



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Radicación: 76001-23-31-000-2002-01290-01 (55.868).
Demandante: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-.
Demandado: Departamento del Valle del Cauca.
Referencia: Controversias contractuales.
Ponente: José Roberto Sáchica Méndez.
Sentencia: 20 de mayo de 2022.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, procedo a exponer las razones de este salvamento de voto, en relación con la providencia de la referencia, que revocó la sentencia de primer grado, para -en su lugar- denegar las pretensiones.

En la providencia de la cual me aparto, la Sala concluyó que, como al momento de la presentación de la demanda, el INVÍAS tenía competencia para liquidar unilateralmente el contrato, y en consideración a que no podía despojarse de dicha facultad, dado que las prerrogativas públicas son obligaciones irrenunciables a cargo de las entidades estatales, no era procedente acceder a la solicitud de liquidar judicialmente el negocio jurídico, ya que ello supondría desconocer, no solo el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino usurpar las funciones que la ley le ha asignado a la administración pública, patrocinando, en el menor de los casos, la renuncia al ejercicio de las competencias que a ella le corresponden¹.

Sin embargo, estimo que el hecho de que la administración pueda hacer uso de una determinada prerrogativa pública, no le impide al juez del contrato definir la materia objeto de la controversia. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, aplicable en este proceso, dispone que el juez es competente para conocer de todos los conflictos que se originen con ocasión de la celebración y ejecución del contrato, lo cual incluye, por supuesto, la etapa de su liquidación. Específicamente, dicha norma dice que ***“Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que***

¹ En la sentencia objeto de este salvamento se señala: “44. Según lo analizado previamente, so pena de inmiscuirse en las competencias que son propias de la administración, el juez no puede acceder a realizar la liquidación judicial del contrato –desatando el conflicto previo planteado– si, como se analizó previamente, al momento de la presentación de la demanda, la facultad legal para definir el balance final de cuentas recaía en cabeza de la entidad pública contratante, es decir, si para ese momento tenía competencia para liquidar el contrato unilateralmente, o si la administración no había incurrido aún en incumplimiento de esa obligación legal, en este último evento si quien demanda es el contratista”.



se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios **y que se hagan otras declaraciones y condenas**” (se resalta), es decir, que el legislador no previó limitaciones ni excepciones para que las partes pudieran demandar, así la entidad contratante ostentara potestades o prerrogativas públicas, como la de liquidar unilateralmente el contrato. Por el contrario, no existe disposición alguna que impida a la entidad estatal acudir al juez o que defina esta barrera para su acceso a la administración de justicia.

De este modo, con independencia de lo que represente para los funcionarios que no ejercieron la respectiva prerrogativa de poder público (por ejemplo, responsabilidad disciplinaria), una vez presentada la demanda, le corresponderá al juez resolver el litigio, so pena de incurrir en una denegación de justicia. Por tanto, el juez del contrato estatal, se insiste en ello, goza de competencia para resolver todas las pretensiones que, en el marco de la acción de controversias contractuales, le sean elevadas en la demanda por cualquiera de las partes.

Con el fin de desarrollar este planteamiento, es necesario recordar que el derecho de acceso a la administración de justicia -contenido en el artículo 229 superior²- contempla dos dimensiones: “(i) la posibilidad de acudir ante un juez o tribunal a presentar las pretensiones para la protección de sus derechos o intereses y (ii) que dicho acceso a la justicia sea efectivo, al obtener la resolución de fondo de las pretensiones presentadas y que la misma se pueda hacer efectiva a través de su correcta ejecución”³. Por supuesto, este derecho no se predica únicamente del

² Este artículo prescribe: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-608 de 2019, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. En relación con el alcance de este derecho, la Corte Constitucional también ha explicado: “Este derecho [el de acceso a la administración de justicia] ha sido entendido como la posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir, en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional que tengan la potestad de incidir de una y otra manera, en la determinación de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y la ley. // Por medio de su ejercicio se pretende garantizar la prestación jurisdiccional a todos los individuos, a través del uso de los mecanismos de defensa previstos en el ordenamiento jurídico. De esta forma, el derecho de acceso a la administración de justicia constituye un presupuesto indispensable para la materialización de los demás derechos fundamentales, ya que, como ha señalado esta Corporación “no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso”. Por consiguiente, el derecho de acceso a la administración de justicia se erige como uno de los pilares que sostiene el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, toda vez que abre las puertas para que los individuos ventilen sus controversias ante las autoridades judiciales y de esta forma se protejan y hagan efectivos sus derechos. (...). // Como se puede observar el derecho en mención tiene un contenido múltiple, del cual se pueden identificar tres categorías (i) aquéllas que tienen que ver con el acceso efectivo de la persona al sistema judicial; (ii) las garantías previstas para el desarrollo del proceso; y (iii) finalmente las que se vinculan con la decisión que se adoptó dentro del proceso en cuestión o la ejecución material del fallo. // La primera comprende: (i) el derecho de acción; (ii) a contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones; y (iii) a



contratista particular, sino que también se extiende a la entidad estatal -actúe como contratante o como contratista-.

Teniendo esto presente, el acceso a la administración de justicia no se reduce a la posibilidad formal de acudir ante el juez, dado que el objeto de la controversia deberá resolverse con una decisión de fondo, pronta, cumplida y eficaz, a menos que exista una razón legal que lo impida.

Por lo mismo, solo en aquellos eventos en los que se configure un impedimento para resolver de fondo -como sucede, por ejemplo, cuando se profiere un fallo inhibitorio por ser inepta la demanda, o cuando se encuentra configurada la caducidad de la acción, o cuando se establece la falta de legitimación en la causa por activa o por pasiva, etc.- el juez podrá abstenerse de estudiar las pretensiones de la demanda, ya que siempre que exista la posibilidad de fallar, deberá hacerlo, o incurrirá, como ya se dijo, en denegación de justicia.

En el presente caso, la Sala coligió que no podía analizar la pretensión de liquidación judicial, por cuanto el INVÍAS contaba con la posibilidad de liquidar unilateralmente el contrato. No creo que esta fuera una razón suficiente para no estudiar el fondo del asunto, pues, si bien es cierto que las prerrogativas públicas son obligaciones irrenunciables a cargo de las entidades estatales, también lo es que los poderes unilaterales en materia de contratación estatal constituyen, además, privilegios que la ley le confiere a la administración, con el fin de volver más eficiente la práctica contractual⁴.

que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional. La segunda incluye el derecho a (iv) que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas; (v) que éstas sean decididas por un tribunal independiente e imparcial; (vi) a tener todas las posibilidades de preparar una defensa en igualdad de condiciones; (vii) que las decisiones sean adoptadas con el pleno respeto del debido proceso; (viii) que exista un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias; (ix) que se prevean herramientas necesarias para facilitar el acceso a la justicia por parte de las personas de escasos recursos. La última de éstas abarca (x) la posibilidad efectiva de obtener respuesta acorde a derecho, motivada y ejecutable; y que (xi) se cumpla lo previsto en esta” (Corte Constitucional. Sentencia T-799 de 2011, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto).

⁴ La Sección Tercera, de tiempo atrás, aseveró: “La entidad contratante, como autoridad administrativa (establecimiento público) es titular de deberes, privilegios y potestades que le otorga el ordenamiento positivo, para asegurar la realización del interés público. // Dentro de aquellos está el de proferir decisiones unilaterales mediante las cuales hace efectivos derechos derivados de la ley sin necesidad de acudir al juez administrativo y sin perjuicio de que el particular los controvierta por vía gubernativa o ante el juez del contrato. // Tal potestad se presenta en desarrollo del privilegio de la decisión previa y de la ejecución de oficio que caracteriza la expresión de voluntad del Estado o de los particulares en ejercicio de función administrativa. Consiste en la facultad de proferir actos jurídicos con el objeto de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas sin tener que asistir al juez para ello. // El privilegio de la decisión previa permite que la Administración declare sus derechos sin necesidad de dirigirse previamente al juez. // El privilegio de la ejecución de oficio nace para la Administración cuando un acto administrativo suyo está en firme y no está sujeto a plazo ni condición, para hacerlo cumplir directamente contra el particular que se resiste” (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2000, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Rad.: 12.723).



La liquidación unilateral es procedente cuando las partes no la concretan de mutuo acuerdo. En ese escenario, la entidad contratante podrá liquidar el negocio jurídico a través de un acto administrativo, en el que indicará “(...) *las condiciones del estado del negocio, donde puede declararse a paz y salvo o deudora o acreedora del contratista, lo mismo que tiene la potestad de determinar, según su apreciación de los hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato*”⁵.

Así, la liquidación unilateral -al igual que los otros poderes unilaterales- es una potestad que el legislador le confirió a la administración, con el objetivo de que se realice el corte final de cuentas del negocio jurídico, sin necesidad de acudir a la jurisdicción. Sin embargo, que exista esta facultad, no significa que, si no se ejerce, se anule la posibilidad de acudir ante el juez del contrato, o que este pueda rehusarse a resolver sobre las pretensiones de la entidad, porque no existe norma que así lo contemple, y -por el contrario- existe, en principio, la obligación de resolver de fondo los asuntos sometidos a su conocimiento.

Con todo, creo que es problemática la regla general que se desprende de la tesis mayoritaria de la Sala, esto es, que si la entidad pública puede proferir un acto administrativo en el ámbito del contrato -caducidad, multa, siniestro, incumplimiento, liquidación, etc.-, y no lo hace, tampoco podrá demandar ante el juez natural del negocio pidiendo que se hagan tales declaraciones y condenas consecuenciales.

En especial, teniendo en cuenta que, en la jurisprudencia, se han presentado a lo largo del tiempo divergencias y no hay un criterio unívoco y pacífico sobre la competencia que les asiste a las entidades estatales en diversos escenarios de la contratación para tomar decisiones unilaterales a través de actos administrativos, lo cual conduce a que la administración, en el normal desarrollo de sus actividades, en calidad de parte contratante en un negocio jurídico, enfrente la alternativa de incurrir en una ilegalidad por expedir un acto sin competencia o en una omisión por no expedirlo debiendo hacerlo, con la consecuencia, en este último caso, a la que conlleva la sentencia de la cual me aparto, de no poder reclamar judicialmente una decisión en torno a aspectos vitales como un incumplimiento, la efectividad de una garantía contractual, una liquidación del contrato, etc.

Lo anterior, sin dejar de advertir que con esta postura se permite en casos como el presente la subsistencia de contratos sin liquidación, a pesar de que es esencial, desde la lógica jurídica, que se conozca el resultado final de la ejecución contractual

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 20 de octubre de 2014, C.P.: Enrique Gil Botero. Rad.: 05001-23-31-000-1998-00038-01 (27.777).



Radicación: 76001-23-31-000-2002-01290-01 (55.868).

Demandante: INVÍAS.

Demandado: Departamento del Valle del Cauca.

Salvamento de voto.

-desde la perspectiva económica, contable y técnica- y que se logre el finiquito del negocio jurídico.

En los términos anteriores, dejo consignado mi salvamento de voto.

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Magistrada