

CONTROVERSIA CONTRACTUAL - No condena

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO - Controversias contractuales / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA - Cuantía /

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 22 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, por cuanto la pretensión mayor fue estimada razonadamente en \$1.409.459.621,00. Para la época de interposición del recurso de apelación, eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera la suma de \$204'000.000, monto que acá se encuentra superado. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A. Sumado a lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. El Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, ejerce funciones administrativas en cumplimiento de los fines estatales y, por consiguiente, sus contratos son estatales.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 129

PLEITO PENDIENTE / COSA JUZGADA - Excepción declarada de oficio

[E] artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, que establece las excepciones previas, en su numeral 10 consagra la excepción de pleito pendiente, respecto de la cual la jurisprudencia ha dicho que su objetivo es evitar la existencia de dos o más procesos con idénticas pretensiones y entre las mismas partes, como también que se profieran juicios contradictorios frente a iguales pretensiones. Para que ella prospere, debe darse, en consecuencia, la existencia simultánea de dos procesos, que las pretensiones de ambos sean idénticas, que las partes sean las mismas y que versen sobre los mismos hechos (...) los dos procesos tienen identidad de partes, versan sobre el mismo contrato de prestación de servicios 167 de 2002, celebrado entre el IDU y Makrosoftware Ltda, los hechos, en lo fundamental, son los mismos y iv) las pretensiones de la demanda en ambos procesos buscan que se declare el incumplimiento del contrato 167 de 2002, lo cual las hace idénticas, independientemente de que cambien frente a quién se debe declarar el incumplimiento (contratante o contratista), es decir, la controversia jurídica se contrae a establecer si existe incumplimiento del citado contrato. En otras palabras, las pretensiones de las demandas contractuales con radicación 2004-02144-01 y 2006-00734-01 están encaminadas a que se declare el incumplimiento del contrato, indistintamente de que en un proceso actúe la entidad pública como parte activa y en el otro como parte pasiva, pero el objeto central de la litis que debe resolver la jurisdicción de lo contencioso administrativo es declarar la existencia o no del incumplimiento del contrato, bien sea por parte del contratista o bien por parte del contratante. Lo anterior permite concluir que, para el momento de la sentencia de primera instancia, efectivamente se

configuraba la excepción de pleito pendiente, como de manera acertada lo estableció el a quo; no obstante, la existencia simultánea de dos procesos es un elemento más que se debe tener en cuenta para declarar probada la excepción de pleito pendiente en esta instancia procesal. (...) no es posible confirmar la decisión de primera instancia frente a la excepción de pleito pendiente, como quiera que actualmente no existe otro proceso en curso, por lo que es necesario analizar si se configura la excepción de cosa juzgada. En un caso similar a este, la jurisprudencia estableció que la diferencia esencial entre la excepción de cosa juzgada y la de pleito pendiente radica en la simultaneidad o no de los procesos en los cuales se haya controvertido el mismo derecho en litigio, por lo que surge la cosa juzgada cuando la actuación anterior ya finalizó con sentencia de mérito debidamente ejecutoriada.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 97

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL - Noción. Definición. Concepto / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

[L]a liquidación de los contratos estatales pueden ser bilateral, unilateral o judicial, y tiene por objeto establecer: (i) el estado real del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, (ii) los reconocimientos a que haya lugar, (iii) las acciones que se deban adelantar para garantizar el cumplimiento efectivo del contrato, (iv) las garantías que se deban constituir, ampliar o incluso hacer efectivas y (v) los acuerdos que se puedan presentar frente a las controversias surgidas en la ejecución del contrato, para poder declararse mutuamente a paz y salvo (...)es claro que hubo una liquidación unilateral del contrato, la cual se presenta cuando las partes no llegan a un acuerdo para una liquidación bilateral, o cuando el contratista no asiste a la convocatoria de la entidad para llevar a cabo esta última (la liquidación bilateral).

ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO IMPROPIO / EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA - Probada

[L]a parte actora demandó la Resolución 5820 del 10 de mayo de 2004, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato, pero no cuestionó, debiendo haberlo hecho, al tenor de lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 138 del C.C.A, la validez de la Resolución 8953 del 5 de agosto de 2004, que resolvió el recurso presentado contra aquella otra. (...) cuando el acto principal ha sido objeto de recurso en vía gubernativa, el acto que lo resuelve conforma con aquél una unidad inseparable y de ahí que se deba demandar tanto el acto principal (la Resolución 5820 de 2004, por la cual se liquida unilateralmente el contrato) como el que resolvió el recurso interpuesto contra él (la Resolución 8953 de 2004), pues se trata, entonces, de un acto administrativo complejo impropio (...) Makrosoftware Ltda. debió satisfacer, pero no lo hizo, la exigencia del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, ya que no integró en las pretensiones de la demanda la totalidad de los actos, es decir, el decisorio principal y su confirmatorio, pues no demandó este último, esto es, la Resolución 8593 de 2004. (...) el actor omitió el deber que le asistía de demandar tanto el acto por medio del cual se liquidó unilateralmente el contrato, como el que confirmó esa decisión, lo cual resultaba necesario, pues, de lo contrario, no solo se pasaría por alto la exigencia ya mencionada del artículo 138 del C.C.A, sino que, además, este último acto se mantendría con plenos efectos jurídicos, a lo cual se agrega que, si bien el juez, con el fin de garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia, debe eliminar todos los obstáculos formales que impidan lograr ese propósito, en los procesos regidos por el C.C.A. en los que se pida la nulidad de un acto

administrativo y se persiga el restablecimiento del derecho vulnerado por tal acto se deben individualizar con precisión las pretensiones y especificar con claridad los actos administrativos objeto de demanda, en aras de garantizar el debido proceso, esto es, para que la parte demandada pueda ejercer a plenitud su derecho de defensa frente a los actos objeto de controversia, de manera que no se vea sorprendida con una decisión contraria a un acto que no pudo defender por no estar demandado.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 138

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

Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 25000-23-26-000-2006-00734-01(37286)

Actor: MAKROSOFTWARE LTDA.

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU-

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de abril de 2009, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, que declaró probadas las excepciones de pleito pendiente y de inepta demanda.

I.- ANTECEDENTES.-

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 6 de marzo de 2006 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Makrosoftware Ltda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual, presentó demanda contra el Instituto de

Desarrollo Urbano IDU, con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcribe literal):

“Primera: Que se declare que el IDU incumplió el contrato de prestación de servicios No. 167 de 2002, suscrito con la firma Makrosoftware Ltda. el día 1° de octubre de 2002, por haber la entidad contratante desconocido el alcance de la prestación contractual, impedido la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, e incumplido las suyas propias, todo lo anterior con violación del contenido obligacional contenido en el contrato celebrado y en las ofertas del contratista que configuraron la etapa de formación del mismo.

“Segunda: Que como consecuencia de lo anterior se declare que el IDU es contractualmente responsable de los daños y perjuicios soportados por el contratista Makrosoftware como consecuencia del incumplimiento referido que determinó la imposibilidad de la ejecución completa del contrato celebrado por causa imputable a la entidad contratante, y se le condene al pago de la indemnización de los daños y perjuicios que se encuentran determinados en el acápite de ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA que se incluye como acápite de esta demanda, así como a la reparación de cualquier otro daño que aparezca probado dentro del proceso.

“Tercera: Que se condene en costas al demandado.

“Pretensiones Subsidiarias

“Primera Pretensión Subsidiaria: que de no proceder la primera pretensión principal, se declare la Nulidad de la resolución No. 5820 del 10 de mayo de 2004 por la cual se liquida unilateralmente el contrato No. 167 de 2002, por estar la misma viciada por falsa motivación y desconocer las normas en que debió fundarse.

“Segunda Pretensión Subsidiaria: Que como consecuencia de lo anterior se declare que el IDU es responsable de los daños y perjuicios soportados por el contratista Makrosoftware en razón a la nulidad de la resolución No. 5820 del 10 de mayo de 2004 por la cual se liquidó unilateralmente el contrato No. 167 de 2002 suscrito entre las partes materia de esta demanda, por estar la misma viciada por falsa motivación y desconocer las normas en que debió fundarse.

“Tercera Pretensión Subsidiaria: Que se condene en costas al demandado.”

2.- Hechos.-

En los hechos de la demanda se indicó lo siguiente:

- 2.1. El 1 de octubre de 2002 se suscribió el contrato 167 entre el Instituto de Desarrollo Urbano IDU y Makrosoftware Ltda, cuyo objeto era el análisis, diseño, construcción e implementación de la unificación del sistema de valorización del IDU, el cual se ejecutó en más del 80%.

- 2.2. El 6 de noviembre de 2002 se firmó el acta de inicio del contrato.
- 2.3. Los términos de referencia del proceso contractual, solamente los conoció el contratista en febrero de 2003 y se redactaron de manera genérica, superflua e incongruente.
- 2.4. El 14 y 15 de noviembre de 2002, el coordinador del contrato determinó que el contratista no adelantaría la definición de requerimientos, con lo cual se incumplió el numeral 2 de la cláusula séptima del referido contrato e impidió la ejecución normal del mismo, lo que generó un atraso de 3 meses.
- 2.5. Mediante oficio IDU-012197 del 30 de enero de 2003 se informó el inicio de la etapa de requerimientos con la participación del contratista.
- 2.6. El IDU, a través de oficio IDU-094720 del 15 de julio de 2003, manifestó que no era necesario depurar el archivo de certificaciones de estados de cuenta, sino que se reiniciarían con el sistema unificado.
- 2.7. La entidad demandada desconoció que la propuesta presentada por el contratista era solucionar un problema técnico y no de gestión, a través de la ubicación y disminución de las bases de datos, la conformación de una tabla de mutaciones de los predios y la correlación de los predios entre las diferentes valorizaciones.
- 2.8. El 29 de abril de 2003 se suscribió una prórroga de cuatro meses y luego, mediante Resolución 5820 del 10 de mayo de 2004, se liquidó unilateralmente el contrato por parte del IDU.
- 2.9. La Resolución 5820 del 10 de mayo de 2004 adolece de falsa motivación y desconoce las normas en que debió fundarse.
- 2.10. El contrato no se ejecutó en su integridad por hechos imputables al IDU, entidad que modificó las obligaciones del contratista y la oferta que éste había presentado.

2.11. En la etapa precontractual que llevó a la celebración del contrato 167 de 2002 se violó el principio de planeación, por cuanto el IDU inició el estudio de factibilidad después de la firma del contrato.

3.- Fundamentos de derecho.

El actor citó como fundamentos de derecho los artículos 24, 25 y 60 de la Ley 80 de 1993.

4.- La actuación procesal.-

4.1.- Por auto del 20 de septiembre de 2006 se admitió la demanda, se ordenó la vinculación de los demandados al proceso -a través de la notificación personal a cada uno de ellos- se ordenó la notificación personal al agente del Ministerio Público y se dispuso la fijación del negocio en lista.

4.2.- El Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que los requerimientos fueron definidos por el contratista en reunión del 13 de noviembre de 2002; así mismo, dijo que éste entregó la interfaz del usuario el 5 de junio de 2003, cuando debió ser entregada y aprobada antes del 15 de abril de ese mismo año.

Además, el contratista incumplió con la entrega oportuna del documento del diagrama de flujo de datos del sistema de valorización y del documento detallado de procesos, los cuales entregó solamente el 4 de agosto de 2003.

Así mismo propuso las siguientes excepciones de mérito:

1. **“Pleito pendiente entre las mismas partes y por el mismo asunto”**, como quiera que en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, cursaba el proceso contractual 2004-2144, cuyas pretensiones eran obtener la declaración del incumplimiento del contrato 167 de 2002 por parte del contratista.
2. **“Legalidad y firmeza de los actos administrativos a través de los cuales se liquidó unilateralmente el contrato”**, por cuanto, mediante la Resolución 175 de 2004, se declaró la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo

de pago anticipado, como quiera que la firma contratista no ejecutó trabajos que cubrieran el valor dado anticipadamente, acto administrativo confirmado con la Resolución 5752 de 2004.

Igualmente, adujo que a través de la Resolución 5820 de 2004 se liquidó unilateralmente el contrato, que ésta fue confirmada con la Resolución 8953 del mismo año, que ellas no fueron objeto de demanda de nulidad y que, por consiguiente, quedaron en firme y ejecutoriadas.

3. **“Inepta demanda”**, por pretender revivir un término ya caducado, ya que debió presentar una demanda de nulidad para solicitar lo que pretende en el presente asunto, máxime que en la demanda presentada por el IDU el contratista contestó sin interponer demanda de reconvención.
4. **“Cobro de lo no debido”**, ya que de común acuerdo se realizaron las prórrogas del plazo, sin ninguna objeción, por lo que considera que siempre existió acuerdo y el contrato inicial con sus adiciones fueron ejecutadas de buena fe por las partes.
5. **“Contrato no cumplido”**, pues no se prueba por parte del actor que él cumplió el contrato, no obstante que quien pretende demandar el incumplimiento de un contrato debe demostrar su propio cumplimiento y el contratista fue quien incumplió el contrato por causas imputables a él.

5.- Los alegatos de primera instancia.-

Mediante auto del 04 de febrero de 2009 se dio traslado a las partes, para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto.

- 5.1. **Makrosoftware Ltda.** insistió en que el IDU llevó a la paralización del contrato por la usurpación de roles, funciones y obligaciones y, además, dicha entidad estatal no tenía claras las obligaciones a cargo del contratista.

El IDU exigía el cumplimiento de las obligaciones en unos plazos imposibles de cumplir, sin tener en cuenta la suspensión de la ejecución del contrato, la cual se dio por determinación del contratante.

Adujo que la entidad contratante tampoco tenía claridad de las obligaciones que debía asumir, pues no cumplió con el principio de planeación.

- 5.2. Por su parte, el **IDU** hizo referencia a la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso con radicación 2004-02144, en la cual se declararon no probadas las excepciones propuestas por los demandados y se determinó que Makrosoftware Ltda. incumplió el contrato 167 de 2002 y la condenó al pago de la cláusula penal pecuniaria, por lo cual solicitó dar por terminado el presente asunto, con base en la prosperidad de la excepción de pleito pendiente, propuesta en la contestación de la demanda.

6.- La sentencia recurrida.-

Es la proferida el 22 de abril de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección B, en la que se declararon probadas las excepciones de pleito pendiente y de inepta demanda, al considerar lo siguiente frente a los cargos realizados:

- 6.1. Frente al pleito pendiente: revisado el sistema de gestión, encontró que el proceso con radicado 2004-02144 era un ordinario contractual interpuesto por el IDU contra Makrosoftware Ltda. y Seguros Cóndor S.A. en el cual se profirió sentencia el *"18 de enero de 2008"(sic)*, en la que se declararon no probadas las excepciones propuestas y se decidió que había habido incumplimiento del contrato por parte del contratista.

Como la mencionada sentencia fue apelada y se envió al Consejo de Estado mediante auto del 22 de febrero de 2008, para el Tribunal se configuró así la excepción de pleito pendiente.

- 6.2. Respecto a la inepta demanda: el actor no solicitó expresamente la nulidad de la Resolución 8953 del 5 de agosto de 2004, por medio de la cual se confirmó la Resolución 5820 del 10 de mayo de 2004, de modo que se formularon las pretensiones de la demanda de forma incompleta, esto es, sin abarcar todos los actos administrativos expedidos por la entidad demandada para la liquidación unilateral del contrato 167 de 2002.

7.- El recurso de apelación.-

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia del 22 de abril de 2009, con apoyo en lo siguiente:

- 7.1. El fallo apelado desconoce el incumplimiento contractual del Instituto de Desarrollo Urbano, el cual quedó demostrado plenamente mediante el acervo probatorio, por cuanto esa entidad, *“barrenando los principios de la contratación, decidió usurpar el desarrollo y ejecución de la etapa de levantamiento de requerimientos”*¹ y asumió obligaciones del contratista, las que desarrolló con errores irreversibles.
- 7.2. Con la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se desconoce el artículo 228 de la Constitución Política, referente a la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, al considerar que el juez no puede desconocer *“los derechos sustanciales contenidos en el Código Contencioso Administrativo, como lo son el derecho al resarcimiento de los perjuicios previa declaración de incumplimiento”*.

8.- Trámite de segunda instancia.-

El recurso se concedió el 27 de mayo de 2009, el 27 de agosto siguiente se corrió traslado para que se sustentara, se admitió el 8 de octubre de ese mismo año y se corrió traslado para alegar el 27 de enero de 2010.

- 8.1. La parte actora guardó silencio en esta etapa procesal y el Ministerio Público no emitió concepto.
- 8.2. El IDU presentó escrito de alegaciones, mediante el cual reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda y en los alegatos de primera instancia, respecto a las excepciones de pleito pendiente e inepta demanda.

¹ Folio 366 del cuaderno principal.

Respecto al pleito pendiente, dijo que, el 12 de diciembre de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió fallo de primera instancia dentro del proceso 2004-02144, en el cual las partes y los hechos debatidos fueron los mismos del presente proceso, y allí se resolvió declarar que Mikrosoftware Ltda. incumplió el contrato de prestación de servicios 167 de 2002 y la condenó al pago de la cláusula penal pecuniaria.

Así mismo, dijo que la parte actora pretendía revivir un término ya caducado, toda vez que lo pretendido en esta litis se debió pedir a través de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos proferidos por el IDU.

II. CONSIDERACIONES

1.- La competencia.-

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 22 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, por cuanto la pretensión mayor fue estimada razonadamente en \$1.409.459.621,00. Para la época de interposición del recurso de apelación², eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera la suma de \$204'000.000³, monto que acá se encuentra superado.

Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

Sumado a lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que

² 30 de abril de 2009.

³ Ley 954 de 2005.

celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. El Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, ejerce funciones administrativas en cumplimiento de los fines estatales y, por consiguiente, sus contratos son estatales.

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

La afirmación anterior tiene fundamento legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que, al definir los contratos estatales, adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato: *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”*⁴.

Adicionalmente, el artículo 82 ⁵ del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 vigente para la época de los

⁴ Según este artículo, son contratos estatales los celebrados por las entidades enunciadas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

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

‘b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (...)’ ”.

⁵ *“ARTÍCULO 82. 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.*

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

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

hechos y de presentación de la demanda, estableció que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

2.- Ejercicio oportuno de la acción.-

De conformidad con el literal d) numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término para el ejercicio de la acción contractual es de dos (2) años contados desde la ejecutoria del acto que apruebe la liquidación unilateral del contrato.

En el presente caso, la Resolución 5820 del 10 de mayo de 2004, que liquidó unilateralmente el contrato 167 de 2002, fue confirmada por la Resolución 8963 del 5 de agosto de 2004, y la demanda se presentó el 6 de marzo de 2006, por lo que se evidencia que ésta se interpuso dentro del término legal de dos años.

3.- Análisis del caso.-

En el presente asunto, el a quo declaró probadas las excepciones de pleito pendiente y de inepta demanda.

Frente a la primera⁶ consideró que existía un proceso con radicado 2004-02144-01 que cursó en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, en el que éste profirió sentencia el "18 de enero de 2008"(sic) y se encontraba pendiente de surtir el trámite de segunda instancia.

Respecto a la excepción de inepta demanda, en relación con las pretensiones subsidiarias indicó que el actor omitió demandar todos los actos administrativos expedidos por la accionada para la liquidación unilateral del contrato 167 de 2002, por cuanto Makrosoftware Ltda. no solicitó expresamente la nulidad de la

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional".

⁶ Es necesario aclarar que en el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, respecto a la excepción de pleito pendiente, no se realizó un estudio frente a los elementos necesarios para que se configure ésta, pues se limitó a determinar que "el proceso radicado con el No. 2004-2144, corresponde a un proceso ordinario interpuesto en ejercicio de la acción contractual por el Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, contra las sociedades Makrosoftware Ltda. y Seguros Cóndor S.A., y que el 18 de enero de 2008(sic) se profirió sentencia ...", para concluir que por esta razón se configuró la referida excepción.

Resolución 8953 del 5 de agosto de 2004, por medio de la cual se confirmó la Resolución 5820 del 10 de mayo de ese mismo año, al resolver el recurso de reposición interpuesto contra ésta.

La parte actora presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida en el proceso de la referencia el 22 de abril de 2009. En el recurso adujo que dicha sentencia desconoce el incumplimiento contractual del IDU y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal; no obstante, respecto de las excepciones que encontró probadas el a quo (pleito pendiente e inepta demanda) no hizo manifestación expresa y de fondo alguna, pese a que fueron la base sobre la cual el juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda.

Así, sería del caso estudiar los argumentos del recurrente frente al incumplimiento del contrato por parte de la entidad; sin embargo, como la decisión de primera instancia se fundamentó en las excepciones de pleito pendiente e inepta demanda, debe la Sala determinar primero si, efectivamente, se encuentran probadas, como lo adujo el a quo y, posteriormente, si ellas no prosperan, revisar el fondo del asunto como lo plantea en el recurso de apelación la parte actora.

3.1. Excepción de pleito pendiente.-

Está acreditado con el fallo del 15 de octubre de 2015, proferido por el Consejo de Estado en el proceso con radicado 2004-02144-01, que mientras la primera instancia del presente asunto cursaba en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, en el mismo tribunal se adelantaba otro proceso de controversias contractuales⁷, con identidad de partes y de hechos, por lo que es necesario entrar a establecer si se cumplen los requisitos exigidos para la procedencia de la excepción de pleito pendiente.

Pues bien, el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, que establece las excepciones previas, en su numeral 10 consagra la excepción de pleito pendiente, respecto de la cual la jurisprudencia ha dicho que su objetivo es evitar la existencia de dos o más procesos con idénticas pretensiones y entre las mismas partes, como también que se profieran juicios contradictorios frente a iguales pretensiones. Para que ella prospere, debe darse, en consecuencia, la existencia

⁷ Demandante: Instituto de Desarrollo Rural -IDU-, demandado: Makrosoftware, radicación **2004-02144**.

simultánea de dos procesos, que las pretensiones de ambos sean idénticas, que las partes sean las mismas y que versen sobre los mismos hechos⁸.

Comparando los procesos con radicación **2004-02144-01** (contractual) y **2006-00734-01** (contractual), se observa lo siguiente:

Proceso radicado 2004-02144-01	Proceso radicado 2006-00734-01
<p>PARTES: Demandante: Instituto de Desarrollo Urbano IDU. Demandado: Makrosoftware Ltda. y otro.</p>	<p>PARTES: Demandante: Makrosoftware Ltda. Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-</p>
<p>HECHOS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El 1º de octubre de 2002, el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y Makrosoftware Ltda. celebraron el contrato de prestación de servicios 167, cuyo objeto era el análisis, diseño, construcción e implementación de la unificación del sistema de valorización del IDU, por valor de \$185.000.000 y con plazo de ejecución de 6 meses a partir de la suscripción del acta de inicio. 2. El contrato se inició el 6 de noviembre de 2002, se presentó suspensión del mismo de común acuerdo y se realizaron diferentes reuniones no previstas inicialmente para aclarar el alcance de las obligaciones. 3. Se efectuaron varios requerimientos al contratista por incumplimiento del contrato y, a través del oficio 180852 del 6 de noviembre de 2003, se citó a aquél, con el fin de aprobar el cronograma de actividades que debía adelantarse para la ejecución del contrato, pero no asistió el contratista y tampoco justificó su inasistencia. 4. A través de la Resolución 175 del 29 de enero de 2004 se declaró la ocurrencia del siniestro. Aquélla fue recurrida y confirmada, mediante Resolución 5752 del 30 de abril de 2004. 5. Con la Resolución 5820 de 2004 se liquidó unilateralmente el contrato y se confirmó tal decisión mediante la Resolución 8953 del mismo año. Se detalló el cumplimiento del contratista respecto de las etapas de análisis y diseño y se concluyó que quedaron pendientes las etapas de construcción, implementación y garantía. 	<p>HECHOS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El 1º de octubre de 2002, se suscribió el contrato 167 de 2002 entre el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y Makrosoftware Ltda, cuyo objeto era el análisis, diseño, construcción e implementación de la unificación del sistema de valorización del IDU. 2. El 6 de noviembre de 2002 se firmó el acta de inicio del contrato. 3. Se generaron atrasos en la ejecución del contrato e incumplimiento del numeral 2 de la cláusula séptima por parte del IDU. 4. Mediante la Resolución 5820 de 2004 se liquidó unilateralmente el contrato por parte de la entidad contratante, acto que adolece de falsa motivación y desconocimiento de las normas en que debió fundarse.

⁸ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, auto del 16 de septiembre de 2004, radicación 25000-23-26-000-2002-1426-02(25057):

“El objeto de la excepción previa de pleito pendiente es evitar, de una parte, la existencia de dos o más juicios con idénticas pretensiones y entre las mismas partes y, de otra, juicios contradictorios frente a las mismas pretensiones; los elementos concurrentes y simultáneos para la configuración son:

- *Que exista otro proceso que se esté adelantando.*
- *Que las pretensiones sean idénticas.*
- *Que las partes sean las mismas.*
- *Que al haber identidad de causa, los procesos estén soportados en los mismos hechos”.*

<p>PRETENSIONES:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que se declare el incumplimiento del contrato de prestación de servicios 167 de 2002 por parte del contratista. 2. Que se condene al contratista y a la compañía de Seguros Cóndor SA, al pago de los perjuicios causados. 	<p>PRETENSIONES</p> <p>Principales:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que se declare el incumplimiento del contrato de prestación de servicios 167 de 2002 por parte del IDU. 2. Que se declare al IDU responsable por los daños y perjuicios soportados por el contratista y se condene al pago de la suma estimada en el acápite de "estimación razonada de la cuantía". <p>Subsidiarias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. De no proceder la primera pretensión, se declare la nulidad de la Resolución 5820 de 2004.
<p>ESTADO DEL PROCESO:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Hubo sentencia de primera instancia el 12 de diciembre de 2007. Decisión: se declararon no probadas las excepciones propuestas por los demandados y se condenó a Makrosoftware Ltda, por incumplimiento del contrato, al pago de la cláusula penal pecuniaria por \$72.384.000, a favor del IDU. 2. Tiene también sentencia de segunda instancia del 15 de octubre de 2015⁹. Decisión: se modificó el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia y se condenó a Makrosoftware Ltda. al pago de la cláusula penal pecuniaria por \$95.783.971, a favor del IDU. 	<p>ESTADO DEL PROCESO:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Tiene sentencia de primera instancia del 22 de abril de 2009. Decisión: se declararon probadas las excepciones de inepta demanda y de pleito pendiente y, en consecuencia, se negaron las pretensiones de la demanda. 2. La segunda instancia se decide con la presente sentencia.

Como se observa: i) los dos procesos tienen identidad de partes, ii) versan sobre el mismo contrato de prestación de servicios 167 de 2002, celebrado entre el IDU y Makrosoftware Ltda, iii) los hechos, en lo fundamental, son los mismos y iv) las pretensiones de la demanda en ambos procesos buscan que se declare el incumplimiento del contrato 167 de 2002, lo cual las hace idénticas, independientemente de que cambien frente a quién se debe declarar el incumplimiento (contratante o contratista), es decir, la controversia jurídica se contrae a establecer si existe incumplimiento del citado contrato.

En otras palabras, las pretensiones de las demandas contractuales con radicación 2004-02144-01 y 2006-00734-01 están encaminadas a que se declare el incumplimiento del contrato, indistintamente de que en un proceso actúe la entidad pública como parte activa y en el otro como parte pasiva, pero el objeto central de la litis que debe resolver la jurisdicción de lo contencioso administrativo es declarar la existencia o no del incumplimiento del contrato, bien sea por parte del contratista o bien por parte del contratante.

⁹ La providencia se consultó en la página web del Consejo de Estado, www.consejodeestado.gov.co, con la indicación de los 23 dígitos del proceso (25000232600020040214401), disponible en: http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_consun.asp; página consultada el 19 de julio de 2018.

Lo anterior permite concluir que, para el momento de la sentencia de primera instancia, efectivamente se configuraba la excepción de pleito pendiente, como de manera acertada lo estableció el a quo; no obstante, la existencia simultánea de dos procesos es un elemento más que se debe tener en cuenta para declarar probada la excepción de pleito pendiente en esta instancia procesal.

Al respecto, se tiene que en el proceso 2004-02144-01 ya se profirió sentencia de segunda instancia, la cual se encuentra ejecutoriada y en firme¹⁰; por lo tanto, a pesar de que los dos procesos versan sobre los mismos hechos, tienen las mismas partes y guardan estrecha relación las pretensiones, tal como se indicó anteriormente, no se presenta en este momento el cuarto elemento necesario para que se configure la excepción de pleito pendiente, el cual consiste en la existencia de otro proceso en trámite.

La doctrina frente a este último elemento ha expuesto (se transcribe literal):

“En efecto, es necesario que los dos procesos estén en curso, es decir, que no haya terminado ninguno de ellos, pues si tal cosa ha ocurrido respecto de uno de ellos, la excepción ya no es previa sino perentoria y se denomina cosa juzgada”¹¹.

En consecuencia, no es posible confirmar la decisión de primera instancia frente a la excepción de pleito pendiente, como quiera que actualmente no existe otro proceso en curso, por lo que es necesario analizar si se configura la excepción de cosa juzgada.

En un caso similar a este, la jurisprudencia¹² estableció que la diferencia esencial entre la excepción de cosa juzgada y la de pleito pendiente radica en la simultaneidad o no de los procesos en los cuales se haya controvertido el mismo derecho en litigio, por lo que surge la cosa juzgada cuando la actuación anterior ya finalizó con sentencia de mérito debidamente ejecutoriada.

¹⁰ Se notificó por edicto el 29 de octubre de 2015, se entregaron las primeras copias que prestan mérito ejecutivo el 26 de enero de 2016 y se devolvió al Tribunal de origen el 11 de febrero de 2016.

¹¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio: “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano”, tomo I, parte general, séptima edición, pág. 899. editorial Dupré, Bogotá, 1997.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del diez (10) de julio de dos mil diecisiete (2017), radicación 05001-23-33-000-2014-00834-01(57718): “La diferencia esencial entre la cosa juzgada y el pleito pendiente radica en la simultaneidad o no de los dos procesos en los cuales se haya controvertido el mismo derecho en litigio. Así, mientras la cosa juzgada surge cuando la actuación anterior ya finalizó con sentencia de mérito debidamente ejecutoriada, el pleito pendiente procede como excepción previa cuando el otro trámite judicial aún se encuentra en curso y no ha sido decidido de fondo, de manera definitiva o irreversible, por el juez que lo esté conociendo. Por lo demás, ambas instituciones procesales presentan los mismos supuestos, esto es, que entre los dos procesos exista i) identidad de causa, ii) identidad de objeto y, por último, iii) identidad de partes”.

Así mismo, la Subsección B, en sentencia del 29 de agosto de 2016, consideró (se transcribe literal):

“22. Adicionalmente, se reitera que la jurisprudencia de la Corporación ha sostenido que el concepto de cosa juzgada ‘(...) hace referencia al carácter imperativo e inmutable de las decisiones que han adquirido firmeza, lo cual implica de suyo la imposibilidad de volver sobre asuntos ya juzgados, para introducir en ellos variaciones o modificaciones mediante la adopción de una nueva providencia’. Por lo tanto, es posible ‘(...) predicar la existencia del fenómeno de la cosa juzgada, cuando llega al conocimiento de la jurisdicción un nuevo proceso con identidad jurídica de partes, causa y objeto’³², razón por la cual no es procedente realizar un nuevo análisis de la nulidad absoluta del contrato de concesión minera n°. 16223, con base en los mismos argumentos que ya fueron estudiados y respecto de los cuales existe una providencia debidamente ejecutoriada”¹³.

Esta Sala, respecto de los elementos que deben concurrir para que se configure la cosa juzgada, en sentencia del 1 de octubre de 2014¹⁴ dijo (se transcribe literal):

“Los principales fundamentos normativos de la cosa juzgada se encuentran en los artículos 175 del Código Contencioso Administrativo¹⁵, vigente para la época en la cual se presentó la demanda, y 332 del Código de Procedimiento Civil¹⁶, los cuales exigen, para que se configure la cosa juzgada, la presencia concurrente de tres elementos: 1. Que los procesos versen sobre el mismo objeto; 2. Que tengan la misma causa y 3. Que exista identidad jurídica de partes”.

En el presente asunto encontramos que: i) los procesos 2004-02144-01 y 2006-00734-01 versan sobre el mismo objeto, el cual es que se declare el incumplimiento del contrato, ii) la causa en los dos procesos radica en el contrato de prestación de servicios 167 de 2002 y iii) en ambos procesos las partes son el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y Makrosoftware Ltda, por lo cual se dan los presupuestos procesales necesarios para que se configure la excepción de cosa juzgada.

¹³ Radicación 25000-23-26-000-2002-07983-01 (29907).

¹⁴ Radicación 250002326000200002652 01 (27874).

¹⁵ Código Contencioso Administrativo Artículo 175. “Cosa juzgada. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes.

“(...)”

“La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

“(...)”.

¹⁶ Código de Procedimiento Civil Artículo 332. “Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

“Se entiende que hay identidad jurídica de partes, cuando las del segundo proceso son sucesores mortis causa de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de derechos sujetos a registro y al secuestro en los demás casos.

“(...)”.

De otro lado, en el proceso 2004-02144-01 se declaró el incumplimiento del contrato de prestación de servicios 167 de 2002 por parte de Makrosoftware Ltda, sociedad que en el presente asunto es la parte actora, a la cual se condenó a pagar la cláusula penal pecuniaria, por la suma de \$95.783.971, a favor del IDU, entidad que en el caso objeto de esta litis es la parte demandada.

Por consiguiente, se debe declarar de oficio la prosperidad de la excepción de cosa juzgada¹⁷.

Lo anterior, por lo demás, tiene como propósito garantizar la seguridad jurídica a los usuarios de la justicia, con el fin de generar certeza frente a la solución de las controversias surgidas en la ejecución de los negocios jurídicos celebrados con el Estado; al respecto, esta Corporación ha indicado que el objetivo de un proceso judicial es emitir un pronunciamiento de fondo que sea vinculante y que haga tránsito a cosa juzgada, de lo cual se deriva la exigencia de singularidad de los litigios¹⁸, lo que quiere decir que, frente a una misma controversia, no se pueden adelantar varios procesos.

Respecto al principio de seguridad jurídica, la Corte Constitucional ha señalado que es aquel que le permite tanto al juez como a la sociedad tener certeza sobre las normas y términos aplicables a un determinado asunto, en aras de que prevalezca la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos¹⁹.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del doce (12) de mayo de dos mil once (2011), radicación 25000-23-25-000-2002-00035-02(AP): *"Ahora bien, en cuanto al argumento de los accionantes, relativo a que la cosa juzgada no puede ser declarada de oficio, la Sala precisa que el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 44 de la Ley 472 de 1998, en armonía con el artículo 267 del C.C.A., faculta al Juez para declarar de oficio dicha excepción: 'Artículo 306: Cuando el Juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda ...' "*

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del dos (02) de abril de dos mil dieciocho (2018), radicación 20001-23-39-003-2016-00244-01 (60835): *"Teniendo claro que la finalidad (ideal) de un proceso judicial es la de emitir un pronunciamiento de fondo, vinculante y que haga tránsito a cosa juzgada sobre un determinado conjunto de hechos puestos a consideración por las partes y que se presentan como jurídicamente problemáticos, se deriva, entonces, la exigencia de singularidad de los litigios, que quiere decir que sobre una misma controversia no se pueden adelantar varios procesos coetáneamente para obtener el mismo pronunciamiento judicial. La justificación de esta regla reposa esencialmente en la institución de la seguridad jurídica, al pretender la generación de certeza frente a la resolución de las controversias surgidas en la sociedad y, así, realizar en cada caso la exigencia de eficacia por parte de todo sistema jurídico, evitando así la duplicidad de sentencias las cuales, por lo demás, pueden devenir en contradictorias"*.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-250 de 2012: *"Sobre la seguridad jurídica se consigna en la sentencia T-502 de 2002: '3. La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad*

De manera que, al configurarse de oficio la excepción de cosa juzgada, el ad quem no puede pronunciarse sobre asuntos ya juzgados, razón por la cual es improcedente realizar un nuevo análisis para determinar el incumplimiento del contrato de prestación de servicios 167 de 2002, como quiera que ya fue objeto de estudio en el proceso 2004-02144-01, a través de la sentencia de segunda instancia del 15 de octubre de 2015, la cual hizo tránsito a cosa juzgada.

En este orden de ideas se modificará el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar probada de oficio -se insiste- la excepción de cosa juzgada y no la de pleito pendiente, por las razones antes expuestas.

3.2. Excepción de inepta demanda.-

Respecto de las **pretensiones subsidiarias**, la sentencia recurrida declaró probada la excepción de inepta demanda, con el argumento de que Makrosoftware Ltda. no demandó la Resolución 8953 de 2004, por medio de la cual, al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 5820 del 10 de mayo de 2004 que liquidó unilateralmente el contrato, se confirmó la decisión contenida en ésta.

Pues bien, la liquidación de los contratos estatales pueden ser bilateral, unilateral o judicial, y tiene por objeto establecer: (i) el estado real del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, (ii) los reconocimientos a que haya lugar, (iii) las acciones que se deban adelantar para garantizar el cumplimiento efectivo del contrato, (iv) las garantías que se deban constituir, ampliar o incluso hacer efectivas y (v) los acuerdos que se puedan presentar frente a las controversias surgidas en la ejecución del contrato, para poder declararse mutuamente a paz y salvo; sobre el particular, el Consejo de Estado ha expresado (se transcribe literal):

“La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, una etapa del negocio jurídico en que las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista

jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento ...”.

definen el estado en que queda el contrato, o mejor, la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.

La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta, y más adelante las partes valoran el resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y de las obligaciones surgidos del negocio, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a ellos, y que afectan la ejecución normal del mismo, con la finalidad de determinar el estado en que quedan las partes frente a éste"²⁰.

En el presente asunto, es claro que hubo una liquidación unilateral del contrato, la cual se presenta cuando las partes no llegan a un acuerdo para una liquidación bilateral, o cuando el contratista no asiste a la convocatoria de la entidad para llevar a cabo esta última (la liquidación bilateral).

En relación con la liquidación unilateral, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 1 de octubre de 2014, en el proceso con readicación 25000232600020000265201 (27874), indicó (se transcribe literal):

"En cuanto a la liquidación unilateral, a la cual se refiere la presente controversia, como su nombre lo indica, no corresponde a una actuación negocial o conjunta de las partes del contrato sino a una decisión que adopta la entidad estatal contratante de manera unilateral, esto es, sin necesidad de contar con la voluntad o con el consentimiento del respectivo contratista particular, modalidad a la cual habrá lugar en los eventos y con las exigencias establecidas para esos casos por la ley; esta modalidad de liquidación ha sido concebida y regulada como subsidiaria de la liquidación bilateral o conjunta.

El carácter subsidiario que le corresponde a la liquidación unilateral, respecto de la bilateral o conjunta, lo evidencia la norma legal que la consagra en cuanto supedita su procedencia a una cualquiera de las siguientes hipótesis fácticas: i) que el contratista particular no se presente a la liquidación, con lo cual imposibilita la realización de una liquidación bilateral o conjunta, o ii) que las partes no lleguen a acuerdo sobre el contenido de la liquidación, cuestión que igualmente impide la adopción conjunta del respectivo corte de cuentas.

Así entonces, sólo si se configura una de las circunstancias enunciadas, la Entidad Estatal quedará facultada para practicar la liquidación correspondiente de manera directa y unilateral, caso en el cual procederá a adoptarla mediante la expedición de un acto administrativo debidamente motivado, el cual será pasible del recurso de reposición en vía gubernativa".

En el sub lite, la parte actora demandó la Resolución 5820 del 10 de mayo de 2004, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato, pero no cuestionó, debiendo haberlo hecho, al tenor de lo dispuesto en el tercer inciso del artículo

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de abril 14 de 2010, expediente 17322.

138 del C.C.A, la validez de la Resolución 8953 del 5 de agosto de 2004, que resolvió el recurso presentado contra aquella otra.

Sobre el particular, debe recordarse que, cuando el acto principal ha sido objeto de recurso en vía gubernativa, el acto que lo resuelve conforma con aquél una unidad inseparable²¹ y de ahí que se deba demandar tanto el acto principal (la Resolución 5820 de 2004, por la cual se liquida unilateralmente el contrato) como el que resolvió el recurso interpuesto contra él (la Resolución 8953 de 2004), pues se trata, entonces, de un acto administrativo complejo impropio²²; al respecto, se ha pronunciado el Consejo de Estado²³, así (se transcribe literal):

“Ahora bien, en repetidas oportunidades esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con el concepto de «acto administrativo complejo». En efecto, en sentencia del 26 de enero de 1996, Magistrado Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz²⁴, manifestó lo siguiente:

«[...] Ello encaja dentro de la concepción que la doctrina y la jurisprudencia tienen acerca del acto administrativo complejo, esto es, cuando la voluntad de la Administración se integra por la intervención de dos organismos pertenecientes a la misma entidad o a entidades diferentes [...].»

“(...)”

“Esta misma clasificación ha sido adoptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 8 de agosto de 2012, Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero²⁵, al subrayar:

“(...)”

“Al respecto, Manuel María Díez en su obra ‘El acto administrativo’ con especial sindéresis señala:

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del catorce de junio de 2007, radicación 25000-23-27-000-2002-90266-01 (14589).

²² Al respecto, la doctrina ha manifestado (se transcribe literal): “1.2.2.2. Acto administrativo complejo impropio circunstancial.

“(...)”

“Se está pues ante una complejidad impropia porque comúnmente los recursos se surten dentro del mismo órgano, aunque lo sean en instancias diferentes, por lo tanto los distintos pronunciamientos que se integran al acto inicial son proferidos por un solo órgano.

“Se ha dado por sentado que los actos que confirmen o modifiquen un acto que ha sido objeto de tales recursos, se integran con éste, subsumiéndose en una unidad, en un todo, resultando así una complejidad que es eventual, circunstancial, por cuanto depende de la interposición de recursos y de la circunstancia de que la decisión de éstos sea confirmatoria o modificatoria de aquél, ya que si lo revoca, simplemente se sustituye por otro. Si hay confirmación y modificación por declaraciones dadas en la vía gubernativa en virtud de los recursos pertinentes, estas declaraciones vienen a conformar un todo con el acto objeto de tales recursos” (BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique: “Manual del Acto Administrativo”, quinta edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda, Bogotá D.C, 2009, págs. 172 a 175).

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017), radicación 050012331000 2000 03882 02.

²⁴ Radicación 3416.

²⁵ Radicación 08001-23-31-000-2011-01067-01(43968).

'Los actos complejos son los que resultan del concurso de voluntades de varios órganos de una misma entidad o de entidades públicas distintas, que se unen en una sola voluntad. En todo caso es necesario para que exista un acto complejo que haya unidad de contenido y unidad de fin de las diversas voluntades que se unen para formar un acto único. En el acto complejo la voluntad declarada es única y resulta de la fusión de la voluntad de órganos que concurren a formarla, **o de la integración de la voluntad del órgano que se refiere al acto**'²⁶(negrilla fuera de texto).

Así las cosas, Makrosoftware Ltda. debió satisfacer, pero no lo hizo, la exigencia del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo²⁷, ya que no integró en las pretensiones de la demanda la totalidad de los actos, es decir, el decisorio principal y su confirmatorio, pues no demandó este último, esto es, la Resolución 8593 de 2004.

Por otro lado, Makrosoftware Ltda. se limitó en el recurso de apelación, como ya se mencionó antes, a decir que la sentencia de primera instancia desconoció el incumplimiento contractual de la entidad accionada y el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, conforme al cual (al sustancial) se debía llegar a la conclusión de que el IDU incumplió gravemente el contrato, lo que le generó perjuicios; sin embargo, no dijo el recurrente cómo debe aplicarse dicho principio (consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política) al caso concreto en relación con los argumentos del a quo y la decisión de éste de declarar probada la excepción de inepta demanda; no obstante, en garantía del derecho al acceso a la administración de justicia, es necesario estudiar si, efectivamente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció el principio que adujo el apelante (el de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal), teniendo en cuenta, además, que dicho principio tiene relación con las pretensiones subsidiarias de la demanda.

Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que el principio de primacía del derecho sustancial sobre el formal pretende evitar que los jueces, en el análisis de un caso concreto, incurran en el exceso de ritualismos y, por el contrario, busca

²⁶ DÍEZ, Manuel María: "El acto administrativo", Ed. Tipográfica, Editora Argentina, 2ª ed., Buenos Aires, 1961, pág: 123 y 124.

²⁷ "Art. 138.- Modificado. Decr. 2304 de 1989, art. 24. Individualización de las pretensiones. Cuando se demande la nulidad de un acto se debe individualizar con toda precisión.

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

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

"Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren."

que sus decisiones se sujeten a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación²⁸.

Igualmente, ha indicado que las autoridades no pueden sacrificar sin justificación alguna derechos subjetivos al aplicar formalidades dentro de los procesos, máxime cuando el fin del derecho procesal es la obtención de una verdadera justicia material; sin embargo, ha afirmado también que las formalidades o ritos dentro de los procesos judiciales son relevantes en la medida en que buscan garantizar el respeto de un debido proceso²⁹.

En este caso y como acaba de verse, el actor omitió el deber que le asistía de demandar tanto el acto por medio del cual se liquidó unilateralmente el contrato, como el que confirmó esa decisión, lo cual resultaba necesario, pues, de lo contrario, no solo se pasaría por alto la exigencia ya mencionada del artículo 138 del C.C.A, sino que, además, este último acto se mantendría con plenos efectos jurídicos, a lo cual se agrega que, si bien el juez, con el fin de garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia, debe eliminar todos los obstáculos formales que impidan lograr ese propósito, en los procesos regidos por el C.C.A. en los que se pida la nulidad de un acto administrativo y se persiga el restablecimiento del derecho vulnerado por tal acto se deben individualizar con

²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-339 de 2015 (se transcribe literal): “Desde sus primeros pronunciamientos la Corte se ha referido al principio de la justicia material señalando que el mismo ‘se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Por el contrario, exige una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales’. No obstante, este Tribunal también ha manifestado que el principio de la justicia material no puede ser considerado como absoluto en cuanto a su aplicación para la determinación de una situación jurídica. En este sentido, ha sostenido que dicho supuesto es ‘insostenible teóricamente e impracticable judicialmente’ dado que se estarían desconociendo las formalidades establecidas para el reconocimiento del derecho en beneficio de una consideración fáctica. La aplicación de este principio es de carácter obligatorio dentro de las actuaciones y decisiones de la Administración cuando define situaciones jurídicas, las cuales además de ajustarse al ordenamiento jurídico y de ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa o motivo, deben responder a la idea de la justicia material. De igual forma, lo es en la función ejercida por los jueces en el análisis de los casos concretos, quienes dentro del estudio probatorio deben evitar incurrir en el exceso ritual manifiesto, en la inobservancia del material probatorio, y por el contrario han de sujetarse a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación, como la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas”.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-747 de 2013 (se transcribe literal): “Si bien las formalidades o ritos dentro de los procesos judiciales son relevantes en la medida que buscan garantizar el respeto de un debido proceso, las autoridades judiciales no pueden sacrificar injustificadamente derechos subjetivos al aplicar dichas formalidades, pues precisamente el fin del derecho procesal es contribuir a la realización de los mismos y fortalecer la obtención de una verdadera justicia material. De manera que, cuando se aplican taxativamente las normas procesales, desplazando con ello el amparo de los derechos de las personas, es decir, cuando la aplicación de una norma procedimental se convierte en una forma adversa a los derechos de los individuos, se configura un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto que hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, correspondiéndole entonces, al juez constitucional, obviar la aplicación de la regla procesal en beneficio de tales garantías”.

precisión las pretensiones y especificar con claridad los actos administrativos objeto de demanda, en aras de garantizar el debido proceso, esto es, para que la parte demandada pueda ejercer a plenitud su derecho de defensa frente a los actos objeto de controversia, de manera que no se vea sorprendida con una decisión contraria a un acto que no pudo defender por no estar demandado.

Por lo tanto, al no haberse demandado la Resolución 8953 de 2004, es necesario confirmar la decisión de primera instancia que declaró probada la excepción de inepta demanda.

4.- Costas.-

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

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

F A L L A:

PRIMERO: MODIFÍCASE el ordinal primero de la sentencia del 22 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el cual quedará así:

"PRIMERO: DECLÁRANSE probadas las excepciones de cosa juzgada e inepta demanda, por las razones expuestas".

SEGUNDO: CONFÍRMASE en lo demás la sentencia apelada del 22 de abril de 2009.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA