



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

Sincelejo, treinta (30) de agosto de dos mil trece (2.013)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70-001-23-33-000-2013- 00179-00
Demandante: VALORCON S.A.- KMC S.A.S – JORGE LUÍS DAZA GARCÍA
Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO- SUCRE
Medio de Control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Tema: RECHAZO DE LA DEMANDA POR OPERAR
FENÓMENO DE LA CADUCIDAD

AUTO

I. OBJETO A DECIDIR

La **UNIÓN TEMPORAL LAS PALMAS 2011** conformada por **VALORCON S.A. KMC S.A.S- JORGE LUÍS DAZA GARCÍA**, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda de **CONTROVERSIA CONTRACTUAL** contra el **MUNICIPIO DE SINCELEJO - SUCRE** solicitando “que se declare la nulidad absoluta del contrato estatal de obras N° SA 036 OP 2011 de fecha agosto cinco (05) de 2011 suscrito entre el municipio de Sincelejo a través del alcalde encargado Marcos Montes Bohórquez y la UNIÓN TEMPORAL SINCELEJO SIGLO XX, con fundamento en la ILEGALIDAD de la resolución numero 2301 de agosto 2 de 2011 expedida por dicho municipio, por medio de la cual se adjudicó un contrato a través de la modalidad de selección abreviada de menor cuantía, por la declaratoria de desierta de la licitación N° SA 036 OP-2011”. Como consecuencia de ello pide, que se declare al ente territorial responsable de los perjuicios ocasionados correspondiente al lucro cesante.

Expediente: 70-001-23-33-000-2013- 00179-00
Demandante: VALORCON S.A.- KMC S.A.S – JORGE LUÍS DAZA GARCÍA
Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO- SUCRE
Medio de Control: CONTROVERSIA CONTRACTUALES
Tema: RECHAZO DE LA DEMANDA POR OPERAR
FENÓMENO DE LA CADUCIDAD

IV. ANTECEDENTES

4.1. Los Hechos

La **UNIÓN TEMPORAL LAS PALMAS**, en ejercicio de la Acción Contractual, sustentó la demanda basándose en los hechos que a continuación se sintetizan siguientes:

Manifiesta que el Municipio de Sincelejo desarrolló la Selección Abreviada por la declaratoria de desierta de la licitación N° SA 036-OP 2011 cuyo objeto fue construcción de pavimento en concreto rígido de las vías rurales: Sincelejo- Sierra Flor segunda etapa, Sincelejo-Las Palmas segunda etapa, y Sincelejo- Buenavista primera etapa.

Afirma que en el proceso de selección se cumplieron todas las etapas con el rigor formal y las instancias que señala la Ley 80 de 1993.

Alega que la resolución N°2301 del dos (02) de agosto de 2011, en la cual se le adjudicó el contrato estatal N° SA 036-OP 2011 a la **UNIÓN TEMPORAL SINCELEJO SIGLO XX** es ilegal, puesto que en el informe de Evaluación, el comité evaluador, habilitó todas las propuestas esto es; **UNIÓN TEMPORAL LAS PALMAS 2011- UNIÓN TEMPORAL ACCION VIAL Y UNIÓN TEMPORAL SINCELEJO SIGLO XX**.

Precisa que al expedirse el informe de evaluación de las ofertas, la **UNIÓN TEMPORAL SINCELEJO SIGLO XX**, no cumplió con el requisito habilitante de la experiencia específica exigida en el numeral 3. 1. 2; Y el criterio de sistema de gestión de calidad contenido en los pliegos de condiciones y fue habilitada.

Puntualiza que la **UNIÓN TEMPORAL LAS PALMAS 2011**, presentó dentro del término legal, dos observaciones al informe de evaluación de las ofertas; la Administración Municipal respondió las observaciones del proponente, las cuales no fueron acogidas.

Reitera el demandante, que el proponente con mejor derecho fue la **UNIÓN TEMPORAL LAS PALMAS 2011**, lo cual fue desconocido por el comité evaluador, siendo estos los motivos principales, para instaurar el medio de **CONTROVERSIA CONTRACTUAL** en contra del **MUNICIPIO DE SINCELEJO**.

Expediente: 70-001-23-33-000-2013- 00179-00
Demandante: VALORCON S.A.- KMC S.A.S – JORGE LUÍS DAZA GARCÍA
Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO- SUCRE
Medio de Control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Tema: RECHAZO DE LA DEMANDA POR OPERAR
FENÓMENO DE LA CADUCIDAD

V. LAS PRETENSIONES

Se solicitó en la demanda:

“**PRIMERO:** que se declare la nulidad absoluta del contrato estatal de obras N° SA 036-OP 2011 de fecha agosto cinco (05) de 2011 suscrito entre el Municipio de Sincelejo a través del alcalde encargado Marcos Montes Bohórquez y la Unión Temporal Sincelejo Siglo XX , con Fundamento en la **ILEGALIDAD** de la resolución N°2301 de agosto dos (02) de 2011 expedida por dicho Municipio, por medio de la cual se adjudicó un contrato a través de la modalidad de Selección Abreviada de Menor Cuantía, por la declaratoria de desierta de la Licitación N° 036-OP 2011.

SEGUNDO: que se declare que el Municipio de Sincelejo es administrativamente responsable de los perjuicios sufridos por **VALORCON S.A. , KMC S.A.S Y el señor JORGE LUÍS DAZA GARCÍA**”

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

6.1. La competencia

Por la naturaleza del proceso y el lugar donde ocurrieron los hechos, el Tribunal es competente para decidir el asunto en **PRIMERA INSTANCIA**, al tenor de lo dispuesto ley 1437 de 2011.

6.2. El problema jurídico

En atención a los argumentos expuestos en la demanda, considera la Sala que el problema jurídico a resolver en esta instancia es el siguiente:

¿Procede el medio de control de controversias contractuales, o la nulidad y restablecimiento del derecho frente a la solicitud de declaratoria de ilegalidad del acto administrativo de adjudicación de un contrato estatal, siendo dicha resolución un acto precontractual?

Para arribar la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: i) Nulidad Absoluta contra Contratos Estatales. ii) Legitimación en la Causa Activa para demandar. iii) Medio de Control Procedente para demandar los Actos Precontractuales. iv) Caducidad de los Actos Precontractuales.

Expediente: 70-001-23-33-000-2013- 00179-00
Demandante: VALORCON S.A.- KMC S.A.S – JORGE LUÍS DAZA GARCÍA
Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO- SUCRE
Medio de Control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Tema: RECHAZO DE LA DEMANDA POR OPERAR
FENÓMENO DE LA CADUCIDAD

6.3. Nulidad Absoluta Contra Contratos Estatales

Consagra los Artículos 44 y 45 del título IV de la Ley 80 de 1993 lo siguiente:

“Artículo 44°.- De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.

Artículo 45°.- De la Nulidad Absoluta. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”.

De lo planteado anteriormente, podemos colegir, que para efectos de ejercitar el medio de control referido a controversias contractuales, utilizando como pretensión la nulidad del contrato, las causales resultan ser taxativas, a la luz, de la Ley 80 de 1993.

Observada la demanda, tenemos, que si bien el actor instaura este medio de control relativo a controversias contractuales, no hace énfasis a ninguna de las causales antes señaladas, todo por el contrario, establece como pretensión principal de la demanda, la solicitud de anulación absoluta del contrato que da origen a estas actuaciones, utilizando como fundamento la ilegalidad de la Resolución N° 2301 del dos (02) de agosto de 2011, que no es otra cosa que el acto de adjudicación del contrato preseñalado; esto se podía en virtud del artículo 87 inciso 2° del CCA; por medio de la acción contractual; hoy si se pretende atacar el contrato debe hacerlo mediante el medio de control de controversias contractuales y si es la adjudicación de aquel, en acumulación de pretensiones, debiendo utilizar la nulidad y restablecimiento del derecho; eso sí, respetándose el término de caducidad para cada una de ellas.

Por consiguiente, lo que aquí, se pretende, es atacar no el contrato sino la resolución citada en el punto anterior, mediante la cual se adjudicó el contrato, disposición que constituye un acto administrativo separable, de carácter particular y concreto, el cual trae consigo un medio de control definido en nuestro ordenamiento jurídico

Expediente: 70-001-23-33-000-2013- 00179-00
Demandante: VALORCON S.A.- KMC S.A.S – JORGE LUÍS DAZA GARCÍA
Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO- SUCRE
Medio de Control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Tema: RECHAZO DE LA DEMANDA POR OPERAR
FENÓMENO DE LA CADUCIDAD

administrativo como lo es, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, no siendo dable para el caso la utilizada de Controversias Contractuales.

6.4. Legitimación en la Causa Activa para demandar en ejercicio del medio de control de controversias contractuales:

Adviértase, que la pretensión de controversias contractuales permite solo a las partes del contrato controvertir todos los asuntos relacionados con las diferencias que se presenten entre la entidad y el particular contratista, mientras que los actos precontractuales podrán ser demandados por las personas que se crean lesionadas en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica.

Del caso sub examine, podemos inferir que la Unión Temporal las Palmas 2011, está legitimada en la causa por activa para interponer el medio de controversias contractuales, tal como lo previene el artículo 141 inciso 3 del CPACA, como tercero con interés directo en la declaratoria de nulidad del contrato; sin embargo, lo cierto es, que su interés radica en que se declare la nulidad de la adjudicación de aquel, de allí que el medio de control intentado sea improcedente; luego, frente a este hecho, se desvanece, su oportunidad para plantear dicha anulación, puesto que como se viene indicando el medio de control idóneo es la nulidad y restablecimiento del derecho, para atacar el acto de adjudicación; el cual debía interponerse en el término estatuido para ello.

Se itera, que la Unión Temporal las Palmas solo está legitimada en la Causa por Activa para incoar el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contemplado en el Artículo 137 y 138 del C.P.A.C.A.

Dichas normas son del siguiente tenor:

“Artículo 137. Nulidad. *Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.*

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.

Expediente: 70-001-23-33-000-2013- 00179-00
Demandante: VALORCON S.A.- KMC S.A.S – JORGE LUÍS DAZA GARCÍA
Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO- SUCRE
Medio de Control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Tema: RECHAZO DE LA DEMANDA POR OPERAR
FENÓMENO DE LA CADUCIDAD

2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

Parágrafo. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.”

Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. *Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior (...). “*

6.5. Medio de Control procedente para demandar los actos precontractuales.

Según lo establecido en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, contempla lo siguiente:

“(...) Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso (...).”

El decreto 01 de 1984 lo consagraba de la siguiente forma.

“Artículo 87: 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.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrán 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”.

Expediente: 70-001-23-33-000-2013- 00179-00
Demandante: VALORCON S.A.- KMC S.A.S – JORGE LUÍS DAZA GARCÍA
Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO- SUCRE
Medio de Control: CONTROVERSIA CONTRACTUALES
Tema: RECHAZO DE LA DEMANDA POR OPERAR
FENÓMENO DE LA CADUCIDAD

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹, en lo que atañe a determinación de medio de control idóneo para demandar los actos previos a la celebración del contrato; ha señalado:

“Como la norma lo indica, los actos previos a la celebración del contrato serán susceptibles de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho las cuales caducarán en un término de treinta días a partir de su comunicación, notificación o publicación. De ahí que pueda afirmarse que cualquier persona dentro de ese plazo y en interés de legalidad puede demandar la nulidad de cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato, incluido (sic) el acto de adjudicación. Y a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en el mismo término, sólo las personas interesadas o con interés jurídico directo...”

Entonces, el acto de adjudicación, por ser del orden precontractual es susceptible de revisión, por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, indicado en el artículo 138 del C.P.A.C.A, en el término previsto por el legislador para su incoación.

6.6. Caducidad de los Actos Precontractuales.

Al respecto, el numeral 2 literal d del artículo 164 del CPACA prevé:

“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”.

Significa lo anterior, que en la Ley 1437 de 2011, se debe ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para atacar o demandar la ilegalidad de un acto administrativo precontractual, al igual que lo consagraba el decreto 01 de 1984 a través de la acción del mismo nombre, pero la diferencia entre una disposición y la otra es que la derogada exigía que se demandara dentro de los treinta (30) días siguientes a la expedición del acto precontractual y la vigente dentro de los cuatro(4) meses que es el tiempo para ejercer este medio de control sin importar la clase de acto administrativo cuya anulación se solicitó.

¹Sentencia del 13 de junio de 2011, C.P Ruth Stella Correa Palacio

Expediente: 70-001-23-33-000-2013- 00179-00
Demandante: VALORCON S.A.- KMC S.A.S – JORGE LUÍS DAZA GARCÍA
Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO- SUCRE
Medio de Control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Tema: RECHAZO DE LA DEMANDA POR OPERAR
FENÓMENO DE LA CADUCIDAD

6.7. Caso en concreto

En el caso en concreto en principio se estaría en presencia de lo regulado por el Artículo 171 del C.P.A.C.A, el cual estipula;

“el juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales, y le dará el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada (...)”

Sin embargo para poder ejercer tal potestad, se debe advertir el lleno de los requisitos del medio de control el cual se debió invocar; no obstante, se tiene que, el ejercicio de la nulidad y restablecimiento del derecho como medio de control, obedece a una temporalidad antes descrita, entonces, para su incoación el interesado debe guardar el término por ella dispuesta.

En ese orden de ideas, se evidencia, según obra en el libelo demandatorio que el acaecimiento del acto administrativo contractual sucedió el 02 de agosto de 2011, periodo este que se tomará en cuenta para efectos de determinar la caducidad; ahora bien, con el fin de agotar requisito de procedibilidad fue formulada solicitud de conciliación a la Procuraduría delegada ante este Tribunal el día 10 de febrero de 2012, fecha en la cual había vencido el término de los cuatro (04) meses establecidos en la Ley; por consiguiente al momento de presentación del medio de control, esto el 25 de julio del año actual, ya se encontraba caducada.

En ese sentido, cabe anotar que la caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad del Estado, y solo se debe proceder a su declaración cuando existan elementos de juicio que generen certeza en el juez, respecto de su acaecimiento, circunstancia esta que, observa la Sala, en el sub examine no cabe duda, pues el término de caducidad se estructuró el sábado 03 de diciembre de 2011 y como se dejó consignado con anterioridad, la demanda solo fue presentada ante la oficina judicial el día 25 de julio del año 2013, es decir de manera extemporánea.

En consecuencia, se procederá al rechazo de la demanda por encontrarse bajo el fenómeno extintivo de la caducidad del medio de control, de nulidad y restablecimiento del derecho.

Frente al rechazo de la demanda, el artículo 169 CPACA prevé:

1. Quando hubiere operado la caducidad

Expediente: 70-001-23-33-000-2013- 00179-00
Demandante: VALORCON S.A.- KMC S.A.S – JORGE LUÍS DAZA GARCÍA
Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO- SUCRE
Medio de Control: CONTROVERSIA CONTRACTUALES
Tema: RECHAZO DE LA DEMANDA POR OPERAR
FENÓMENO DE LA CADUCIDAD

2. Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida.
3. Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial

CONCLUSIÓN

La respuesta al problema jurídico es negativa, dado que el medio de control de controversias contractuales no es la vía idónea para atacar actos precontractuales, debiéndose interponer la de nulidad y restablecimiento del derecho, pero guardando el término legal para dicho medio de control.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE,**

RESUELVE:

PRIMERO: Rechazar la presente demanda por caducidad del medio de control de controversias contractuales.

SEGUNDO: Devuélvase al interesado o a su apoderado la demanda y sus anexos, sin necesidad de desglose.

TERCERO: Para efectos de esta providencia, en términos del mandato conferido, se tiene al **Dr. CRISTIÁN JOSÉ HERNÁNDEZ REDONDO** identificado con C.C. N° 8.722.585 expedida en Barranquilla portador de la Tarjeta Profesional N° 43051 del C.S. de la J., como apoderado de la parte demandante.

Se hace constar que esta providencia fue estudiada en la Sala de la fecha según ACTA N° 095.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUÍS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

Magistrado