

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL- Ley 1285 de 2009- Reforma de la demanda con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1285 de 2009 – Ley 153 de 1887 – artículo 40 – Ley en el tiempo

En relación con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, su naturaleza en vigencia de la Ley 1285 de 2009 y el CCA, y su diferencia con los presupuestos procesales y la aptitud sustantiva de la demanda, el Consejo de Estado ha considerado que:

"De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado se deben tener en cuenta los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para que la litis se desarrolle con la precisión requerida para que en el asunto puesto a su conocimiento, en forma de demanda, se profiera una sentencia de fondo.

En el presunto asunto, para la fecha de presentación de la demanda (19 de diciembre de 2008) el ordenamiento jurídico no exigía que se agotara la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, para la fecha en que Varego radicó su reforma de la demanda (29 de julio de 2009), ya había entrado en vigencia el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, norma que exigía como requisito de procedibilidad el adelantamiento del trámite de conciliación extrajudicial para las acciones de controversias contractuales.

[...] la reforma de la demanda se radicó cuando ya había sido expedido el decreto mencionado. Por lo cual, no queda duda de que, para la fecha de presentación de la reforma de la demanda, el ordenamiento jurídico exigía el agotamiento del trámite de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

[...] La inclusión de estas nuevas pretensiones, que no fueron incorporadas en la demanda inicial, y que implicaban poner en conocimiento de la jurisdicción un nuevo asunto bajo la acción de controversias contractuales que ampliaba el objeto de la litis, hacía exigible entonces el cumplimiento del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009. Lo anterior, además, por el hecho de que en los términos del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir", sin que resulte aplicable la excepción prevista en la misma norma, pues en efecto, al haberse formulado nuevas pretensiones en el libelo introductorio, no podría sostenerse que frente a ellas el término hubiera empezado a correr, ni mucho menos que se trate de una actuación o diligencia previamente iniciada.

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Pretensiones de la reforma de la demanda – Inhibición para decidir – No se procede a la declaratoria de ineptitud de la demanda

[...] en la medida en que no se agotó la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho respecto del acto de imposición de multas, no es posible emitir un pronunciamiento de fondo respecto de dichas pretensiones como consideró el tribunal. Sin embargo, dicha situación

no configura la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, declarada de oficio por el tribunal, por lo cual la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de inhibirse para fallar de fondo, únicamente respecto de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho formuladas contra el acto administrativo de imposición de multas.

LEGITIMACIÓN MATERIAL EN LA CAUSA – Alcance - Titularidad para reclamar el interés jurídico

La legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo, de modo que la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio.

Así las cosas, la legitimación en la causa corresponde a un elemento necesario para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, desde la perspectiva pasiva de la relación jurídico procesal, supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial por el derecho o interés que es objeto de controversia.

[...] En este sentido, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hayan sido demandadas.

[...]

En suma, la legitimación en la causa por activa supone la verificación de que quien demanda tenga la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que la legitimación en la causa por pasiva supone ser la persona llamada a responder por el derecho o interés que es objeto de controversia.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 del CCA, subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la legitimación en la causa en las acciones contractuales se encuentra, en principio, en cabeza de las partes del contrato estatal. Lo anterior implicaría que, en el presente caso, en principio estarían legitimados en la causa por activa y por pasiva, Varego y el Departamento respectivamente.

CESIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Código de Comercio artículo 887 - Aplicación - Transferencia al cesionario - Titularidad de los derechos derivados del contrato - Falta de legitimación en la causa por activa -

Revisado el contenido de dicho negocio jurídico, es claro que se trató de una cesión de posición contractual en los términos del artículo 887 del Código de Comercio.

[...]

[...] en el presente asunto, está acreditado que el 4 de febrero de 2009, después de haberse radicado la demanda, pero antes de que esta se hubiera admitido, Varego, en calidad de cedente, y Expanan S.A., en calidad de cesionario, celebraron un contrato de cesión respecto del Convenio.

[...]

Dicha cesión fue aceptada por parte de la entidad en comunicación del 24 de febrero de 2009.

[...]

es evidente que Varego, con ocasión de la cesión de posición contractual sin limitaciones o salvedades, perdió su capacidad de reclamar al Departamento por situaciones propias de la ejecución del Convenio, toda vez que cedió a Explanan S.A. los derechos y obligaciones emanados de la ejecución del Convenio, incluido el derecho de reclamar el restablecimiento del equilibrio económico de dicho negocio jurídico.

Para la fecha en que se radicó la demanda, la cesión del Convenio no había ocurrido, por lo cual, para ese momento, Varego estaba legitimada en la causa materialmente para elevar pretensiones de la acción de controversias contractuales contra el Departamento. Esta legitimación material, desapareció una vez la cesión fue celebrada y aprobada por la entidad el 24 de febrero de 2009. Ya sin tener la calidad de parte contractual, con ocasión de la cesión del Convenio, Varego reformó su demanda mediante escrito radicado el 29 de julio de 2009, y para ese momento, no contaba con legitimación material en la causa por activa.

[...]



Radicado: 05001-23-31-000-2009-00169-01 (68355)
Demandante: Equipos y Construcciones Varego Ltda.

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

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veinticinco (2025)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - CCA
Radicación: 05001-23-31-000-2009-00169-01 (68355)
Demandante: EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES VAREGO LTDA.
Demandados: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

TEMAS: REFORMA DE LA DEMANDA – En los términos del artículo 89 del CPC implica la inclusión de nuevos hechos, pruebas y/o pretensiones. AGOTAMIENTO DE LA CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Se hizo obligatorio en la jurisdicción de lo contencioso administrativo a partir de la expedición de la Ley 1285 de 2009. INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – El cumplimiento del requisito no se trata de un presupuesto procesal, ni su incumplimiento implica la declaratoria de la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda. Sin embargo, su incumplimiento si da lugar a una imposibilidad para emitir un pronunciamiento de fondo. CESIÓN DE CONTRATO – Naturaleza y diferencias con el contrato de cesión de crédito. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA CUANDO EXISTE UNA CESIÓN DE CONTRATO – En los términos del artículo 895 del Código de Comercio, quien estaría legitimado en la causa por activa en la acción de controversias contractuales derivada de un contrato estatal cedido es el cesionario y no el cedente.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 2 de diciembre de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío¹ que declaró probada de oficio la excepción de ineptitud de la demanda respecto de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho y negó las demás pretensiones.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 11 de septiembre de 2007 Equipos y Construcciones Varego Ltda. y el departamento de Antioquia celebraron un convenio cuyo objeto era la rehabilitación de la vía El Dos – El Tres – San Pedro de Urabá en el departamento. El contratista

¹ El Tribunal Administrativo del Quindío falló el proceso en primera instancia, con ocasión de las medidas de descongestión adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura mediante ACUERDO PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021 *“Por medio del cual se adopta una medida de descongestión de procesos del sistema procesal anterior a la Ley 1437 de 2011 en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”*.



alegó que durante su ejecución se presentaron una serie de situaciones imprevistas y no imputables a su actuar que desequilibraron económicamente el convenio. Mediante Resolución No. 24995 del 31 de diciembre de 2008, el departamento de Antioquia impuso unas multas al contratista.

Equipos y Construcciones Varego Ltda. solicita en su demanda que: **i)** se declare el rompimiento del equilibrio económico del convenio y que este se restablezca a su favor; **ii)** se declare la nulidad de la resolución de imposición de multas; y **iii)** a título de restablecimiento del derecho se ordene al departamento la indemnización de los perjuicios causados.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El 19 de diciembre de 2008², Equipos y Construcciones Varego Ltda. –en adelante *Varego*– presentó demanda de controversias contractuales contra el departamento de Antioquia –en adelante el *Departamento*– con el fin de que se declarara el rompimiento del equilibrio económico del contrato de obra celebrado entre las partes.

1.2. Las pretensiones formuladas en la demanda fueron, entre otras³, las siguientes (se transcriben de forma literal, incluso con eventuales errores)⁴:

“PRIMERA: Que se declare la existencia del contrato denominado Convenio No. 2007-C0-20-8375, rehabilitación de la vía El Dos - El Tres - San Pedro de Urabá entre EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES VAREGO LTDA y la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA — SECRETARÍA DE

² De conformidad con el sello de radicado que obra en el cuerpo de la demanda. Archivo denominado “05001233100020090016901C3”, expediente digitalizado en el hipervínculo https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/des15taang_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fdes15taang%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FSistema%20escrito%2FControverias%20Contractuales%2FPRIMERA%2F05001233100020090016900%20H&ga=1, índice 2 de la plataforma SAMAI, folio 13.

³ En las pretensiones SEXTA a VIGÉSIMOSEGUNDA, que no se transcriben literalmente, el demandante solicitó que se declarara que, cada uno de los hechos y situaciones que se relatarán en los fundamentos fácticos de la demanda, constituyeron un rompimiento del equilibrio económico. Así, por tratarse de hechos y no propiamente de pretensiones, se omitirá su transcripción.

⁴ Archivo denominado “02Demanda.pdf”, expediente digitalizado en el hipervínculo del pie de página no. 1, folios 1 y 2.



Radicado: 05001-23-31-000-2009-00169-01 (68355)
Demandante: Equipos y Construcciones Varego Ltda.

INFRAESTRUCTURA FÍSICA PARA LA INTEGRACIÓN Y DESARROLLO DE ANTIOQUIA.

SEGUNDA: Que se declare que el Contratista tiene derecho, al restablecimiento del equilibrio de la ecuación financiera, y que por ende se condene a la GOBERNACION DE ANTIOQUIA - SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA PARA LA INTEGRACIÓN Y DESARROLLO DE ANTIOQUIA a efectuar todos los reconocimientos y compensaciones a que haya lugar por este concepto, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa a favor del GOBERNACION DE ANTIOQUIA - SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FISICA PARA LA INTEGRACIÓN Y DESARROLLO DE ANTIOQUIA.

TERCERA: Que se declare que durante la ejecución del Convenio No. 2007- CO-20-8375, rehabilitación de la vía El Dos - El Tres - San Pedro de Urabá se presentaron hechos imprevistos, imprevisibles y/o ajenos y no imputables al Contratista.

CUARTA: Que se declare que por circunstancias imprevistas, imprevisibles y/o ajenas, no imputables al Contratista, éste tuvo que ejecutar el contrato en condiciones más onerosas a las inicialmente pactadas.

QUINTA: Que en consecuencia, se declare que por las circunstancias imprevistas, imprevisibles y/o ajenas, no imputables al Contratista se afectó y quebrantó el equilibrio económico del Convenio No. 2007-CO-20-8375, rehabilitación de la vía El Dos - El Tres - San Pedro de Urabá. (...)

CONDENAS DERIVADAS DE LAS PRETENSIONES ANTERIORES

VIGESIMOTERCERA: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA - SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA a restablecer, a favor de la convocante, la ecuación económica financiera del Convenio No. 2007-CO-20-8375, rehabilitación de la vía El Dos - El Tres - San Pedro de Urabá y sus contratos adicionales, incluida la utilidad a la que tiene derecho el contratista, a través del pago de todas las siguientes sumas: (i) la indemnización actualizada de la totalidad de los perjuicios en que la convocante incurrió, tanto el daño emergente como el lucro cesante, incluyendo el costo de oportunidad; (ii) el reconocimiento y pago actualizado de la totalidad de los sobrecostos de todo orden, derivados de la ejecución del Convenio No. 2007-CO-20-8375, rehabilitación de la vía El Dos - El Tres - San Pedro de Urabá y sus adicionales; (iii) los perjuicios ocasionados al Contratista por el ejercicio de la facultad de rescisión, y (iii) el pago actualizado de la utilidad a la que tiene derecho el contratista, todo de conformidad con los Artículos 4, 5 y 27 de la Ley 80 de 1.993, de acuerdo con lo que se pruebe en este proceso.

SUBSIDIARIA A LA VIGESIMOTERCERA PRINCIPAL: Que en todo caso se condene a la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA - SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA a restablecer, a favor de la convocante, la ecuación económica financiera del Convenio No. 2007-CO-20-8375, rehabilitación de la vía El Dos - El Tres - San Pedro de Urabá y sus contratos adicionales, mediante la aplicación de cualquier medida que resulte necesaria para tal fin, ordenando para ello los correspondientes reconocimientos económicos.



Radicado: 05001-23-31-000-2009-00169-01 (68355)
Demandante: Equipos y Construcciones Varego Ltda.

LIQUIDACIÓN DE AJUSTES DE PRECIOS

VIGESIMOCUARTA: Que se declare que la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA — SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA, no ha pagado al Contratista la liquidación de ajustes de precios.

VIGESIMOQUINTA: Que se condene al GOBERNACION DE ANTIOQUIA - SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA a pagar al Contratista las sumas resultantes de los ajustes de precios correspondientes. ACTUALIZACIÓN E INTERÉSES.

VIGESIMOSEXTA: Que se actualicen con el índice de precios al consumidor todas las sumas a las que resulte condenada la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA - SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA, actualización que se pide a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena.

VIGESIMOSÉPTIMA: Que se condene a la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA — SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA a pagar al Contratista, intereses remuneratorios a la tasa establecida en la Ley 80 de 1993, sobre el valor histórico actualizado de todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGESIMOSÉPTIMA PRINCIPAL: Que se condene a la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA - SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA a pagar al Contratista, intereses remuneratorios calculados utilizando la tasa WACC, sobre el valor histórico actualizado de todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del fallo.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA VIGESIMOSÉPTIMA PRINCIPAL: Que se condene a la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA - SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA a pagar a la convocante, intereses remuneratorios a la tasa más alta autorizada, sobre el valor histórico actualizado de todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo.

TERCERA SUBSIDIARIA A LA VIGESIMOSÉPTIMA PRINCIPAL: Que se condene a la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA - SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA a pagar a la convocante, intereses remuneratorios a la tasa que el Tribunal considere aplicable, sobre el valor histórico actualizado de todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo.

VIGESIMOCTAVA: Que se condene a la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA — SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA a pagar intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente, sobre todas las sumas a las que resulte condenada a la GOBERNACION DE ANTIOQUIA - SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA, a partir de la notificación de la demanda, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio.



VIGESIMONOVENA: Que en caso de mora en el pago de la suma a la cual resulte condenada la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA - SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA, se le ordene pagar intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente, a partir de la ejecutoria de la sentencia.

INVERSIÓN TOTAL DEL ANTICIPO EN LA EJE'CUCIÓN DEL CONVENIO NO. 2007-CO-20-8375, REHABILITACIÓN DE LA VÍA EL DOS - EL TRES - SAN PEDRO DE URABA.

TRIGÉSIMA: Que se declare que de conformidad con los informes de inversión y buen manejo del anticipo la totalidad de los dineros correspondientes al anticipo fueron invertidos en la ejecución del Convenio No. 2007-CO-20-8375, rehabilitación de la vía El Dos - El Tres - San Pedro de Urabá.

TRIGESIMOPRIMERA: Que se declare que por circunstancias imprevistas, imprevisibles ajenas y no imputables al contratista, no ha sido posible amortizar totalmente el anticipo.

TRIGESIMOSEGUNDA: Que para efectos de la liquidación del Convenio No. 2007-CO-20-8375, rehabilitación de la vía El Dos - El Tres - San Pedro de Urabá, se declare que el valor del anticipo que no ha sido posible amortizar por razones no imputables al contratista y que ha sido invertido en la obra de conformidad con los informes de inversión y buen manejo del anticipo, deberá ser compensado con los valores adeudados por la GOBERNACION DE ANTIOQUIA - SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA al Contratista derivados de las pretensiones de la demanda. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

TRIGESIMOTERCERA: Que se condene a la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA — SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA a pagar las costas que se generen como consecuencia de este proceso, así como las agencias en derecho.

1.3. Como fundamentos fácticos⁵ de sus pretensiones, la demandante formuló los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.3.1. Afirmó que el 5 de julio de 2007, el Departamento, a través de la Secretaría de Infraestructura Física –en adelante la *Secretaría*– ordenó la apertura de la licitación pública No. LIC-20-57-2007 cuyo objeto era la contratación de la rehabilitación de la vía El Dos – El Tres – San Pedro de Urabá en el Departamento. Varego participó en el proceso de selección mediante la presentación de su oferta el 1° de agosto de 2007.

⁵ La Sala aclara que la totalidad de los fundamentos fácticos derivan del escrito de subsanación de la demanda, y no exclusivamente del texto del libelo introductorio.



1.3.2. Indicó que mediante comunicación del 11 de septiembre de 2007, la Secretaría informó a Varego que había aceptado la oferta presentada. En virtud de lo anterior, en la misma fecha, las partes celebraron el convenio No. 2007-CO-20-8375 cuyo objeto era *“la rehabilitación de la vía El Dos – El Tres – San Pedro de Uraba (59km)”* – en adelante el *“Convenio”*. El Convenio se pactó bajo la modalidad de precios unitarios y el valor inicial estimado fue de cuatro mil setecientos veinticuatro millones doscientos cincuenta y cinco mil setecientos ochenta y cinco pesos (\$4.724.255.785). El plazo inicial se pactó en 6 meses.

1.3.3. Señaló que el Convenio se modificó y suspendió en las siguientes oportunidades:

- El 1° de abril de 2008 se celebró la Adición No. 1 al Convenio mediante la cual se adicionó el plazo en 3 meses.
- El 10 de julio de 2008 se suscribió el Acta de Suspensión No. 1. El 17 de julio de 2008, se reanudó la ejecución del Convenio.
- El 16 de julio de 2008 se celebró la Adición No. 2 al Convenio mediante la cual se adicionó: **i)** el plazo en 3 meses adicionales y **ii)** el valor en la suma de mil noventa y nueve millones novecientos noventa y nueve mil ochocientos veinticuatro (\$1.099.999.824).
- El 8 de octubre de 2008 se celebró la Adición No. 3 mediante la cual se adicionó el plazo en 3 meses.
- El 14 de noviembre de 2008 se suscribió el Acta de Suspensión No. 2.
- Igualmente, se suscribieron varias actas de precios no previstos cuyo objetivo fue incluir cantidades de obra no previstas inicialmente con su respectivo precio unitario.

1.3.4. Manifestó que en ejecución del Convenio se presentaron las siguientes situaciones que rompieron el equilibrio económico del negocio jurídico:

- Los diseños que el Departamento entregó a Varego dentro del proceso de selección, con base en los cuáles la demandante preparó su propuesta, presentaban una serie de falencias y deficiencias que solo pudieron ser advertidas al momento de iniciar la ejecución del Convenio.



- Existieron una serie de acciones y omisiones del interventor del Convenio que llevaron a que no se pudieran verificar oportunamente los avances de obra y se realizaran obras aprobadas por la interventoría que después no fueron reconocidas por la entidad.
- Existió una dilación injustificada en el cumplimiento de los deberes y obligaciones a cargo de la interventoría y el Departamento que afectaron el flujo financiero de Varego.
- Con ocasión de los problemas de orden público en la zona de ejecución de las obras el contratista se vio obligado a conseguir una nueva fuente de materiales y además se suspendió la ejecución de las obras.
- La cantera de materiales prevista inicialmente para la ejecución de las obras demostró tener una capacidad insuficiente para la realización de los trabajos contratados.
- Durante el tiempo de ejecución de las obras acaeció un invierno imprevisible que afectó de forma grave el cronograma de ejecución de los trabajos.
- El Departamento y la interventoría no aprobaron oportunamente las actas de precios no previstos, generando traumatismos en el cronograma de obra.

1.4. Como **fundamento jurídico** de la demanda, la parte actora afirmó que los eventos referidos anteriormente fueron ajenos al contratista y no le son imputables. Además de lo anterior, se trató de situaciones imprevisibles. En virtud de lo anterior, el Departamento tenía la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato y reconocer las sumas pretendidas.

2. Inadmisión de la demanda, subsanación, admisión y reforma

2.1. Mediante auto del 30 de marzo de 2009⁶, el Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió la demanda y ordenó a Varego subsanarla en el sentido de incluir la

⁶ Archivo denominado "05001233100020090016901C4.pdf", expediente digitalizado en el hipervínculo del pie de página no. 1, folios 78 a 90.



estimación razonada de la cuantía y precisar quien comparecía como demandante. Mediante memorial sin fecha de radicación⁷, Varego subsanó la demanda en los términos indicados por el tribunal y adicionó una serie de fundamentos fácticos a sus pretensiones⁸.

2.2. Mediante auto del 21 de abril de 2009⁹, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda.

2.3. En memorial radicado el 29 de julio de 2009¹⁰, el demandante “adicionó” la demanda en el sentido de incluir nuevas pretensiones, nuevos fundamentos fácticos, nuevos fundamentos jurídicos de las pretensiones anteriores y nuevas pruebas. Indicó que la razón de ser de su escrito de adición correspondía al hecho de que, con posterioridad a la presentación de la demanda radicada el 19 de diciembre de 2008, la entidad demandada profirió un acto administrativo mediante el cual impuso unas multas a Varego.

2.4. En lo relevante para la presente controversia, en el escrito de “adición” de la demanda, se incluyeron las siguientes nuevas pretensiones, las cuales se transcriben de forma literal, incluso con eventuales errores:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución Administrativa No. 24995 del 31 de diciembre de 2008 proferida por la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA – SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA PARA LA INTEGRACIÓN Y DESARROLLO DE ANTIOQUIA.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA – SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA PARA LA INTEGRACIÓN Y DESARROLLO DE ANTIOQUIA restablecer los derechos del contratista y a que se le reparen los daños causados con su expedición.”

2.5. Como **fundamento fáctico** de las nuevas pretensiones formuladas en el escrito de “adición” de la demanda, la demandante afirmó que:

⁷ Ibid., folios 81 a 98.

⁸ Los fundamentos fácticos adicionados en el escrito de subsanación de la demanda ya fueron resumidos en el acápite anterior.

⁹ Ibid., folios 105 a 106.

¹⁰ Ibid., folios 111 a 118.



2.5.1. Mediante Resolución No. 24955 del 31 de diciembre de 2008, el Departamento impuso las siguientes multas al contratista:

- Por no acatar las órdenes de la interventoría respecto de las correcciones solicitadas en la ejecución de las obras, la suma correspondiente al 1% del valor del Convenio por mes, por un periodo de 8 meses, que asciende a quinientos sesenta y seis millones novecientos diez mil seiscientos noventa y cuatro pesos (\$556.910.694).
- Por realizar cambios no autorizados en los planos y diseños y además ejecutar obras no autorizadas, una suma correspondiente al 5% del valor del Convenio, que asciende a la suma de ciento diez millones seiscientos sesenta ochocientos cuarenta y tres pesos (\$110.660.843).
- Por atrasos superiores al 20% en varios frentes de obra para un total de dos mil millones ochenta y seis millones doscientos setenta y tres mil cuatrocientos seis pesos (\$2.086.273.406) de obra dejada de ejecutar, el 2% sobre esta suma, que asciende a cuarenta y un millones setecientos veinticinco mil cuatrocientos sesenta y ocho pesos (\$41.725.468).
- Por no suministrar oportunamente el equipo necesario para la ejecución de las obras, la suma correspondiente al 0.01% del valor del Convenio por día, por un periodo de 8 días, que asciende a tres millones setecientos setenta y nueve mil cuatrocientos cinco pesos (\$3.779.405).
- Por no dar cumplimiento a las obligaciones de mantener el sitio de obra limpio y debidamente señalizado, la suma correspondiente al 0.01% del valor del Convenio por día, por un periodo de 360 días, que asciende a diecisiete millones siete mil ciento veinte pesos (\$17.007.120).

2.5.2. Como **fundamentos jurídicos** de sus pretensiones afirmó que el acto de imposición de multa debía ser declarado nulo, por configurarse las siguientes “*causales de revocatoria*”:



- El acto se opone manifiestamente a la ley y la Constitución. La Ley 80 de 1993 no prevé la posibilidad de que las entidades estatales puedan declarar de forma unilateral el incumplimiento de los contratos para imponer multas al contratista, sin que al caso concreto sea aplicable la Ley 1150 de 2007. Además de lo anterior, se vulneran los artículos 2, 6, 121, 122, 123 y 209 de la Constitución como manifestaciones del principio de legalidad, toda vez que el Departamento ejerció una facultad que la ley no le permite.
- El acto se expidió de forma irregular con violación del derecho al debido proceso toda vez que la entidad estatal no estudio de fondo los argumentos presentados por Varego en sus descargos y procedió a descartarlos de plano sin mayor análisis.
- El acto estuvo falsamente motivado pues, contrario a lo afirmado por la entidad, el contratista no incumplió ninguna de las obligaciones señaladas por el Departamento. Por lo demás, los inconvenientes presentados en la ejecución del Convenio se debieron al acaecimiento de situaciones imprevistas no imputables a Varego.
- El acto administrativo no está conforme al interés público y además causa un agravio injustificado al contratista por las mismas razones señaladas anteriormente para los otros cargos.

2.6. El Tribunal Administrativo de Antioquia no se pronunció respecto de la procedencia de la “*adición*” de la demanda.

3. Contestación de la demanda y llamamientos en garantía

3.1. El 29 de julio de 2009¹¹ el Departamento contestó la demanda inicial y se opuso a la prosperidad de las pretensiones toda vez que la entidad no tenía la obligación de restablecer el equilibrio económico del Convenio. Formuló las siguientes excepciones y argumentos de defensa:

¹¹ Archivo denominado “05001233100020090016901C5.pdf”, expediente digitalizado en el hipervínculo del pie de página no. 1, folios 2 a 13.



3.1.1. De entrada, indicó que no era posible que se restableciera el equilibrio económico del Convenio toda vez que, con ocasión de los reiterados incumplimientos de Varego y su afirmación de estar en una imposibilidad para continuar la ejecución del negocio jurídico, este fue cedido a la sociedad Explanan S.A. el 4 de febrero de 2009. Dicha cesión fue aceptada por el Departamento el 24 de febrero de 2009¹².

3.1.2. Formuló la excepción que denominó “*Inexistencia de la obligación*” bajo la cual afirmó que no existió el desequilibrio alegado por Varego, y se pronunció en el siguiente sentido respecto de cada una de las situaciones alegadas por el contratista en su demanda:

- Los estudios y diseños entregados al contratista sí eran suficientes para que se ejecutara la obra en los términos señalados en el proceso de selección. Si bien es cierto el contratista realizó unas obras adicionales no contempladas en los diseños, estas fueron realizadas por su cuenta y riesgo sin autorización del Departamento.
- La interventoría actuó de forma diligente en ejecución del Convenio, tan es así, que apenas unos meses de iniciada su ejecución advirtió al Departamento y al contratista sobre varios incumplimientos en que éste último estaba incurriendo.
- Si bien existieron situaciones imprevisibles con ocasión de la temporada invernal y la situación de orden público, el Departamento reconoció dichas circunstancias y esta fue la razón para que el Convenio se adicionara tanto en plazo como en precio. Por lo anterior, no puede pretender el contratista un doble reconocimiento respecto de este punto.
- Contrario a lo afirmado por Varego, la fuente de materiales de cantera si era suficiente para que se adelantaran las obras, y, en todo caso, la entidad le autorizó al contratista la utilización de otras dos fuentes.

¹² Los documentos que acreditaban la existencia de la cesión y su aceptación por parte de la entidad fueron aportados por el Departamento en su contestación a la demanda.



3.1.3. También formuló la excepción que denominó “*Incumplimiento contractual por parte del actor*” bajo la cual indicó que quien incumplió el Convenio fue el contratista, tal como acreditaban las comunicaciones de la interventoría, por lo cual las pérdidas alegadas debían ser asumidas por este.

3.1.4. Por último, formuló la excepción genérica.

3.2. Además de lo anterior, en su contestación, el Departamento también llamó en garantía a: **i)** Compañía AIM Ltda. sociedad que se encargó de la elaboración de los estudios y diseños con base en los cuáles se ejecutaría el Convenio; y **ii)** Geoteco Ltda., quien fungió como interventor del Convenio.

3.3. Mediante auto del 25 de febrero de 2010¹³, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió los llamamientos en garantía formulados por el Departamento. No obstante lo anterior, los llamados en garantía nunca fueron notificados, y por tanto no comparecieron al proceso.

4. Tramite relevante de primera instancia

Mediante auto del 9 de agosto de 2011¹⁴, el Tribunal Administrativo de Antioquia decretó pruebas. Para efectos del decreto, el tribunal tuvo en cuenta tanto las pruebas solicitadas en la demanda inicial, como las pruebas solicitadas en la “*adición*” de la demanda. Contra esta decisión la parte demandada no interpuso recurso alguno.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Mediante auto del 27 de diciembre de 2018¹⁵, el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró agotado el periodo probatorio y corrió traslado a las partes para

¹³ Archivo denominado “05001233100020090016901C6.pdf”, expediente digitalizado en el hipervínculo del pie de página no. 1, folios 163 y 164.

¹⁴ Ibid., folios 175 a 178.

¹⁵ Archivo denominado “05001233100020090016901C10.pdf”, expediente digitalizado en el hipervínculo del pie de página no. 1, folio 149.



que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

5.2. La demandante alegó de conclusión oportunamente¹⁶. En su escrito, además de reiterar los argumentos presentados en la demanda y en su escrito de “*adición*” de la demanda, señaló que de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente está acreditado que: **i)** existieron una serie de situaciones que generaron un rompimiento del equilibrio económico del contrato; y **ii)** el acto administrativo de imposición de multas es nulo. Además de lo anterior, solicitó que se declarara que el Departamento incurrió en un incumplimiento a su deber de apelación y que se liquidara judicialmente el Contrato reconociendo a su favor las sumas reclamadas en la demanda.

5.3. El Departamento también presentó sus alegatos de conclusión oportunamente¹⁷. Su escrito se limitó a contradecir las conclusiones del dictamen pericial en punto de: **i)** la cuantificación del monto del restablecimiento del equilibrio económico; **ii)** las multas impuestas al contratista; y **iii)** la actualización de dichas sumas y los intereses.

5.4. El Ministerio público guardó silencio.

6. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 2 de diciembre de 2021¹⁸, el Tribunal Administrativo del Quindío¹⁹ declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda respecto de las pretensiones de nulidad del acto de imposición de multas y negó las demás pretensiones de la demanda. La sentencia apelada dispuso textualmente:

¹⁶ Ibid., folios 154 a 223

¹⁷ Ibid. Folios 150 a 153.

¹⁸ Archivo denominado “003Sentencia1Instancia.pdf”, expediente digitalizado en el hipervínculo del pie de página no. 1.

¹⁹ Mediante auto del 23 de julio de 2021, el Tribunal Administrativo de Antioquia remitió el expediente al Tribunal Administrativo del Quindío en cumplimiento de la medida de descongestión adoptada en el Acuerdo PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021. Archivo denominado “05001233100020090016901C10.pdf”, expediente digitalizado en el hipervínculo del pie de página no. 1, folio 225.



Radicado: 05001-23-31-000-2009-00169-01 (68355)
Demandante: Equipos y Construcciones Varego Ltda.

“PRIMERO: DECLÁRESE probada de oficio la excepción de fondo de ineptitud sustantiva de la demanda respecto de las pretensiones introducidas en el escrito presentado el 29 de julio de 2009, relacionadas con la nulidad del acto administrativo demandado Resolución 024995 de diciembre de 31 de 2008, por medio de la cual la Secretaría de Infraestructura Física del Departamento de Antioquia impone multa a la sociedad demandante, frente a las cuales no se cumplió el requisito de la conciliación extrajudicial consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, por lo expuesto.

SEGUNDO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo considerado en esta sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: ENVÍESE de forma inmediata al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA para la correspondiente notificación de la presente decisión. En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI..”

En síntesis, el tribunal consideró que:

6.1. En relación con el agotamiento del requisito de procedibilidad señaló que para la fecha de presentación de la demanda (19 de diciembre de 2008) este no era exigible. Sin embargo, con el escrito de “adición” de la demanda, se introdujeron nuevas pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho del acto contractual que impuso multas al contratista, y para la fecha de radicación de este escrito (29 de julio de 2009), ya había entrado en vigencia el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 que consagraba el agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Varego no probó que hubiere agotado el trámite conciliatorio. Por lo anterior, pese a que esta situación se pasó por alto en etapas anteriores, el agotamiento del requisito debía verificarse en la sentencia, y al no haberse cumplido, se debía declarar de oficio la excepción de ineptitud de la demanda respecto de estas pretensiones.

6.2. En relación con las pretensiones de desequilibrio, indicó que, a pesar de que las partes denominaron el negocio jurídico celebrado entre ellas como un convenio, es evidente que en este caso el Convenio en realidad era un contrato de obra pública en los términos del artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y sujeto al régimen del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.



6.3. Respecto de las situaciones que a juicio de la demandante causaron el rompimiento del equilibrio económico del Convenio, indicó que Varego no probó que los diseños entregados por el Departamento tuvieran deficiencias y, en todo caso, de conformidad con los documentos del proceso de selección, el contratista se obligó a ejecutar las obras y subsanar cualquier deficiencia de las mismas. Además de lo anterior, en el pliego de condiciones se estableció que los proponentes debían realizar una inspección a los lugares en que se ejecutaría la obra, sin que Varego probara que cumplió con este deber.

6.4. En relación con el cambio de las condiciones de la vía entre el momento de la elaboración de los diseños y la ejecución de la obra, indicó que, una vez celebrado el contrato, el interventor y el contratista realizaron una visita de reconocimiento al lugar de las obras, sin que en esta oportunidad el contratista hubiere realizado observación alguna al respecto. En cualquier caso, los inconvenientes causados por la inestabilidad del terreno, fueron compensados mediante la suscripción de actas de precios no previstas y la adición del Convenio.

6.5. Sobre los problemas de disponibilidad de materiales de cantera para la ejecución del Convenio afirmó que la demandante no probó que en la fuente aprobada por el Departamento los materiales fueran insuficientes para la ejecución de las obras. Además de lo anterior, de conformidad con los documentos del proceso de selección, no se reconocería al contratista los sobrecostos por acarreo de materiales de fuentes escogidas voluntariamente por el contratista, como ocurrió en el presente caso.

6.6. En punto de la situación de orden público, se acreditó que esta fue una de las causas para que se adicionara el plazo del Convenio, al igual que las condiciones climáticas. Sin embargo, respecto de esta última situación, no se probó que la temporada de invierno fuera impredecible pues se encontraba dentro de los promedios mensuales de precipitaciones.

6.7. La demandante tampoco probó que hubiera existido una mora injustificada por parte de la interventoría en el cumplimiento de sus funciones. Los constantes



requerimientos realizados por ésta al contratista fueron consecuencia del incumplimiento de Varego.

6.8. Finalmente, agregó que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, si las partes han llegado a acuerdos como suspensiones, adiciones o prórrogas, al momento de celebrar dichos acuerdos los contratistas deben dejar las salvedades sobre las situaciones de desequilibrio que se reclaman posteriormente en sede judicial, so pena de que esta se tornen en improcedentes. En el presente caso, Varego no dejó ninguna salvedad en las adiciones y suspensiones celebradas.

7. Recurso de apelación

El 9 de febrero de 2022²⁰, Varego interpuso de forma oportuna recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia. El recurso de alzada fue concedido mediante providencia del 1° de abril de 2022.²¹ En su escrito, el contratista demandante solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

7.1. Para el momento en que se presentó la demanda la ley no exigía el cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación. A pesar de esto, el tribunal afirmó que este si era exigible respecto de las pretensiones introducidas en el escrito de “*adición*” de la demanda, relacionadas con la nulidad del acto de imposición de multas. Sin embargo, esta interpretación es equivocada, toda vez que: **i)** implicaría exigir al demandante agotar el trámite conciliatorio con el proceso en curso; **ii)** lo que se lleva a la conciliación no son pretensiones sino las diferencias entre las partes, que en este caso son las mismas; y **iii)** no se podían supeditar los derechos sustanciales y procesales de Varego a los tiempos del trámite de conciliación. En cualquier caso, el requisito de procedibilidad no era exigible respecto de la adición de la demanda.

²⁰ Archivo denominado “06ConstanciaCorreoMemorialApelación.pdf”, expediente digitalizado en el hipervínculo del pie de página no. 1.

²¹ Archivo denominado “08 2009 00169 Concede apelación.pdf”, expediente digitalizado en el hipervínculo del pie de página no. 1



7.2. El tribunal solo puede declarar de oficio excepciones de mérito. La excepción declarada, a saber, la ineptitud sustantiva de la demanda, es una excepción previa, la cual requiere para su declaratoria, que esta sea alegada previamente por la parte demandada. En cualquier caso, al no haberse alegado, la eventual irregularidad se entendió saneada.

7.3. La jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con las salvedades en los actos modificatorios del contrato, tiene como objetivo que los contratistas no sorprendan a las entidades con reclamos que hubieran podido quedar zanjados con la celebración de dichos acuerdos. Sin embargo, en el presente caso no se evidencia mala fe por parte de Varego, por lo cual, el tribunal debe analizar de fondo las reclamaciones del contratista.

7.4. En relación con las situaciones de desequilibrio señaló que se remitía a lo señalado en sus alegatos de conclusión y agregó que: **i)** las constancias y manifestaciones realizadas por el contratista en el proceso de selección no pueden ser valoradas como condonaciones anticipadas de perjuicios no conocidos ni posibles de ser conocidos al momento de presentar la propuesta; **ii)** los diseños entregados no tenían en cuenta las condiciones del suelo, lo cual hacía imposible construir la capa asfáltica; **iii)** existieron incumplimientos del Departamento de forma posterior a la celebración de las adiciones y suspensiones; y **iv)** por las condiciones de la vía, no era posible llevar los materiales de la cantera autorizada a algunos puntos de la obra.

8. Actuación en segunda instancia

El recurso de apelación se admitió mediante providencia del 10 de junio de 2022²². En auto del 15 de julio de 2022, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto²³.

8.1. La parte demandante presentó oportunamente sus alegatos de conclusión en los cuales reiteró los argumentos presentados en su recurso de apelación en

²² Índice 13 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

²³ Índice 19 del expediente digital en la plataforma SAMAI.



relación con la improcedencia de la declaratoria de la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por no haberse agotado el requisito de procedibilidad. Además de lo anterior, reiteró los argumentos presentados en la demanda y sus alegatos de conclusión de primera instancia respecto del acaecimiento de situaciones que causaron un rompimiento del equilibrio económico del contrato.

Finalmente agregó que: **i)** en cualquier caso, el Consejo de Estado tiene la potestad de anular de oficio el acto administrativo de imposición de multas; **ii)** se probó el incumplimiento del deber de planeación por parte del Departamento; y **iii)** de conformidad con la jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado, la ausencia de salvedades en los actos modificatorios del contrato no hace improcedente el estudio de fondo de las reclamaciones de desequilibrio en sede judicial.

8.2. La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CUESTIÓN PRELIMINAR

De conformidad con lo señalado en precedencia, después de admitida la demanda inicial, Varego presentó un nuevo escrito que denominó de “*adición*” de la demanda. En dicho escrito, agregó hechos, pretensiones y pruebas nuevas. Por lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 89 del CPC²⁴, es evidente que la “*adición*” de la demanda presentada por la demandante, en realidad correspondió a una reforma de la demanda.

Así las cosas, al tratarse de una reforma de la demanda, el tribunal debió realizar un nuevo estudio de admisión, y en caso de que esta cumpliera con los requisitos formales, debió admitirla y correr traslado al Departamento en los términos del numeral 3 del artículo 89 del CPC²⁵. Sin embargo, el tribunal de primera instancia ni realizó un estudio de admisión de la demanda, ni mucho menos corrió traslado

²⁴ Solamente se considerará que existe reforma de la demanda cuando haya alteración de las partes en el proceso, o de las pretensiones o de los hechos en que ellas se fundamenten, así como también cuando, en aquella, se piden nuevas pruebas.

²⁵ “En todos los casos de la reforma o de la demanda integrada se correrá traslado al demandado o a su apoderado mediante auto que se notificará por estado, por la mitad del término señalado para el de la demanda y se dará aplicación a la parte final del inciso segundo del artículo 87. Si se incluyen nuevos demandados, la notificación se hará a estos como se dispone para el auto admisorio de la demanda”.



de esta al Departamento. Por lo anterior, la contestación de la demanda presentada por parte de la entidad demandada se limitó a presentar su defensa respecto de la demanda inicial.

Si bien es cierto que dicha situación constituyó una irregularidad procesal que podría dar lugar a la configuración de la causal de nulidad del numeral 6 del artículo 140 del CPC²⁶, la Sala pone de presente que:

- En el auto que decretó pruebas, el tribunal tuvo en cuenta las pruebas adicionales solicitadas por Varego en la reforma de la demanda, varias de las cuales decretó. Contra esta decisión, el Departamento no interpuso recurso alguno en el que alegara que no se le corrió traslado de la reforma de la demanda.
- El Departamento tampoco presentó recursos contra el auto que corrió traslado para alegar de conclusión, ni puso de presente dicha irregularidad en sus alegatos de conclusión.
- En la decisión de primera instancia, el tribunal se pronunció de forma expresa respecto de las pretensiones nuevas incluidas en la reforma de la demanda respecto de la cual no se corrió traslado al Departamento, toda vez que señaló que no se había agotado el requisito de procedibilidad en relación con las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho formuladas contra el acto de imposición de multas. En esta oportunidad, el Departamento tampoco realizó pronunciamiento alguno sobre la ausencia de traslado de la reforma de la demanda.

En virtud de lo anterior, y en aplicación de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 144 del CPC²⁷, la eventual nulidad que hubiere podido configurarse en el presente caso se considera saneada toda vez que la parte que podía alegarla, a saber, el Departamento, no lo hizo oportunamente. En este sentido, la Sala entrará a estudiar

²⁶ "Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión."

²⁷ "La nulidad se considerará saneada, en los siguientes casos: 1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente."



la reforma de la demanda, y las nuevas pretensiones allí formuladas, tal como hizo el tribunal.

IV. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia; (2) el agotamiento del requisito de procedibilidad, (3) legitimación en la causa, y (4) costas.

1. Jurisdicción y competencia

La jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de las controversias sobre contratos del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (CCA), modificado por el artículo 1° de la Ley 1107 de 2006²⁸ -vigente para la fecha en que se interpuso la demanda-, norma que dispone que a esta jurisdicción le corresponde el conocimiento de las controversias y litigios que se originan en las actividades de las entidades públicas y de las privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. En el presente caso, el Convenio del cual se desprenden las pretensiones de la demanda reformada fue celebrado por el Departamento en su calidad de entidad pública.

Igualmente, el Consejo de Estado es competente para decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la demandante, de conformidad con el artículo 129 del CCA²⁹, teniendo en cuenta que la pretensión de condena, para la fecha de presentación de la demanda (1° de diciembre de 2017), superaba 500 SMLMV³⁰ y por tratarse de un proceso con vocación de doble instancia.

²⁸ “La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas 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”

²⁹ 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

³⁰ De conformidad con la estimación razonada de la cuantía, la pretensión de condena ascendía a la suma de mil ochocientos cincuenta millones de pesos (\$1.850.000.000) y 500 smlmv del año 2007 (\$433.700) correspondían a la suma de doscientos dieciséis millones ochocientos cincuenta mil pesos (\$216.850.000).



2. El agotamiento del requisito de procedibilidad respecto de las pretensiones de la reforma de la demanda

En relación con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, su naturaleza en vigencia de la Ley 1285 de 2009 y el CCA, y su diferencia con los presupuestos procesales y la aptitud sustantiva de la demanda, el Consejo de Estado ha considerado que:

“De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado se deben tener en cuenta los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para que la litis se desarrolle con la precisión requerida para que en el asunto puesto a su conocimiento, en forma de demanda, se profiera una sentencia de fondo.

En desarrollo de lo anterior, la Corporación ha sostenido que las disposiciones contenidas en los artículos 137, 138 y 139 del CCA se erigen como los presupuestos procesales de cualquier demanda que se presente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En todo caso, el incumplimiento de estos presupuestos tiene como consecuencia la inadmisión de la demanda, situación que puede ser enmendada por la parte demandante de conformidad con el auto inadmisorio, del cual se derivan dos posibilidades, a saber: I) corregir en la forma señalada para que se profiera auto admisorio; y) no corregir en la forma señalada, caso en el que se rechazará la demanda.

Así las cosas, es evidente que, aun cuando dicho requisito no se erige como un presupuesto procesal ni su incumplimiento configura en estricto sentido la excepción de ineptitud de la demanda, su verificación se hace necesaria de forma previa al análisis de fondo de las pretensiones toda vez que su incumplimiento impide, precisamente, la posibilidad de emitir un pronunciamiento de fondo.

Ahora bien, en cuanto al requisito de procedibilidad, a diferencia de los presupuestos procesales, su incumplimiento imposibilita que la jurisdicción contenciosa administrativa avoque conocimiento en un asunto en el que no se acredite; sin embargo, es necesario precisar que al momento de realizar el estudio de admisión de las demandas que se presenten en ejercicio de los artículos 85, 86 y 87 del CCA su no acreditación no pueden comportar el rechazo de la demanda, y ello encuentra sustento en el principio de taxatividad del rechazo de la demanda, y es que estas causales se encuentran únicamente en el artículo 139 del CCA, que en líneas generales establecen como tal: I) la falta de jurisdicción; II) la caducidad; y III) aquellas demandas inadmitidas y no corregidas en debida forma. En ese orden de ideas, dada la característica de requisito de procedibilidad se debe señalar que este debe cumplirse con anterioridad a la interposición de la demanda; Sin embargo, ello no obsta para que en casos en los que no se aporte su acreditación deba rechazarse la demanda, pues como se dijo con anterioridad no es causal de rechazo, no obstante, se deberá verificar que el cumplimiento, respecto de la interposición de la demanda, haya sido ex ante.



De conformidad con el artículo 97 del CPC, aplicable al presente asunto en razón a la remisión que hace el artículo 267 del CCA, entre las excepciones previas consagradas por el ordenamiento jurídico, al momento de ocurrencia de los hechos y expedición de los actos acusados, se encuentra la del numeral noveno: "Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones". A su turno, el artículo 96 del CPC señala que: "las excepciones de mérito serán decididas en la sentencia, salvo norma en contrario."

De lo anterior se colige que las excepciones de mérito son aquellas que se oponen a la prosperidad de las pretensiones desde el punto de vista del derecho sustancial que está en controversia, por eso en sinonimia se les conoce como excepciones de fondo y podrán ser declaradas por el juez siempre que se encuentren probadas, advirtiendo que se puede realizar inclusive en segunda instancia, siempre y cuando el a quo no haya realizado tal pronunciamiento y que con ello no se desconozca el principio de la reformatio in pejus. Menos aun si se retoma lo expuesto anteadamente en el numeral 7.2.2., en donde se decantó la diferencia medular entre el mero requisito formal o formalidad y el presupuesto procesal de la acción, cuyo rango o entidad en su efecto es similar a lo que acontece con la operancia de la caducidad de la acción o la falta de agotamiento de la vía gubernativa, que dada su sustancialidad o materialidad impide el pronunciamiento de fondo, pues no se trata de una mera formalidad de aquellas corregibles por vía de la inadmisión y menos pueden considerarse subsanables porque el operador tramitó y continuó el proceso sin defenderse en la carencia del presupuesto procesal de la acción"³¹. (énfasis añadido)

Teniendo en cuenta lo anterior, se pasará a determinar si le era exigible a Varego agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 en relación con las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho formuladas respecto del acto que impuso unas multas.

En el presunto asunto, para la fecha de presentación de la demanda (19 de diciembre de 2008) el ordenamiento jurídico no exigía que se agotara la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, para la fecha en que Varego radicó su reforma de la demanda (29 de julio de 2009), ya había entrado en vigencia el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009³², norma que exigía como requisito de procedibilidad el adelantamiento del trámite de conciliación extrajudicial para las acciones de

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia 3 de mayo de 2018. Radicado: 25000-2324-000-2010-00218-01.

³² La referida ley fue promulgada el 22 de enero de 2009.



controversias contractuales³³. Además de lo anterior, al margen de la discusión jurisprudencial³⁴ sobre si el requisito de conciliación extrajudicial se hizo exigible a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1285 de 2009 o a partir de la expedición del Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, norma que reglamentó el referido artículo, en el presente asunto, la reforma de la demanda se radicó cuando ya había sido expedido el decreto mencionado. Por lo cual, no queda duda de que, para la fecha de presentación de la reforma de la demanda, el ordenamiento jurídico exigía el agotamiento del trámite de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La Sala recuerda que, la reforma de la demanda, además de incluir nuevos hechos y nuevas pruebas, también incluyó dos nuevas pretensiones, a saber: **i)** que se declarara la nulidad del acto mediante el cual el Departamento impuso unas multas al contratista; y **ii)** que a título de restablecimiento del derecho, se le indemnizaran los perjuicios causados con esta decisión. La inclusión de estas nuevas pretensiones, que no fueron incorporadas en la demanda inicial, y que implicaban poner en conocimiento de la jurisdicción un nuevo asunto bajo la acción de controversias contractuales que ampliaba el objeto de la *litis*, hacía exigible entonces el cumplimiento del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009. Lo anterior, además, por el hecho de que en los términos del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, *“las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir”*, sin que resulte aplicable la excepción prevista en la misma norma, pues en efecto, al haberse formulado nuevas pretensiones en el libelo introductorio, no podría sostenerse que frente a ellas el término hubiera empezado a correr, ni mucho menos que se trate de una actuación o diligencia previamente iniciada.

Al efecto, cabe resaltar que la reforma de la demanda está sujeta a nuevo estudio de admisibilidad (así este hubiera sido omitido en el caso concreto por parte de tribunal), lo que implica analizar su aptitud de forma independiente a la demanda

³³ Además, para la fecha de presentación de la reforma de la demanda, también había entrado en vigencia el Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, por medio del cual se reglamentó el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

³⁴ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 11 de marzo de 2010. Radicado: 11001-03-15-000-2009-01125-01; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 3 de marzo de 2010. Radicado: 76001-23-31-000-2009-00417-01 (37635).



inicial, sobre todo, si la reforma implica la inclusión de nuevas pretensiones. Bajo esta misma lógica, la jurisprudencia unificada de esta Sección³⁵ ha considerado que, si la reforma de la demanda implica la inclusión de nuevas pretensiones, la caducidad y el cumplimiento del requisito de procedibilidad debe analizarse respecto de las nuevas pretensiones de forma independiente sin tener en cuenta la fecha de presentación de la demanda inicial. Al respecto la regla de unificación fue definida en los siguientes términos:

“UNIFICAR Y ADOPTAR la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en relación con (i) la necesidad de verificar el fenómeno procesal de la caducidad respecto de todas las nuevas pretensiones que se eleven en ejercicio del derecho de acción, cuando ello suceda en el marco de la presentación de un escrito de adición de una demanda inicialmente interpuesta, y (ii) la exigencia de agotar el requisito de procedibilidad establecido en la ley consistente en la conciliación extrajudicial, tanto respecto de las pretensiones de la demanda como en cuanto de aquellas que se formulen mediante un escrito de adición del libelo introductorio”.

La Sala pone de presente que la sentencia de unificación referida fue proferida en un proceso al cual le aplicaban las normas del CCA por haberse presentado la demanda antes de haberse expedido el CPACA³⁶, por lo cual, es evidente que la regla de unificación allí fijada, respecto de la obligatoriedad del agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, aplicaba a los procesos regidos por dicha normatividad, como el caso *sub lite*. Por lo demás, la regla de unificación fijada en dicha providencia respecto de los procesos a los cuales le es aplicable el CCA, guarda concordancia con la regulación adoptada posteriormente en el numeral 3 del artículo 173 del CPACA (normatividad no aplicable al caso concreto) según el cual: *“Frente a nuevas pretensiones deberán cumplirse los requisitos de procedibilidad.”*

³⁵ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de unificación del 25 de mayo de 2016. Radicado: 66001-23-31-000-2009-00056-01(40077).

³⁶ Al respecto, la sentencia referida señaló que: *“Conviene advertir que el sub judice se rige por las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo y en el Código de Procedimiento Civil, habida consideración de que su inicio se dio de manera previa a que entrara en vigencia la Ley 1437 de 2011, y el recurso de apelación en virtud del cual se le conoce se presentó en vigencia de aquéllas normativas. Para el efecto, el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011 establece: ‘Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.’ Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior’.”*



En virtud de lo anterior, en la medida en que no se agotó la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho respecto del acto de imposición de multas, no es posible emitir un pronunciamiento de fondo respecto de dichas pretensiones como consideró el tribunal. Sin embargo, dicha situación no configura la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, declarada de oficio por el tribunal, por lo cual la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de inhibirse para fallar de fondo, únicamente respecto de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho formuladas contra el acto administrativo de imposición de multas.

3. Legitimación en la causa

Habiendo establecido lo anterior, se pasará a analizar la legitimación en la causa de las demás pretensiones de la reforma de la demanda, referidas a la declaratoria del rompimiento del equilibrio económico del contrato, y las condenas consecuenciales.

La legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo, de modo que la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio.

Así las cosas, la legitimación en la causa corresponde a un elemento necesario para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, desde la perspectiva pasiva de la relación jurídico procesal, supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial por el derecho o interés que es objeto de controversia³⁷.

La jurisprudencia de esta Sección ha diferenciado la legitimación en la causa de hecho, de la legitimación en la causa material en los siguientes términos:

“Así, se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo

³⁷ Sentencia del 26 de septiembre de 2012, Rad.: 24677.



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

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas.

Así pues, un sujeto puede estar legitimado en la causa de hecho, pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando, a pesar de ser parte dentro del proceso, no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar, puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores”³⁸.

En este sentido, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hayan sido demandadas.

Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido lo siguiente:

“(…) la excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal. La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado ¾modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo. La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado”³⁹.

En suma, la legitimación en la causa por activa supone la verificación de que quien demanda tenga la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que la legitimación en la causa por pasiva supone ser la persona llamada a responder por el derecho o interés que es objeto de controversia.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2021. Radicado: 47001-23-31-000-2009-00022-01(52186).

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001, Rad.: 10973.



Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 del CCA, subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998⁴⁰, la legitimación en la causa en las acciones contractuales se encuentra, en principio, en cabeza de las partes del contrato estatal. Lo anterior implicaría que, en el presente caso, en principio estarían legitimados en la causa por activa y por pasiva, Varego y el Departamento respectivamente.

No obstante lo anterior, la Sala llama la atención al hecho de que, en el presente asunto, está acreditado que el **4 de febrero de 2009**, después de haberse radicado la demanda, pero antes de que esta se hubiera admitido, Varego, en calidad de cedente, y Expanan S.A., en calidad de cesionario, celebraron un contrato de cesión respecto del Convenio, en el cual se indicó que⁴¹:

“Las sociedades EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES VAREGO LTDA. (...) que para efectos del presente contrato se denominará CEDENTE y EXPLANAN S.A. (...) que en adelante se denominará CESIONARIO, presentan a la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, la cesión del Convenio No. 2007-CO-20-8375, para su autorización y aprobación (...)

SEXTO: El CESIONARIO manifiesta conocer en su totalidad el Convenio No. 2007-CO-20-8375, y recibir en las condiciones que se encuentre el convenio y la obra al momento de hacerse efectivo el presente acuerdo”.

Dicha cesión fue aceptada por parte de la entidad en comunicación del 24 de febrero de 2009 en la cual indicó que⁴²:

“MAURICIO RESTREPO GUTIÉRREZ (...) quien para los fines de este documento actúa en su calidad de Secretario de Despacho de la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, (...) por medio del presente documento declaro que, una vez revisado el cumplimiento de los requisitos legales, apruebo la cesión de la totalidad de los derechos y obligaciones derivados del Convenio No. 2007-CO-20-8375 de EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES VAREGO LTDA., cedente, a EXPLANAN S.A., cesionario conforme al documento de cesión convenido”.

⁴⁰ “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 consecuentes, 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.”

⁴¹ Archivo denominado “05001233100020090016901C5.pdf”, expediente digitalizado en el hipervínculo del pie de página no. 1, folios 27 a 29.

⁴² Ibid., folios 30 y 31.



Revisado el contenido de dicho negocio jurídico, es claro que se trató de una cesión de posición contractual en los términos del artículo 887 del Código de Comercio, norma que dispone que:

“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”.

El contrato de cesión de posición contractual no debe confundirse con el contrato de cesión de crédito. Sobre la diferencia fundamental entre ambos contratos, esta Subsección recientemente señaló que:

“Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que la cesión de créditos, entendida como aquel negocio en el cual se venden las acreencias a que una persona tiene derecho, no lleva a que el cesionario se convierta en parte del acuerdo de voluntades, como sí sucede en la cesión general del contrato, sino que este, en su lugar, se convierte en un simple beneficiario de las obligaciones que adquirió, que han de ser satisfechas por el deudor inicial.

La anterior precisión conceptual tiene consecuencias en la vía procesal a ejercer en punto al procedimiento contencioso administrativo, ya que si el cesionario de un crédito derivado de un contrato estatal no es parte, no está habilitado para ejercer el medio de control de controversias contractuales que, en los estrictos términos del artículo 141 del CPACA, fue previsto exclusivamente para “cualquiera de las partes de los contratos estatales”, con excepción de los terceros interesados que, en todo caso, solo pueden pedir la nulidad absoluta del acuerdo de voluntades”⁴³.

Ahora bien, respecto de los efectos de la cesión de posición contractual, el artículo 895 del Código de Comercio señala que:

“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”.

En aplicación de esta norma, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 19 de mayo de 2025. Radicado: 25000-23-36-000-2017-01461-01 (68473).



de Estado ha estudiado las implicaciones de la cesión de posición contractual en los contratos estatales y sus efectos respecto de la legitimación en la causa por activa en la acción de controversias contractuales. Sobre el particular, en sentencia del 17 de marzo de 2021, la Subsección B consideró que:

“Verificada la cesión del contrato, la Sala advierte que el actor no puede reclamar para sí el valor de la contraprestación que a su juicio el municipio le adeuda.

En efecto, el artículo 887 del Código de Comercio permite ceder en todo o en parte las relaciones derivadas de un contrato. Sin que se requiera que el contratante cedido acepte la cesión, a no ser que la ley o las partes hayan prohibido o condicionado la sustitución. Esta figura permite que el tercero cesionario adquiera los derechos y contraiga las obligaciones que tenía el cedente frente al contratante cedido en el marco de la relación contractual.

El actor cedió su posición contractual y el municipio autorizó la sustitución. El demandante no se reservó el derecho a reclamar para sí por hechos ocurridos antes de la cesión, sino que entregó la totalidad de derechos y obligaciones derivados del contrato a un tercero⁴⁴. Así, no es posible tener al demandante como legítimo interesado y, por ende, no es el llamado a integrar el extremo activo de la controversia. Mal podría la Sala habilitarlo como legítimo titular de las pretensiones, en tanto quedó probado que los derechos y obligaciones derivados de la relación negocial materia de la litis fueron entregados a un tercero⁴⁵.

Así, como quien acude como demandante no es titular de los derechos reclamados, pues en virtud de la cesión, los entregó a un tercero⁴⁶.

En el mismo sentido, en sentencia del 27 de agosto de 2021, la Subsección A consideró que:

“De todo lo expuesto se extrae que para la época en que se presentó la demanda, 21 de marzo de 2001, ya se había producido la cesión del convenio de facturación por parte del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena en favor de los consorcios Lime y Ciudad Limpia (...)

Sin embargo, revisado el contenido del documento de cesión del convenio de facturación suscrito el 7 de octubre de 1994 por parte del Distrito

⁴⁴ El artículo 895 del Código de Comercio contempla que la cesión de la posición contractual incluye la posibilidad de reclamar por cuestiones derivadas del contrato, en efecto: “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”.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 6 de julio de 2020. Rad.: 45210.

⁴⁶ La doctrina precisó sobre el particular que: “La cesión diferente de la cesión de créditos y de la cesión de deudas, es el de la cesión de contratos, que supone que un sujeto –cesionario– entra a ocupar el lugar de otro –cedente– en un vínculo, lo que implica que no se transmiten separada ni individualmente los créditos ni las deudas, sino la posición contractual integralmente considerada, el conjunto de unos y otras, según se desprendan del contrato cedido”. BONIVENTO, José. Obligaciones. Legis, Bogotá, 2017, p. 409.



Turístico y Cultural de Cartagena a los consorcios Lime y Ciudad Limpia, la Sala observa que esta última estipulación, relativa a la devolución al Distrito del saldo de la cartera recaudada, una vez completada la suma adeudada al consorcio Lime, no se incluyó de manera expresa en esa cesión y ningún reparo se manifestó respecto de la pervivencia de ese derecho en favor del ente territorial en calidad de cedente.

La única alusión que se hizo en la cesión del convenio de facturación al acuerdo de pago y bases modificatorias previamente suscrito entre cedente y cesionarios estribó en que el consorcio Lime y Ciudad Limpia Cartagena asumirían la gestión integral del servicio de aseo y que en virtud de tal acuerdo se hacía necesaria la cesión del convenio de facturación suscrito con Electribol. Nada se reservó el ente territorial acerca del derecho a reclamar, en calidad de cedente, los saldos derivados de la cartera vencida por prestación de servicio de aseo a los usuarios.

Ante el escenario develado, concierne poner de presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 895 del Código de Comercio, “la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfieren los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes”.

Igualmente, es menester señalar que, según lo consagra el artículo 896 del Estatuto Mercantil, el contratante cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato. Podrá también oponer aquellas que se funden sobre otras relaciones con el cedente, respecto de las cuales haya hecho expresa reserva al momento de notificársele o aceptar la cesión.

Al articular lo acontecido en este caso con los fundamentos normativos que disciplinan la cesión de un contrato, se desprende que, al no haber incorporado en la cesión del convenio de facturación salvedad alguna respecto del cumplimiento de obligaciones en su favor, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena con posterioridad a este acto ya no habría de ostentar titularidad sobre derechos de la ejecución (...)

En síntesis, en consideración a que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 895 y 896 del Código de Comercio, la cesión del contrato implica, salvo pacto en contrario, la cesión de todos los derechos y obligaciones derivados de él, producida la cesión, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena en adelante carecía de interés para pretender el incumplimiento del convenio de facturación que constituye el objeto de la presente demanda”.
(énfasis añadido)

Bajo este panorama, deberá establecerse si en el presente caso, la cesión de posición contractual realizada por Varego, demandante en este proceso, a favor de Explanan S.A., implica la falta de legitimación del primero para pretender el reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del Convenio. Al respecto, se tiene que:



- Está probado que el 4 de febrero de 2009 Varego en calidad de cedente y Explanan S.A. en calidad de cesionario, celebraron un contrato de cesión de posición contractual respecto del Convenio.
- La cesión de posición contractual fue aceptada por la entidad mediante comunicación del 24 de febrero de 2009.
- La demanda inicial fue presentada el 18 de diciembre de 2008, es decir, antes de que se realizara y se aprobara la cesión. Sin embargo, para la fecha de la admisión de la demanda (21 de marzo de 2009) ya se había celebrado la cesión. Además de lo anterior, la Sala recuerda que, tal como se señaló en acápites posteriores, en el presente asunto se está decidiendo respecto de la reforma de la demanda la cual, naturalmente, también fue presentada con posterioridad a la cesión (29 de julio de 2009).
- En el contrato de cesión de posición contractual Varego no dejó ninguna reserva respecto de asuntos, reclamaciones, derechos o acciones que no estuvieran cobijadas bajo la cesión. Especialmente, no realizó ninguna salvedad o reserva en relación con los asuntos ya puestos bajo conocimiento de esta jurisdicción con la radicación de la demanda.
- Los asuntos que se reclaman en el presente proceso, a saber, el acaecimiento de diferentes situaciones de desequilibrio económico del contrato, corresponden, en los términos del artículo 895 del Código de Comercio a *“acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato”*. El rompimiento del equilibrio económico del contrato por las situaciones enunciadas en los antecedentes, son inherentes a la naturaleza y condiciones de ejecución del Convenio, y no pueden considerarse como aspectos relacionados exclusivamente con la calidad de Varego como contratante.

En virtud de lo anterior, es evidente que Varego, con ocasión de la cesión de posición contractual sin limitaciones o salvedades, perdió su capacidad de reclamar



al Departamento por situaciones propias de la ejecución del Convenio, toda vez que cedió a Explanan S.A. los derechos y obligaciones emanados de la ejecución del Convenio, incluido el derecho de reclamar el restablecimiento del equilibrio económico de dicho negocio jurídico.

Para la fecha en que se radicó la demanda, la cesión del Convenio no había ocurrido, por lo cual, para ese momento, Varego estaba legitimada en la causa materialmente para elevar pretensiones de la acción de controversias contractuales contra el Departamento. Esta legitimación material, desapareció una vez la cesión fue celebrada y aprobada por la entidad el 24 de febrero de 2009. Ya sin tener la calidad de parte contractual, con ocasión de la cesión del Convenio, Varego reformó su demanda mediante escrito radicado el 29 de julio de 2009, y para ese momento, no contaba con legitimación material en la causa por activa. Su legitimación de hecho, surgida de la situación de haber presentado demanda en contra del Departamento, de que dicha demanda fuera admitida y de haber reformado dicha demanda posteriormente, no implicaba que, de forma posterior, no pudiera realizarse un análisis sobre si dicha legitimación en la causa, era, además, material.

En la sentencia de primera instancia, momento para el cual ya existía prueba en el proceso respecto de la cesión del Convenio, el tribunal debió analizar los presupuestos procesales y debió concluir que Varego no estaba legitimada materialmente en la causa pues esta había cedido, sin reserva ni salvedad alguna respecto de los asuntos que estaban cubiertos bajo la cesión, su posición contractual bajo el Convenio. No se puede afirmar que por el solo hecho de que la demanda fue formulada antes de que la cesión del Convenio se hubiere perfeccionado, Varego mantiene su legitimación de hecho, y, por esta razón, deben analizarse de fondo sus pretensiones. Lo anterior implicaría no solo desconocer los efectos sustanciales que tiene la cesión respecto de los derechos, obligaciones y acciones que se derivan del Convenio, sino, además, desconocer el deber de los jueces de verificar la legitimación material en la causa, como presupuesto para proferir una decisión de fondo.

Así las cosas, la Sala estima que la parte actora no está legitimada materialmente en la causa por activa para pretender la declaratoria del rompimiento equilibrio



Radicado: 05001-23-31-000-2009-00169-01 (68355)
Demandante: Equipos y Construcciones Varego Ltda.

económico del Convenio, facultad que, a raíz de la cesión de posición contractual, quedó establecida únicamente en cabeza de Explanan en su calidad de cesionario. En este sentido, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de declarar de oficio la falta de legitimación en la causa por activa de Varego.

4. 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 ésta 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: MODIFICAR la sentencia del 2 de diciembre de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío la cual quedará así:

PRIMERO: INHIBESE para pronunciarse de fondo respecto de las pretensiones PRIMERA y SEGUNDA de la demanda reformada, referidas a la nulidad del acto administrativo demandado Resolución 024995 de diciembre de 31 de 2008, por medio de la cual la Secretaría de Infraestructura Física del Departamento de Antioquia impone multa a la sociedad demandante, frente a las cuales no se cumplió el requisito de la conciliación extrajudicial consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

SEGUNDO: DECLÁRASE, de oficio, la falta de legitimación en la causa por activa de **EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES VAREGO LTDA** respecto de las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: ENVÍESE de forma inmediata al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ANTIOQUIA para la correspondiente notificación de la presente decisión. En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI..”



Radicado: 05001-23-31-000-2009-00169-01 (68355)
Demandante: Equipos y Construcciones Varego Ltda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Consejera de Estado

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Consejero de Estado

VF/AC3