

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA



SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”

SALVAMENTO DE VOTO DRA. MARÍA CRISTINA QUINTERO

Radicación	11001333403321100139-01
Medio de control	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	INFORMATIVA SIGLO 21 LTDA Y VISIONARY TECHNOLOGIES GROUP S.A.
Demandado	ECOPETROL S.A. Y OTRO

Con las debidas consideraciones para mis colegas de Sala, me aparto de la decisión mayoritaria, advertido que difiere del precedente de esta Subsección respecto del cual, aquella no argumenta con suficiencia su modificación¹, y como quiera que en mi criterio y conforme se establecía en el enunciado precedente horizontal, el efecto de ejercer la acción contractual con posterioridad al vencimiento de los 30 días siguientes a la notificación del acto de adjudicación, dispuesto en el artículo 87 del C.C.A, es la improcedencia de las pretensiones de restablecimiento formuladas por la parte demandante y no la caducidad total de la acción de controversias contractuales.

1. El artículo 87 del C.C.A², normatividad aplicable al caso concreto fijó el termino para promover la demanda contra el acto administrativo de adjudicación estableciendo dos (2) paradigmas:

La regla general, conforme a la cual, el acto administrativo de adjudicación podía demandarse con pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.

En contraste con el caso en concreto, el precitado plazo, evidencia superado para la fecha de radicación de la demanda génesis de la controversia que nos ocupa, contrastado conforme sigue:

- i) El acto administrativo de adjudicación fue proferido el 16 de octubre de 2009.
- ii) La demanda fue presentada el 1 de diciembre de 2010

¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 26 de junio de 2019, radicado 2011-01289, demandante Dirección Nacional de Estupefacientes, demandado Recibanc Ltada, MP María Cristina Quintero Facundo.

² Modificado por el artículo 38 de la Ley 446 de 1998, "(...) 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..." del Decreto - Ley 01 de 1984.

La regla especial, conforme a la cual, la demanda contra acto administrativo de adjudicación alegaba por vía de controversia contractual y como fundamentó de la pretensión de nulidad del contrato derivado de aquel, tenía como plazo dos (2) años.

Conjugando en su hermenéutica, que por razón de su naturaleza, su aplicación es de carácter restrictivo, y por consiguiente: **i) No habilita al demandante para que promueva la demanda por fuera del término que con criterio general establece la ley. ii) Es un desarrollo del numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993³, en cuanto enlista dentro de las causales de nulidad del contrato estatal, *que se declare la nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten.*⁴**

En conclusión y en régimen aplicable al caso que nos ocupa, si bien los denominados actos separables o precontractuales, conforme al artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con el precitado artículo 87 del C.C.A, era controvertible por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con un término de caducidad de treinta (30) días, no es menos cierto, que vencido el precitado plazo, la ilegalidad de los actos previos, caso del de adjudicación, podía invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, a través de la acción de controversias contractuales, con caducidad de dos (2) años, contados a partir del perfeccionamiento del contrato, según lo dispuesto por el artículo 136 del C.C.A., aunque sin pretensión indemnizatoria, que condiciona a que se formule dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁵.

En tal secuencia advertido que el Contrato No. 5206542 suscrito celebrado entre Ecopetrol y la Unión Temporal Gestión TIC Ecopetrol el **20 de octubre de 2009**, se tiene que para el **1 de diciembre de 2010**, fecha de radicación de la demanda, no había operado el fenómeno de caducidad frente a la controversia de nulidad del contrato.

2. En concordancia con lo expuesto, se tiene que el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, ha señalado que el efecto de ejercer la acción contractual con posterioridad al vencimiento de los 30 días siguientes a la notificación del acto de adjudicación, dispuesto en el artículo 87 del C.C.A, es la improcedencia de las pretensiones de restablecimiento formuladas por la parte demandante y no la caducidad de la acción contractual.

³ Artículo 44º.- *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 incurras 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".

⁴ Consejo de Estado, sentencia de fecha septiembre 10 de 2014, rad. interno 27203, refiere: "...De acuerdo con el artículo 87 del C.C.A., los actos precontractuales son demandables mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, según el caso. De llegar a celebrarse el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato. Es decir, que el término de 30 días que prevé la disposición anterior para demandar los actos precontractuales, mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, está condicionado a que el contrato adjudicado no se hubiese celebrado, pues, si ello es así, el licitante vencido deberá alegar la ilegalidad de los actos precontractuales, como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. Lo anterior resulta lógico, como quiera que, en el evento de que el juez declare la nulidad del acto mediante el cual fue adjudicado el contrato, éste quedará viciado de nulidad absoluta, por disposición del inciso 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, según el cual, los contratos del Estado son absolutamente nulos "cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten..."

⁵ En este sentido de esta Sala de Decisión, sentencias del 26 de junio de 2019, radicado 2011-01289, demandante Dirección Nacional de Estupefacientes, demandado Recibanc Ltada, y 05 de abril 2017, rad. 2011-00081; del 31 de mayo, rad. 2011-00095, del 10 de mayo, rad. 2005-02127-01, y del 05 de abril de 2017, rad. 2003-01007-00, M.P. JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA, retomando sentencias del 29 de enero de 2014, rad. Interno 30250 y del 27 de abril de 2016, rad. Interno 47085 del Consejo de Estado

Así, el H. Consejo de Estado⁶ ha precisado las diferentes situaciones que se pueden presentar en torno a la impugnación judicial del acto de adjudicación, teniendo en cuenta lo dispuesto por el legislador, en cuanto consagró la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho como las indicadas para su demanda, con un término mínimo de caducidad y limitando su ejercicio ante la celebración del contrato adjudicado. Para tal fin, distinguió tres hipótesis:

“La primera hipótesis se refiere a aquellos casos en los cuales el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación, se demanda ese acto administrativo previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial de nulidad del aludido acto administrativo, como el restablecimiento de sus derechos, cuestión ésta que de ordinario se concreta en el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el acto nulo y la consiguiente condena para repararlos.

Una segunda hipótesis dice relación con aquellos casos en los cuales hubiere transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo.

Así pues, si con posterioridad al vencimiento del aludido plazo de los 30 días se celebra el correspondiente contrato estatal, mal podría considerarse que quien dejó operar la caducidad administrativa para demandar el acto previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiese encontrar entonces en la acción contractual una oportunidad nueva para demandar aquello que no cuestionó judicialmente dentro del plazo que la ley le estableció para ese propósito⁷.

En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de, la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN, Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 25000-23-26-000-2006-01435-01(41889), Actor: CHINA NORTH INDUSTRIES CORP. –NORINCO-, Demandado: AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES Y TEXTILES FABRICATO TEJICÓNDOR S.A., Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL , además Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. 25646, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷ “[19] Se acude aquí tanto a la interpretación gramatical como sistemática del texto del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo modificado por la Ley 446 de 1998, de conformidad con las reglas de interpretación de los artículos 27 y 30 del Código Civil, para lo cual se emplea una técnica de hermenéutica jurídica conocida como la reducción al absurdo, puesto que evidentemente si la interpretación fuera la contraria, se llegaría a la consecuencia de que el término de 30 días fijado en la norma no tendría ningún alcance y que su vencimiento no conllevaría ningún efecto -puesto que estaría subsumido en el término general de 2 años- con lo cual se llegaría al absurdo de un disposición legal sin sentido u objeto, cuestión que resultaría contraria al principio de interpretación normativa, reiteradamente aplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, del efecto útil de la norma”.

resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a reclamar la declaratoria de "... ilegalidad de los actos previos solamente como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato".

La tercera hipótesis corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos⁸, pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiere ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal.

Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente⁹. (negrilla y subrayado fuera de texto)

⁸ “[20] De acuerdo con la sentencia C-712 de 2005 se advirtió que la posibilidad de demandar en forma separada los actos precontractuales cesa a partir de la celebración del contrato respectivo, interpretación en la cual se siguió la jurisprudencia del Consejo de Estado en auto de 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 y que se ha respetado en diversos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, según se relacionó anteriormente en el cuadro resumen de jurisprudencia”.

⁹ “[21] Esta conclusión se apoya también con un argumento a contrario sensu, que se utiliza para cuidarse de no extender la consecuencia de la norma a casos no previstos en ella, como sería la de permitir a la acción que se incoa después de vencido el término de 30 días un alcance distinto del establecido explícitamente en la parte final del párrafo segundo del artículo 87, cual es el de obtener la nulidad del contrato celebrado; en este

El proceso en comento, se ubica en la tercera hipótesis de las formuladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, porque la acción contractual se ejerció con posterioridad al vencimiento de los 30 días siguientes a la notificación del acto de adjudicación.

En conclusión, conforme al precedente de esta Subsección y el precedente del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el efecto de ejercer la acción contractual con posterioridad al vencimiento de los 30 días siguientes a la notificación del acto de adjudicación, dispuesto en el artículo 87 del C.C.A, es la improcedencia de las pretensiones de restablecimiento formuladas por la parte demandante y no la de nulidad total de la acción contractual, y en tal secuencia, en mi criterio el asunto debió ser estudiado de fondo.

Con mí acostumbrado respeto.

Firmado Por:

**MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

9fdf8f616b24554b32639b50247f7b98e8b3508479d5473449e99a646edfc825

Documento generado en 23/11/2020 05:08:42 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

sentido, el argumento que soporta la hipótesis consiste en señalar que la norma dispone que antes del vencimiento del término de los 30 días sí no se ha celebrado el contrato, procede demandar el acto en forma separada con el objeto de obtener su nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho y en sentido contrario una vez vencido el término mencionado sólo procede la impugnación conjunta de ambos actos y con el objeto exclusivo de la declaratoria de nulidad del contrato, lo cual excluye el restablecimiento del derecho no impetrado oportunamente”.