



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA No. 0042/2017

SIGCMA

13-001-23-31-000-2011-00758-00

Cartagena de Indias D.T. y C., dos (2) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-31-000-2011-00758-00
Demandante	Luís Oyola Quintero
Demandado	Municipio de San Jacinto
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Inepta demanda por indebida escogencia de la acción.

I. ASUNTO A DECIDIR

Incumbe a la Sala, dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por el señor LUÍS OYOLA QUINTERO, quien interpuso acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el MUNICIPIO DE SAN JACINTO; en donde el objeto del proceso consiste en la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos (i) resolución No. 048 de 26 de febrero de 2010, mediante la cual se adjudica la licitación pública No. LP-SJ-006-2009 a la firma CONSTRUCTORA INCO LTDA., (ii) acto de 10 de febrero de 2010, mediante el cual se hace la evaluación técnica de los proponentes, (iii) acto contenido en el oficio de fecha 19 de febrero de 2010, donde se resolvió sobre la aclaración u observación, (iv) acta de 25 de febrero de 2010, donde se responden las observaciones presentadas al informe de evaluación, donde se recomienda por el comité evaluador adjudicar el contrato y (v) contrato de obra celebrado entre el Municipio de San Jacinto y la Constructora INCO LTDA.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por LUÍS OYOLA QUINTERO, por conducto de apoderado judicial.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra del MUNICIPIO DE SAN JACINTO.



2.3. La demanda¹.

La presente acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue instaurada por el señor LUÍS OYOLA QUINTERO, con el objeto que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos (i) resolución No. 048 de 26 de febrero de 2010, mediante la cual se adjudica la licitación pública No. LP-SJ-006-2009 a la firma CONSTRUCTORA INCO LTDA., (ii) acto de 10 de febrero de 2010, mediante el cual se hace la evaluación técnica de los proponentes, (iii) acto contenido en el oficio de fecha 19 de febrero de 2010, donde se resolvió sobre la aclaración u observación, (iv) acta de 25 de febrero de 2010, donde se responden las observaciones presentadas al informe de evaluación, donde se recomienda por el comité evaluador adjudicar el contrato y (v) contrato de obra celebrado entre el Municipio de San Jacinto y la Constructora INCO LTDA.

Como consecuencia de la anterior declaración deprecia lo siguiente

2.4 Pretensiones

"3.1 Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No. 048 del 26 de febrero del 2010 expedida por el alcalde Municipal de San Jacinto (Bol), mediante la cual resuelve "adjudicar la licitación pública No. LP-SJ-006-2009 que tiene por objeto LA CONSTRUCCIÓN DE 6 AULAS DE CLASES, UNA BATERÍA SANITARIA, BOXCOULVERT Y REVESTIMIENTO DE UN CANAL EN LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA PIO XII EN EL MUNICIPIO DE SAN JACINTO DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR a la firma CONSTRUCTORA INCO LTDA." con NIT No. 806008712-6, como consecuencia de la previa declaración de nulidad de los actos administrativos que le sirven de fundamento, es decir los siguientes:

Acto de 10 de febrero de 2010, se presento (sic) la evaluación de las propuestas y publicado en el portal de contratación mediante el cual se hace la evaluación técnica de los proponentes del proceso de contratación.

Así mismo el acto administrativo contenido en el oficio de 19 de febrero de 2010 donde se resolvió sobre la aclaración u observación, hechas por el demandante a la evaluación inicial.

El acta del 25 de febrero de 2010, continuada el 26 de febrero de 2010, sobre la respuesta que el municipio de San Jacinto emitió entorno a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación, del

¹ Folios 1-14 del C.Ppal No. 1



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA No. 0042/2017

SIGCMA

13-001-23-31-000-2011-00758-00

comité evaluador donde se recomendó al Alcalde Municipal de San Jacinto, la adjudicación del contrato.

3.2 Declarar la nulidad del contrato de obra celebrado entre el municipio san Jacinto Bolívar y CONSTRUCTORA INCO LTDA." con NIT No. 806008712-6; consecuencia de la licitación pública No. L.P-SJ-006-2009 que tiene por objeto LA CONSTRUCCION (sic) DE 6 AULAS DE CLASES, UNA BATERIA (sic) SANITARIA, BOXCOULVERT Y REVESTIMIENTO DE UN CANAL EN LA INSTITUCION (sic) EDUCATIVA PIO XII EN EL MUNICIPIO DE SAN JACINTO DEPARTAMENTO DE BOLIVAR (sic).

3.3. Declarar que el municipio de san Jacinto (bol), estaba obligado a adjudicar al proponente LUIS E OYOLA QUINTERO, el contrato objeto de la licitación publica (sic) No. L.P-SJ-006-2009 que tiene por objeto LA CONSTRUCCIÓN DE 6 AULAS DE CLASES, UNA BATERIA (sic) SANITARIA, BOXCOULVERT Y REVESTIMIENTO DE UN CANAL EN LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA PIO XII EN EL MUNICIPIO DE SAN JACINTO DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

3.4. Condenar como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del Derecho, al municipio de San Jacinto del departamento de bolívar, a pagar al señor LUIS ENRIQUE OYOLA QUINTERO, el valor del lucro cesante estimado en la totalidad o 100% de la utilidad dejada de percibir por la privación ilegal y arbitraria de la ejecución del contrato y del daño emergente o costos directos en los que incurrió para la preparación de la propuesta y de cualquier otros perjuicio que resulte probado dentro del proceso, la utilidad proyectada para el contratista la cual era de por los menos 50% por ciento del valor total de la propuesta presentada la cual fue de: QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS PESOS es decir un poco más de DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS (\$276.498.950.00) en utilidad.

3.5. Las sumas así liquidadas devengaran intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de ese término.

3.6 A la sentencia que ponga fin a este proceso se le Dara (sic) cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A para lo cual se expedirá copia autentica de la sentencia con la constancia de su ejecución con destino a la demandada"

2.5 Hechos

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante estimó los siguientes:

Que el Municipio de San Jacinto, mediante licitación pública LP-SJ006 2009, inició un proceso de selección contractual para ejecutar la obra cuyo objeto era *"LA CONSTRUCCIÓN DE 6 AULAS DE CLASES, UNA BATERÍA SANITARIA, BOXCOULVERT Y REVESTIMIENTO DE UN CANAL EN LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA PIO XII EN EL MUNICIPIO DE SAN JACINTO DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR."*

Explica que se dio apertura del proceso mediante Resolución No. 014 de 19 de enero de 2010 y cuyo cierre estuvo programado para el 22 de enero de 2010 a las 10:00 a.m. Presentando el demandante dentro de la oportunidad legal la propuesta y se levantó acta en la que se relacionaron los siguientes proponentes 1- Consorcio Educativo, 2 Luis Oyola Quintero, 3- OLTE.U 4- CONSTRUCTORA INCO LTDA y 5-CONSORCIO INGEMAR.

Comenta que el día 10 de febrero de 2010, se presentó la evaluación de las propuestas y la del actor fue declarada inhábil, teniendo en cuenta que uno de los certificados aportados con la propuesta no contenía o era incompleto, porque la certificación no contaba con logotipo, teléfonos y dirección de la entidad contratante.

Relata que en consideración a lo anterior, presentó dentro del término aclaración, anotando con precisión que su propuesta si cumplía con tal requisito, porque el certificado de cumplimiento del contrato tachado de la falta anotada, se aportó conjuntamente con el acta de liquidación del contrato y dicha acta contenía la información complementaria, es decir, logotipo y dirección de la entidad contratante, en ese caso la Armada Nacional; no obstante, aportó un oficio aclaratorio, suscrito por el arquitecto de la obra, quien fue asignado en la minuta del contrato como el supervisor del proyecto y aparece en el acta de liquidación antes mencionada.

Señala que mediante oficio 19 de febrero de 2010, se resolvió sobre la aclaración u observación hechas a la evaluación inicial, donde se argumentan que la certificación aportada no cumple con el numeral 2.7.3. del pliego de condiciones que establece que la certificación debe contener entidad contratante, logo, teléfono y dirección .

De igual manera expresa que en audiencia del 25 de febrero, el demandante se pronunció sobre la respuesta que el municipio demandado emitió en torno a la observación, solicitando que lo habilitaran; la audiencia se suspendió y se reanudó el 26 de febrero y no se resolvió su petición con argumentos de fondo,



solo manifestaron que el pliego permitía declarar inhábil la propuesta porque la certificación no contenía ni logo, dirección y teléfono del contratante.

Que en la audiencia del 26 de febrero de 2010, se declaró vencedor del proceso licitatorio a constructora INCO LTDA, se profirió acto de adjudicación No. 048 de esa misma fecha, el cual se publicó en el portal único de contratación y la página web del municipio.

Concluye el actor indicando que si hubiese sido declarado hábil, su propuesta se habría comparado ponderando y evaluado junto con las declaradas hábiles, y habría sido el vencedor de la licitación, utilizando las formulas dispuestas en el pliego de condiciones.

2.6. Normas Violadas y Concepto De Violación

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Ley 1150 de 2007. Artículo 50 párrafo
- Decreto 2474 de 2008. Artículo 10

Del concepto de la violación expuesto por la parte demandante, se puede destacar lo siguiente:

Explica que el numeral 2.7.3. de pliego de condiciones, anota que *"en el evento del que el proponente no cuenta con una certificación con toda la información anteriormente descrita, podrá adjuntar a la certificación la siguiente documentación o cualquier documento idóneo para tal fin"*, hace alusión al contenido del pliego de condiciones para aclarar que la interpretación del mismo, obedece, a que en materia de aporte de certificados, cualquier documento idóneo, podrá suplir el hecho que una certificación no cuente con toda la información requerida.

Estima violada el párrafo del artículo 50 de la Ley 1150 de 2007, pues este hace referencia a aquellos documentos no necesarios para la comparación de las propuestas, señalando que su no presentación no servirá de título suficiente para su rechazo, este enunciado es suficientemente claro, para entender que existen unos documentos que en materia de comparación de propuestas, evaluación o calificación, son unos necesarios y otros no, cuando se refiere aquellos no necesarios, éstos no serán motivo de rechazo de la propuesta.

Indica que guardando la línea de pensamiento sobre lo fundamental o sustancial sobre lo meramente formal, tenemos que el principio de escogencia o selección objetiva del contratista fundamenta uno de los

principales deberes de todos los responsables de contratación estatal en el derecho colombiano, como es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, con independencia del procedimiento utilizado para estos efectos, es decir, de lo anterior que torcer la interpretación de la ley o del pliego, y considerar aspectos formales no relevantes como causa de rechazo o inhabilidad de propuestas rompe inmediatamente el principio de selección objetiva, convirtiéndose en el proceso en una farsa al interés de quienes pretenden escoger un contratista por encima de los aspectos objetivos.

Señala que del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 se extrae que dar prioridad a aquellos aspectos de fondo, sobre las formas, en todo proceso de selección de contratistas, especificando el punto de rigor en aquellos documentos o requisitos o condiciones no necesarios para la comparación de ofertas, es decir, que no sean factores de escogencia.

Concluye que se viola el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que al demandante se le inhabilitó o rechazo su propuesta, en consideración a que uno de los certificados que aportó no contenía logotipo, teléfono de la entidad que expidió el certificado con destino al proceso licitatorio, que para el caso fue la Armada Nacional, tal consideración o interpretación equivocada del pliego, viola de forma directa los preceptos, viciando de nulidad los actos administrativos que se expidieron en consideración a este hecho e igualmente es causa de nulidad del contrato surgido de ese proceso licitatorio. Ello sumado al hecho que el demandante en pleno ejercicio comparativo de los factores calificables y ponderables era el claro vencedor en virtud de obtener la mayor calificación, se deberá proceder a declarar la nulidad de los actos atacados y reconocer la indemnización de perjuicios.

2.7. Contestación de la Demanda

2.7.1 Municipio de San Jacinto

Mediante auto de 13 de diciembre de 2012², se tuvo por notificado personalmente al señor Alcalde del municipio demandado, pero no ejerció su derecho de defensa, pues no contestó la demanda.

² Folio 177



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA No. 0042/2017

SIGCMA

13-001-23-31-000-2011-00758-00

III. TRÁMITE PROCESAL.

La demanda se presentó el día 1 de diciembre 2011³; por auto del 3 de febrero de 2012⁴ se admite la demanda, practicándose las notificaciones de rigor a la parte demandada y al Ministerio Público, mediante auto de 22 de marzo de 2013⁵ se abre el periodo probatorio, por auto de 10 de junio de 2016⁶ se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Alegatos de la parte demandante: No alegó de conclusión.

4.2 Alegatos de la parte demandada: No alegó de conclusión.

4.3 Ministerio Público⁷: La Agente del Ministerio Público emitió concepto favorable a las pretensiones de la demanda, con el argumento que la demandada faltó en la aplicación de los principios que rigen la ley de contratación estatal, como lo es la transparencia, pues obvio lo sustancial y se atuvo a una formalidad, lo que finalmente impidió una escogencia objetiva.

Así las cosas, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

5.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado.

³ Ver folio 161 Acta de Reparto C. Ppal No.1.

⁴ Folios 163-164.

⁵Folios 180-181

⁶Folios 251 C Ppal No. 2

⁷ Folio 252-256



5.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 132 numeral 1º del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de un acto administrativo proferido por una entidad del orden municipal.

5.3. Actos administrativos demandados.

Con la demanda se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 048 de 26 de febrero de 2010, mediante la cual se adjudica la licitación pública No. LP-SJ-006-2009 a la firma CONSTRUCTORA INCO LTDA.
- Acto de 10 de febrero de 2010, mediante el cual se hace la evaluación técnica de los proponentes.
- Acto contenido en el oficio de fecha 19 de febrero de 2010, donde se resolvió sobre la aclaración u observación.
- Acta de 25 de febrero de 2010, donde se responden las observaciones presentadas al informe de evaluación, donde se recomienda por el comité evaluador adjudicar el contrato.
- Contrato de obra celebrado entre el Municipio de San Jacinto y la Constructora INCO LTDA.

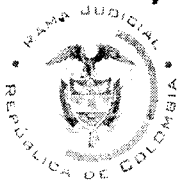
5.4. Problema jurídico.

El problema jurídico se centra en determinar

¿Es procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se demanda la ilegalidad de los actos previos como el de la adjudicación, cuando el contrato se ha celebrado?

5.5 Tesis de la Sala

La Sala se abstendrá de fallar sobre las pretensiones, ya que la demanda es inepta por indebida escogencia de la acción, toda vez que la nulidad y restablecimiento del derecho no es procedente, cuando se demanda la nulidad de los actos precontractuales y ya el contrato se ha celebrado, es



decir, desaparece la posibilidad de deprecar la nulidad de los actos previos, cuando el contrato se celebró, pues estos solo pueden ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta del contrato, ósea, mediante la acción de controversia contractual.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación: (i) marco normativo y jurisprudencial para el caso, (ii) caso concreto y (iii) conclusión.

5.6. Marco normativo y jurisprudencial para este caso

Esta Corporación destaca que los actos administrativos demandados son los actos precontractuales, por lo tanto, como primera medida nos detendremos en analizar si el término para incoar la acción fue dentro de la oportunidad legal.

El artículo 87 del C.C.A antes de la modificación de la Ley 446 de 1998, establecía que el término de caducidad cuando se demandada la nulidad de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, -como el acto de adjudicación-, era de 4 meses, contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto, pero con la mencionada modificación, el término se reduce a 30 días, señalando lo siguiente:

"ARTÍCULO 87. Modificado por el art. 17, Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el art. 32, Ley 446 de 1998 De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones 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.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato. Texto Subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1048 de 2001.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil."

Igualmente la Sala considera conveniente referirse a una sentencia del Consejo de Estado⁸, que establece una regla relativa a la acción procedente, cuando se pretende la nulidad de los actos precontractuales y ya se ha celebrado el contrato, así:

"7.2. La acción incoada. Naturaleza del acto impugnado y término para incoar la acción

Es de anotar primeramente por parte de la Sala que a simple vista la acción instaurada sería la pertinente para ventilar este caso, si en el caso materia de análisis se aplicara el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y antes de que la Ley 446 de 1998 hubiera modificado el artículo 87 del CCA., en razón de que para esa época la ley establecía que el acto de adjudicación podía impugnarse en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de conformidad con las reglas del CCA. cuyo artículo 136 establecía el término de caducidad de tal acción en 4 meses, contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto.

Según lo anterior, no había duda que el mecanismo idóneo para obtener el restablecimiento del derecho que hubiere sido violado con el acto de adjudicación, era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo la tesis antes expuesta no es aplicable a este caso, no solo, porque aquella cambió sustancialmente a raíz de la modificación que le introdujo la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del C.C.A., al reducir a treinta (30) días el término para intentar la citada acción; sino por otras razones que aquí se expondrán.

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01305-01 (27203)

El Legislador ha consagrado diferentes tipos de acciones para ser impetradas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por los interesados en impulsar un litigio, sin que esto signifique que su escogencia queda al arbitrio del actor sino que dependerá de los fines, móviles y motivos que lleven a su ejercicio, los cuales deben coincidir con aquellos que permite la acción.

Una de esas acciones es aquella prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998⁹, denominada de las Controversias Contractuales, cuyo tenor es el siguiente:

“De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, **dentro de los treinta días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.** La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. **Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.**

“(...)” (Lo resaltado fuera de texto)

De ahí que de acuerdo con la disposición transcrita, los actos separables y previos al contrato, como es el de la adjudicación, si bien pueden ser demandados invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, su impugnación y control quedó también ahora cobijada por la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, para cuando se ha celebrado el contrato.

⁹ “De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas....”



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA No. 0042/2017

SIGCMA

13-001-23-31-000-2011-00758-00

En efecto, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, al modificar el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que versa sobre las controversias contractuales, consagró la posibilidad de que los actos separables proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, sean demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, **dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación y publicación**, sin que la interposición de la acción interrumpa el proceso licitatorio, ni la celebración o ejecución de contrato, término que según la misma norma está además sujeto, como condición adicional, a la no celebración del contrato, **pero una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos –como el de la adjudicación– solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta de éste en el escenario de la acción de controversias contractuales.**

De tal manera que, transcurrido el plazo de 30 días para impugnar mediante la acción de nulidad y restablecimiento derecho el acto previo del contrato **o una vez celebrado éste, los actos precontractuales -como el de la adjudicación-, únicamente, como se dijo, a términos de la norma procesal vigente, la ilegalidad de dicho acto podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del mismo, mediante la acción de controversias contractuales.**¹⁰

En reciente jurisprudencia, esta subsección, refiriéndose al tema materia de estudio, posición que cobra actualidad al momento de decidir, por ser aplicable a este caso, dijo lo siguiente:

"Empero, como podrá observarse, la Sección Tercera no hizo referencia ni dilucidó lo atinente a si una vez celebrado el contrato y de este se pida su nulidad absoluta con fundamento en que el acto de adjudicación es ilegal, sea ineludible incluir dentro de las pretensiones, además de la atinente a la nulidad absoluta, la declaratoria de nulidad del acto administrativo que lo adjudicó, lo cual se justifica por no ser esto allí el thema decidendum, cuestión aquella que es la que constituye ahora el centro del debate en el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación.

2 Sin embargo este concreto punto ya ha sido abordado no sólo por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sino también por la Corte Constitucional cuando

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 14 de mayo de 2014, exp. 25.975. M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA No. 0042/2017

SIGCMA

13-001-23-31-000-2011-00758-00

examinó la exequibilidad del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en virtud de la modificación que le hizo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

En efecto, la Sección Tercera precisó que si una vez celebrado el contrato se pretende obtener alguna reparación argumentando que el acto de adjudicación es ilegal y que esta actuación es la que ha causado el daño, se torna ineludible pedir no sólo la nulidad absoluta del contrato sino también la nulidad de ese acto administrativo porque de no impugnarse, se mantendrían incólumes su presunción de legalidad y las consecuencias que de ésta situación se derivan.

Así lo expresó:

"(...)

Dicho de otra forma, cuando el acto de adjudicación se involucra dentro de una controversia de nulidad absoluta del contrato, la acción es la consagrada en el artículo 87 del c.c.a, pero en las pretensiones de la demanda debe solicitarse la nulidad del acto de adjudicación como presupuesto del restablecimiento del derecho del demandante, porque de no removerse el acto de adjudicación que continúa produciendo la plenitud de sus efectos en el ordenamiento jurídico y que además se encuentra amparado por la presunción de legalidad, la nulidad absoluta del contrato no podrá tener consecuencias restablecedoras

En este sentido ya la Sala en sentencia del 4 de septiembre de 1997, expediente 10.065 con ponencia de quien ahora lo es en el presente proceso expresó que

"(...)

De conformidad con el artículo 1746 del código civil, la sentencia que declara la nulidad del contrato sólo "da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo" y el demandante no es parte en el contrato celebrado en virtud de la adjudicación sino partícipe en el procedimiento de selección.

Tampoco podría el juez administrativo pronunciarse sobre la nulidad del acto de adjudicación si no ha sido solicitada en forma expresa en la demanda, porque el fallo no puede ser extrapetita y la debida formulación del petitum es un presupuesto material para la sentencia



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA No. 0042/2017

SIGCMA

13-001-23-31-000-2011-00758-00

de fondo que hace imposible resolver sobre la petición de la parte actora.

La nulidad absoluta del contrato está establecida en interés del orden jurídico. De allí que la única consecuencia de su declaratoria sea la de volver a las partes a su estado anterior (artículo 48 de la ley 80 de 1993). Pero si es un tercero el que intenta la acción de nulidad absoluta de un contrato de la administración pública, no podrá pretender consecuencias indemnizatorias de la prosperidad de su pretensión.

Repárese como en el presente caso, los supuestos perjuicios que alegan los demandantes derivan más del acto de adjudicación que del contrato celebrado como consecuencia de este.

Es este el alcance que tiene el artículo 44 ordinal 4° de la ley 80 de 1993 cuando establece como causal de nulidad absoluta del contrato estatal el hecho de que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente, por ejemplo, el acto de adjudicación, pretensión que podrá acumularse con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, pero, se insiste, si lo que se busca es el restablecimiento del derecho del licitante que resultó vencido en el procedimiento de contratación, para ese propósito no basta que se solicite y obtenga la declaratoria de nulidad absoluta del contrato si no se anula también el acto de adjudicación que, en última instancia, es el que ha causado el perjuicio."

La Corte Constitucional por su parte al decidir sobre la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998 sostuvo, lo que ya era verdad sabida, que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo se podía alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, aunque no se pronunció en ese momento sobre si en este caso se debía pedir también, ineludiblemente, la nulidad de esos actos administrativos:

"De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que

ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes- En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato."

Pero ulteriormente la Corte Constitucional al analizar nuevamente la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, aunque respecto de otros apartes diferentes a los examinados en la anterior oportunidad, concretamente la expresión una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato", hizo suyas las argumentaciones que adujo la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado al resolver sobre la apelación de un auto que rechazó una demanda:

"Dicho de otra manera, podrá pedirse o bien la nulidad del contrato por ilegalidad del acto de adjudicación o la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia la del contrato, sin que pueda en esta hipótesis hablarse de una acumulación indebida de pretensiones y en ambos casos la acción principal será la nulidad del contrato, o sea la de controversias contractuales prevista en el art. 87 citado.

(...) En este orden de ideas, si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos, o vencido este término, quien esté legitimado para impugnarlos, sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual y dentro del término de caducidad de dos años previsto en el art. 136 del C.C.A. para las acciones contractuales. Lo cual significa que esa disposición favorece también a aquel proponente o interesado en impugnar cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato y que dejó vencer el término de los 30 días fijados por la ley, háyase celebrado o no el contrato. De persistir su interés en impugnarlos podrá hacerlo a través de la acción contractual, a condición de impugnar no sólo los actos sino necesariamente el contrato, que ya para ese momento debe haberse celebrado."¹¹

(Las subrayas no corresponden al texto).

Pues bien, todos estos precedentes coinciden al señalar de manera irrefragable que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-712 de 2005.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA No. 0042/2017

SIGCMA

13-001-23-31-000-2011-00758-00

actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato.

Y este entendimiento es el que permite darle una cabal y armónica comprensión al numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 cuando dispone que los contratos del estado son absolutamente nulos, entre otros casos, cuando "se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten."

En efecto, resulta siendo irracional sostener que cuando se demanda la nulidad absoluta del contrato con fundamento en que los actos previos son ilegales no es necesario solicitar la nulidad de estos, pues tal aseveración equivale a afirmar que en ese caso la nulidad del contrato se genera sin causa alguna, lo cual desde luego repugna a la lógica toda vez que mientras no se declare la nulidad de los actos administrativos estos se presumen válidos y siguen justificando la celebración, la existencia y la validez del contrato.

Con otras palabras, si la invalidez del contrato estatal es la consecuencia de la ilicitud de esos actos administrativos, hay que declarar la ilegalidad de estos para poder decretar la nulidad absoluta de aquel y por supuesto que para que aquello ocurra, tal declaratoria de ilicitud debe haber sido pretendida en la demanda ya que ese extremo no puede ser objeto de un pronunciamiento oficioso como sí lo podría ser la nulidad absoluta del contrato.

"(...)

Pues bien, en términos generales las razones del Tribunal se ajustan a los precedentes que atrás se reseñaron y por consiguiente resulta acertada su decisión de negar el petitum puesto que, se insiste, cuando se pretenda la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en que los actos previos son ilegales, es ineludible pedir también la nulidad de estos"¹²

De la norma y jurisprudencia transcrita se desprende que para poder demandar la nulidad de los actos precontractuales, la acción procedente es la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, pero la oportunidad para incoarla es dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Una vez celebrado el contrato, la

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", sentencia del 15 de febrero de 2012, radicado: 66001-23-31-000-1999-0551-01 (19.880). M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse con fundamento de la nulidad absoluta del contrato, mediante la acción de controversias contractuales.

Precisado lo anterior, procede la Sala a estudiar el problema jurídico relativo a la **Inepta demanda**.

5.7. Caso Concreto

Antes de resolver el fondo del asunto, esta Corporación, estudiara si se encuentran los presupuestos que permitan fallar de fondo. Para tal fin, se destaca que la parte actora pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos (i) resolución No. 048 de 26 de febrero de 2010, mediante la cual se adjudica la licitación pública No. LP-SJ-006-2009 a la firma CONSTRUCTORA INCO LTDA., (ii) acto de 10 de febrero de 2010, mediante el cual se hace la evaluación técnica de los proponentes, (iii) acto contenido en el oficio de fecha 19 de febrero de 2010, donde se resolvió sobre la aclaración u observación, (iv) acta de 25 de febrero de 2010, donde se responden las observaciones presentadas al informe de evaluación, donde se recomienda por el comité evaluador adjudicar el contrato y (v) contrato de obra celebrado entre el Municipio de San Jacinto y la Constructora INCO LTDA.

En cuanto a los actos administrativos cuestionados, se encuentra que éstos no fueron proferidos por el ente territorial demandado, en desarrollo de su actividad contractual y los mismos son actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato, es decir, actos precontractuales y de acuerdo con la Ley 446 de 1998, la cual modifica el artículo 87 del C.C.A se consagró que los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato, por razón o con ocasión de la actividad contractual, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento de derecho, la cual podría intentarse dentro de un término especial de caducidad de treinta (30) días hábiles contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto cuestionado, sin perjuicio de precisar que si el cuestionamiento de tales actos administrativos previos a la celebración del respectivo contrato estatal se promoviere, con el propósito de obtener la declaratoria de nulidad del vínculo negocial, la acción procedente para adelantar el juicio de legalidad era la de controversias contractuales, aspecto procesal que para la época de presentación de la demanda se encontraba plenamente decantado por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Revisado las pretensiones de la demanda, la parte demandante deprecia la nulidad y restablecimiento del derecho de actos proferidos antes de la celebración del contrato, como el acto de adjudicación contenido en la Resolución No. 048 de 26 de febrero de 2010, así las cosas, con fundamento



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA No. 0042/2017

SIGCMA

13-001-23-31-000-2011-00758-00

en el artículo 87 del C.C.A modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, solo podían demandarse mediante la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, es decir, que revisada la fecha de presentación de la demanda 1 de diciembre de 2011¹³ y la fecha de mencionada resolución de adjudicación 26 de febrero de 2010¹⁴, estaban suficientemente vencidos los 30 días de que trata la norma, por lo tanto, estando caduca la acción con relación a dicho acto; además, teniendo en cuenta que ya el contrato se encontraba celebrado, no es dable demandar la ilegalidad de los actos previos, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, puesto la acción procedente era la establecida en el artículo 87 del C.C.A de controversias contractuales.

De otro lado pero dentro del mismo contexto, en el plenario reposa a folios 25-31 copia del contrato de obra civil No. LP-SJ-006-2009 de 3 de marzo de 2010, donde el término de ejecución del mismo es de 5 meses, tal como consta en la cláusula octava, es decir, que la para la fecha de presentación de la demanda (1 dic/11), se encontraba celebrado y ejecutado, luego entonces, a pesar que dentro de las pretensiones de la demanda se pide la nulidad del mencionado contrato, en el concepto de la violación no se menciona el mismo, puesto que las normas que se estiman como violadas y los fundamentos de la violación se circunscriben al acto de adjudicación, que como se dijo por ser un acto precontractual debió demandarse dentro de los 30 días siguientes a su notificación, por lo tanto, apoyados en la sentencia del Consejo de Estado que recoge la tesis establecida sobre la acción incoada, teniendo encuentra la naturaleza del acto, se concluye que la acción procedente en el caso en estudio era la controversia contractual.

De igual forma, se observa que la parte actora pretende la nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo, una vez revisado el referido documento a la luz del imperativo constitucional consagrado en el artículo 228 superior, en virtud del cual en las actuaciones jurisdiccionales deberá hacerse prevalecer el derecho sustancial, encuentra la Sala que, a pesar de lo dicho en la demanda, no se entiende que la acción ejercida fue la contractual, pues, en el concepto de la violación solo se refiere a los actos precontractuales, no podríamos adecuar el trámite de la demanda a la de controversias contractuales, en consecuencia se configura en este caso una ineptitud sustantiva de la demanda que impida resolver de mérito las pretensiones.

Para que una pretensión, pueda ser resuelta a través de la acción

¹³ Folio 161

¹⁴ Folio 33-34

contractual, ésta debe tener por origen el contrato, acción que, para la fecha de presentación de la demanda se encontraba regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y por medio de la cual las partes de un contrato estatal pueden solicitar que *"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"*. En este caso, se observa que la parte demandante circunscribió tanto sus pretensiones anulatorias, como resarcitorias a las actuaciones adelantadas por la entidad demandada con motivo y ocasión de su actos previos a la celebración del contrato, concretamente en lo concerniente a la adjudicación del mismo, tal como se relata en los hechos de la demanda, en el concepto de la violación expuestos en el libelo demandatorio y de las pruebas con sustento en las cuales la parte actora pretende se despache favorable sus pretensiones, vemos que en su conjunto la demanda no está encaminada en la nulidad absoluta del contrato, sino en la nulidad de los actos precontractuales, luego entonces, atendiendo que la nulidad y restablecimiento del derecho no se presentó dentro de la oportunidad legal y estando celebrado el contrato, la acción procedente era la contractual, por lo que deviene en colegir, que la demanda es inepta por indebida escogencia de la acción.

VI. CONCLUSIÓN

En este orden de ideas, la respuesta al interrogante que se plantea *ab initio* será:

Que la Sala declarara probada de oficio la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, toda vez que al celebrarse el contrato, si se pretendía demandar los actos previos al mismo, la acción procedente es la de controversia contractual establecida en el artículo 87 del C.C.A, porque para que sea procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos proferidos antes de la celebración del contrato, era necesario incoar la acción en el término especial de caducidad establecido en la norma en cita.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA No. 0042/2017

SIGCMA

13-001-23-31-000-2011-00758-00

VII. COSTAS

Por ser una acción de carácter público, conforme el artículo 171 del C.C.A, no hay lugar a condena en costas.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

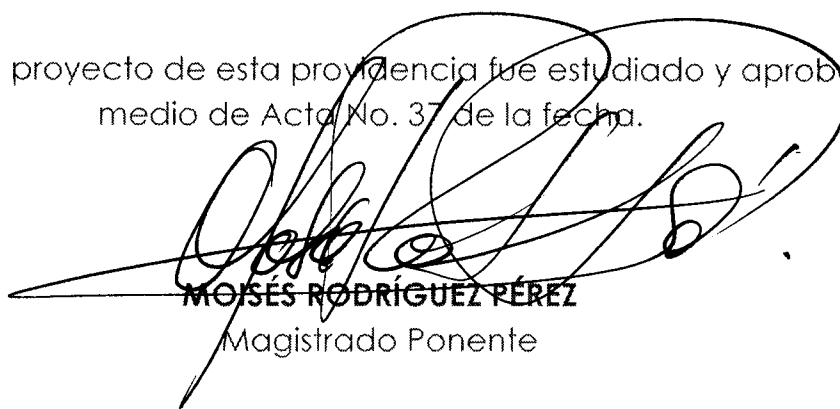
PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, conforme lo establece el artículo 171 del C.C.A

TERCERO: Si esta providencia no fuere apelada, una vez en firme, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado por medio de Acta No. 37 de la fecha.



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado Ponente



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Magistrado



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ
Magistrado