



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA NOVENA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: GONZALO ZAMBRANO VELANDIA**

Medellín, diecisiete (17) de abril de dos mil trece (2013)

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: ECOPETROL S.A.
DEMANDADO: XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN
MERCADOS S.A. E.S.P.
RADICADO: 05001 23 33 000 2012 00655 00
INSTANCIA: PRIMERA
PROVIDENCIA: AUTO INTERLOCUTORIO No. 130

ASUNTO: RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN

Procede el Despacho a pronunciarse sobre el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la parte demandada, en contra del auto del dieciocho (18) de enero de dos mil trece (2013), mediante el cual se admitió la demanda de la referencia.

ANTECEDENTES

1. El apoderado de la parte demandada mediante escrito allegado a la Secretaría General de la Corporación el día ocho (8) de febrero de dos mil trece (2013) -*folios 596 a 621*-, interpuso recurso de reposición en contra del auto del dieciocho (18) de enero de dos mil trece (2013), notificado por estados el día veinticuatro (24) de enero de la misma anualidad, mediante el cual se admitió la demanda en el proceso de la referencia.

2. En el escrito recursivo la parte demandada solicita el rechazo de algunas de las pretensiones, así mismo solicita que se le ordene a la parte demandante la adecuación de otras de las pretensiones, pues a juicio del recurrente, dentro de la presente demanda ha operado el fenómeno de la caducidad de la acción frente a algunas de las pretensiones, de igual manera se indica que otras de las pretensiones fueron presentadas de forma inepta por cuanto las mismas carecen de una debida fundamentación de las normas violadas y el concepto de su vulneración, por último, se indicó que en lo que respecta a las pretensiones de reparación directa no se agotó el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial.

REFERENCIA:
DEMANDANTE:
DEMANDADO:
RADICADO:
INSTANCIA:
ASUNTO:

REPARACIÓN DIRECTA
ECOPETROL S.A.
XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.
05001 23 33 000 2012 00655 00
PRIMERA
RESUELVE RECURSOS DE REPOSICIÓN

CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con el artículo 242 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece que el recurso de reposición procede en contra de los autos que no sean susceptibles de los recursos de apelación o súplica, y que en cuanto a su oportunidad y trámite se aplicará lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, encuentra el Despacho que es procedente el recurso de la referencia.

2. En su escrito recursivo, la parte demandada indica que, a pesar que considera que lo presentado como actos administrativos demandados corresponden a meros actos de ejecución que no son susceptibles de control jurisdiccional, si en gracia de discusión se aceptara que las operaciones de liquidación demandadas contienen una decisión revestida de voluntad administrativa, sobre las mismas ya ha operado el fenómeno de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto indica la accionada que, teniendo en cuenta que la solicitud de conciliación prejudicial fue presentada el 21 de agosto de 2012, para tal fecha ya se encontraba vencido el término de caducidad si se tiene en cuenta que el último de los supuestos actos administrativos demandados fue proferido en el mes de mayo de 2011, con lo cual se supera el término de cuatro meses para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Continúa su argumentación la parte demandada expresando que, según ECOPETROL S.A., la aplicación electrónica de la Resolución CREG 041 de 2010 se extendió desde el mes de mayo de 2010, mes por mes, hasta mayo de 2011, por tanto, en el caso que tales aplicaciones fueran actos administrativos, el recurso de reposición contra los mismos debió haberse dado a los diez días siguientes a su notificación, de conformidad con el artículo 76 del Código Contencioso Administrativo *-norma vigente al momento de la actuación-*.

Se indica que, según ECOPETROL S.A., se presentó el recurso de reposición contra las liquidaciones aludidas el día 12 de febrero de 2012, siendo que realmente el recurso fue interpuesto el día 23 de febrero de 2012, sin embargo, aún ante dicha diferencia de días, lo cierto es que en el caso que el recurso de reposición fuera procedente y que la última liquidación fue en el mes de mayo de 2011 *-de lo cual se dice que tampoco es cierto puesto que la última liquidación data del 25 de junio de 2010-*, el recurso de reposición fue absolutamente extemporáneo, interpuesto hipotéticamente con el ánimo de revivir términos precluidos.

REFERENCIA:
DEMANDANTE:
DEMANDADO:
RADICADO:
INSTANCIA:
ASUNTO:

REPARACIÓN DIRECTA
ECOPETROL S.A.
XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.
05001 23 33 000 2012 00655 00
PRIMERA
RESUELVE RECURSOS DE REPOSICIÓN

En segundo lugar, respecto a la caducidad para ejercer el medio de control de reparación directa, indica la accionada que la parte demandante no tiene claro cuál es el período de sustitución en el cual ocurrió el supuesto daño antijurídico, por tanto se debe tener en cuenta que de haber existido el mismo se presentó cuando XM S.A. E.S.P. liquidó el mayor costo incurrido por la sustitución del gas por combustibles líquidos, es decir, el término de caducidad se cuenta desde la liquidación que causó el daño antijurídico, concretado en el no reconocimiento de la suma pretendida por la parte accionante, es decir, desde la liquidación de junio de 2010, la cual arrojó el valor a reconocer a ECOPETROL S.A., siendo que dicha liquidación ni siquiera fue mencionada en el escrito de demanda.

Ahora bien, se indica que teniendo en cuenta que en la solicitud de conciliación prejudicial no se presentaron las pretensiones atinentes al reconocimiento y reparación del supuesto daño atribuible a la accionada, tal solicitud no interrumpió el término de caducidad para tales pretensiones.

De tal manera, tomando en consideración que la demanda fue presentada el día 9 de noviembre de 2012, el conteo de la caducidad se llevaría hasta el 9 de noviembre de 2010 –*teniendo en cuenta el término de caducidad indicado en el literal i) del artículo 164 del CPACA*–, lo cual trae como consecuencia que toda actividad susceptible de haber generado daño antijurídico que fuera anterior a la fecha precitada no es demandable, lo cual debe llevar a la parte demandante a ajustar la demanda para excluir de ella las actuaciones cumplidas entre octubre de 2009 y el 9 de noviembre de 2010.

Precisa la parte demandada que de existir un daño antijurídico el mismo se concretó el día 25 de junio de 2010, cuando XM S.A. E.S.P. profirió su última liquidación con fundamento en la Resolución CREG 136 de 2009, mediante la cual se calculó el mayor costo incurrido por sustitución del gas por combustibles líquidos, siendo que dicho daño se hace de conocimiento inocultable para ECOPETROL S.A. desde ese mismo día cuando se realiza la última liquidación por dicho concepto en relación con la planta TERMOVALLE. De igual forma, posterior al 25 de junio de 2010 se efectuaron otras liquidaciones, incluida una de mayo de 2011, para modificar los valores de sustitución para la planta TERMOEMCALI, con base en un concepto de la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG-. Ahora bien, se indica que el valor de sustitución calculado para TERMOVALLE no varió desde el 25 de junio de 2010.

Finalmente se expresa que resulta extraño que ECOPETROL S.A. no advierta que la Resolución CREG 041 de 2010 y las aplicaciones posteriores aluden simplemente a la forma de pago y no al monto de la liquidación, es decir, dicha resolución no modificó o alteró el mayor costo incurrido por la sustitución del gas por combustibles líquidos para la planta TERMOVALLE.

Es así que, frente a estos aspectos iniciales, lo solicitado es que en lo referido a las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho se declare la

caducidad de las pretensiones referidas a todas las liquidaciones, de igual forma, en lo atinente a las pretensiones de reparación directa se solicita que se declare la caducidad frente a los supuestos hechos antijurídicos ocurridos en el período transcurrido entre el mes de octubre de 2009 y el 9 de noviembre de 2010, por último, consecuentemente, a efectos de atender las caducidades declaradas, solicita que se le ordene a la parte demandante que fije y precise la entidad del daño antijurídico y lo impute a actividades administrativas de operación de liquidación en que se concrete el mayor costo incurrido por la sustitución del gas por combustibles líquidos, distinguiéndolas de las que rezan sobre la forma de pago del mayor costo incurrido por la sustitución del gas por combustibles líquidos previamente fijados mediante operación administrativa.

En segundo lugar, afirma la demandada que la parte accionante incumplió con su deber de indicar cuáles son las normas violadas y explicar el concepto de violación, puesto que la argumentación presentada carece de arraigo normativo, por tanto, se solicita que la demanda sea inadmitida para que la parte demandante precise exactamente las normas violadas y el consiguiente concepto de violación.

Así mismo, se indica que la demanda es inepta por violación al numeral 1º del artículo 166 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues aunque dicha norma permite que el acto demandado sea referido a un sitio web, no quiere decir ello que no se deba certificar la notificación o ejecución, de tal manera, de aceptarse que la referencia al sitio web es, a su vez, constancia de notificación de los actos administrativos, deberá accederse a la caducidad que se ha alegado, por el contrario, si se estima que una cosa es la copia del acto acusado y otra la constancia de notificación, la demanda debe ser inadmitida.

Por último, sostiene la demandada que al revisar la solicitud de conciliación prejudicial y el escrito de demanda se encuentran incongruencias que permiten afirmar que el requisito de procedibilidad no se agotó en debida forma, toda vez que en la demanda se relacionan pretensiones, argumentos y medios de convicción que no fueron presentados en la conciliación.

Al respecto, la entidad demandada observa que en la solicitud de conciliación únicamente se presentaron pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho que buscan el reconocimiento y resarcimiento de un perjuicio, sin embargo, en la demanda las pretensiones principales son las de reparación directa, las cuales no fueron de conocimiento para la entidad demandada cuando fue convocada al trámite conciliatorio, siendo que lo anterior implica cambios en los términos de caducidad, así mismo, la solicitud de conciliación contiene un defecto técnico, pues se anuncia como de reparación directa, pero las pretensiones no buscan una declaratoria de responsabilidad civil, no hay título de imputación, no se establece nexo causal entre el hecho u omisión imputada y el daño, es decir, la solicitud de conciliación fue presentada en forma incompleta,

por cuanto no se tenía certeza sobre cuáles eran los supuestos actos administrativos que pretendían sean revocados.

Se indica en el escrito recursivo que de conocerse que la posible pretensión de la demanda iba a ser de reparación directa, la entidad hubiese desplegado un análisis distinto al que le llevó a considerar no conciliable la pretensión de revocatoria de los supuestos actos administrativos, en tanto se consideró en dicho momento que XM S.A. E.S.P. no profiere actos administrativos, y si los profiriera, para el momento de la convocatoria a conciliación, la acción estaría caducada.

Así mismo, se expresa que la conciliación se hizo por el monto de \$68.516'103.295,00, siendo que en la demanda el monto de lo solicitado fue por \$80.865'452.456,00, razón por la cual resulta ineludible el hecho que la conciliación versó sobre un monto muy diferente al relacionado en la demanda.

De igual forma, afirma la entidad accionada que en el escrito de demanda se le presentaron hechos y argumentos que no fueron tenidos en cuenta para determinar su voluntad de no conciliar, siendo que los mismos son ahora presentados para apoyar no la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, sino la de reparación directa, por lo que considera que dicha actitud falta al principio de buena fe, en este mismo sentido, la parte accionada refiere que en la demanda se aportaron elementos probatorios que eran desconocidos al momento del trámite conciliatorio *-tal como la prueba pericial aportada-*.

En vista de lo anterior, la entidad demandada solicita que el auto recurrido sea revocado para ordenarle al demandante que prescinda de su pretensión de reparación directa, que las demás pretensiones se concreten a las que agotó en el requisito de procedibilidad y que se retiren los hechos que no fueron conocidos en la etapa de conciliación.

3. Por su parte, la entidad demandante a través de su apoderado judicial, al descorrer el traslado del recurso de reposición interpuesto, respecto a la caducidad de los medios de control acumulados en el escrito de demanda, indica que dicho fenómeno no ha operado sobre ninguna de las pretensiones deprecadas.

Expresa la parte demandante que, tal como obra en el expediente, las liquidaciones efectuadas por la sociedad XM S.A. E.S.P., que contempla el valor consolidado que debe trasladar cada productor comercializador a ECOPETROL S.A. por concepto del valor recaudado a la demanda de gas beneficiada, es del mes de mayo de 2011, siendo esta la actividad final de ejecución de la regulación existente, efectuada por la entidad demandada en desarrollo de la fórmula planteada por la CREG, a su vez, es en esta fecha que la entidad demandante estuvo en capacidad de dimensionar el daño que se le había causado.

De igual forma, recuerda el accionante que el día 12 de febrero de 2012, la entidad, advirtiendo que las liquidaciones no le habían sido debidamente notificadas, interpuso recurso de apelación y en subsidio de apelación contra las mismas, a lo cual la entidad demandada, el día 23 de abril de 2012 mediante comunicación radicada con el No. 1-2012-005-25598 suscrita por el Gerente del Centro Nacional de Despacho respondió que contra los actos emitidos por XM S.A. E.S.P. no procede recurso alguno por cuanto los mismos no constituyen actos administrativos.

Consecuentemente, indicó que el día 21 de agosto de 2012 se presentó ante la Procuraduría Judicial Delegada respectiva, la solicitud de conciliación prejudicial, la cual suspendió los términos de caducidad, en la cual se solicitó a XM S.A. E.S.P. revoque las liquidaciones, reliquide los mayores costos por sustitución de gas y reconozca los mayores costos que asumió ECOPETROL S.A. por cuenta de la sustitución de gas por combustible líquido, buscando, de igual manera, que se repare integralmente los derechos de la demandante producido por el error en la liquidación de los costos precitados, de igual forma se solicitó que la entidad demandada corrigiera y ajustara a futuro la forma de calcular los mayores costos totales ocasionados por las cantidades de gas sustituidas por el productor comercializador.

De las fechas mencionadas, infiere la parte accionante que no ha operado la caducidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ni mucho menos en la de reparación directa, pues conforme a las fechas de resolución del recurso de reposición y la fecha de presentación de la conciliación, no habían pasado más de cuatro meses.

Así mismo, expresa la parte accionada que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se hubiera podido presentar en cualquier momento ante la situación que la entidad demandada no notificó sus decisiones en debida forma.

En lo que respecta al cargo de indebido agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial, se indica que en la solicitud de conciliación prejudicial se hizo referencia expresa a los dos medios de control que se acumularon en la demanda, es decir el de nulidad y restablecimiento del derecho y el de reparación directa, puesto que de la sola lectura de las pretensiones de la conciliación se desprende que lo planteado en esa instancia y ahora en la demanda es absolutamente congruente, siendo que específicamente al medio de control de reparación directa se hizo referencia tanto en el encabezado de la solicitud como en su fundamentación y motivación, así como en las pretensiones, acerca del daño producido por XM S.A. E.S.P. a ECOPETROL S.A.

Expresa la parte demandante que si la ley exigiese que la solicitud de conciliación debe ser igual al escrito de demanda, no sería posible tampoco

realizar reformas a la demanda, tal como lo permite el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por último, en lo atinente al cargo de ineptitud de la demanda por violación al numeral 4º del artículo 162 del CPACA, expresa que en el cuerpo del escrito de demanda se encuentran definidas las normas que se consideran violadas, así como los fundamentos de derecho en los que se sustentan las pretensiones, por tanto, se solicita se confirme el auto recurrido.

4. En orden a resolver uno por uno los cargos planteados por el apoderado de la parte demandada, en primer lugar, la Sala pasará a establecer si dentro del proceso de la referencia ha operado el fenómeno de la caducidad de la acción, tanto para las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho como para las de reparación directa.

El artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo *-Ley 1437 de 2011-* al referirse a la caducidad de las acciones establece:

ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;

(...)(...)

i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

(...)(...)

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, con respecto a la caducidad de las acciones, ha manifestado lo siguiente:

La caducidad, ha dicho la doctrina y la jurisprudencia, es una institución jurídica que limita en el tiempo el ejercicio de una acción, independientemente de consideraciones que no sean el sólo transcurso del tiempo. Su verificación es simple, pues el término ni se interrumpe ni se prorroga y es la ley la que al señalar el término y el momento de su iniciación, indica el término final invariable o dies fatalis.

Para que se dé el fenómeno jurídico de la caducidad, sólo bastan dos supuestos: el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción. Iniciado el término con la publicación, notificación o comunicación lo que ocurra, de ahí en adelante no tiene virtualidad alguna para modificar el plazo perentorio y de orden público señalado por la ley. El término se cumple inexorablemente.¹

El tratadista Carlos Betancur Jaramillo, en su obra Derecho Procesal Administrativo, dice:

Ha sostenido en forma reiterada el Consejo de Estado que la caducidad cuando aparezca clara, desde un principio deberá decretarse en el primer auto que se dicte dentro del proceso, por razones de economía procesal y de seriedad, ya que no tiene sentido que las partes se sometan a un debate costoso y de larga duración para terminar con una declaración de tal naturaleza. En cambio, cuando la caducidad no aparezca clara, bien porque se alegue falta de notificación o defectos en ésta o se discuta la fecha del acaecimiento de los hechos, u otra circunstancia similar, deberá tramitarse el proceso, para luego en la sentencia, mediante el análisis del acervo probatorio, definir en primer término si la acción fue ejercitada en tiempo o no. El fenómeno de la caducidad, que constituye así una excepción de fondo, podrá ser motivo de alegación de parte o de declaratoria oficiosa.²

Ahora, para entrar a determinar si la acción fue interpuesta dentro del término de caducidad de la misma, es necesario establecer a partir de cuándo se cuenta éste.

Para computar la caducidad se tendrán en cuenta los parámetros que trae consagrados el artículo 121 del Código Procesal Civil, conforme a la remisión permitida por el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo tanto, “*En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho [...] Los términos de meses y de años se contarán conforme al calendario*”.

- En lo que concierne al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con lo establecido por el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los actos administrativo quedan en firme, en primer lugar, cuando contra ellos no procede ningún recurso, cuando los recursos interpuestos ya se hayan decidido, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos, cuando se acepten

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas, sentencia del 21 de noviembre 1.991.

² CARLOS BETANCUR JARAMILLO, Derecho Procesal Administrativo, cuarta edición, pág. 156.

los desistimientos o al día siguiente de la protocolización del silencio administrativo positivo.

Pues bien, como antes se acotó, para los medios de control contenciosos se ha previsto en el artículo 164 numeral 2º literal d) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, concretamente para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que el término de caducidad se empezará a contar en el término de cuatro (4) meses *“a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales”*.

Para el caso que nos ocupa, observa el Despacho que en las pretensiones subsidiarias de nulidad y restablecimiento del derecho, la nulidad pretendida recae sobre los actos de liquidación por medio de los cuales XM S.A. E.S.P. dio aplicación a las Resoluciones No. 136 de 2009 y No. 041 de 2010 expedidas por la CREG, siendo que tales liquidaciones fueron realizadas entre el mes de octubre de 2009 hasta el mes de mayo de 2011, según se expresa en el escrito de demanda, así mismo se solicita la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 1-2012-005-25598, por medio del cual la parte demandada dio respuesta al recurso de reposición y en subsidio apelación presentado por ECOPETROL S.A. frente a las liquidaciones aludidas, donde se le indicó al recurrente que tales actuaciones no constituían actos administrativos y, por tanto, sobre los mismos no cabía ningún recurso.

Es así, como se observa a folio 321, que el último acto administrativo demandado tiene como fecha de emisión el día 23 de abril de 2012, así mismo la fecha de presentación de la demanda data del 9 de noviembre de 2012 *-folio 41-*, por tanto inicialmente se podría concluir, que la acción fue interpuesta en tiempo y que sobre la misma no ha operado el fenómeno de la caducidad, teniendo en cuenta que la solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial Administrativa fue presentada el día 21 de agosto de 2012 y que la constancia de audiencia fallida fue expedida el día 7 de noviembre de la misma anualidad *-folios 537 y 538-*, de la misma manera, respecto a los recursos interpuestos en la vía administrativa, ante la afirmación de la parte demandante que los supuestos actos administrativos de liquidación no le fueron notificados debidamente, igualmente se podría concluir que tales recursos también fueron interpuestos en tiempo y que el término de caducidad inició a partir de la ejecutoria del acto por el cual se resolvieron los recursos interpuestos.

Sin embargo, alega el apoderado de la parte accionada que, si en gracia de discusión se acepta que las liquidaciones aludidas son actos administrativos, los recursos de vía gubernativa interpuestos sólo buscaban revivir términos vencidos para reclamar, puesto que las liquidaciones realizadas por XM S.A. E.S.P. ya estaban en firme y sobre las mismas no sería posible interponer demanda en

nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que ya habría operado el fenómeno de la caducidad de la acción.

A lo anterior, observa la Sala que efectivamente el último de los supuestos actos administrativos de liquidación demandados, es decir, los actos administrativos por los cuales XM S.A. E.S.P. dio aplicación a las Resoluciones No. 136 de 2009 y No. 041 de 2010, expedidos por la CREG, corresponde a la *“Aplicación de la Resolución CREG 041 de 2010 para el mes de mayo de 2011” -folios 213 a 215-*, frente a lo cual observa el Despacho que la fecha de publicación en la página web de XM S.A. E.S.P. fue el 3 de junio de 2011 *-folio 98-*.

Sobre este aspecto, determina el numeral 2º del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que la demanda interpuesta para que se declare la nulidad de un acto administrativo particular, y se restablezca el derecho del actor, debe, en primer lugar, referirse a la nulidad de un acto que ponga fin a la actuación administrativa incluyendo entonces el agotamiento previo de la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

La norma antes precisada trae consigo la imposibilidad para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de pronunciarse acerca de la legalidad de los actos administrativos previos que se dan durante el transcurso de la actuación administrativa o de los que se den con posterioridad a la firmeza del acto administrativo que puso fin a la actuación, puesto que la manifestación unilateral de voluntad de la Administración solo se verá plasmada en el acto definitivo que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas.

Así, al tenor del último inciso del artículo 43 *ejusdem*, *“...Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”*.

En este mismo sentido se ha pronunciado la H. Corte Constitucional, indicando que los actos de trámite dentro de la actuación administrativa, tienen como fin dar impulso al procedimiento hasta tanto se tome una decisión de fondo que la concluya, por tanto sería este último acto el que podría ser demandado, o en su lugar, el acto de trámite que no permita seguir con la actuación. Dijo el Máximo Tribunal Constitucional:

“Los actos de trámite o preparatorios, a diferencia de los actos definitivos, no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo.

Según el inciso final del artículo 50 del C.C.A., “son actos definitivos que ponen fin a la actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla.” En tal virtud, según lo ha entendido la doctrina y la

jurisprudencia, los actos de trámite y preparatorios, como su nombre lo indica, dan impulso a la actuación preliminar de la administración, o disponen u organizan los elementos de juicio que se requieren para que ésta pueda adoptar, a través del acto principal o definitivo, la decisión sobre el fondo del asunto. Es obvio, como lo advierte el aparte final de la norma citada, que un acto de trámite puede tornarse definitivo, cuando de alguna manera, decida sobre la cuestión de fondo, o ponga fin a la actuación administrativa, de suerte que se haga imposible la continuación de ésta.

*Los únicos actos susceptibles de acción contenciosa administrativa son los actos definitivos, no los de trámite o preparatorios; estos últimos se controlan jurisdiccionalmente al tiempo con el acto definitivo que pone fin a la actuación administrativa”.*³

Ahora que, por lo adverado, no se remite a dudas de ninguna especie que la parte accionante ECOPETROL S.A. conocía que los actos de liquidación que ahora demanda se encontraban publicados en la página web de la entidad accionada. Es más, así lo refiere en el escrito por el cual se subsanaron los requisitos formales indicados por el Despacho en auto del 14 de noviembre de 2012, cuando al individualizar los actos cuya nulidad pretende, hizo referencia a su ubicación virtual *-folios 548 a 553-*.

En tal orden de ideas, la Sala advierte que los actos que definieron expresamente la situación de la parte accionante, se encuentran contenidos en las liquidaciones recién citadas, siendo que dichos actos son los únicos que debieron haber sido demandados si a lo que se aspiraba era al restablecimiento del derecho que se decía conculcado con la expedición de los decisorios administrativos.

Como permite apreciarlo el recuento de las etapas del procedimiento administrativo antes precisado, la decisión de la Administración con la que supuestamente se definió de manera expresa la situación de la parte accionante fueron las liquidaciones efectuadas por XM S.A. E.S.P. entre el mes de octubre de 2009 hasta el mes de mayo de 2011, cuya última liquidación fue publicada el día 3 de junio de 2011, siendo que frente a éstos actos apenas se presentaron los recursos de vía gubernativa el día 23 de febrero de 2012 *-folio 280-*, cuando tales actos ya se encontraban en firme.

De acuerdo con el artículo 163 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando el acto que da origen a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue objeto de recursos en sede administrativa, debe impetrarse la nulidad del acto definitivo, entendiéndose demandados todos los demás actos administrativos que lo modifiquen o lo confirmen en la vía administrativa, indica el citado canon:

³ Corte Constitucional. Sentencia SU – 201 del veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

REFERENCIA:
DEMANDANTE:
DEMANDADO:
RADICADO:
INSTANCIA:
ASUNTO:

REPARACIÓN DIRECTA
ECOPETROL S.A.
XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.
05001 23 33 000 2012 00655 00
PRIMERA
RESUELVE RECURSOS DE REPOSICIÓN

ARTÍCULO 163. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.

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

Contrariando lo prescrito en la norma citada, en el asunto de marras, se solicita, en el acápite de Pretensiones la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 1-2012-005-25598, por medio del cual la parte demandada dio respuesta al recurso de reposición y en subsidio apelación presentado por ECOPETROL S.A. frente las liquidaciones aludidas, sin embargo, como ya se dijo, los recursos en vía administrativa fueron presentados cuando tales actos ya se encontraban en firme, por tanto, la respuesta recién referenciada no constituye un acto administrativo definitivo, y por tanto, no será desde la fecha de emisión del citado oficio que se empezará a contar el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así mismo lo ha resuelto el H. Consejo de Estado, en cuanto a que, al analizar casos similares al presente, ha concluido que, en efecto, se debe solicitar la declaratoria de nulidad de los actos que contienen la voluntad de la administración, y que ponen fin a la actuación administrativa, no siendo admisible la presentación de peticiones posteriores sobre el mismo asunto con el fin de revivir términos, tal como se manifestó en la sentencia del veinticuatro (24) de julio de 2005⁴, Radicado 25000-23-25-000-2001-08534-01(0841-05):

Se encuentra acreditado en el expediente que la decisión administrativa que desde un inicio lesionó los derechos de la actora no fue la negativa de reliquidación de la prestación sino el primer acto que dispuso su liquidación y reconocimiento.

En consecuencia, al existir una decisión primigenia en torno al reconocimiento del auxilio de cesantías definitivas de la actora las demás peticiones de reliquidación tienen como único fin obtener la modificación de los términos en que le fue reconocido el derecho prestacional y, como lo ha señalado esta Corporación, cuando el acto administrativo que contiene una decisión particular no fue objeto de recursos en vía gubernativa o no fue demandado en tiempo ante la jurisdicción contencioso administrativa, se entiende que una petición posterior que verse sobre los mismos puntos contenidos en tal acto constituye una pretensión de revocatoria directa, no obstante, ni esta solicitud ni la respuesta que la administración emite tienen la fuerza de revivir los términos para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo prescribe el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo en los siguientes términos⁵:

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil ocho (2008). Radicación número: 25000-23-25-000-2001-08534-01(0841-05).

⁵ “En reiteradas oportunidades la Sala ha manifestado frente a casos similares, que encontrándose en firme, como lo están las diferentes resoluciones que no fueron recurridas ante la administración, la entidad demandada

“Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.”.

De conformidad con las anteriores precisiones la Sala debe declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a que en el presente asunto no se demandó la Resolución No.2369 de 9 de julio de 1999, que le reconoció a la actora el auxilio de cesantías definitivas, respecto del cual venció la oportunidad para reclamar en vía judicial, sino otros actos que no tienen la virtualidad de revivir términos procesales, incumpliendo con ello la obligación establecida en el inciso 2° del artículo 137 del C.C.A.

En este mismo sentido:

Ahora bien, el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., que regía para la fecha de presentación de la demanda, prevé que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caduca a los cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha de notificación, comunicación o ejecución del acto acusado, según sea el caso.

En este orden de ideas, es evidente que al actor le fueron reconocidas sus cesantías definitiva a través de la Resolución No. 002 de 2 de enero de 1996 y las demás prestaciones mediante sendas Resoluciones expedidas en el transcurso de los años de 1994 a 1996, que le fueron notificadas personalmente el mismo mes y año en que se expidieron, ha debido demandar dentro de los 4 meses siguientes a ellas conforme lo prevé el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A. y no, como lo hizo hasta el 24 de julio de 2001, operó la caducidad de la acción.

El demandante pretendió revivir términos al provocar una respuesta negativa contenida en la comunicación de 4 de abril de 2001, sin tener en cuenta que la caducidad ya había operado respecto de los actos administrativos que liquidaron los salarios y prestaciones aquí reclamadas, como son las cesantías definitivas, las primas, etc.

Lo anterior fue ratificado en sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de 12 de julio de 2001, expediente 3146-00, M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda se reiteró:

*“(…) Y de lo anterior se colige, como bien lo expresó el Tribunal, **que la parte actora con la petición que presentó el 07 de abril de 1999**, (la cual no fue allegada al expediente) y su correspondiente respuesta por parte de la administración de fecha 16 de abril del mismo año, número 001098, **quiso revivir los términos ya más que vencidos, para poder demandar en nulidad y restablecimiento del derecho** contra lo*

se pronunció respecto de una petición presentada, la cual constituye una solicitud de revocatoria directa, sin que ella, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 72 del C.C.A., tenga suficiente fuerza para revivir el término legal que permita ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como pretende la actora.”. Fallo de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 12 de julio de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, expediente Número: 3146-00, actora: Celmira González de Paz. Ver también la Sentencia de 17 de mayo de 2007, Expediente No. 13001-23-31-000-2000-00124-01(6533-05), Magistrado Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado, actor: Rafael E. Mestre Yunes.

que considera una liquidación de cesantías sin inclusión de todos los factores salariales que cree tener.

En reiteradas oportunidades la Sala ha manifestado frente a casos similares, que encontrándose en firme, como lo están las diferentes resoluciones que no fueron recurridas ante la administración, la entidad demandada se pronunció respecto de una petición presentada, la cual constituye una solicitud de revocatoria directa, sin que ella, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 72 del C.C.A., tenga suficiente fuerza para revivir el término legal que permita ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como pretende la actora. (...)” (Se resalta)

Para la Sala conforme a la jurisprudencia transcrita, es claro que una vez producido el acto de reconocimiento de las prestaciones reclamadas en el presente proceso, en cuanto no satisfaga los intereses del beneficiario es pasible de ser demandado ante esta Jurisdicción dentro de los cuatro (4) meses siguientes contados a partir de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso, para el ejercicio oportuno de la acción.⁶

En conclusión, cuando la demanda fue presentada ante la Secretaría de la Corporación, esto es, el día nueve (9) de noviembre de dos mil doce (2012), ya había operado la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto para este momento ya había transcurrido el lapso de cuatro (4) meses de los que habla el artículo 164 numeral 2º literal d) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contados desde la publicación de la última liquidación efectuada en aplicación de las Resoluciones No. 136 de 2009 y No. 041 de 2010, expedidas por la CREG, es decir, desde el 3 de junio de 2011⁷ -folios 98 y 212 a 227-.

De igual forma, no obstante lo dicho, respecto a la calidad de actos administrativos que la parte demandante le endilga a las liquidaciones emitidas por XM S.A. E.S.P., **la Sala es del criterio que las mismas no constituyen actos administrativos sino simples actos de ejecución, los cuales no son susceptibles de control jurisdiccional.** En efecto, las funciones desarrolladas por XM S.A. E.S.P., en su calidad de Centro Nacional de Despacho -CND-⁸, y a través de las dependencias de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC-⁹

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejera ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez. Bogotá, D. C., primero (1º) de julio de dos mil nueve (2009). Radicación número: 52001-23-31-000-2001-00854-01(6880-05)

⁷ A folio 98 se indica que la liquidación de mayo de 2010 se publicó el 3 de junio de 2011, sin embargo, al cotejar la referencia que dada sobre tal liquidación con la liquidación realizada para el mes de mayo de 2011, visible a folios 213 a 227, se concluye que la liquidación a la que se hace referencia a folio 98 corresponde a la de mayo de 2011 y no a mayo de 2010.

⁸ **Centro Nacional de Despacho -CND-:** Es la dependencia encargada de la planeación, supervisión y control de la operación integrada de los recursos de generación, interconexión y transmisión del sistema interconectado nacional. Está igualmente encargado de dar las instrucciones a los Centros Regionales de Despacho para coordinar las maniobras de las instalaciones con el fin de tener una operación segura, confiable y ceñida al reglamento de operación y a todos los acuerdos del Consejo Nacional de Operación

⁹ **Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC-:** Dependencia del Centro Nacional de Despacho de que tratan las leyes 142 y 143 de 1994, encargada del registro de fronteras comerciales, de los contratos de energía a largo plazo; de la liquidación, facturación, cobro y pago del valor de los actos, contratos, transacciones y en general de todas las obligaciones que resulten por el intercambio de energía en la bolsa, para generadores y comercializadores; de las Subastas de Obligaciones de Energía Firme; del mantenimiento de los

y Liquidador y Administrador de Cuentas -LAC-¹⁰, a pesar de haber sido asignadas expresamente por las Leyes 142 y 143 de 1994, no son funciones administrativas en los términos del artículo 209 de la Constitución Política, es decir, no se trata del ejercicio de función pública en tanto XM S.A. E.S.P. ejerce sus funciones como un particular que presta un servicio público que no trae consigo el ejercicio de potestades administrativas, siendo que tales actuaciones son los medios por los cuales XM S.A. E.S.P. cumple la gestión comercial que le asigna la Ley, la cual es reulada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG-, y que se desarrolla en cumplimiento del contrato de mandato mercantil que por obligación legal debe celebrar con los agentes del Mercado de Energía Mayorista -MEM-¹¹.

- Ahora, en lo que respecta al término de caducidad del medio de control de reparación directa, se tiene que el momento a partir del cual comienza a contarse el término de caducidad para intentar la acción coincide con el acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente de inmueble y, por excepción, como lo ha admitido la jurisprudencia¹² en casos muy particulares donde el acaecimiento del hecho no coincide con la manifestación del daño, el término debe contarse desde el momento en que el afectado tuvo conocimiento de este último.

Frente al caso objeto de estudio, se observa en el *petitum* de la demanda, que lo pretendido es el reconocimiento y pago de los perjuicios ocasionados a la demandante por cuenta de la supuesta interpretación equivocada en la “*forma de aplicar la variable $(C_{i,j,k})$, contenida en la fórmula estructurada por la CREG, relativa al costo evitado por el no pago de la compensación pactada en el Contrato de suministro de gas (...) ante el incumplimiento evitado por la sustitución mediante combustible líquido, prevista en las Resoluciones 136 del 30 de Octubre de 2009 y 041 del 16 de marzo de 2010 de la CREG*” -folio 3-.

En este punto, en el sentir de la Sala, se hace claridad que el hecho dañoso cuyo resarcimiento se pretende, si es que lo hubiere, es la situación resultante de la aplicación del supuesto error de interpretación de la fórmula estructurada por la CREG en las Resoluciones No. 136 de 2009 y No. 041 de 2010, la cual supuestamente se evidenciaba en cada una de las liquidaciones efectuadas por la

sistemas de información y programas de computación requeridos; y del cumplimiento de las demás tareas que sean necesarias para el funcionamiento adecuado del Sistema de Intercambios Comerciales (SIC).

¹⁰ **Liquidador y Administrador de Cuentas -LAC-:** Entidad encargada de liquidar y facturar los cargos de uso de las redes del Sistema Interconectado Nacional que le sean asignadas, de determinar el ingreso regulado a los transportadores y de administrar las cuentas que por concepto del uso de las redes se causen a los agentes del mercado mayorista, de acuerdo con la regulación vigente.

¹¹ **Mercado de Energía Mayorista -MEM-:** Es el encargado de la administración del Sistema de Intercambios Comerciales - ASIC- mediante el registro de los contratos de energía a largo plazo; de la liquidación, facturación, cobro y pago del valor de los actos o contratos de energía en la Bolsa por generadores y comercializadores. Liquida y Administra las Cuentas de Cargos por uso de las Redes del Sistema Interconectado Nacional -LAC- realizando el cálculo de ingresos y compensaciones de los transportadores y distribuidores, la liquidación y facturación de cargos para comercializadores y la gestión financiera del proceso. Presta servicios de información (con y sin valor agregado) a los interesados en el mercado para la toma de decisiones en las empresas.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia de 6 de agosto de 2009, expediente. 35868, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

parte accionada desde el mes de octubre de 2009 y hasta el 3 de junio de 2011 *-constituyendo cada liquidación un daño independiente-* de la cual habría salido presuntamente perjudicada, pero no en el hecho de los perjuicios posteriores que se hayan causado a partir de tales liquidaciones, pues esto se correspondería con un perjuicio posterior, que sucedió por causa y ocasión del supuesto hecho dañoso que ya había ocurrido desde las mismas liquidaciones, es por lo anterior que se deben separar, para el caso concreto, el concepto de daño y el concepto de perjuicio, puesto que en el *sub-judice* la ocurrencia de uno y otro no son concomitantes.

Sobre este aspecto, ha sido reiterativa la jurisprudencia de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, donde sobre la diferencia del daño y los perjuicios que ocurren como producto de éste ha dicho:

La identificación de la época en que se configura el daño, ha sido un tema problemático, toda vez que no todos los daños se constatan de la misma forma en relación con el tiempo; en efecto, hay algunos, cuya ocurrencia se verifica en un preciso momento, y otros, que se extienden y se prolongan en el tiempo. En relación con los últimos, vale la pena llamar la atención a la frecuente confusión entre daño y perjuicio que se suele presentar; de ninguna manera, se puede identificar un daño que se proyecta en el tiempo como por ejemplo la fuga constante de una sustancia contaminante en un río, con los perjuicios que, en las más de las veces, se desarrollan e inclusive se amplían en el tiempo, como por ejemplo, los efectos nocivos para la salud que esto puede producir en los pobladores ribereños.¹³

En desarrollo de esto, la doctrina ha diferenciado entre (1) daño instantáneo o inmediato; y (2) daño continuado o de tracto sucesivo; por el primero se entiende entonces, aquél que resulta susceptible de identificarse en un momento preciso de tiempo, y que si bien, produce perjuicios que se pueden proyectar hacia el futuro, él como tal, existe únicamente en el momento en que se produce. A título de ejemplo puede citarse la muerte que se le causa a un ser humano, con ocasión de un comportamiento administrativo.

¹³ En este último caso, el daño se constata con la contaminación; lo que se proyecta en el tiempo, son los perjuicios que sufren los pobladores cercanos al sitio contaminado. Sobre la diferencia entre daño y perjuicio, en un sentido general, JUAN CARLOS HENAO señala: “ En esencia dos consecuencias (de la diferencia entre daño y perjuicio) merecen entonces ser tenidas en cuenta desde la perspectiva que aquí interesa. “ “La primera (...) permite concluir que el patrimonio individual, es el que sufre el perjuicio proveniente del daño. El patrimonio no sufre daño sino perjuicio causado por aquel. Lo anterior es de utilidad en la medida en que se plantea con claridad una relación de causalidad entre el daño –como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión- y el perjuicio –menoscabo patrimonial que resulta del daño, consecuencia del daño sobre la víctima-, lo cual permite sentar la siguiente regla: se indemniza solo el perjuicio que proviene del daño.” (...) “La segunda consecuencia, (...) consiste en afirmar que existen perjuicios que no necesariamente se causan al patrimonio de quien reclama indemnización. Desde este punto de vista se afronta uno de los problemas importantes de la materia, cual es el de la legitimación para obrar. La distinción así concebida permite dar un “giro” a la responsabilidad civil, no tanto por su concepción que viene desde el derecho romano, como por su práctica. Estudiados así los conceptos se observa que la distinción tiene importancia cuando se trata de explicar que la posibilidad de obtener indemnizaciones no radica solo en cabeza del propietario (...), sino también del ser humano como titular de derechos colectivos. La acción de responsabilidad civil, bajo esta óptica, no estará entonces exclusivamente permitida a un ser humano concebido de manera egocéntrica sino también a un ser humano socializado. Se trata de resaltar, dentro de la responsabilidad civil, el tema de las acciones populares, del título de ciudadano legitimado en la causa para actuar en un proceso, de los intereses colectivos o, para traer otro ejemplo, de la función de las ONG”. Cit. p.p. 78 y 79.

En este tipo de daño, vale la pena observar que, sus víctimas pueden constatar su existencia desde el momento mismo en que éste ocurre, como por ejemplo cuando estaban presentes en la muerte de su ser querido; pero también puede acontecer, que ellas se den cuenta de éste, luego de transcurrido algún tiempo, como cuando los familiares encuentran muerto a su ser querido, luego de una larga agonía en que se pensaba que éste estaba tan solo desaparecido; en esta segunda hipótesis, resultaría impropio contabilizar el término de la caducidad desde el momento en que se causó el daño (la muerte en el ejemplo traído), toda vez que las víctimas no sabían de ello, y más bien, como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación, debe hacerse desde el momento en que se tuvo conocimiento del mismo¹⁴.

En lo que respecta, al (2) daño continuado o de tracto sucesivo, se entiende por él, aquél que se prolonga en el tiempo, sea de manera continua o intermitente. Se insiste, la prolongación en el tiempo no se predica de los efectos de éste o si se quiere de los perjuicios causados, sino del daño como tal. La doctrina lo ejemplifica comúnmente en relación con conductas omisivas¹⁵.

Resulta importante también distinguir en este tipo de daño, su prolongación en el tiempo, de la prolongación en el tiempo de la conducta que lo produce; toda vez que, lo que resulta importante establecer, para efectos de su configuración, es lo primero. Ejemplo de daño continuado, se insiste, es la contaminación a un río, con ocasión de una fuga de sustancias contaminantes, mientras que como ejemplo de la prolongación de la conducta que produce el daño, puede señalarse el caso de la agresión física a una persona que se extiende durante varios días. En el primer ejemplo es el daño como tal (la contaminación) el que se prolonga en el tiempo; en el segundo, el daño estaría constituido por las lesiones personales producidas por una conducta que se extendió en el tiempo.

(...) (...)

Para hacer más gráfico lo anterior y retomando el ejemplo traído, se diría entonces que, en el caso de la contaminación de un río, con ocasión de una fuga de sustancias contaminantes, el término de caducidad se contaría desde el momento en que el daño continuado (la contaminación) deja de producirse, a menos que se tenga noticia de éste, tiempo después de su cesación, caso en el cual, el término de caducidad se contará a partir del momento en que se tuvo noticia del mismo. Si en cambio, esta noticia se tuvo antes de la cesación del daño, este aspecto no interesa para efectos del término de la caducidad, ya que éste solo comenzará a contar, como se dijo, a partir del momento en que el daño (continuado) se extinga.

¹⁴ RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ al respecto señala: “El plazo (de la caducidad) añade el artículo 1968 (del Código Civil español), se computa “desde que lo supo el agraviado”. Debe entenderse: Desde que la víctima conoció la existencia del daño y estuvo en condiciones de ejercitar la acción.”. Tratado de Responsabilidad Civil. Madrid, Civitas y Universidad de Deusto, 1993. p. 943. Esta Sección de lo contencioso administrativo del CONSEJO DE ESTADO, en múltiples oportunidades, ha señalado la importancia en muchos casos, de identificar, antes que el momento en que el daño se causó, el momento en que se tuvo noticia del mismo; a título de ejemplo se puede referir el siguiente pronunciamiento: Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia de 10 de noviembre de 2000. Expediente No. 18805. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Y en época más reciente: Auto de 19 de julio de 2007. Expediente 31.135. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹⁵ El ya citado autor RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ distingue los daños duraderos de los continuados, entendiendo por los primeros, no en estricto sentido “daños” sino efectos de estos que se extienden en el tiempo, mientras que refiere a los segundos como los ocurridos con ocasión de una “conducta normalmente omisiva – que comienza y permanece, produciendo daños continuados a lo largo de toda su duración” como se observa, en esta conceptualización de daño, se confunde a éste entendido como circunstancia material, con la conducta que lo produce, aspectos estos diferenciados, como se dijo, por el derecho positivo colombiano, con ocasión de lo previsto en el artículo 47 de la Ley 472 de 1998.

Finalmente, vale la pena señalar, que no debe confundirse el daño continuado, con la agravación de éste. En efecto, en algunas oportunidades se constata que una vez consolidado el daño (sea este inmediato o continuado) lo que acontece con posterioridad es que éste se agrava, como por ejemplo el daño estructural de una vivienda que se evidencia con grietas y cimentaciones diferenciadas, y tiempo después se produce la caída de uno de sus muros¹⁶.

En este caso, las reglas sobre el momento desde el cual debe contabilizarse el término de la caducidad no cambian; éste debe contarse, según se dijo, desde el momento en que se configuró el daño o se tuvo noticia de éste, en caso de que estas circunstancias no coincidan. En el ejemplo traído, el término de la caducidad no se contaría desde la caída del muro, sino desde que se evidenció el daño o se tuvo noticia de éste, según se dijo”.¹⁷

Así las cosas, el término de caducidad debe empezar a contabilizarse desde la ocurrencia del hecho dañoso o desde que el demandante tuvo conocimiento del mismo, siendo para el caso que nos ocupa, que el hecho de la Administración se constituye con la alegada indebida aplicación de la fórmula estructurada por la CREG en las Resoluciones No. 136 de 2009 y No. 041 de 2010. Y si bien no se tiene plena certeza del momento en que la entidad accionada se enteró del supuesto daño, se tiene que, como ya se dijo, las liquidaciones efectuadas por XM S.A. E.S.P. fueron publicadas en la página web de la entidad, de lo cual se infiere que la parte accionante efectivamente tenía conocimiento de esta situación con anterioridad, desde que comenzó a ocurrir, es decir, desde el mes de octubre de 2009 y hasta el día 3 de junio de 2011, fecha de publicación de la última liquidación.

Ahora, se observa que la demanda se presentó el día 9 de noviembre de 2012 -folio 41- y la solicitud de conciliación prejudicial el día 21 de agosto de 2012 -folios 537-, fecha que respecto de algunas de las liquidaciones, supera ampliamente el término de dos (2) años que concede la ley para el ejercicio de la acción de reparación directa, tomando como fecha de inicio de conteo del término el momento en el que supuestamente XM S.A. E.S.P. incurrió en un error en la aplicación de la fórmula estructurada por la CREG en las Resoluciones No. 136 de 2009 y No. 041 de 2010 para cada una de las liquidaciones individualmente consideradas, por tanto, es posible concluir que en el *sub examine* ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción para las liquidaciones que hayan sido efectuadas y publicadas con antelación al lapso de los dos (2) años antes de la presentación de la conciliación prejudicial, por lo que es fácil colegir que el transcurso del tiempo mirado en forma objetiva, impide que esta Sala pueda pronunciarse de fondo en la presente acción sobre el supuesto daño que le hubiera podido ocasionar a la parte demandante las

¹⁶ Sobre la diferencia entre el daño y la agravación del mismo, puede consultarse: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia de 28 de enero de 1994. Expediente No. 8610. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente Dr. Enrique Gil Botero. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00029-01(AG)

liquidaciones efectuadas y publicadas antes del 21 de agosto de 2010, por cuanto el demandante no ejercitó el medio de control dentro del término previsto en el citado literal i) del numeral 2º del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentándose de esta forma la caducidad.

Para la Sala es diáfano que el momento a partir del cual empieza a correr el término de caducidad de la acción de reparación directa será a partir de la ocurrencia del supuesto daño, o del conocimiento que sobre el mismo tenga el afectado, y no en el momento en que el hecho dañoso sea cuantificable o apenas hayan cesado sus consecuencias perjudiciales, pues los mismos podrían perdurar *ad eternum*, circunstancia que equivaldría a dejar a disposición de los partes los términos de caducidad, lo cual constituiría no solo un imposible jurídico, sino una decisión socialmente inconveniente, pues como se ha sostenido por la jurisprudencia y la doctrina, sobre las normas de orden público no podrán disponer sus destinatarios, tal cual como ocurre con los términos de caducidad de las acciones contencioso administrativas. Al respecto, el H. Consejo de Estado ha precisado:

“Para el Consejo de Estado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 136 del C. C. A., la medición del daño causado no es el momento histórico a partir del cual se debe iniciar a contar el término de caducidad de reparación directa, ni tampoco el momento de medición del daño puede confundirse con el concepto de daño al descubierto, evento en el cual la jurisprudencia ha entendido que puede ser, en veces, el momento a partir del cual se cuenta el término de caducidad, porque en el mundo exterior se revela el conocimiento del hecho dañoso originante del daño. En efecto:

El inciso 4º del artículo 136 del C. C. A - antes de la reforma que introdujo la ley 446 de 1998 - disponía lo siguiente:

“ARTÍCULO 136. Subrogado por el decreto ley 2.304 de 1989, artículo 23. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. ()

La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos público”.

Partiendo de esa disposición la Sala ha explicado que por lo general el término de caducidad se cuenta partir del acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa etc; pero que por excepción el término de caducidad debe contarse a partir del día en que se conoce la existencia del hecho dañoso; así en auto de 7 de mayo de 1998¹⁸, la Sección dijo:

“Si bien es cierto que el inciso 4º del artículo 136 del C. C. A. establece que el término de caducidad para instaurar la acción de reparación directa se cuenta a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de

¹⁸ Auto del 7 de mayo de 1998 proferido dentro del proceso 14.297. Actor: William Alberto Londoño Demandado: Instituto de Seguro Social

ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajeno por causa de trabajos públicos, dicha norma entendida de manera racional debe interpretarse en el sentido de que no basta con la realización pura y simple del hecho causante del daño sino que es necesario que haya sido conocido por el afectado, lo cual en la mayoría de las veces ocurre al mismo tiempo. Sin embargo, cuando la producción de esos eventos no coincida temporalmente, el principio pro actione debe conducir al juez a computar el plazo de caducidad a partir del momento en el cual el demandante conoció la existencia del hecho dañoso por la sencilla razón de que sólo a partir de esta fecha tiene un interés actual para acudir a la jurisdicción.

Así mismo, en el derecho español existe una línea doctrinaria y jurisprudencial orientada por el principio pro damato que busca aliviar los rigores de las normas que consagran plazos extintivos para el ejercicio de las acciones y aboga por la cautela y el criterio restrictivo con el que deben interpretarse y aplicarse dichas normas”¹⁹ (Resaltado con subrayas, por fuera del texto original).

Por consiguiente, como no se trata en este caso de que el daño se haya descubierto en fecha posterior a su ocurrencia, sino que conociéndose del acaecimiento del hecho dañino no se demandó dentro del término de caducidad previsto en la ley, y equivocadamente se esperó a que se midiera el daño para ejercitar la acción, por fuera del término legal para promoverla, se declarará probado el hecho jurídico de caducidad de la acción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 164 del C. C. A, porque el término concedido por la ley para ejercitar la acción ha vencido”²⁰.

De lo anterior, se puede colegir que para el caso que nos ocupa, es evidente que el medio de control de reparación directa tampoco fue ejercitado oportunamente ante la Jurisdicción para la totalidad de los supuestos hechos dañosos, toda vez que entre la fecha en que se presentaron los supuestos errores de interpretación de la fórmula aludida por parte de XM S.A. E.S.P. en cada una de las liquidaciones reseñadas y la presentación de la demanda, transcurrieron más de dos años respecto de las liquidaciones que fueron conocidas antes del 21 de agosto de 2010, por lo tanto en este caso operó parcialmente el fenómeno de la caducidad del medio de control de reparación directa.

Continuando con la misma línea de argumentación, de acuerdo con el artículo 169 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando se presenta una demanda en la cual, el juez detecta que se ha configurado la caducidad de la acción, debe rechazar de plano la demanda:

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.

(...)

¹⁹ Ricardo de Angel Yagüez. Tratado de responsabilidad Civil. Madrid, edit. Civitas, 1993. 3ª ed., p. 154.

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente Dra. Maria Elena Giraldo Gómez. Bogotá, D. C., dos (2) de marzo de dos mil seis (2006). Radicación número: 44001-23-31-000-1997-01128-01(15785).

REFERENCIA:
DEMANDANTE:
DEMANDADO:
RADICADO:
INSTANCIA:
ASUNTO:

REPARACIÓN DIRECTA
ECOPETROL S.A.
XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.
05001 23 33 000 2012 00655 00
PRIMERA
RESUELVE RECURSOS DE REPOSICIÓN

En tales condiciones, se concederá el recurso de reposición impetrado por la parte accionada, y en consecuencia se rechazará la demanda de la referencia por haber operado el fenómeno de la caducidad de la acción para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y se rechazará parcialmente en lo atinente al medio de control de reparación directa en lo que respecta a los supuestos daños ocasionados por las liquidaciones efectuadas y publicadas con anterioridad al 21 de agosto de 2010.

Continuando con los cargos formulados por la parte demandada contra el auto admisorio del 18 de enero de 2013, observa el Despacho que se indicó en el escrito recursivo que la demanda se presentó sin que se hubiera agotado el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial frente a las pretensiones de reparación directa.

Ahora bien, del simple cotejo del Acta de Audiencia de Conciliación Extrajudicial, visible a folios 539 a 542, es posible observar que dentro de las múltiples pretensiones que presentó la parte convocante, se encuentra las referidas a la reparación integral de los derechos económicos de ECOPETROL S.A. producto de la supuesta errónea liquidación efectuada por XM S.A. E.S.P., así mismo, desde el inicio de la audiencia se dejó claro que la misma se hacía respecto a unas pretensiones de reparación directa, por tanto, en criterio de la Sala, el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial si fue debidamente agotado y, por tanto, no se acogerá el cargo propuesto por la parte demandada.

Finalmente, frente al cargo de ineptitud de la demanda por haberse presentado las pretensiones sin una debida fundamentación de las normas violadas y su concepto de violación, la Sala no entrará al estudio del mismo toda vez que, de conformidad con el numeral 4º del artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este requisito de la demanda aplica cuando lo que se pretende es la impugnación de un acto administrativo, lo cual, para el presente caso ya no se hace necesario ante el rechazo de las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por haber operado el fenómeno de la caducidad.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA SEGUNDA DE ORALIDAD,**

RESUELVE

PRIMERO.- REPONER el auto de fecha del dieciocho (18) de enero de dos mil trece (2.013), mediante el cual se admitió la demanda de la referencia.

REFERENCIA:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE:	ECOPETROL S.A.
DEMANDADO:	XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.
RADICADO:	05001 23 33 000 2012 00655 00
INSTANCIA:	PRIMERA
ASUNTO:	RESUELVE RECURSOS DE REPOSICIÓN

SEGUNDO.- En consecuencia, se **RECHAZA PARCIALMENTE** la presente demanda por encontrarse configurada la caducidad de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, y en lo atinente al medio de control de reparación directa se rechazará la demanda en lo que respecta a los supuestos daños ocasionados por las liquidaciones efectuadas y publicadas con anterioridad al 21 de agosto de 2010

TERCERO.- Se reconoce personería al doctor **FERNANDO ÁLVAREZ ROJAS**, para que represente a la parte demandada, en la forma y términos del poder conferido, visible a folio 623 del encuadernamiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La presente providencia se estudió y aprobó en Sala de Decisión, según Acta número

LOS MAGISTRADOS

GONZALO ZAMBRANO VELANDIA

BEATRIZ ELENA JARAMILLO MUÑOZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ