

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 250002336000201601452 01
Radicación: 58018
Actor: CONSTRUCCIONES AR&S S.A.S.
Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU
Referencia: LEY 1437 DE 2011. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra del auto de 18 de agosto de 2016 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante el cual se rechazó la demanda por no haberse agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el 19 de julio de 2016¹, la sociedad CONSTRUCCIONES AR&S S.A.S., por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda contractual en contra del Instituto de Desarrollo Urbano – en adelante IDU-, con el fin de que se declarara que la entidad demandada incumplió el contrato de obra No. 1947 de 2014. En consecuencia, solicitó se declarara la nulidad de la Resolución No. 56340 de 5 de agosto de 2015, por medio de la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato y se hizo efectiva la cláusula pecuniaria, así como la nulidad de la Resolución No. 58643 de 25 de agosto de 2015 que confirmó dicha decisión. Solicitó, también, que se le reconocieran los perjuicios materiales que le fueron ocasionados y se procediera a la liquidación judicial del contrato.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, la parte actora señaló, en síntesis, que el IDU y la sociedad Construcciones AR&S S.A.S., el 30 de diciembre de 2014 celebraron

¹ Fls. 4 – 93 C. 1.

el Contrato de Obra No. 1947 de 2014 cuyo objeto consistió en *“actividades para la conservación de la malla vial arterial no troncal e intermedia con material de pavimento asfáltico fresado estabilizado, actividades de manejo y clasificación del material fresado y adecuaciones temporales del sitio de almacenamiento transitorio, en la ciudad de Bogotá D.C.”*.

Se indicó en la demanda que el plazo de duración del contrato de obra fue de 6 meses, contados a partir de la fecha en que se suscribiera el acta de inicio del contrato, hecho que tuvo lugar el 3 de marzo de 2015.

Se resaltó que la sociedad Construcciones AR&S S.A.S., mediante oficio No. STMSV 20153561146391 del 12 de junio de 2015, fue citada a la audiencia de imposición de multas y sanciones consagrada en la Ley 1474 de 2011, para que presentara descargos respecto de unos presuntos incumplimientos.

Según la demanda, una vez agotado el trámite procesal del proceso sancionatorio, la entidad demandada profirió la Resolución No. 56340 del 5 de agosto de 2015, mediante la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato de obra No. 1947 de 2014 y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, decisión que fue recurrida por la parte actora y confirmada a través de la Resolución No. 58643 del 25 del mismo mes y año.

Igualmente, se indicó que el contrato de obra No. 1947 de 2014 terminó el 2 de septiembre de 2015 y que el 26 de noviembre siguiente se suscribieron actas de recibo parcial y de ajustes las cuales arrojaron un saldo a favor del contratista por el valor de \$115.927.480, suma que fue unilateralmente retenida por la entidad contratante como pago de la cláusula penal pecuniaria impuesta en la Resolución No. 58643 de 25 de agosto de 2015, por lo que a la fecha de la demanda la parte actora no ha recibido suma de dinero alguno de las obras ejecutadas.

Por último, la parte actora, en documento separado, solicitó el decreto de medidas cautelares², consistentes en la suspensión provisional de las Resoluciones No. 56340 de 5 de agosto de 2015 y 58643 de 25 del mismo año, mediante las cuales se declaró el incumplimiento parcial del contrato e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria.

A su vez, solicitó la suspensión provisional de los actos administrativos que fueran expedidos durante la audiencia de imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento, programada para el 21 de julio de 2016 y, que se declarara la falta de competencia del IDU para liquidar el contrato de manera unilateral.

² Fls. 1 – 11 C. Medidas Cautelares.

2. La decisión apelada

Mediante auto de 18 de agosto de 2016³, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A rechazó la demanda de plano por considerar que en el presente asunto no se había agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial.

El Tribunal *a quo* realizó un estudio de la normatividad aplicable a las medidas cautelares en los asuntos que cursan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y advirtió que el artículo 590 del Código General del Proceso estableció que, sin importar la jurisdicción, cuando en la demanda se soliciten medidas cautelares no resultara necesario agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad; sin embargo, aclaró que el artículo 613 *idem* estableció que, en los asuntos contenciosos administrativos, las medidas cautelares deberán ser de carácter patrimonial para poder acudir a la jurisdicción sin agotar el requisito de procedibilidad.

Al estudiar las medidas cautelares solicitadas por la sociedad demandante concluyó que en el presente asunto era necesario agotar el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, comoquiera que si bien los actos administrativos respecto de los cuales se solicitó la suspensión provisional involucran un aspecto económico – *monto de la cláusula penal pecuniaria*-, éste no implica un detrimento patrimonial o perjuicio irremediable, sino que es una consecuencia propia de la relación negocial, por lo cual procedió a rechazar la demanda de plano.

3. Recurso de apelación

La decisión anterior fue apelada oportunamente por la parte actora⁴, para solicitar la revocatoria de la providencia previamente mencionada. Como motivo de su inconformidad arguyó que no era procedente rechazar de plano el libelo demandatorio por no haberse agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, sino que el Tribunal *a quo* debió haberla inadmitido, puesto que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no tiene enunciada la falta de dicho requisito como causal de rechazo de plano de la demanda y, reiteró que las medidas cautelares solicitadas eran de carácter patrimonial.

II. CONSIDERACIONES

³ Fls. 200 - 202 C. Ppal.

⁴ Fls. 111 - 121 C. Ppal.

1. Legislación aplicable al presente asunto

Previo a pronunciarse de fondo respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 18 de agosto de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, estima el Despacho pertinente señalar que la demanda se presentó el 19 de julio de 2016, por lo que al presente asunto le resulta aplicable el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - *Ley 1437 de 2011*-, así como las disposiciones del Código General del Proceso⁵, en virtud de la integración normativa dispuesta por el artículo 306 del estatuto procesal en materia de lo contencioso administrativo.

2. La procedencia del recurso de apelación y la competencia para conocerlo

En lo que hace a la procedencia del recurso de apelación establecida en los artículos 243 y 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se encuentra que el auto recurrido corresponde a los enunciados por la norma como apelable, toda vez que se trata de una providencia que rechazó la demanda; así mismo, se evidencia que el recurso fue interpuesto de manera oportuna y debidamente sustentado⁶.

3. De la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

En materia contencioso administrativa se introdujo la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante la expedición de la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 446 de 1998 y desarrollada por la Ley 640 de 2001. En dichas leyes se precisó que en los procesos contenciosos administrativos sólo es procedente en los conflictos de carácter particular y contenido económico, es decir, aquellos que se tramiten en ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa o controversias contractuales.

⁵ Ley 1564 de 2012, según el criterio hermenéutico fijado en auto de Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación del pasado 25 de junio de 2014. C.P. Enrique Gil Botero, expediente 49299, en el cual, en virtud del principio del efecto útil de las normas, se llegó a la siguiente conclusión: *“En consecuencia, el Despacho fija su hermenéutica en relación con la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales es a partir del 1° de enero de 2014”*, comoquiera que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo desde la expedición de la Ley 1437 de 2011 cuenta con la implementación del sistema mixto *–principalmente oral–*, resultaría carente de armonía dejar de aplicar el Código General del Proceso desde su entrada en vigencia, esto es, el 1 de enero de 2014, dado que ya existen las condiciones físicas y logísticas para ello.

⁶ El Consejero Ponente aclara el voto en relación con la hermenéutica que se ha desprendido de un obiter dictum contenido en la providencia del 25 de junio de 2014 de Sala Plena (Rad. 49.299) que hace depender la competencia para resolver la apelación de autos (numerales 1 a 4 del artículo 243 del CPACA) de la decisión que se adopte *–si pone fin o no al proceso–*.

Esta hermenéutica genera una distorsión de las normas de competencia que son de orden público, inmutables e improrrogables por el juez o por las partes. En efecto, la competencia viene dada por la ley y, por tanto, el sentido de la decisión del fallador de segunda instancia no tiene la virtualidad de alterarla. Una lectura articulada de los artículos 125 y 243 del CPACA lleva a concluir que los autos de que tratan los numerales 1 a 4 de la última disposición deben ser proferidos por la respectiva sala de decisión en primera y en segunda instancia, en todos los casos, con independencia de si se pone o no fin al proceso..

De igual manera, el artículo 37 de la Ley 640 de 2001⁷ dispuso la conciliación como requisito de procedibilidad en las acciones de reparación directa y de controversias contractuales y, la Ley 1285 de 2009, la estableció como tal para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.

Respecto de la conciliación como requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa, la Corte Constitucional en sentencia C-713 del 15 de julio de 2008, se pronunció señalando que:

“la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no contraría la Constitución siempre y cuando en su configuración concreta se garantice el derecho de acceso a la administración de justicia”

(...)

de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la Sala considera que es conforme a la Carta Política que se mantenga el instituto de la conciliación como requisito de procedibilidad para las acciones consagradas en los artículos 86 y 87 del C.C.A. Así mismo, es constitucionalmente válido que se haga extensiva su exigencia a la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A.

Así las cosas, no hay duda que es requisito obligatorio y necesario para instaurar las acciones de que tratan los artículos 85 a 87 del Código Contencioso Administrativo, que la parte actora acredite que adelantó el trámite de la conciliación extrajudicial, es decir, debe demostrar, no solamente que radicó la solicitud de conciliación ante la entidad competente, en este caso, el Ministerio Público, conforme a la ley 640 de 2001, normatividad que regula lo relativo a la conciliación, sino adicionalmente, que la audiencia respectiva se celebró y que esta no prosperó por no existir ánimo conciliatorio entre las partes, o que trascurrieron más 3 meses desde la presentación de la solicitud de conciliación sin celebrarse la audiencia.

Cabe destacar que, con este requisito de procedibilidad, no se impide el acceso a la administración de justicia, toda vez que si la audiencia fracasa, las partes pueden acudir a la jurisdicción para resolver su litigio, por el contrario, si la conciliación es exitosa, los interesados evitan un desgaste innecesario ante el aparato judicial y garantizan la solución de sus conflictos de forma expedita.

Así las cosas, lo que se pretende con el trámite de la conciliación prejudicial y la celebración de la audiencia respectiva, es propiciar un ambiente en el que se les permita a las partes exponer sus argumentos y peticiones con el fin de tratar de arreglar sus diferencias y evitar un juicio posterior, sin que esto vulnere su derecho a demandar ante la jurisdicción, si así lo creen conveniente para sus intereses.

Por lo anterior, es necesario que se lleve a cabo la celebración de la conciliación, o demostrar que transcurrieron más de 3 meses desde la presentación de la solicitud sin que la audiencia se hubiera celebrado, previo a instaurar la demanda correspondiente, pues se insiste, no es suficiente la presentación de la solicitud ante

⁷ “ARTICULO 37. Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones”

la entidad competente a menos que hubieren transcurrido el término de 3 meses ya señalado, como quiera que así no se satisface la finalidad del requisito. Ahora bien, esto no quiere decir que la normatividad obligue a que las partes concilien sus diferencias, puesto que en razón a la naturaleza consensual de la figura, los interesados pueden negarse a llegar a un acuerdo por no encontrarlo satisfactorio y aun así, pueden instaurar la demanda correspondiente”.

No obstante lo anterior, el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010 modificó el inciso quinto del artículo 35 de la ley 640 de 2001 y dispuso que el requisito de procedibilidad no sería exigible para los procesos que se interpusieran ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, en los cuales con la demanda se solicitara el decreto y práctica de alguna medida cautelar⁸.

Posteriormente, la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el inciso 2° del artículo 309 derogó expresamente el inciso 5 del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, haciendo obligatorio agotar el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, incluso cuando en la demanda se solicitaran medidas cautelares.

Sin embargo el Código General del Proceso en su artículo 626⁹ derogó expresamente la norma previamente mencionada¹⁰ e incluyó en el párrafo primero del artículo 509 lo siguiente:

“Artículo 590. Medidas cautelares en procesos declarativos.

(...)

Parágrafo primero. En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad”.

A su vez, en el artículo 613 *ibídem* estableció que en materia contencioso administrativa no sería necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos en los cuales el

⁸ “Artículo 35. Requisito de procedibilidad.

(...)

Cuando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción. De lo contrario tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley”.

⁹ Ley 1564 de 2012: “Artículo 626. Derogaciones.

Deróguense las siguientes disposiciones:

a) (...el inciso 2° del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011”.

¹⁰ Inciso 2, artículo 309 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

demandante solicitara medidas cautelares de carácter patrimonial, la parte demandante sea una entidad pública o se trate de un proceso ejecutivo¹¹.

La Corte Constitucional en la sentencia C-834 de 2013 al estudiar la exequibilidad de la expresión “*de carácter patrimonial*” contenida en el artículo 613 de la ley 1564 de 2012¹², precisó:

“3.1. Contexto normativo del aparte demandado

Recuerda la Corte que ante la inexistencia de regulación específica por parte de la ley 1437 de 2011 –CPA y CCA-, la regulación aplicable en materia contencioso administrativa, conforme a la regla prevista en el artículo 1º de la ley 1564 de 2012, será la prevista por este último cuerpo normativo. En este sentido, existe una regla general prevista por la ley 1564 de 2012 en el párrafo 1º de su artículo 590, disposición en que se consagró “[e]n todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad”.

Según el párrafo primero del artículo 590 de la ley 1564 de 2012, si en cualquier jurisdicción se solicita la práctica de medidas cautelares, no será necesario agotar como requisito de procedibilidad la audiencia de conciliación.

Esta regla general no es de aplicación al procedimiento contencioso administrativo, puesto que la propia ley 1564 de 2012 prevé una regulación especial para esta jurisdicción, que se encuentra en el artículo 613 cuyo título es “AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN LOS ASUNTOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS”; dicha disposición prevé un trámite adicional cuando se realice audiencia de conciliación en materia contencioso administrativa –notificación a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado- y, adicionalmente, que “[n]o será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública” –negrilla ausente en texto legal; el aparte subrayado corresponde al aparte demandado-.

El aparte demandado, al ser una excepción parcial a la regla general en materia contencioso administrativa –realización de audiencia de conciliación siempre que se trate de materias conciliables (artículo 161 de la ley 1437 de 2011)- implica el siguiente contenido: no obstante solicitar medidas cautelares, cuando éstas sean de carácter no patrimonial la parte demandante deberá realizar, como requisito previo de procedibilidad de la futura demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, audiencia de conciliación extrajudicial, siempre y cuando se trate de un asunto conciliable.

Si se retirara del ordenamiento el aparte demandado, la excepción a la regla general que obliga a realizar audiencia de conciliación –es decir, la posibilidad de acudir

¹¹ Artículo 613. Audiencia de conciliación extrajudicial en los asuntos contencioso administrativos.

Cuando se solicite conciliación extrajudicial, el peticionario deberá acreditar la entrega de copia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, en los mismos términos previstos para el convocado, con el fin de que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado resuelva sobre su intervención o no en el Comité de Conciliación de la entidad convocada, así como en la audiencia de conciliación correspondiente.

No será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-834 de 20 de noviembre de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos.

directamente al juez en los casos en que se solicite medidas cautelares, artículo 590 del Código General del Proceso- se haría extensiva a los casos en que se solicite una medida cautelar de carácter no patrimonial”.

De igual manera, la Jurisprudencia de esta Corporación se ha manifestado en el mismo sentido, precisando que la posibilidad de no agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial es procedente siempre y cuando la medida cautelar solicitada sea de carácter patrimonial y, respecto del examen que debió realizarse de las medidas cautelares solicitadas para determinar si es necesario exigir el requisito de procedibilidad, dispuso:

“Así las cosas, el a quo no podía simplemente rechazar la demanda por la falta del requisito de la conciliación prejudicial, ya que la actora claramente había pedido que se decretaran unas medidas cautelares, situación que lo obligaba a realizar un estudio sobre las normas vigentes, incluyendo las concordancias entre C.P.A.C.A. y el Código General del Proceso, a fin de determinar si dicho requisito de procedibilidad era exigible en este caso particular y si las medidas solicitadas eran de carácter patrimonial, lo que evidentemente no se hizo.

Ahora, para la Sala ninguna de las cinco medidas cautelares contempladas en el artículo 230 del C.P.A.C.A., per se contienen un carácter propiamente patrimonial; por lo tanto el estudio debe hacerse respecto de los efectos que se producen al decretar alguna de esas medidas, los cuales eventualmente sí pueden generar una evidente consecuencia económica, que debe ser determinada por el Juez al momento de resolver sobre la admisión de la demanda”¹³ (Se subraya).

Caso concreto.

En el presente asunto se tiene que el Tribunal *a quo* rechazó de plano la demanda interpuesta por CONSTRUCCIONES AR&S S.A.S. por no haber agotado el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, por su parte la demandante aseguró que no debía agotar dicho requisito, comoquiera que solicitó medidas cautelares de carácter patrimonial y que en caso de tener que agotarlo la demanda no debía haber sido rechazada de plano, sino inadmitida.

Así las cosas, es claro que para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante es preciso estudiar si las medidas cautelares solicitadas por la parte actora son, o no, de carácter patrimonial para determinar si el requisito de procedibilidad era exigible en este caso particular.

¹³ Consejo de Estado, Sección Primera. M.P. María Elizabeth García González. Exp. 12014-00550-01. Auto de 27 de noviembre de 2014.

En escrito aparte de la demanda, la parte actora solicitó el decreto y práctica de las siguientes medidas cautelares:

“1. Se sirva decretar la suspensión provisional del procedimiento administrativo y de los actos administrativos que se profieran mediante la audiencia de imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento, programada su iniciación para el 21 de julio de 2016, por medio de la cual el IDU pretende iniciar nuevo proceso de declaratoria de incumplimiento por presunto incumplimiento por parte del contratista, en la ejecución del contrato IDU 1947 de 2014 y hacer efectiva una vez más la cláusula penal.

2. Que se declare la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución No. 56340 de fecha 5 de agosto de 2015, por medio de la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato IDU 1947 de 2014 y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, por la suma de CIENTO NOVENTA Y NUEVE MILLONES SETENTA MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$199'070.398) en contra de CONSTRUCCIONES AR&S SAS y a favor del IDU, como consecuencia a la vulneración [de] disposiciones de carácter constitucional y legal, causando perjuicios a mi poderdante, pues las razones de la declaratoria de incumplimiento son contrarias a la realidad con lo que se configura una falsa motivación en dicho acto.

Que se declare la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución 58643 de fecha 25 de agosto de 2015, por medio de la cual se confirmó parcialmente la decisión proferida mediante Resolución No. 56340 de fecha 5 de agosto de 2015 ordenando hacer efectiva la Cláusula penal pecuniaria por la suma de CIENTO SESENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MIL PESOS (\$164.267.881), como consecuencia a la vulneración [de] disposiciones de carácter constitucional y legal, causando perjuicios a mi poderdante, pues las razones de la declaratoria de incumplimiento son contrarias a la realidad con lo que se configura una falsa motivación en dicho acto.

4. Que se sirva decretar como medida cautelar la abstención del IDU para liquidar en contrato IDU 1947 de 2014, como consecuencia de pérdida de competencia al acudirse a la liquidación judicial”.

Revisada la solicitud de medidas cautelares presentada por la parte actora, se observa que tanto la solicitud de suspensión del proceso administrativo iniciado por la entidad demandada el 21 de julio de 2016, como la de declaratoria de pérdida de competencia de la entidad para liquidar unilateralmente el contrato, no tienen ningún contenido patrimonial, sino que su finalidad es suspender y prevenir actuaciones administrativas por parte del IDU.

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, observa el Despacho que si bien éstos tienen un contenido patrimonial al indicar que el monto de la cláusula penal es de \$164'267.881, esto no implica que la medida cautelar solicitada posea dicho carácter, comoquiera que al analizar los efectos

de decretarla no se evidencia una consecuencia económica inmediata para la parte actora, puesto que solo al momento de proferir sentencia el juez determinara si la sociedad Construcciones AR&S S.A.S. debía, o no, pagar dicha suma y, si los dineros que alega le fueron retenidos deben ser reintegrados. En un caso similar la Jurisprudencia de esta Corporación señaló:

“La medida cautelar solicitada en la demanda corresponde a la de SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS de la Resolución 3049 del 29 de julio de 2014 y de su confirmatoria 3347 del 20 de octubre de 2014 del consejo Nacional Electoral.

Se trata de [un] acto administrativo sancionatorio de naturaleza pecuniaria.

Pero en cambio, la medida cautelar que se deprecia: que se suspendan sus efectos, en sí misma no tiene un contenido patrimonial. No concierne a que el juez produzca una orden provisional de protección al objeto del proceso y para la efectividad de la sentencia, que materialmente y de manera directa se refiere a que el demandado para cumplir tal orden deba hacer erogaciones económicas.

Así, una cosa es que los actos demandados tengan un carácter patrimonial porque imponen una sanción pecuniaria (multa), y otra diferente es que la medida cautelar también posea este carácter, cosa que para el presente caso no ocurre así, si se parte de que la solicitud concierne a que el juez provisionalmente dicte una orden cuya ejecución o cumplimiento no conlleva en forma directa e inmediata para el demandado efectuar gastos o inversiones de carácter económico”¹⁴ (Se subraya).

De conformidad con lo anterior, el Despacho no acoge el argumento de la parte actora en el que afirmó que solicitó medidas cautelares de carácter patrimonial, puesto que una vez estudiadas se evidenció que no tienen un contenido patrimonial, por lo que en el presente asunto era necesario agotar el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial contenido en el artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, respecto de la decisión de rechazar de plano la demanda por no haberse agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, el Despacho coincide con lo manifestado por la parte actora en su recurso comoquiera que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 169 estableció de forma directa, clara y precisa los supuestos en los cuales es procedente rechazar de plano la demanda, lo cual lleva a afirmar que dichos supuestos son taxativos, de modo que, para rechazar la demanda, el juez debe limitarse a verificar la

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Susana Buitrago Valencia. Exp. 2015-00005-00. Auto de 15 de mayo de 2015.

ocurrencia de alguno de éstos¹⁵ y, debido a que el no agotamiento del requisito de procedibilidad no se encuentra dentro de dicho listado, la demanda debió haber sido inadmitida de conformidad con lo señalado en el artículo 170 *Ibídem*, razón por la cual se revocará el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de agosto de 2016.

Es del caso advertir, que una vez se decretó el rechazo de la demanda la parte actora buscó subsanar el requisito de procedibilidad de audiencia de conciliación extrajudicial, por lo que procedió a presentar la solicitud de conciliación extrajudicial contra el IDU, audiencia que se celebró el 18 de octubre de 2016 ante la Procuraduría Novena Judicial II para Asuntos Administrativos, de conformidad con la constancia de audiencia fallida allegada al proceso, durante el trámite del recurso de apelación ante este Corporación¹⁶, no obstante, el Despacho carece de competencia para pronunciarse al respecto, puesto que no es parte del objeto de recurso de apelación, por lo cual, deberá ser valorado por el Tribunal *a quo*, al momento de estudiar la admisibilidad del presente asunto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el auto de 18 de agosto de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Por Secretaría, ejecutoriado este proveído, **DEVOLVER** el expediente Tribunal de origen para lo de su cargo.

¹⁵ “Artículo 169. Rechazo de la demanda. Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:

1. Cuando hubiere operado la caducidad.

2. Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida.

3. Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial”.

¹⁶ Fls. 136 – 137 C. Ppal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN