden de ideas, no cabe duda de que, en virtud de lo previsto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, los contratos se rigen por la ley vigente al momento de su expedición, incluso si posteriormente surgen nuevas normas sobre la materia.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias: *i*) del 7 de julio de 2011. Radicado 47001-23-31-000-1994-03901-01 (18762) y *ii*) del 24 de marzo de 2011. Radicado 63001-23-31-000-1998-00752-01 (18118).

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 23 de septiembre de 2021. Radicado 25000-23-26-000-1996-11802-01 (25.231).

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Radicado 73001233100019960402901 (14578).

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Providencia de 9 de mayo de 1938, XLVI, 488.



2.2. Precisado lo anterior, la Sala encuentra que el 27 de diciembre de 2006²⁸ el departamento de Cundinamarca y el consorcio Acueplan suscribieron el contrato de obra No. SOP-A-202-2006 aquí impugnado, que tuvo por objeto la construcción de varias obras de infraestructura de acueducto y alcantarillado.

Así las cosas, en la medida en que el contrato de obra No. SOP-A-202-2006 fue suscrito el 27 de diciembre de 2006 con una entidad territorial del nivel departamental, se rigió por la Ley 80 de 1993 y sus reformas -*Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública o EGCAP*-, normativa que se encontraba vigente para el momento en que fue perfeccionado, en concordancia con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, y en atención al criterio orgánico establecido en los artículos 2²⁹ y 13³⁰ del primer estatuto mencionado, según el cual los negocios jurídicos celebrados por tales órganos estarán sometidos a dicha normativa y, en lo no regulado, se regirán por el derecho privado -*civil y mercantil*-.

Ahora bien, en el presente caso se tiene que, el 25 de noviembre de 2008³¹, el departamento de Cundinamarca cedió el contrato precitado a EPC, en virtud del Convenio Interadministrativo No. 05 de 2008, que tuvo por fin que aquella asumiera la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado de la entidad territorial y sus proyectos y obras relacionadas *“contrayendo las obligaciones respectivas y pudiendo ejercer todas las facultades que le cabrían AL DEPARTAMENTO como entidad contratante”*.

Como consecuencia, EPC y el consorcio Acueplan continuaron con la ejecución del precitado acuerdo de voluntades, tras múltiples modificaciones, hasta 3 de febrero de 2009, fecha en la cual finalizó.

Frente a lo anterior, resulta menester anotar que, aun cuando a partir del 25 de noviembre de 2008 el extremo contratante de la relación comercial pasó a ser EPC,

²⁸ Páginas 1 a 281 del archivo 41 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

²⁹ “Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley: 1o. Se denominan entidades estatales: a) [...] los departamentos [...]”.

³⁰ “De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley [...]”.

³¹ Páginas 59 a 60 del archivo 73 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.



cuya naturaleza es la de una empresa de servicios públicos domiciliarios, la sustitución de la entidad contratante no implicó que *ipso facto* el régimen del contrato variara, ya que, como se explicó, el legislador prescribió en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 citado en distintas oportunidades que los actos jurídicos se someten a la normativa vigente para el momento en que fueron suscritos, lo que, según la jurisprudencia de esta Corporación, también es aplicable al negocio jurídico pese a que haya sido objeto de ajustes y adiciones.

Efectivamente, el Consejo de Estado ha sostenido que, aun si los contratos adicionales a los principales se suscriben cuando ha entrado en vigencia una norma sustancial posterior, lo cierto es que, en la medida en que se encuentran coligados al negocio jurídico original, el régimen que les aplica es el de ese primer negocio jurídico *“con mayor razón si se tiene en cuenta que por regla general el contrato adicional se sigue por las estipulaciones del contrato principal en aquellas cláusulas en las cuales no se adicionó”*³².

Igualmente, esta Subsección ha resaltado que, aunque una entidad pública modifique su naturaleza jurídica de un establecimiento público a una empresa industrial y comercial del Estado estructurada como una prestadora de servicios públicos domiciliarios, dicha novedad en sí misma no es configurativa de un cambio de régimen de los acuerdos de voluntades suscritos cuando la persona jurídica tenía la primera configuración, pues la aplicación de normativa posterior solo será posible en la medida en que se esté dentro de las excepciones del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, a saber: *“1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”*³³.

En virtud de los razonamientos esbozados en precedencia, es dable señalar que el cambio de la parte contratante en un contrato estatal no tiene la vocación de modificar el régimen jurídico aplicable para el momento en que este se suscribió,

³² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de octubre de 2003. Radicado 85001-23-31-000-1999-2909-01 (17213).

³³ *Op. Cit.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 23 de septiembre de 2021. Número interno 25.231.



aunque la normativa de la nueva entidad sea distinta de la de la anterior, no solo porque el legislador no dispuso que tal novedad tuviera la vocación de incorporar nuevas normas, sino porque ello desnaturalizaría el alcance del negocio jurídico y, en la práctica, representaría su modificación involuntaria, situación contraria al principio de *pacta sunt servanda*, en virtud del cual el contrato es ley para las partes y debe acatarse integralmente salvo que los sujetos negociales le otorguen distinto alcance al objeto convenido³⁴.

A partir de los anteriores derroteros, aunque el contrato No. SOP-A-202-2006 inicialmente suscrito con el departamento de Cundinamarca, fue cedido el 25 de noviembre de 2008 a la empresa de servicios públicos domiciliarios EPC, dicha situación en sí misma no llevaba a concluir que el EGCAP, aplicable al acuerdo de voluntades, dejó de regirlo para ser reemplazado por la Ley 142 de 1994, ya que esa situación no se enmarca en alguna de las excepciones previstas por el artículo 38 de la Ley 143 de 1887 a la regla de que los acuerdos de voluntades se rigen por las disposiciones jurídicas vigentes al momento en que fueron perfeccionados.

Ciertamente, en el asunto de análisis no se está frente a leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato o aquellas que señalen penas para el caso de la infracción de lo estipulado. Así, en virtud de tal mandato es claro que, de forma paralela al cambio de la parte contratante, el contrato de obra No. SOP-A-202-2006 continuó estando regido por el EGCAP, que fue la normativa que fundó el acuerdo negocial desde su suscripción.

Ahora bien, tampoco se vislumbra que la cesión del contrato en sí misma configure un cambio de régimen, en especial porque el artículo 887 del Código de Comercio³⁵ avaló la posibilidad de que una de las partes se hiciera sustituir por un tercero, pero no prescribió que dicha situación representaba un cambio del régimen normativo en virtud del cual se sometió el negocio jurídico.

³⁴ Código Civil. “Artículo 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

³⁵ “Artículo 887. En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución. // La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido”.



Así las cosas, es claro que la cesión del contrato implica que el cesionario adquiere los derechos y obligaciones del contrato cedido, en concordancia con la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual *“asume la calidad de parte que correspondía al cedente [por lo que] la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato”*³⁶, en concordancia con el artículo 895 del Código de Comercio³⁷, de ahí que tal figura implica la continuidad de la normativa aplicable al negocio jurídico y todas las obligaciones derivadas de aquella, pues se trata del régimen normativo que cimentó el acuerdo de voluntades desde un comienzo³⁸.

En cualquier caso, la anterior premisa fue ratificada por los sujetos negociales del contrato impugnado en la presente controversia, en la medida en que aquellas declararon que la nueva entidad contratante asumiría todas las obligaciones pactadas en las condiciones convenidas, de ahí que, con mayor razón, la Ley 80 de 1993 y sus reformas es la normativa aplicable al acuerdo de voluntades incluso pese a las modificaciones de que fue objeto.

Igualmente, cabe señalar que, de conformidad con lo establecido en el Decreto Departamental No. 0180 de 2008³⁹, EPC fue designada como gestor del plan departamental para el manejo empresarial de los servicios de agua y saneamiento en el departamento de Cundinamarca, labor que, en virtud de los artículos 7º del Decreto 3200 de 2008⁴⁰ y 1º del Decreto 4548 de 2009⁴¹, implica, por un lado, el

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 30 de abril de 2012. Radicado 25000-23-26-000-1995-00704-01 (21699).

³⁷ *“Artículo 895. La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes”.*

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 10 de septiembre de 2021. Radicado 130012333000201200162 01 (50130).

³⁹ *“Por medio del Cual se formula e implementa el Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios Públicos Domiciliarios de Agua y Saneamiento en el Departamento de Cundinamarca”.* Publicado en la página web de Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. // *“Artículo 2º. Designación del gestor del PDA de Cundinamarca. Se designa a la EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. como gestor del PDA de Cundinamarca [...]”.*

⁴⁰ *“Artículo 7. Contratación. [...] En todo caso, las actuaciones de quienes intervengan en los PDA se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa”.*

⁴¹ *“Artículo 1. Los procesos de contratación que se adelanten por el Gestor, en cumplimiento de las funciones asignadas por el artículo 12 del Decreto 3200 de 2008, se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en desarrollo de lo previsto en el artículo 14 de la Ley*



ejercicio de función administrativa y, por el otro, el sometimiento de su gestión contractual a las previsiones contenidas el EGCAP *-para la implementación del plan-*, lo cual permite reafirmar que, con mayor razón, el presente asunto está regido por la Ley 80 de 1993 y sus reformas, pues en efecto la cesión del contrato de obra No. SOP-A-202-2006, cuyo objeto consistió en la ejecución de las obras relacionadas con los productos de construcción de acueductos y alcantarillados de varios municipios de Cundinamarca, se dio con ocasión de las actividades encomendadas a EPC en el marco de la implementación de dicho plan.

Los anteriores argumentos llevan a la Subsección a concluir que el contrato de obra No. SOP-A-202-2006 se rigió por la Ley 80 de 1993 y sus reformas, incluso de manera posterior a la cesión de tal acuerdo de voluntades por el departamento de Cundinamarca a EPC, según lo expuesto.

3. La naturaleza jurídica de los actos liquidatorios proferidos por EPC

En la medida en que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción de ineptitud de la demanda por el hecho de que la parte actora impugnó el contrato de obra No. SOP-A-202-2006 sin haber efectuado ningún cuestionamiento contra su liquidación unilateral, la Sala estima imprescindible establecer la naturaleza jurídica de los actos 218 del 6 de julio y 233 del 31 de agosto de 2011 que efectuaron ese cruce de cuentas, en la medida en que ello repercute en la procedencia o no del medio exceptivo que sirvió de fundamento de la decisión apelada, en tanto aquel se encuentra previsto frente al acto administrativo en el que se hace el corte de activos y pasivos de la relación negocial, pero no fue dispuesto para los actos que se encuentran totalmente regidos por el derecho privado.

Así pues, de la lectura de los actos en comento se encuentra que se fundaron en la facultad de liquidar unilateralmente el contrato a que se refiere la Ley 80 de 1993⁴², una vez agotada la posibilidad de hacer el cruce de cuentas de forma bilateral, por lo que, en consonancia con la conclusión a la que se arribó en párrafos anteriores, según la cual al contrato de obra No. SOP-A-202-2006 le aplicó esa normativa para

1150 de 2007. Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de las demás disposiciones previstas en el mencionado decreto”.

⁴² Páginas 575 a 653 del archivo 41 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.



todos los efectos, para la Sala se está ante auténticos actos administrativos, dado que están basados exclusivamente en la normativa de derecho público precitada y no en el derecho privado, como se pasa a explicar.

En desarrollo de lo anterior, la Subsección comienza por poner de presente que esta Corporación unificó su jurisprudencia en cuanto a la naturaleza de los actos contractuales proferidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios, en el sentido de señalar que, con motivo de su actividad contractual: *i)* por regla general, son decisiones de derecho privado, pues están sometidos únicamente por la ley 142 de 1994 y el derecho común *-civil y mercantil-*, de ahí que para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación; y *ii)* en los asuntos en los que se hubiere solicitado su nulidad por considerarse que eran actos administrativos no podrá declararse la inepta demanda ni inhibirse los jueces para resolver la controversia de fondo⁴³.

Con todo, pese a las reglas unificadoras anteriores, los actos 218 del 6 de julio y 233 del 31 de agosto de 2011 no se fundaron en ningún sentido en el derecho privado, no solo porque las partes del contrato de obra No. SOP-A-202-2006 no dispusieron en virtud de la autonomía de la voluntad que la entidad contratante efectuaría el corte de cuentas en forma unilateral *-o incluso bilateralmente-*, sino porque EPC basó tales decisiones exclusivamente en el EGCAP y sus reformas, normativa que, una vez más, rigió el negocio jurídico hasta su culminación.

Lo anterior no resulta incompatible con la jurisprudencia unificadora referenciada, en la medida en que allí se sostuvo que los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, con motivo de su actividad contractual, son de derecho privado, dado que están fundados en la Ley 142 de 1994 y en el derecho civil y mercantil, sumado a lo cual, en lo relativo a la potestad de liquidar el contrato en forma unilateral, serán considerados como tal cuando estén originados en el convenio de las partes que habilita a una de ellas a hacer el cruce de cuentas de tal manera, nada de lo cual sucedió en el *sub lite*, ya que el acuerdo de voluntades

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de unificación del 9 de mayo de 2024. Radicado 76001233100020060332003 (53.962).



estaba regido por el EGCAP y, además, las partes no autorizaron efectuar el balance de activos y pasivos por uno solo de ellos.

Así, los actos liquidatorios fueron proferidos por EPC en el marco de una circunstancia excepcional, anómala y *sui generis* mediante la cual resultó cobijada bajo los efectos del EGCAP, dada la cesión del contrato de obra No. SOP-A-202-2006 en su favor, sin que aquellos se hubieran fundado en el derecho común o en la autonomía de la voluntad de los sujetos negociales.

De todos modos, lo anterior no implica que por el solo hecho de que las decisiones unilaterales se funden en el EGCAP o en la autonomía de la voluntad de forma exclusiva automáticamente sean acertados, pues lo concerniente a la fuente que habilita su expedición es relevante para determinar su naturaleza jurídica, mas no suficiente para establecer si se dictaron con el lleno de las exigencias legales, aspectos que corresponde analizar al juez, siempre que las declaraciones mencionadas hayan sido demandadas previamente, ya sea como un reproche de legalidad, cuando se esté ante actos administrativos, o en el marco del incumplimiento contractual, si son decisiones de derecho privado⁴⁴.

Específicamente, aspectos tales como si los actos administrativos se dictaron sin competencia, *verbi gratia* por el hecho de que la autoridad no estaba investida de una potestad para proferirlos al margen del régimen aplicable, son circunstancias de nulidad de esas declaraciones, que no se verifican de oficio por el juez, sino que se estudian cuando hay cuestionamientos sobre ese aspecto, de modo que aunque se concluya que una decisión es un acto administrativo ello no lleva a validar *ipso facto* que aquel es válido, sino que, simplemente, permite afirmar que, *prima facie*, es una actuación proferida por una entidad pública con efectos jurídicos directos.

⁴⁴ La jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que la liquidación unilateral no es estrictamente una cláusula excepcional, sino una figura a través de la cual es posible efectuar el corte de cuentas del contrato sin la aquiescencia de la parte contratista, siempre que previamente se haya agotado la posibilidad de realizar tal labor de manera bilateral. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 19 de junio de 2020. Radicado 68001233100020060347901 (64471), acumulado con el expediente con radicado 68001233100020050091402. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 3 de septiembre de 2020. Radicado 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003).



Los anteriores derroteros ya han sido aplicados por esta Sección, en el sentido de establecer que, en casos en que se cede un contrato inicialmente sometido por el EGCAP a una entidad regida por el derecho privado, las decisiones que se dictan unilateralmente son, a primera vista, actos administrativos; empero, cuando además se han cuestionado dichas decisiones, se ha concluido que, frente a aquellas, puede existir una falta de competencia, como vicio de la validez, bajo la lógica de que no existe “una *habilitación expresa del ordenamiento para proferir los actos administrativos*”, de ahí que un uso indebido de una potestad excepcional en sede contractual cuando la autoridad que la ejerce no está investida para el efecto puede derivar en un vicio de la legalidad de las decisiones de la Administración, pero ello solo se revisará cuando la legalidad de la actuación haya sido cuestionada⁴⁵.

En virtud de los argumentos esbozados, resulta evidente que, en el asunto que ocupa la atención de la Sala, y solo para efectos de las actuaciones de análisis, dado que EPC liquidó unilateralmente el contrato de forma exclusiva con base en la facultad prevista en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y 44 de la Ley 446 de 1998, normativa que era aplicable al contrato de obra No. SOP-A-202-2006, tales decisiones constituyeron actos administrativos, por estar fundados en el EGCAP.

Ello implica que de aquellos se predica la presunción de legalidad y, por ende, corresponde establecer si en el *sub examine* aquella fue controvertida, con la precisión de que el solo hecho de establecer su naturaleza jurídica no lleva a concluir que sean actuaciones proferidas en derecho, pues ello corresponde al estudio de fondo del asunto que habría procedido en caso de que existiera un reproche frente a dichas declaraciones de voluntad.

4. Procedencia de la acción

El Código Contencioso Administrativo -CCA- previó diferentes mecanismos de acceso a la administración de justicia, cuya elección dependía de la finalidad que perseguían las pretensiones de la demanda, así como de la fuente del daño del cual estas se derivaban⁴⁶.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 25 de mayo de 2023. Radicado 25000-23-36-000-2014-00851-02 (60777).

⁴⁶ Para la doctrina, en vigencia del CCA, el legislador concibió el concepto de acción para encausar las pretensiones de los individuos respecto del Estado en sede judicial, lo cual fue reformado con la



En ese orden de ideas, si lo que se pretendía era la declaratoria de existencia o nulidad de un contrato suscrito por el Estado, o de su incumplimiento por una de las partes, con el propósito de condenarlo a asumir los perjuicios ocasionados, o, en general, obtener una decisión frente a cualquier controversia derivada de un negocio jurídico estatal, la acción procedente era la de **controversias contractuales**, en los términos del artículo 87 del CCA, subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998⁴⁷, que podía ser ejercida por cualquiera de los sujetos negociales, excepto en el evento de que se solicitara la nulidad absoluta del contrato, en cuyo caso también podía ser alegada por el Ministerio Público o por cualquier tercero interesado, como el proponente no adjudicatario de un procedimiento de selección⁴⁸.

Comoquiera que la contienda formulada en el *sub judice* se refiere a la configuración de circunstancias de incumplimiento y de desequilibrio económico del contrato No. SOP-A-202-2006, suscrito inicialmente por el departamento de Cundinamarca, y cedido a EPC, la acción procedente es la de controversias contractuales.

5. Legitimación en la causa

De conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, se concluye que

Ley 1437 de 2011 -CPACA-, que pasó a darle prevalencia al medio de control, figura que, en todo caso, no fue novedosa, pues ya había sido prevista desde el primer estatuto procesal mencionado. HOYOS LEMUS, Félix. Medios de control en el CPACA. Bogotá: 2016. Editorial de la Universidad Nacional de Colombia. P. 21-22.

⁴⁷ "Artículo 87. De las controversias contractuales. [Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998]. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. // Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato. // El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. // En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil".

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 4 de junio de 2021. Radicado 68001-23-31-000-2009-00303-01 (50114).



la constructora Arkgo Ltda. y el señor Víctor Armando Cortés Torres, quienes conformaron el consorcio Acueplan, así como el departamento de Cundinamarca y EPC están legitimados en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, ya que suscribieron el contrato No. SOP-A-202-2006 frente al cual se alegó un incumplimiento y un desequilibrio económico del contrato.

6. Ejercicio oportuno de la acción

6.1. El numeral 10 del artículo 132 del CCA, subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998⁴⁹, estableció que, en las pretensiones relativas a contratos, el término de caducidad será de dos años, que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho y de derecho en que se funden y, en específico, el literal d) de la disposición en comento prescribió que, en los casos en que el contrato requiera ser liquidado y se efectúe de manera unilateral, tal plazo se contaría desde la ejecutoria del acto que la apruebe.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que, cuando los contratos que se demandan ante esta jurisdicción se liquidan después de vencido el término convencional y/o legalmente dispuesto para su liquidación -esto, *en referencia a los asuntos que son pasibles de ser liquidados según el EGCAP*, pero dentro de los 2 años posteriores a su vencimiento, la oportunidad para demandar se contará desde el día siguiente a la firma del acta o a la ejecutoria del acto de liquidación del contrato⁵⁰.

En lo concerniente al término para liquidar el contrato, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993⁵¹, aplicable al asunto de estudio debido a que todavía no había entrado a regir

⁴⁹ “Artículo 136. Caducidad de las acciones. [Subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998]. 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: [...] d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar [...]”.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Auto de unificación del 1 de agosto de 2019. Radicado 05001-23-33-000-2018-00342-01 (62009).

⁵¹ “Artículo 60. De su ocurrencia y contenido. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de



la Ley 1150 de 2007 para el momento del perfeccionamiento del contrato, estipuló que se haría bilateralmente, a falta de convenio sobre el plazo para ello, dentro de los 4 meses siguientes a la terminación del acuerdo de voluntades. Al punto, el literal d) del numeral 10) del artículo 44 de la Ley 446 de 1998⁵² estipuló que, de no lograrse la liquidación bilateral, podría efectuarse unilateralmente en el término de 2 meses desde que se venció el plazo convenido por las partes o el de ley.

A su vez, aunque para cuando dichas normas estaban vigentes no existía un criterio legal que previera la posibilidad de liquidar el contrato después de los 6 meses referidos anteriormente, lo cierto es que la jurisprudencia sí reconoció que era posible efectuar el cruce de cuentas dentro de los 2 años siguientes, inclusive, lo cual, posteriormente, fue reconocido por la propia ley⁵³.

6.2. Bajo ese derrotero, se encuentra que el contrato de obra No. SOP-A-202-2006 finalizó el 3 de febrero de 2009 y fue liquidado unilateralmente por EPC, en tanto entidad cesionaria, mediante los actos administrativos 218 del 6 de julio y 233 del

liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. // También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. // En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. // Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato”.

⁵² “Artículo 44. Caducidad de las acciones. El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo quedará así: «Artículo 136. Caducidad de las acciones. [...] 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. // En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: [...] d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar [...]»”.

⁵³ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de unificación del 1 de agosto de 2019. Radicado 05001-23-33-000-2018-00342-01 (62009). “Salta a la vista, así, que el legislador, además de proseguir con la tendencia de incorporar a la norma escrita los lapsos judicialmente definidos para la liquidación del contrato estatal (cuando esta fuere necesaria) y para el ejercicio oportuno del medio de control de controversias contractuales, al expedir la Ley 1150 de 2007, acogió otro criterio tomado en consideración en la jurisprudencia de la Sección: que los períodos de liquidación bilateral y unilateral del contrato estatal no son perentorios habida cuenta de la importancia de esta labor en la gestión contractual.” En este último sentido revisar la sentencia del 16 de agosto de 2001, con radicado 25000232600019960438401 (14384).



31 de agosto de 2011, y el segundo de ellos se notificó personalmente al contratista, a través de su representante legal, el 8 de septiembre siguiente⁵⁴.

En el acuerdo de voluntades no se fijó un plazo específico para la liquidación bilateral o unilateral, por lo que era imperativo acudir a los criterios de la normativa referenciada con anterioridad, en virtud de la cual el plazo de esos dos supuestos feneció seis meses después de la finalización del acuerdo de voluntades, esto es, el 4 de agosto de 2009, por lo que los dos años para efectuar el corte de cuentas en cualquier tiempo finalizó el 4 de agosto de 2011.

En ese contexto, como la liquidación unilateral se efectuó el 6 de julio de 2011, y se confirmó el 31 de agosto de la misma anualidad, el cómputo de la demanda se debe contabilizar a partir de la firmeza de tales decisiones, como se predica en la sentencia de unificación precitada en este acápite.

Así pues, en el asunto que ocupa la atención de la Sala, los dos años para ejercer el derecho de acción comenzaron a correr a partir del día siguiente a la ejecutoria de los actos administrativos 218 del 6 de julio y 233 del 31 de agosto de 2011, esto es, entre el 9 de septiembre de 2011 y el 9 de septiembre de 2013 y, como la demanda se radicó el 15 de marzo de 2012, no cabe duda de que fue presentada en tiempo, al margen del agotamiento del trámite de la conciliación extrajudicial, que se llevó a cabo entre el 3 de febrero y el 26 de mayo de 2011⁵⁵.

7. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se configuró una ineptitud de la demanda por solicitarse el incumplimiento del contrato de obra No. SOP-A-202-2006 por una mayor cantidad de obra sin formular ningún reproche contra los actos administrativos mediante los cuales se liquidó unilateralmente el negocio jurídico.

⁵⁴ Páginas 574 a 654 del archivo 41 del índice 33 del expediente digital de la plataforma SAMAI.

⁵⁵ Páginas 655 a 657 del archivo 41 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.



8. Hechos probados

La Sala procederá a establecer cuáles son los hechos probados que resultan relevantes para decidir la controversia sometida a juicio. Para tal efecto, se analizarán los documentos aportados en copia simple, siempre que no hayan sido tachados de falsedad por alguna de las partes o exista alguna disposición que haga exigible el requisito de las copias auténticas o de una determinada copia, de conformidad con lo dispuesto por esta Corporación en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013⁵⁶.

8.1. El 27 de diciembre de 2006⁵⁷, el departamento de Cundinamarca y el consorcio Acueplan -conformado por la constructora Arkgo Ltda., Víctor Armando Cortés Torres, Consuelo González Bonilla y la Sociedad Surcolombiana de Construcciones S.A.- suscribieron el contrato de obra No. SOP-A-202-2006, producto de la licitación pública No. SOP-A 14-2006, que tuvo por objeto la construcción de varias obras de acueducto y alcantarillado -que no la prestación del servicio público domiciliario derivado de tal infraestructura- y cuyo pago se fijó a precios unitarios, según las cantidades de obra que se fueran ejecutando.

Como valor del contrato se fijó la suma de \$20.362'220.292 y como plazo se estableció que se ejecutaría en 14 meses, contados a partir de la suscripción del acta de iniciación del contrato, previo cumplimiento de los requisitos de ejecución.

8.2. El 23 de octubre de 2008⁵⁸, el departamento de Cundinamarca y EPC suscribieron el convenio interadministrativo 05 del 23 de octubre de 2008, mediante

⁵⁶ “En esta sentencia la Corporación manifestó que, “[...] Debe precisarse que la copia simple de las pruebas que componen el acervo del proceso penal, en especial las diligencias adelantadas por las demandadas, pueden ser valoradas toda vez que los medios probatorios obrantes fueron practicados con audiencia de la demandada, y solicitados como prueba trasladada por la parte demandante, petición que fue coadyuvada por las demandadas, surtiéndose así el principio de contradicción [...] En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además, aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda”.

⁵⁷ Páginas 1 a 281 del archivo 41 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

⁵⁸ Páginas 50 a 52 del archivo 105 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.



el cual se acordó transferir los contratos de obra relacionados con acueducto y alcantarillado a la empresa de servicios públicos domiciliarios, para lo cual se estableció que *“la empresa adquirirá, una vez implementada la cesión respecto de cada negocio jurídico, la posición contractual correspondiente, contrayendo las obligaciones respectivas y pudiendo ejercer todas las facultades que le cabrían al DEPARTAMENTO como entidad contratante”*.

Como consecuencia de lo anterior, el 14 de noviembre de 2008⁵⁹, el departamento de Cundinamarca cedió el contrato de obra No. SOP-A-202-2006 a EPC, decisión que fue comunicada al contratista mediante escrito el 9 de diciembre de 2008⁶⁰.

8.3. El 3 de febrero de 2009 finalizó el contrato⁶¹ y, como consecuencia, el 6 de julio de 2011⁶², y luego de que el contrato hubiera sido modificado en distintas ocasiones, EPC lo liquidó unilateralmente mediante la Resolución No. 218. Del cruce de cuentas se encontró que el contratista debía reembolsar en favor de la entidad contratante la suma de \$786'103.252,07, sin que hubiera ningún saldo a favor del esquema consorcial. La decisión fue notificada al consorcio Acueplan personalmente el 13 de julio de 2011⁶³.

8.4. El 21 de julio de 2011⁶⁴ el consorcio Acueplan presentó recurso de reposición contra el acto liquidatorio unilateral, con el fin de que se reformulara el corte de cuentas, con sustento en que ejecutó una *“mayor cantidad de obras”* que debía llevar a que se le reconociera un mayor saldo en su favor.

8.5. El 31 de agosto de 2011⁶⁵ EPC confirmó *“en todas y cada una de sus partes la Resolución 218 del 6 de julio de 2011”*, por considerar que no le asistió razón al consorcio Acueplan en su reproche. La decisión fue notificada personalmente al esquema consorcial el 8 de septiembre de 2011⁶⁶.

⁵⁹ Páginas 52 a 54 del archivo 105 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

⁶⁰ Páginas 532 y 629 del archivo 41 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

⁶¹ Página 628 del archivo 41 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

⁶² Páginas 625 a 653 del archivo 41 del índice 33 del expediente digital en SAMAI.

⁶³ Página 624 del archivo 41 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

⁶⁴ Páginas 584 a 600 del archivo 41 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

⁶⁵ Páginas 575 a 657 del archivo 41 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

⁶⁶ Página 574 del archivo 41 del índice 33 del expediente digital en la plataforma SAMAI.



9. La demanda en forma en relación con un contrato que ha sido objeto de liquidación unilateral

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado de manera reiterada que, en los procesos regidos por el CCA, e incluso en aquellos sometidos por las reglas del CPACA, la ineptitud de la demanda se configura en aquellos casos en los cuales el contratista solicita declarar el incumplimiento del contrato y reclama los consecuentes perjuicios sin incluir en el escrito inicial la pretensión de nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral del negocio, cuando aquel ha sido conocido por dicho contratista con anterioridad a la interposición de la demanda o a la oportunidad procesal para reformarla⁶⁷.

Lo anterior, con sustento en el numeral 7 del artículo 97 del Decreto 1400 de 1970 -CPC⁶⁸, a cuyo tenor se estableció la excepción de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales⁶⁹, como lo son indicar con total claridad “*lo que se demanda*”⁷⁰ e individualizar las pretensiones⁷¹, que podía ser resuelta a solicitud de parte o, incluso, de oficio, como reza el inciso 2 del artículo 164 del CCA⁷²

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera: *i*) Subsección A. Sentencias del 16 de agosto de 2018. Radicado 68001233300020130017101 (57649), del 14 de marzo de 2018. Radicado 13001233100020100041901 (5567) y del 5 de octubre de 2016. Radicado 68001233300020130003801 (49820); *ii*) Subsección B. Sentencia del 9 de octubre de 2014. Radicado 25000-23-26-000-2001-02508-01 (28881); y *iii*) Subsección C. Sentencias del 25 de febrero de 2016. Radicado 25000-23-26-000-2005-02718-01 (41901) y del 16 de diciembre de 2022. Radicado 68001233100020120004601 (55904). Incluso, de tiempo atrás, cuando la Sección Tercera del Consejo de Estado no estaba integrada por Subsecciones, la jurisprudencia había sostenido ese mismo criterio de ineptitud de la demanda cuando se pide el incumplimiento del contrato sin solicitar la nulidad del acto administrativo que liquida unilateralmente el negocio. Por ejemplo, ver, entre otras, la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2010. Radicado 76001232500019950188401 (16941).

⁶⁸ “Artículo 97. Limitaciones de las excepciones previas y oportunidad para proponerlas. [Modificado por el artículo 1, numeral 46 del Decreto 2282 de 1989]. El demandado, en el proceso ordinario y en los demás en que expresamente se autorice, dentro del término de traslado de la demanda podrá proponer las siguientes excepciones previas: [...] 7. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones [...]”.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera: *i*) Subsección A. Sentencia del 20 de mayo de 2013. Radicado 25000-23-26-000-2000-01771-02(27278) y *ii*) Subsección B. Sentencia del 29 de julio de 2013. Radicado 25000-23-26-000-2000-01481-01 (27088) y *iii*) Subsección C. Auto del 22 de noviembre de 2021. Radicado 52001-23-33-000-2018-00549-01 (65501).

⁷⁰ CCA. “Artículo 137. Contenido de la demanda. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá: [...] 2. Lo que se demanda”.

⁷¹ CCA. “Artículo 138. Individualización de las pretensiones. [Subrogado por el artículo 24 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989]. 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 [...]”.

⁷² “Artículo 164. Excepciones de fondo. [...] En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada”. Consejo de



Bajo esa óptica, la Sala ha considerado desacertado que el contratista demandante pretenda escindir la realidad comercial cuando reclama perjuicios por la inobservancia del contenido obligatorio del contrato por parte de la entidad estatal o derivados de la fractura del equilibrio prestacional, sin llevar a debate procesal el acto de liquidación unilateral del contrato, postura usualmente advertida como mecanismo del contratista para evitar que se apliquen las compensaciones realizadas en dicho acto y eludir el efecto financiero de su propio incumplimiento⁷³.

A lo anterior se suma que el acto de liquidación unilateral contiene el balance final que compendia las cifras de ejecución del contrato y que determina, en los asuntos sometidos al EGCAP, con la fuerza y vigor propios del acto administrativo, quién debe a quién, cuánto se debe y los conceptos que originan y componen la obligación resultante, de lo cual se puede concluir que en el caso del incumplimiento o de desequilibrio económico, al término del convenio, el contenido del acto de liquidación unilateral de la relación contractual se constituye en soporte idóneo para la definición del monto exigible recíprocamente entre las partes por cualquiera de los conceptos allí señalados⁷⁴.

En ese contexto, cuando el acto de liquidación unilateral del contrato no es objeto de demanda de nulidad, su contenido resulta amparado por la presunción de legalidad y, por ende, la decisión que allí consta no puede modificarse a través de un proceso judicial en el que el demandante haya omitido impugnarlo, de ahí que, como se ha advertido en supuestos fácticos similares al caso que ahora ocupa la atención de la Sala, el requisito de la demanda en forma no puede ser visto como un capricho de la jurisprudencia de la Corporación, ni tampoco como una manera

Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 18 de agosto de 2020. Radicado 08001233100020000034401 (66093).

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de noviembre de 2012. Radicado 44001233100020000029301 (25915). En la providencia se consideró que: *“De esta manera, si el Tribunal estimara apta la demanda presentada sobre el incumplimiento contractual sin incluir el acto de liquidación del contrato, y diera curso a una decisión, tendría que limitarse a la causa petendi planteada por el accionante, caso en el cual escindiría la realidad financiera del contrato de obra cuya controversia evalúa y llegaría a administrar justicia prevaleciendo la pretensión del accionante, que con su acción, limitaría al Juzgador para conocer y pronunciarse sobre la situación contractual en forma integral. Por ello, no debe permitirse la autonomía de la acción contractual de incumplimiento cuando existe un acto administrativo de liquidación unilateral del contrato”*.

⁷⁴ Consejo de Estado: **i)** Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 28 de junio de 2016. Radicado 11001-03-06-000-2015-00067-00 (2253) y **ii)** Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 9 de octubre de 2014. Radicado 25000-23-26-000-2001-02508-01 (28881).



de denegar justicia, sino que *-vale decir-* se erige como un mecanismo de protección a la congruencia e integridad de la decisión que debe ser adoptada con base en la real ejecución y liquidación del contrato.

Ahora, desde la perspectiva de la obligatoriedad que impone la naturaleza del acto administrativo con fundamento en las facultades que se pueden desplegar en dicho acto de liquidación, en los asuntos sometidos al EGCAP, ya sea de manera directa, o por remisión de la Ley 142 de 1994, la Administración puede ejercer las potestades para establecer unilateralmente las partidas de la liquidación, lo cual comporta la definición de su valor, se reitera, con las prerrogativas propias del acto administrativo. Por consiguiente, el acto de liquidación unilateral del contrato comprende la postura de la Administración *-con la fuerza legal de esa decisión unilateral-* acerca del valor de aquellos asuntos en los cuales existieron las diferencias que impidieron un acuerdo de liquidación bilateral.

Con todo, la posición jurisprudencial trazada en relación con la ineptitud de la demanda en los casos en los cuales el contratista solicita declarar el incumplimiento de la entidad contratante sin incluir *-en la demanda ni en la oportunidad para proceder a reformarla-* la pretensión de nulidad del acto de liquidación unilateral, indispensablemente debe atemperarse al hecho de que los cargos de incumplimiento en los que se estructuran las pretensiones guarden directa relación con la decisión liquidatoria respecto de los conceptos reclamados y las partidas adeudadas, con independencia de que el referido acto no hubiera contenido una referencia expresa a la materia de incumplimiento, pero la misma corresponda a una circunstancia cuyo fundamento fáctico le sirve de sustento⁷⁵.

En conclusión, en aquellos eventos en que se pretende la declaratoria de incumplimiento de un contrato estatal y aquel fue objeto de liquidación unilateral, la decisión mediante la cual se hizo el corte de cuentas debe ser debidamente impugnada, *so pena* de que no se desvirtúe su legalidad y se configure una ineptitud de la demanda que impida estudiar la desatención obligacional.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019. Radicado 25000233600020140063401 (60851).



10. Caso concreto: la ineptitud de la demanda por no impugnarse los actos que liquidaron el contrato cuya declaratoria de incumplimiento se pretende

10.1. La constructora Arkgo Ltda. y el señor Víctor Armando Cortés Torres, quienes conformaron el consorcio Acueplan, presentaron demanda de controversias contractuales, con el fin de que se declarara un desequilibrio económico e incumplimiento del contrato de obra No. SOP-A-202-2006, que fue liquidado unilateralmente mediante los actos administrativos 218 del 6 de julio y 233 del 31 de agosto de 2011, sin haber pedido la nulidad de esas declaraciones.

Mediante sentencia del 10 de febrero de 2021, la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción de ineptitud de la demanda formulada por el extremo pasivo de la *litis*, por considerar que no era dable estudiar de fondo las pretensiones de incumplimiento por el hecho de no haberse efectuado ningún reproche contra la legalidad de los actos que liquidaron unilateralmente el acuerdo de voluntades.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación, en el cual consideró que dentro de su reproche general de incumplimiento se entendía subsumido el de ilegalidad contra los actos de liquidación, sin que fuera necesario formular una demanda separada con tal propósito. También consideró que con exigírsele cuestionar tales decisiones de forma expresa se incurrió en un exceso y que, de haberse configurado una inepta demanda, debió ser advertida por el *a quo* desde la admisión del libelo introductorio y, por no proceder en tal forma, se debía declarar la nulidad de todo lo actuado.

10.2. De entrada, la Sala considera que los demandantes incurrieron en una ineptitud de la demanda por haber solicitado el incumplimiento del contrato de obra No. SOP-A-202-2006 sin haber cuestionado la legalidad de los actos de liquidación 218 del 6 de julio y 233 del 31 de agosto de 2011, mediante los cuales se efectuó el cruce final de cuentas del acuerdo de voluntades, como se pasa a explicar.

10.2.1. De la lectura de las pretensiones de la parte demandante, no se encuentra ninguna dirigida a cuestionar la validez de los actos administrativos 218 del 6 de



julio y 233 del 31 de agosto de 2011, mediante los cuales EPC hizo el cruce de cuentas final de la ejecución del contrato No. SOP-A-202-2006, pues los actores se limitaron a pedir *“la modificación del aspecto económico de la liquidación unilateral del contrato”*, pero en ninguna parte del escrito inicial indicaron por qué la empresa de servicios públicos domiciliarios erró con tales actuaciones.

En general, de la interpretación de la demanda, la Sala no encuentra inconformidad alguna de la constructora Arkgo Ltda. y el señor Víctor Armando Cortés Torres con el hecho de que EPC hubiera liquidado unilateralmente el contrato de obra referenciado anteriormente, pues se restringieron a formular que se configuró una mayor cantidad de obra por circunstancias como un desequilibrio económico del contrato y un incumplimiento de la obligación de pago de toda la materialización del objeto negocial, pero jamás pusieron en duda la competencia para hacer el corte de cuentas de manera unilateral o la forma en que aquel se efectuó.

Adicionalmente, tampoco se avizora que se hubiera invocado alguna de las causales de ilegalidad de los actos administrativos de infracción de las normas superiores, falta de competencia, vulneración del debido proceso, falsa motivación o desviación de poder, previstas en el artículo 84 del CCA⁷⁶ para la acción de nulidad, pero extensibles a los mecanismos procesales de nulidad y restablecimiento del derecho y/o controversias contractuales, cuando se demande una decisión de esa naturaleza en virtud de aquellos.

En este sentido, a partir de la lectura detenida del libelo de la demanda la Sala no encuentra que hubieran sido expuestos cargos o reproches encaminados a atacar la validez de las decisiones tantas veces citadas, aspecto que no puede ser suplido por el operador judicial⁷⁷, a quien, en los casos en que se pretende que se declare su

⁷⁶ “Artículo 84. Acción de nulidad. [Subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989]. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. // Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. // También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”.

⁷⁷ Al respecto se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-197 del 7 de abril de 1999, al estudiar la constitucionalidad del numeral 4 del artículo 137 del CCA, oportunidad en la que señaló que carece de racionalidad que el juez administrativo busque de oficio las posibles causas de nulidad de los actos administrativos y que la imposición al demandante de la referida carga *“contribuye*



nulidad, le corresponde resolver sobre la validez del acto demandado dentro de los precisos límites establecidos en la demanda, con fundamento en los motivos de violación alegados por la parte actora en el escrito introductorio y las normas que hayan sido invocadas como vulneradas⁷⁸, dado que el control de legalidad que aquel realiza no es general sino particular y concreto, de modo que su análisis sólo puede circunscribirse a los motivos de violación que sean alegados por el extremo activo, los cuales constituyen la *causa petendi* en el proceso⁷⁹.

La circunstancia descrita se encuadra en la excepción de ineptitud de la demanda descrita con antelación, por el hecho de que, indubitadamente, a la parte actora le asistía la carga de cuestionar los actos de liquidación del acuerdo de voluntades frente a los cuales se alegó un incumplimiento negocial, pues precisamente allí se estipularon, de manera definitiva, los saldos finales a favor y en contra de los sujetos del negocio jurídico y ello quedó en firme con la notificación personal que se hizo al consorcio Acueplan, de ahí que, sin cuestionar judicialmente esa determinación, es imposible para la Subsección pasar a estudiar los demás cargos presentados, que estaban sujetos a controvertir las actuaciones en comento.

En otras palabras, no le es posible a la Sala estudiar una pretensión de pago adicional por una mayor permanencia de obra si no se efectuó ningún reproche contra la liquidación efectuada por EPC, pues, en tal contexto, debía controvertir el hecho de que se hubiera realizado unilateralmente, sin contar con la facultad para hacerlo, o que los saldos allí predispuestos no eran acordes con la realidad negocial, nada de lo cual sucedió en este asunto, de manera que operó la ineptitud de la demanda, por no haberse efectuado un cuestionamiento sobre la legalidad del corte definitivo de la relación negocial que habilite pasar a estudiar si hubo un incumplimiento obligacional o si se configuró un desequilibrio económico.

además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación”.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 9 de diciembre de 2011. Radicado 11001-03-26-000-2001-00030-01 (20410).

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2012. Radicado 05001232400019960068001 (20738).



Sobre ese punto, en la apelación los actores defendieron que, de un lado, no era necesario formular ningún reproche contra los actos liquidatorios para pretender el incumplimiento del contrato, además de haber manifestado que bastaba con alegar un incumplimiento del acuerdo de voluntades de manera general, argumentos que no tienen cabida para la Sala, debido a que, si se buscaba el reconocimiento de un monto adicional a su favor por la ejecución de una mayor cantidad de obra, era imperativo cuestionar el cruce de cuentas definitivo efectuado por la entidad de forma expresa, pues de lo contrario se estaría manifestando conformidad con aquel.

En efecto, en el análisis expuesto en el acápite 6 de la presente decisión, se puso de presente que es imperativo impugnar el acto liquidatorio si lo que se pretende es una declaratoria de incumplimiento del contrato frente al cual se hizo el cruce de cuentas y siempre que esa decisión tenga relación con lo que se pretende, de ahí que, como en el *sub lite* se pretende un reconocimiento dinerario adicional al pago del contrato No SOP-A-202-2006 por una mayor cantidad de obra, lo que se relaciona inevitablemente con los actos liquidatorios de la relación comercial, en los que se reconoció un monto menor, se debía controvertir tal cruce definitivo de saldos producto de la ejecución contractual, lo que no sucedió, como se ha explicado.

10.2.2. Además, los apelantes argumentaron que no era dable demandar por separado, y mediante una acción distinta a la de controversias contractuales, como la de nulidad y restablecimiento del derecho, los actos liquidatorios 218 del 6 de julio y 233 del 31 de agosto de 2011, de ahí que el hecho de que no se hubiera encasillado expresamente la demanda en ese segundo medio procesal no quiso decir que no se hubieran impugnado de manera general los actos liquidatorios.

Frente a ese punto, tal y como EPC advirtió en sus alegaciones conclusivas en segunda instancia, no es cierto que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca le hubiera indicado a la parte actora en la sentencia recurrida que debía impugnar los actos liquidatorios a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, o separadamente, sino que lo que se advirtió es que debía cuestionar su validez en sede judicial, si lo que se quería era que también se declarara el incumplimiento del contrato, de ahí que se entiende con claridad que no se le pidió a los actores acudir a una vía procesal distinta, sino que se declaró la excepción de ineptitud de la demanda por no haber controvertido la legalidad del cruce final de cuentas.



Dicho de otro modo, debido a que los actos liquidatorios 218 del 6 de julio y 233 del 31 de agosto de 2011 fueron proferidos con ocasión del contrato No SOP-A-202-2006, era necesario demandarlos a través de la acción de controversias contractuales, aspecto frente al cual la parte demandada y el *a quo* no indicaron nada diferente, sino que lo que en realidad se cuestionó por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es que aquellos no hubieran sido objeto de ningún reproche por los demandantes. Como consecuencia, no le asiste razón a los apelantes en que se les hubiera pedido ejercer una acción distinta.

10.2.3. Asimismo, la parte apelante manifestó que, de configurarse la excepción de ineptitud de la demanda, al juzgador de primera instancia le habría correspondido efectuar el saneamiento, *so pena* de que se configurara una nulidad procesal.

Pues bien, la Sala pone de presente que no corresponde al juez contencioso administrativo solicitarle al demandante que incluya en su escrito inicial pretensiones que no incorporó, ya que ello implicaría asumir un rol de parte y contravenir su deber de imparcialidad, considerando que el proceso contencioso administrativo está supeditado a lo que los sujetos procesales persigan en virtud del ejercicio del derecho de acción *-principio de justicia rogada-*, de ahí que no era posible que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien conoció el asunto en primera instancia, le indicara a los demandantes que debían adicionar sus pretensiones en orden a cuestionar los actos liquidatorios⁸⁰.

Distinto habría sido que la parte actora hubiera formulado una pretensión anulatoria contra los actos de liquidación y que de su lectura hubiera dudas sobre su alcance, pues en tal escenario el *a quo* hubiera podido requerir a los demandantes para que aclararan lo pretendido, lo que no sucedió, pues en el presente litigio el escrito inicial no incluyó ninguna pretensión de ilegalidad frente a las decisiones que efectuaron el cruce de cuentas del contrato No SOP-A-202-2006.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 8 de octubre de 2021. Radicado 76001-23-31-000-2010-01998-01 (50570).



Sobre tal aspecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que la labor de interpretación de la demanda por el juez se debe ejercer con la precaución de no tergiversar la *litis* y suplantar al demandante, pues su voluntad debe ser el marco de referencia para establecer el daño que se pide indemnizar y el hecho que lo habría generado, lo que no puede ser sustituido por el juez, dado que la invocación del supuesto correcto tiene efectos determinantes en el sentido de la sentencia, de ahí que se trate de una obligación radicada en quien acude a esta jurisdicción⁸¹.

Como consecuencia, no era dable que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca advirtiera desde el estudio inicial de la demanda la falencia de la parte actora consistente en no impugnar los actos de liquidación del contrato cuyo incumplimiento se pidió.

Finalmente, tampoco se avizora que el hecho de que no se le hubiera indicado a los demandantes desde los primeros estadios procesales que omitieron efectuar una pretensión contra la validez de los actos de liquidación hubiera constituido una nulidad procesal, no solo porque el artículo 242-A del CCA⁸² dispuso que en segunda instancia no se podrán advertir hechos constitutivos de nulidad que debieron ser alegados en primera instancia, sino porque la parte apelante no argumentó en cuál de las circunstancias previstas en el artículo 140 del CPC⁸³ se

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 24 de septiembre de 2020. Radicado 23001-23-31-000-2010-00048-01 (61.280).

⁸² "Artículo 242-A. Nulidades procesales y no remisión inmediata de escritos y recurso improcedentes. [Modificado por el artículo 107 de la Ley 1395 de 2010]. En la segunda instancia no se podrán proponer hechos constitutivos de nulidad que debieron ser alegados en primera instancia, salvo la falta de competencia funcional y la indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante. // Los escritos y peticiones diferentes a los citados solo se pondrán en conocimiento del Despacho por el Secretario en la siguiente actuación procesal // La nulidad procesal generada en la sentencia solo procederá por incompetencia funcional, indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante, por omisión de la etapa de alegaciones y cuando la sentencia haya sido adoptada por un número inferior de magistrados al previsto por la ley. // Mediante auto no susceptible de recurso, el Juez o Magistrado Ponente rechazará de plano por improcedente la solicitud de nulidad contra la sentencia que se funde el causal distinta de las mencionadas".

⁸³ "Artículo 140. Causales de nulidad. [Modificado por el artículo 1, numeral 80 del Decreto 2282 de 1989]. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 1. Cuando corresponda a distinta jurisdicción. 2. Cuando el juez carece de competencia. 3. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia. 4. Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde. 5. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida. 6. Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión. 7. Cuando es indebida la representación de las partes. Tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso. 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su



encausó el supuesto actuar indebido del *a quo*, sin que en esta instancia se evidencie que haya operado alguna de aquellas.

10.2.4. En suma, la Sala confirmará la sentencia recurrida, ya que la actora incurrió en una ineptitud de la demanda por no cuestionar los actos administrativos liquidatorios 218 del 6 de julio y 233 del 31 de agosto de 2011, de la mano con la pretensión de declaratoria de desequilibrio económico e incumplimiento del contrato de obra No. SOP-A-202-2006, lo que era necesario para estudiar de fondo la procedencia de un pago adicional al efectuado por la ejecución negocial.

11. Costas

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia, debido a que no se evidencia una actuación temeraria de alguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que esta proceda.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de febrero de 2021, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adición. 9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas de deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley. // Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta de la que admite la demanda, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que la parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponerla [...]”.



Radicado: 250002336000201200501-01 (67190)
Demandantes: Constructora Arkgo Ltda. y otro

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Presidente de la Sala
ACLARACIÓN DE VOTO

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Magistrada

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

VF