**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Naturaleza del acto precontractual - Derecho privado**

La actividad pre-contractual de las entidades excluidas no se rige por la Ley 80 de 1993, sino por el derecho privado y los principios de la función administrativa, los actos tienen naturaleza civil o mercantil, y su juez es el de la justicia ordinaria. (…) que la actividad pre-contractual de las entidades excluidas se expresa en actos civiles o mercantiles, pero su juez es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, porque son las partes del proceso y no el régimen del acto las que definen la jurisdicción. (…) la actividad pre-contractual de las entidades excluidas se expresa en actos administrativos y que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es quien los controla. (…) En línea con lo expuesto, para la Sala, el hecho de que una actividad se rija por un ordenamiento jurídico u otro –público o privado- no afecta la naturaleza de los actos que se producen a su amparo, es decir, que una cosa es el régimen sustantivo aplicable a un acto y otra la naturaleza jurídica del acto producido. (…)Lo mismo sucede con los contratos estatales, cuya naturaleza se intentó diferenciar en años anteriores. En la década de los 90’ algunos sectores sostuvieron que si el negocio se regía por el derecho privado el contrato era civil o estatal –según el caso-, y si se regía por el derecho público el contrato era administrativo. Posteriormente, el Consejo de Estado concluyó que el régimen jurídico no determinaba su naturaleza en tanto la misma debía guardar identidad con la calidad de las partes que integraban la relación negocial. (…) Aplicadas estas ideas al tema general que se examina, la inquietud que emerge es si los actos del trámite pre-contractual de las entidades excluidas son administrativos o tienen naturaleza civil o mercantil, con la incidencia que esto representa sobre el control judicial de los mismos y sobre los medios de control que admiten. (…) Así pues, en atención a que el acto de adjudicación de una invitación pública expedido por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá reviste la naturaleza de acto administrativo, es pasible de ser controvertido ante esta jurisdicción a través de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho invocada en la demanda.

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Caducidad de la acción**

En orden a abordar el análisis de este presupuesto procesal, se estima necesario precisar que la demanda fue presentada el 18 de diciembre de 2012, época en la cual se encontraba vigente la Ley 1437 de 2011 (CPACA), y por esa razón, en principio, las normas procesales que deben aplicarse al caso concreto son las contenidas en ese cuerpo normativo. (…) para demandar la nulidad y el restablecimiento del acto previo a la celebración del contrato, ciertamente, con sujeción a las aludidas reglas de aplicación normativa, la oportunidad de la interposición de la demanda debió examinarse a la luz de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 87 del C.C.A., a cuyo tenor se establecía que “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”. Así pues, se precisa que la fecha inicial del cómputo de caducidad corresponde al 13 de junio de 2012, día siguiente a aquel en que se notificó en audiencia el acto proferido el 12 de los mismos mes y año, por el cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá adjudicó la Invitación Pública No. ICSM -0673-2011 al consorcio Rehabilitación Tibitoc. De ahí que los 30 días de caducidad de la acción se cumplieron el 27 de julio de 2012, por manera que al haberse interpuesto la demanda el 18 de diciembre de 2012, la Sala concluye que la acción se ejerció por fuera del término legalmente establecido, sin que esta conclusión se altere por el hecho de que el 11 de octubre de ese mismo año se hubiera radicado la solicitud de conciliación prejudicial, puesto que para esa fecha ya la acción se encontraba caducada.

**TERMINACIÓN DEL CONTRATO - Falta de legitimación en la causa por pasiva**

Debe advertirse que el presupuesto de la legitimación en la causa por activa se vincula con la parte demandante y supone que la procedencia de la pretensión procesal que formula se soporte en el interés directo y sustancial que le asiste para debatir en el proceso aquello que reclama a través del ejercicio de la acción. (…) De contera, se impone concluir que si bien a la parte demandante le asistía interés directo para demandar la nulidad del acto de adjudicación, por las razones explicadas, en este caso no puede predicarse la misma legitimación en la causa por activa para formular la pretensión de terminación del contrato y así será declarado. (…) Con todo, sucede que en este evento la inviabilidad de examinar la pretensión de terminación del contrato no se concretó por cuenta de la relación de dependencia o de consecuencialidad asentada en la demanda respecto de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación que se halló caducada, en tanto que, en realidad, ambas constituyen pretensiones autónomas que subsisten por si solas, sin necesidad de ligarlas la una de la otra, al punto que las dos se ejercen a través de medios de control distintos y cuentan con términos de caducidad diferentes. Lo que ocurre en este asunto es que la procedencia de analizar la pretensión de terminación del contrato se diluye por la ausencia de legitimación en la causa de quien la eleva y no como consecuencia de la declaratoria de caducidad de la pretensión a la cual se subordinó.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., seis (06) de julio de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 25000-23-36-000-2012-00730-01(51920)**

**Actor: CONSORCIO TIBITOC**

**Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (Ley 1437 de 2011)**

Temas: NATURALEZA DE LOS ACTOS PRECONTRACTUALES PROFERIDOS POR ENTIDAD PÚBLICA EXCEPTUADA DE APLICACIÓN DE LEY 80 – revisten la naturaleza de actos administrativos / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONTRA ACTOS PRECONTRACTUALES – cómputo en los casos de tránsito de legislación / PRETENSIÓN DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO – están legitimados para incoarla las partes del contrato.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A el doce (12) de junio de dos mil catorce (2014), mediante la cual se dispuso (se transcribe literal, incluso posibles errores):

*“PRIMERO.- Se niegan las pretensiones de la demanda conforme a la parte motiva de esta providencia.*

*“SEGUNDO.- Se fija por agencias en derecho a favor de la entidad demandada – EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ, la suma de VEINTISÍES (SIC) MILLONES DE PESOS ($26’000.000).*

*“TERCERO.- Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por secretaría de la sección los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad a lo establecido por los artículos 7 y 9 del Acuerdo No. 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura”.*

*“(…)”.*

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012), por el consorcio Tibitoc 2012 integrado por las sociedades Metalúrgica Construcel Colombia S.A. Metacol, Nema Ingeniería Ltda., Ingeniería Construcciones y Equipos Conequipos Ing. Ltda. y Canoga Garden Construcciones S.A.S., en ejercicio del medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. con el fin de que: i) se declarara la nulidad del acto de adjudicación o aceptación de la oferta contenido en el documento No. FL0203F01-02 del 12 de junio de 2012; ii) se ordenara la terminación del contrato adjudicado, identificado con el número 1-01-25400-02672012 del 15 de junio de 2012; iii) se declarara que la propuesta del consorcio Tibitoc 2012 era la única con vocación de adjudicación y iv) se condenara a pagar en favor del demandante la suma de $2.637’115.735,00, por concepto de utilidad esperada como consecuencia de la ejecución del contrato que no le fue adjudicado, más los costos de participación en el procedimiento de selección que le dio origen.

**2. Los hechos**

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

**2.1.** El 10 de octubre de 2011, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá dio apertura a la Invitación Pública No. ICSM-0673-2011 para que los interesados presentaran ofrecimientos orientados a ejecutar la “construcción de las obras de rehabilitación del tramo 1 de la tubería PCCP de 78” TIBITOC – CASABLANCA”, cuyo presupuesto oficial estimado ascendió a $27.086’805.451.

**2.2.** Al procedimiento de selección se presentaron tres oferentes, a saber: 1) consorcio Tibitoc 2012; 2) consorcio Rehabilitación Tibitoc; 3) consorcio Acciona Fajardo.

**2.3.-** Luego de ser evaluadas las propuestas, la entidad demandada concluyó que la presentada por el consorcio Tibitoc 2012 no cumplía con los requisitos financieros, debido a que existía una diferencia en el valor reportado en el formulario No. 6 por el integrante Nema Ingeniería Ltda. en el rubro de gastos financieros frente a lo reflejado en los estados financieros de esa misma sociedad.

**2.4.-** Los proponentes presentaron sendas observaciones al informe de evaluación, lo cual motivó que la entidad produjera un nuevo cuadro de evaluación, según el cual ningún oferente cumplía con los requisitos financieros, técnicos y económicos.

**2.5.-** Se sostuvo que no obstante no encontrarse contemplado en los términos del procedimiento de selección, el 29 de marzo de 2012 la entidad procedió a generar un nuevo traslado para presentar observaciones frente al último informe, término dentro del cual se presentaron observaciones una vez más por parte del consorcio Rehabilitación Tibitoc y del consorcio Acciona Fajardo.

**2.6.** Lo anterior trajo como resultado la publicación de una nueva evaluación, de conformidad con la cual la propuesta del consorcio Acciona Fajardo habría de obtener el mayor puntaje.

**2.7.-** Se advirtió que la propuesta presentada por el consorcio demandante fue rechazada por no cumplir los requisitos financieros, supuestamente, al no haber diligenciado debidamente el formulario respectivo, dejando de lado el hecho de que con la oferta se acompañaron los documentos que soportaban la información que allí constaba, de tal suerte que los datos eran verificables por la entidad.

**2.8.** El 12 de junio de 2012 se llevó a cabo la audiencia en la cual se adjudicó la invitación pública No. ICSM-0673-2011 al oferente consorcio Rehabilitación Tibitoc.

**2.9.-** Como consecuencia, el 15 de junio de 2012, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y el consorcio Rehabilitación Tibitoc celebraron el contrato 1-01-25400-02672.

**3. Actuación procesal**

**3.1.** Por auto de 15 de abril de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y ordenó la notificación de la misma a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y al consorcio Rehabilitación Tibitoc, por conducto de su representante[[1]](#footnote-1).

**3.2. Contestación de la demanda**

**3.2.1.** Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.

La E.S.P. contestó la demanda, negó algunos hechos y aceptó otros como ciertos, con las aclaraciones respectivas.

Advirtió que los yerros en que incurrió el demandante al presentar su propuesta no podían ser asumidos por la entidad, ni corregidos por esta a partir de la revisión de los documentos aportados, pues eso equivaldría a atribuirle la responsabilidad de subsanar oficiosamente los defectos hallados.

En cuanto a las pretensiones formuladas, manifestó que no existía un daño susceptible de ser demostrado, dado que no era posible derivar perjuicios de una relación contractual que nunca surgió.

Presentó como **excepciones**, las siguientes:

Error en la nominación de la acción, bajo el argumento de que el medio de control que correspondía era el de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato.

Caducidad de la acción. Sostuvo que la fecha en que se rechazó la oferta del proponente fue el 30 de diciembre de 2011, mientras que la demanda se interpuso el 18 de diciembre de 2012, término superior a los cuatros meses dispuestos por la ley.

Inexistencia de nulidad e inexistencia de la obligación.

3.2.2. Consorcio Rehabilitación Tibitoc

El consorcio vinculado a través de representante contestó oportunamente y se opuso a las pretensiones elevadas por carecer de fundamento fáctico y legal.

Sobre ese mismo aspecto, alegó que la aceptación de la oferta que se identificaba en la demanda como acto administrativo de adjudicación, en realidad no ostentaba tal naturaleza, de tal suerte que no se encontraba sometido al control de legalidad por vía de acción de nulidad. Agregó que la pretendida invalidez de esa decisión no podía conllevar a la terminación del contrato celebrado, a lo cual sumó que no se incluyó la pretensión de nulidad del negocio jurídico.

Frente a los hechos de la demanda adujo que el consorcio demandante no cumplió con los requerimientos financieros para que su propuesta fuera considerada hábil y que resultaba violatorio del principio de igualdad aspirar a que la entidad subsanara oficiosamente el yerro en que incurrió.

Añadió que la propuesta del adjudicatario no presentó datos errados o tergiversados que pretendieran inducir a error a la EAAB.

Como medios exceptivos presentó los que denominó: i) ausencia de acto administrativo; ii) improcedencia en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; iii) ausencia de razones o motivos para declarar la terminación; iv) ausencia de razones o motivos para declarar la terminación del contrato de obra No. 1-01-25400-02672012 del 15 de junio de 2012; v) presunción de validez del contrato de obra No. 1-01-25400-02672012 del 15 de junio de 2012; vi) mejor derecho del consorcio Rehabilitación Tibitoc; vii) contradicción sustancial de los argumentos de la demanda; viii) ausencia de prueba sobre los elementos configurativos de la responsabilidad contractual alegada; ix) ausencia del daño; x) inobservancia de las reglas propias de la invitación a contratar y la presentación de ofertas; xi) incumplimiento del requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial; xii) caducidad de la acción; xiii) buena fe del consorcio Rehabilitación Tibitoc – Régimen de restituciones; xiv) imposibilidad de declarar la terminación del contrato.

**3.3. Audiencia inicial**

El 13 de noviembre de 2013 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. En desarrollo de la misma tuvo lugar la etapa de saneamiento, en la que se dejó sentada la ausencia de irregularidades que afectaran el curso del proceso y se resolvieron las excepciones de caducidad de la acción e ineptitud sustantiva de la demanda.

Al resolver la excepción de “*error en la nominación de la acción*”, la cual, en entender del fallador de primer grado, se fundamentaba en “*habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde*”, advirtió que la demanda fue admitida en consideración a que el medio de control que procedía era el de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter contractual, por tratarse de un acto que fue proferido dentro de un procedimiento de invitación pública adelantado para celebrar un contrato estatal, al punto que el término de caducidad que se tuvo en cuenta para analizar la oportunidad correspondió al de cuatro meses de conformidad con lo previsto en el literal c), numeral 2 del artículo 164 del CPACA. Con fundamento en lo anotado, negó el medio exceptivo.

Al resolver la excepción de caducidad, precisó que el acto por el cual se adjudicó la invitación pública No. ICSM-0673-2011 fue proferido el 12 de junio de 2012, por lo que a partir del día siguiente se iniciaba el cómputo de los cuatro meses. Con todo, indicó que el término se vio suspendido con ocasión del trámite conciliatorio, por un lapso de dos meses y tres días, de manera que su vencimiento se extendió hasta el 18 de diciembre de 2012, día en que se radicó la demanda. Como consecuencia, declaró impróspero el medio exceptivo.

Seguidamente se pronunció respecto de la excepción de “*incumplimiento del requisito de procedibilidad*” propuesto por el consorcio Rehabilitación Tibitoc, asunto en torno al cual manifestó que el acto administrativo demandado comportó el ejercicio de una actividad unilateral, de modo que era la entidad de la cual hubiera emanado la que estaría llamada a lograr un acuerdo conciliatorio y no así quien tuviera un interés directo en el resultado del proceso, condición en cuya virtud fue vinculado el consorcio adjudicatario a la presente causa.

Señaló, además, que la nulidad del contrato era un aspecto legal que concernía analizar en caso de que se anulara al acto de adjudicación, por lo que no resultaba necesario agotar el requisito de procedibilidad en relación con el adjudicatario.

Consideró que las demás excepciones versaban sobre aspectos sustanciales atinentes al fondo del asunto que habrían de resolverse al decidir la controversia.

Seguidamente, la primera instancia procedió a la fijación del litigio, para lo cual advirtió que la controversia se circunscribía a definir si fueron ajustados a derecho la calificación de “no cumple” asignada a la oferta del consorcio Tibitoc 2012 por el erróneo diligenciamiento del formulario No. 6, el trámite impartido a las observaciones del informe final de evaluación y la calificación y el orden de elegibilidad otorgado a la propuesta presentada por el demandante.

A continuación, se reconocieron y tuvieron como pruebas todos los documentos aportados por las partes y se procedió a decretar las solicitadas.

**4. Sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo del Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones:

En primer lugar, el *a quo* al iniciar su examen indicó que, de conformidad con el pliego de condiciones, cada una de las sociedades que conformaran el consorcio o unión temporal oferente debían diligenciar el formulario No. 6 y que se concluiría que la oferta “*no cumplía financieramente*” cuando quiera que el formulario presentara inconsistencias en la ecuación contable.

Luego de enunciar las pruebas obrantes en el plenario, la primera instancia consideró que, en efecto, la parte actora incurrió en un error al diligenciar la casilla denominada gastos financieros del formulario No. 6 por parte de la sociedad Nema Ingeniería Ltda., habida consideración de que no incluyó el monto correspondiente al ítem solicitado.

Añadió que a pesar de que el informe de evaluación financiera fue publicado por la E.A.A.B. y desde entonces los oferentes contaban con dos días para presentar observaciones, en el término concedido el demandante no se pronunció en relación con el informe en el que se consignó que no cumplía.

Dicho lo anterior, procedió a estudiar si el yerro evidenciado conllevaba a concluir que la propuesta no cumplía financieramente. Para ese propósito, puso de manifiesto que la entidad, tras revisar el formulario No. 6, solicitó al consorcio Tibitoc 2012 que aclarara el monto que debía consignarse en la casilla de gastos financieros, no obstante lo cual, el proponente no brindó la aclaración solicitada y se limitó a afirmar que en otras invitaciones no había sido descalificado por diligenciarlo de esa forma.

Estimó que no resultaba exigible a la entidad que una vez detectado el error presentado en la oferta del consorcio, procediera a estudiar la totalidad de los estados financieros allegados en orden a determinar la causa del mismo y a corregirlo, ya que esta conducta iría en contravía del principio de selección objetiva.

Explicó que a pesar de que, según el peritazgo rendido en el proceso por el perito contador designado, la suma equivocadamente reportada no afectaba la ecuación financiera de la sociedad, lo cierto era que sí existía una afectación contable a la luz de los datos consignados en el formulario y, en todo caso, su subsanación no era carga de la entidad pública, en tanto que de ser así, no tendría sentido exigir que se diligenciara el formulario de los indicadores financieros, sino que simplemente la contratante tendría que establecer los datos a través de los documentos contables aportados.

Puesto de presente el panorama, el operador de primer grado consideró que debían negarse las pretensiones de la demanda, por cuanto no se demostró que la oferta del demandante cumplía con las exigencias financieras previstas por la EAAB.

Por último, condenó en costas a la parte actora y fijó como agencias en derecho la suma de $26’000.000 en atención a que la parte demandada ejerció su defensa, se hizo presente en la audiencia inicial y en la audiencia de pruebas.

**5. El recurso de apelación**

El consorcio demandante interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Como fundamento de la alzada, expuso que la sentencia basó su decisión en argumentos de excesivo rigorismo y dejó de lado el hecho de que la entidad se apartó de la correcta aplicación típica de la causal invocada como soporte del calificativo “no cumple financieramente”.

Añadió que la propuesta del consorcio Tibitoc 2012 no incurrió en alguna de las causales previstas para derivar de allí la inhabilitación financiera, toda vez que el diligenciamiento equivocado de un formulario no llevaba a sostener que por ese hecho se habría de configurar una inconsistencia contable.

Agregó que el fallador no tuvo en cuenta el hecho de que el consorcio precisó al Acueducto que los estados financieros reposaban en la oferta y, a pesar de ello, fueron aportados nuevamente. De ahí sostuvo que era labor del órgano evaluador identificar la suma incorporada en el formulario No. 6 y, de esta manera, no se quebrantaría la ecuación financiera. Sobre este punto añadió que el formulario No. 6, cuyo diligenciamiento exigía la entidad, se hallaba indebidamente estructurado y no resultaría idóneo para demostrar alguna inconsistencia de la ecuación contable.

En relación con la falta de subsanación aludida en la sentencia, indicó que dicho argumento rendía culto a la forma, en cuanto ignoraba que el consorcio acompañó la oferta de los estados financieros de los cuales se extraía la información necesaria para encontrar la que en realidad correspondía, pues, en efecto, fue a partir de ese ejercicio que el evaluador identificó el yerro que bien podía corregir.

Consideró demasiado formalista que se exigiera la presentación de un nuevo formulario No. 6 para corregir el error, en cuanto la entidad tenía a su alcance la información necesaria para ese propósito y, en tal virtud, debía obrar de manera diligente y remover los obstáculos encontrados.

Reiteró que el traslado surtido el 28 de marzo de 2012 al informe de evaluación financiera no estaba previsto dentro de los términos y condiciones de la invitación, por manera que no le era exigible al demandante pronunciarse frente al mismo.

**6. Actuación en segunda instancia**

**6.1.** Mediante providencia del 12 de septiembre de 2014, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

**6.2.** Por medio del auto del 24 de octubre de 2014, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto. En el término otorgado, la parte demandada presentó su escrito de alegaciones, en el cual, en esencia, solicitó que se confirmara el fallo impugnado. La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter contractual: **2.1)** de la naturaleza de la decisión demandada; **2.2.)** caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; **3)** de la pretensión de terminación del Contrato No. 1-01-25400-02672012 del 15 de junio de 2012 y **4)** costas.

**1) Competencia del Consejo de Estado**

1.1.- Se tiene presente que el artículo 104[[2]](#footnote-2) de la Ley 1437 expedida en 2011 (C.P.A.C.A.), vigente a partir de 2 de julio de 2012, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios originados en actos y los contratos “*sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas”* e igualmente le corresponde conocer de los contratos “*cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.*

En esta oportunidad se enjuicia la nulidad del acto proferido el 12 de junio de 2012 por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, mediante el cual se adjudicó la Invitación Pública No. ICSM-0673-201, cuyo objeto consistió en contratar la construcción de las obras de rehabilitación del tramo 1 de la tubería PCCP de 78” Tibitoc – Casablanca, al consorcio Rehabilitación Tibitoc.

De manera consecuencial se solicitó que se ordenara la terminación del Contrato No. 1-01-235400-02672 012, celebrado el 15 de junio de 2012 entre la Empresa de Acueducto de Alcantarillado de Bogotá y el consorcio Rehabilitación Tibitoc como resultado del acto de adjudicación controvertido.

Así las cosas, se precisa que la parte demandada, Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. es una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Distrital y, en esa medida, con sujeción a lo dispuesto en la Ley 489 de 1998[[3]](#footnote-3), norma que acaba de referirse, ostenta la naturaleza de entidad pública. Por la razón advertida, esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto.

1.2.- Con fundamento en el numeral 5 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011 y teniendo en cuenta que el valor de la pretensión mayor[[4]](#footnote-4) resulta superior al monto equivalente a 500 salarios mínimos legales vigentes[[5]](#footnote-5) a la fecha de presentación de la demanda, se concluye que el proceso tiene vocación de doble instancia.

**2) Procedencia y oportunidad para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter contractual**

Previo a analizar lo concerniente a la procedencia de la pretensión que se formula, *prima facie* resulta necesario examinar la naturaleza del acto que se enjuicia, expedido por la entidad demandada, esto es, si corresponde a un acto administrativo susceptible de ser demandado ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en atención a que, no obstante ser materia del debate planteado por la defensa en torno a la viabilidad de debatir su legalidad, por ser expedido por una empresa de servicios públicos cuyo régimen contractual se encuentra gobernado por las normas del derecho privado y por guardar estrecha relación con la procedencia de la petición anulatoria invocada, la primera instancia guardó silencio sobre el particular.

2.1.- De la naturaleza de la decisión demandada

Se recuerda que la pretensión de nulidad recayó sobre el acto expedido el 12 de junio de 2012, por medio del cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, entidad pública cuya actividad contractual se encuentra regida por las normas del derecho privado[[6]](#footnote-6), adjudicó la Invitación Pública No. ICSM-0673-2011 con el objeto de contratar la construcción de las obras de rehabilitación del tramo 1 de la tubería PCCP de 78” Tibitoc – Casablanca.

Para el propósito enunciado en punto a la naturaleza de la decisión demandada, la Sala conviene la necesidad de reiterar las consideraciones esbozadas en un pronunciamiento[[7]](#footnote-7) dictado por esta Subsección en la pasada anualidad, en el cual se abordó el análisis concerniente ala posibilidad de controlar judicialmente las actuaciones propias del trámite precontractual que adelantan las entidades estatales excluidas de la Ley 80 de 1993.

En esa oportunidad, se inició por reconocer que las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 tienen un régimen contractual que vincula dos ordenamientos: el *privado*, de manera preponderante, como ordenador y determinador del aspecto sustantivo del negocio jurídico; y los *principios* de la función administrativa, los principios de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como organizadores supletorios del anterior régimen cuando aplica al Estado.

Esta combinación de ordenamientos es clara en vigencia del artículo 13 de la Ley 1150[[8]](#footnote-8), pero no lo fue antes de esta fecha, aun cuando sí fue ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, a tal punto que de allí se impulsó al legislador para sentarlo positivamente.

La circunstancia anotada ha suscitado en la actualidad interrogantes tales como ¿qué naturaleza tienen los actos pre-contractuales, qué naturaleza tiene el contrato y qué naturaleza tienen los actos contractuales e, incluso, los post-contractuales, cuando los expiden entidades excluidas de la Ley 80? Para despejar estas inquietudes, y por lo menos desde el punto de vista lógico, son admisibles tres respuestas:

*i)* Primera, que como la actividad pre-contractual de las entidades excluidas no se rige por la Ley 80 de 1993, sino por el derecho privado y los principios de la función administrativa, los actos tienen naturaleza *civil o mercantil*, y su juez es el de la justicia ordinaria.

*ii)* Segunda, que la actividad pre-contractual de las entidades excluidas se expresa en *actos civiles o mercantiles*, pero su juez es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, porque son las partes del proceso y no el régimen del acto las que definen la jurisdicción.

*iii)* Tercera, que la actividad pre-contractual de las entidades excluidas se expresa en *actos administrativos* y que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es quien los controla.

Las tres posturas tienen diferencias parciales, pero también semejanzas, y conviene precisar la posición del Consejo de Estado, de la cual procede la definición de la jurisdicción para conocer de estos asuntos.

En una sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 13 de abril de 2011 –exp. 37.423, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa-, la Sala juzgó la validez del reglamento interno de contratación de la Empresa de Teléfonos de Bogotá. La entidad pública en ejercicio de su oposición negó la naturaleza administrativa del acto que contenía el procedimiento de contratación y, por tanto, desconoció la posibilidad de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo controlara a través de la acción de simple nulidad. Al resolver, la Subsección C concluyó que se trataba de un *acto administrativo*, concretamente de un *reglamento*, por las siguientes razones:

*“Para la Sala resulta indispensable pronunciarse sobre este punto por dos razones. En primer lugar, porque la entidad demandada, al interponer el recurso de apelación, alegó que los actos demandados habían sido expedidos por la Junta Directiva de la ETB en cumplimiento de una disposición estatutaria amparada por el derecho privado y, por tanto, no se habían expedido en ejercicio de función administrativa. (…).*

*“Así las cosas, la intervención del Estado en materias ligadas con los fines sociales de este, hace que la normatividad aplicable no pueda ser en términos absolutos de derecho común, sino por el contrario, un régimen jurídico con un alto contenido de un derecho especial, esto es, el de derecho administrativo.*

*(…)*

*“Así las cosas, la Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los* ***actos necesarios para su administración,*** *en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital 100% público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá este sólo se aplicará de manera excepcional.*

*(…)*

*“En conclusión, el régimen jurídico al que se encuentran sometidos los servicios públicos domiciliarios en Colombia es especial, porque aunque la regla general es la aplicación de las normas del derecho privado, las características antes señaladas justifican que en algunos casos y para determinadas actuaciones se aplique el derecho público. Así las cosas, no es extraño que en determinados aspectos se deban adelantar verdaderos procedimientos administrativos y a las decisiones tomadas dentro de los mismos se les de la naturaleza de actos administrativos.*

*“Por todo lo expuesto, a juicio de la Sala, los actos demandados deben ser calificados como actos administrativos”.*

En línea con lo expuesto, para la Sala, el hecho de que una actividad se rija por un ordenamiento jurídico u otro –público o privado- no afecta la naturaleza de los actos que se producen a su amparo, es decir, que una cosa es el régimen sustantivo aplicable a un acto y otra la naturaleza jurídica del acto producido. A título ilustrativo, gran parte del régimen de la seguridad social –Ley 100 de 1993- rige en el sector privado y en el sector público. Sin embargo, cuando la Administración lo aplica, para conceder o negar prestaciones sociales o de salud, el acto que lo contiene es *administrativo*. En este evento no importa si la norma laboral es privada o pública, porque en cualquier caso el acto que concreta una situación jurídica particular o subjetiva es *administrativo*.

Lo mismo sucede con los *contratos estatales*, cuya naturaleza se intentó diferenciar en años anteriores. En la década de los 90’ algunos sectores sostuvieron que si el negocio se regía por el derecho privado el contrato era civil o estatal –según el caso-, y si se regía por el derecho público el contrato era administrativo. Posteriormente, el Consejo de Estado concluyó que el régimen jurídico no determinaba su naturaleza en tanto la misma debía guardar identidad con la calidad de las partes que integraban la relación negocial.

Como consecuencia, para precisar la naturaleza resulta intrascendente que el contrato se rija por la Ley 80 o por el derecho privado, lo determinante es que una de las partes del negocio tenga el carácter de entidad estatal.

Aplicadas estas ideas al tema general que se examina, la inquietud que emerge es si los actos del trámite pre-contractual de las entidades excluidas son administrativos o tienen naturaleza civil o mercantil, con la incidencia que esto representa sobre el control judicial de los mismos y sobre los medios de control que admiten.

En armonía con lo dicho y por las mismas razones expuestas, la Sala considera que se trata de *actos administrativos*, bien de *trámite* o bien *definitivos*, dado que su naturaleza no depende –se insiste- del régimen jurídico sustantivo que rija la cuestión decidida en el acto, sino de otras variables, esencialmente de la presencia de una entidad estatal, en ejercicio de una función administrativa, que define una situación jurídica y produce efectos jurídicos. Si el acto cumple esta definición es *administrativo* y, como resultado, es controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa, si concurren las condiciones del artículo 82 del CCA -hoy artículos 103 a 105 del CPACA-.

Para dotar de vigor esta conclusión, se precisa que la Sección Tercera, en la sentencia del 20 de abril de 2005 –exp. 14.519, CP. Ramiro Saavedra Becerra-, ya había declarado que la adjudicación de un procedimiento de contratación de una entidad estatal regida por normas privadas es un *acto* *administrativo*:

*“Se observa, en efecto, que recibidas y calificadas las propuestas por parte de la Universidad del Tolima, ésta decidió contratar con el señor Sierra, lo que significa que le adjudicó el contrato a este cotizante; aunque tal decisión no esté contenida en una resolución que así lo declare de manera expresa, constituye un acto administrativo cuya existencia se deduce de varios documentos:*

*“(…).*

*“Ya la sala en un caso similar en el que se comunicó a uno de los proponentes mediante un oficio del representante legal de la entidad, la decisión que había adoptado con relación a su propuesta y le informaba a quién había adjudicado el contrato, consideró que ese oficio cumplía con los atributos propios del acto administrativo, como quiera que provenía del funcionario competente, definía las expectativas del proponente frente a la adjudicación y culminaba la etapa de selección, (sentencia del 6 de noviembre de 1998, Exp. 10.832). 12 Auto del 14 de agosto de 2003. Expediente 25000232600020012509 01 (22.848)”.*

En un supuesto idéntico al del caso *sub iudice* -auto del 1 de febrero de 2011, Sección Tercera, Subsección C, exp. 42.109. CP. Olga Mélida Valle de De la Hoz- un consorcio demandó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá porque no le adjudicó un contrato. La Sala calificó el acto demandado como *administrativo*, y expresó que: “*En el sub lite, se demandó la nulidad del acto administrativo proferido por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá de fecha 08 de noviembre de 2010 que declaró desierta la licitación No. ICGH-0248-2010…”.* Agregó que: *“… resulta claro el hecho de que el acto administrativo que declara desierta una licitación, como el que aquí se demanda, es un acto previo al contrato y que por tanto el término para intentar la acción es el de 30 días...”*.

Esta perspectiva de pensamiento la reiteró la Subsección A en la sentencia del 12 de febrero de 2014 –exp. 28.209, CP. Mauricio Fajardo Gómez, de conformidad con la cual la decisión de una entidad financiera de naturaleza pública consistente en no adjudicar un contrato, producto de una invitación privada formulada al amparo del derecho comercial, contenía una manifestación unilateral de la Administración que produjo efectos jurídicos, puesto que fue a partir de su conocimiento que el interesado vio frustrado su interés legítimo en la contratación:

*“Todo lo anterior basta para concluir que el oficio No. 193 del 1 de febrero de 2000, en cuanto contuvo la decisión de no adjudicar el contrato a alguno de los proponentes y, por ende, produjo efectos jurídicos en la medida en que puso fin al procedimiento de selección e impidió al oferente que tenía el legítimo derecho a celebrar el contrato, constituyó un verdadero acto administrativo, por tanto susceptible de ser enjuiciado a través de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho que ahora se decide en segunda instancia”.*

Con apego a lo anotado, toda actuación administrativa, expresada o no bajo la forma de procedimiento, sin importar si el régimen sustantivo que la inspira es el derecho administrativo o el privado, forma parte de la actividad productora de *actos administrativos* -siempre que contengan una decisión que produzca efectos jurídicos-, por tanto, es susceptible de ser controlada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo[[9]](#footnote-9).

Esta conclusión, avalada en múltiples providencias, asegura la racionalidad de la actuación del Estado, el principio de legalidad, el control al ejercicio de la actividad administrativa y los derechos fundamentales.

La naturaleza del acto y su control se conecta con el primer principio, porque la existencia de un procedimiento no sólo resulta útil a quien lo realiza, para tomar una buena decisión, sino que sirve a la sociedad para garantizar que la entidad estatal que lo adelanta cumpla con las normas que lo regulan.

El principio de legalidad no se desvanece porque la Administración se encuentre sometida al derecho privado, en cuanto los principios de la función administrativa siguen vinculados a la actuación contractual del Estado, al margen del régimen sustantivo del negocio jurídico, cuestión que justifica, adicionalmente, que el principio de legalidad se incorpore a ese sistema y, por tanto, se implemente para que la jurisdicción controle a la Administración.

Sobre el control al ejercicio de la actividad administrativa, los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho dependen de que el acto enjuiciado sea administrativo, así que otra clase de decisión no tiene control a través de estos medios procesales. El juez administrativo, consciente de la función de apertura y cierre que tiene la calidad de acto administrativo o de acto civil o mercantil de las decisiones de la Administración, no puede declinar ante el deber constitucional que tiene de controlar el poder público, para lo cual debe favorecer los instrumentos y los medios que aseguren la racionalidad y la libertad que garantiza el ejercicio del control sobre las decisiones de la Administración.

Finalmente, los derechos fundamentales también se encuentran comprometidos en la respuesta que el Consejo de Estado ha brindado acerca de la naturaleza de los actos propios del procedimiento pre-contractual y contractual de las entidades excluidas de la Ley 80. En efecto, calificar un procedimiento de administrativo o dejar de hacerlo, y calificar un acto de administrativo o de mercantil tiene incidencia en la intensidad de la vigencia y protección de los derechos fundamentales: si la actuación y el acto son administrativos se incrementa el grado de vinculación de la entidad excluida a los derechos fundamentales.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo reconoce conscientemente esa relación, y apoyada en un juicio de ponderación elige la calificación o naturaleza jurídica que más garantías ofrece al sistema constitucional completo: el procedimiento es administrativo porque lo realiza la administración para cumplir una función administrativa asignada por el ordenamiento; y el acto es administrativo porque contiene una decisión enjuiciable ante la jurisdicción.

Esta elección, en todo caso, respeta el régimen sustantivo de derecho privado aplicable a las entidades excluidas -atenuado con la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, más la vigencia de los derechos fundamentales-. Por eso, se trata de una verdadera *ponderación* de valores y principios, porque el sacrificio de unos y otros no afecta la esencia de cada institución, pero se armonizan para que cada uno aporte lo mejor de su contenido, para construir una alternativa de derecho aplicable a la Administración.

Así pues, en atención a que el acto de adjudicación de una invitación pública expedido por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá reviste la naturaleza de acto administrativo, es pasible de ser controvertido ante esta jurisdicción a través de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho invocada en la demanda.

2.2.) Caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

En orden a abordar el análisis de este presupuesto procesal, se estima necesario precisar que la demanda fue presentada el 18 de diciembre de 2012, época en la cual se encontraba vigente la Ley 1437 de 2011 (CPACA), y por esa razón, en principio, las normas procesales que deben aplicarse al caso concreto son las contenidas en ese cuerpo normativo.

En secuencia con lo anterior, es de capital importancia realizar una precisión sobre el tránsito de legislación, teniendo en cuenta que en el presente caso el término fijado para la caducidad de la acción, según se observa, comenzó a correr en vigencia del Código Contencioso Administrativo, 13 de junio de 2012, día siguiente a aquel en que se notificó en audiencia la decisión de adjudicación que se demanda, lo que de suyo conduce a concluir que ese presupuesto se ha de regir por las disposiciones que estaban vigentes a esa fecha en materia de caducidad de la acción, esto es, el segundo inciso del artículo 87 del referido estatuto.

Lo dicho aplica aunque la demanda se hubiera presentado cuando ya se encontraba en vigor la Ley 1437 de 2011, contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) y el proceso se rija por las normas de este último código.

Sobre el particular, no puede perderse de vista que la aplicación inmediata de las normas sustanciales y procesales en atención a la fecha de presentación de la demanda, es un asunto distinto a la regla de aplicación de la ley en el tiempo cuando, previo al ejercicio del derecho de acción, se encontraba corriendo un término, como en este caso es el de caducidad, evento en el cual resulta imperioso remitirse a las normas que regulan la materia.

Así pues, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, consagraba lo siguiente:

*“**Artículo 40.  Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.*

Sobre la concreta la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para la determinación de la regla de caducidad cuando se presentan conflictos entre normas que, en principio, regulan la misma situación, esta Corporación puntualizó:

*“(…) la Sala considera que el 40 -se refiere al artículo- de la Ley 153 de 1887 debe aplicarse para definir el conflicto en el tiempo respecto de la aplicación de normas sobre caducidad,* ***en tanto se trate de términos que ya hubieren empezado a correr sin que haya iniciado el respectivo proceso****. En efecto, cuando el artículo 40 ibídem se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, está haciendo mención a las normas procesales, entre otras, a las normas de caducidad que, tal y como lo indica dicha norma, son de aplicación inmediata.* ***Teniendo en cuenta lo anterior, se modifica lo dicho por la Sala en la providencia del 27 de mayo de 2005, en los términos de este proveído****, de manera que, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo cuando se trate de leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del mismo, entre las cuales se consideran incluidas las normas que establecen términos de caducidad para el ejercicio de las acciones, que por ser de carácter procesal, son de aplicación inmediata****. En este orden de ideas, se tiene que la norma de caducidad aplicable deberá ser la vigente al momento en que ya hubieren empezado a correr los términos contemplados en normas legales anteriores, las cuales se aplicarán de manera preferente****”[[10]](#footnote-10)* (se subraya por la Sala).

En relación con la interpretación sistemática de los artículos 38[[11]](#footnote-11) y 40[[12]](#footnote-12) de la Ley 153 de 1887, la Sala conviene la necesidad de reiterar el pronunciamiento de la Subsección A en orden a distinguir la naturaleza procesal de las normas relativas a la caducidad de la acción contractual y el imperativo de aplicar, para efectos de establecer la oportunidad en el ejercicio de la acción, “*la normatividad vigente al momento que ocurre el supuesto que permite acudir a la jurisdicción”*, tal como se concluyó en la siguiente providencia:

“*Las normas relativas a la caducidad de la acción son de naturaleza procesal, pese a que tienen un trasfondo sustancial, porque limitan en el tiempo el ejercicio del derecho público de acción, por consiguiente, los límites objetivo - temporales que extinguen con el paso del tiempo la posibilidad de poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional se encuentran supeditados a la normatividad imperante al momento en que acontece el supuesto que permite acudir a la jurisdicción, en procura de la protección o de la satisfacción del derecho subjetivo conculcado, de manera que la inactividad del administrado, por el período determinado en la ley, genera inexorablemente la caducidad de la acción. Tal planteamiento se acompasa con lo previsto por los artículos 38 y 40 de la Ley 153 de 1887.”[[13]](#footnote-13).*

En pronunciamiento más reciente se reiteró esta posición y, en tal sentido, se expuso:

*“Según lo planteado, comoquiera que para el momento en que fue adoptada la Ley 1437 de 2011, ya había iniciado a correr el término de caducidad, toda vez que el contrato n.º 175 y la resolución 1567 fueron proferidos antes de esa fecha -7 de junio de 2011 y 4 de mayo de 2011-, entonces* ***es preciso que dicho término continúe rigiéndose por lo señalado en el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984, sin perjuicio de que en los demás asuntos procesales le sea dispuesto lo establecido en el Código Contencioso de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo****”[[14]](#footnote-14)* (se destaca por la Sala).

Aclarado lo anterior y a pesar de que el Tribunal de primera instancia al resolver el medio exceptivo de caducidad propuesto por la demandada consideró que en este caso resultaba aplicable el término de caducidad de cuatro meses dispuesto por el C.P.A.C.A. para demandar la nulidad y el restablecimiento del acto previo a la celebración del contrato, ciertamente, con sujeción a las aludidas reglas de aplicación normativa, la oportunidad de la interposición de la demanda debió examinarse a la luz de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 87 del C.C.A., a cuyo tenor se establecía que “*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*”.

Así pues, se precisa que la fecha inicial del cómputo de caducidad corresponde al 13 de junio de 2012, día siguiente a aquel en que se notificó en audiencia el acto proferido el 12 de los mismos mes y año, por el cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá adjudicó la Invitación Pública No. ICSM -0673-2011 al consorcio Rehabilitación Tibitoc.

De ahí que los 30 días de caducidad de la acción se cumplieron el 27 de julio de 2012, por manera que al haberse interpuesto la demanda el 18 de diciembre de 2012, la Sala concluye que la acción se ejerció por fuera del término legalmente establecido, sin que esta conclusión se altere por el hecho de que el 11 de octubre de ese mismo año se hubiera radicado la solicitud de conciliación prejudicial, puesto que para esa fecha ya la acción se encontraba caducada.

En mérito de las precisiones que anteceden, la Sala modificará la sentencia apelada, para, en su lugar, declarar que operó la caducidad de la acción frente a la pretensión de nulidad del acto de adjudicación dictado el 12 de junio de 2012, por el cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá adjudicó la Invitación Pública No. ICSM -0673-2011 al consorcio Rehabilitación Tibitoc y frente a su consecuencial restablecimiento del derecho[[15]](#footnote-15).

**3.- De la pretensión de terminación del Contrato No. 1-01-25400-02672012 del 15 de junio de 2012**

Además de pretender la nulidad del acto de adjudicación, el consorcio demandante, igualmente, de manera consecuencial, solicitó que se declarara la terminación del Contrato No. 1-01-24400-02672012 del 15 de junio de 2012, celebrado entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado y el consorcio Rehabilitación Tibitoc como resultado del procedimiento de selección.

Con todo, de la revisión de las decisiones sustanciadas en la primera instancia, tales como la admisión de la demanda, la audiencia inicial con su respectiva fijación del litigio y la sentencia impugnada, se observa que el *a quo* de forma automática y sin mayor razonamiento sobre el particular convirtió la pretensión de terminación del contrato en la invocación de nulidad del mismo.

Al respecto, la Sala considera que aun cuando la pretensión de nulidad del contrato está llamada a impetrarse a través del medio de control de controversias contractuales dentro de un término de caducidad de dos años contados desde su perfeccionamiento[[16]](#footnote-16), lo cierto es que en realidad esta súplica en momento alguno fue impetrada por la parte actora. Se itera que lo pretendido consistió en la declaratoria de terminación del negocio jurídico, de tal suerte que al haberse transformado oficiosamente la pretensión sin motivar el sustento de dicho proceder, resulta claro que se alteró la causa petendi.

En consonancia con lo anterior, debe advertirse que el presupuesto de la legitimación en la causa por activa se vincula con la parte demandante y supone que la procedencia de la pretensión procesal que formula se soporte en el interés directo y sustancial que le asiste para debatir en el proceso aquello que reclama a través del ejercicio de la acción.

En esos términos lo ha considerado la doctrina:

*“En el proceso contencioso administrativo, que no difiere sustancialmente de los demás, la parte demandante viene a ser así la que instaura o formula una pretensión o, en otros términos, la que acciona (…).*

*“Ordinariamente la parte demandante será el particular que se cree titular de un derecho lesionado o de un interés sea legítimo a general (…)”[[17]](#footnote-17)*

En línea con lo advertido, ocurre pues que, a diferencia de la pretensión de nulidad del contrato cuya titularidad recae sobre un tercero que acredite interés directo -acepción que por regla general al igual que la posibilidad de demandar los actos previos a la actividad contractual se ha restringido, además del Ministerio Publico, a los proponentes u oferentes del respectivo procedimiento de contratación-, el ejercicio de la pretensión de terminación del negocio jurídico, tanto en el Código Contencioso Administrativo como en el estatuto que lo reformó[[18]](#footnote-18) se reservó de manera exclusiva a las partes.

De contera, se impone concluir que si bien a la parte demandante le asistía interés directo para demandar la nulidad del acto de adjudicación, por las razones explicadas, en este caso no puede predicarse la misma legitimación en la causa por activa para formular la pretensión de terminación del contrato y así será declarado.

Ahora bien, resulta de importancia para la Sala referirse al alcance de la pretensión de carácter consecuencial como la aquí invocada declaratoria de terminación del contrato.

En el contexto planteado en la Litis, se tiene que el demandante pretendió que el efecto de la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación acusado desencadenara de manera directa en la terminación del contrato adjudicado, del tal suerte que la secuencia plasmada sugería que sólo de ocurrir lo primero se abriría paso a lo segundo que es normalmente el panorama que ofrece una súplica consecuencial en tanto su prosperidad se condiciona al éxito de la pretensión de la cual pende[[19]](#footnote-19), no obstante que en algunos casos las dos sean de naturaleza declarativa como acontece por ejemplo cuando se solicita la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación del negocio jurídico y, como consecuencia, la nulidad absoluta del contrato.

Así, de encontrar impróspera e incluso improcedente la primera, en principio, tendría que concluirse que la consecuencial estaría llamada a correr la misma suerte.

Con todo, sucede que en este evento la inviabilidad de examinar la pretensión de terminación del contrato no se concretó por cuenta de la relación de dependencia o de consecuencialidad asentada en la demanda respecto de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación que se halló caducada, en tanto que, en realidad, ambas constituyen pretensiones autónomas que subsisten por si solas, sin necesidad de ligarlas la una de la otra, al punto que las dos se ejercen a través de medios de control distintos y cuentan con términos de caducidad diferentes.

Lo que ocurre en este asunto es que la procedencia de analizar la pretensión de terminación del contrato se diluye por la ausencia de legitimación en la causa de quien la eleva y no como consecuencia de la declaratoria de caducidad de la pretensión a la cual se subordinó.

Con sustento en lo anotado, la Sala declarará la falta de legitimación en la causa por activa del consorcio demandante para formular la pretensión dirigida a obtener la declaratoria la terminación del Contrato No. 1-01-24400-02672012 del 15 de junio de 2012, celebrado entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado y el consorcio Rehabilitación Tibitoc.

**4) Costas**

El aspecto de las costas se encuentra regulado por el artículo 267 del C.P.A.C.A., en cuyo contenido se establece que “*Si prospera el recurso, total o parcialmente, la sala anulará, en lo pertinente, la providencia recurrida y dictará la que deba reemplazarla o adoptará las decisiones que correspondan. Si el recurso es desestimado, se condenará en costas al recurrente”.*

Adicionalmente, el artículo 188 de ese mismo Estatuto consagra que “*la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.*

De esta manera, con independencia de la buena fe con que las partes hubieran obrado en el presente recurso, el extremo demandante habrá de ser condenado en costas en favor del demandado por cuanto apoyó la alzada en argumentos que no han de prosperar.

Así las cosas, la Sala condenará en costas a la parte actora en los términos previstos por el artículo 366 del Código General del Proceso que impone su liquidación de manera concentrada por parte del Tribunal de origen. Para el efecto señalado, el *a quo* deberá atender las reglas previstas en dicho precepto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**F A L L A**

**1.- MODIFICAR** lasentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera- Subsección A, el doce (12) de junio de dos mil catorce (2014) y, en su lugar se dispone lo siguiente:

*“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de caducidad de la acción a través de la cual se invocó la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho frente el acto administrativo dictado el 12 de junio de 2012, por el que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá adjudicó la Invitación Pública No. ICSM -0673-2011 al consorcio Rehabilitación Tibitoc, por lo expuesto en precedencia.*

*“SEGUNDO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por activa del consorcio Tibitoc 2012 para formular la pretensión dirigida a obtener la declaratoria de terminación del Contrato No. 1-01-24400-02672012 del 15 de junio de 2012, celebrado entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado y el consorcio Rehabilitación Tibitoc como resultado del procedimiento de selección, por los motivos expuestos anteriormente.*

*“TERCERO: Se fija por agencias en derecho por la primera instancia a favor de la entidad demandada – Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, la suma de VEINTISEIS MILLONES DE PESOS ($26’000.000)”.*

**2.-** **CONDENAR** a la parte actora a pagar las costas que se hubieren causado en esta instancia. Como consecuencia, el Tribunal de origen deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 366 del Código General del Proceso.

**3.-** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Folio 83-85, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. **“**Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo**.** La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

   *“Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

   *“(…).*

   *“2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 489 de 1998. *“****Artículo******38º.-*** *Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:*

   *“(…).*

   *“2. Del Sector descentralizado por servicios:*

   *“(…).*

   *“b. Las empresas industriales y comerciales del Estado”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. $2.637’115.735, folio 34 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. $283’350.000, con fundamento en el salario mínimo legal vigente de 2012 ($566.000 X 500). [↑](#footnote-ref-5)
6. Así lo consagra el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, por la cual se modificó parcialmente la Ley 142 de 1994. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 24 de octubre de 2016, Exp. 45607, Actor: Sociedad Aguas de los Andes, Demandado: Empresas Públicas de Neiva. [↑](#footnote-ref-7)
8. *“Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos*[*209*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr006.html#209)*y*[*267*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr009.html#267)*de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.* [↑](#footnote-ref-8)
9. Del mismo modo, Luis Cosculluela Montaner, en Manual de Derecho Administrativo – Vigésima sexta edición. Editorial Aranzadi S.A. 2015. Pamplona. Páginas 424 y 425-, al definir los contratos privados en los siguientes términos considera que:

   *“Estos contratos se rigen, en cuanto a su preparación y adjudicación, por el TRLCS y sus normas de desarrollo; supletoriamente por las restantes normas del derecho administrativo que le sean de aplicación o en su defecto por las normas de derecho privado que correspondan en virtud de la forma organizativa de la entidad contratante. Y en cuanto a sus efectos y extinción por el derecho privado.*

   *“(…).*

   *“También se atribuyen a esta Jurisdicción las cuestiones referentes a la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada; en particular, de las derivadas de la resolución de los recursos especiales para estos contratos armonizados. Mientras que las demás cuestiones que se susciten con relación a sus efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos privados compete a la jurisdicción ordinaria. Esta atribución de competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque el contrato tuviera la naturaleza de contrato privado de las cuestiones que se susciten en cuanto a la preparación y adjudicación de los contratos privados se realiza en virtud de la teoría de los actos separables.*

   *“Esta teoría fue elaborada por el Consejo de Estado francés y defiende en esencia que las reglas administrativas, sobre la competencia, preparación del contrato, selección de contratistas y adjudicación del contrato son actes detachables del régimen de fondo de los contratos privados que celebre la Administración, que se rigen siempre por el derecho administrativo y se enjuician por la jurisdicción contencioso-administrativa”.* [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente, Mauricio Fajardo Gómez, providencia del 11 de octubre de 2006, Exp: 30.566. [↑](#footnote-ref-10)
11. *Ley 153 de 1887. “Artículo 38****.*** *En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición:*

    *“1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y, 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido”.* [↑](#footnote-ref-11)
12. *Ley 153 de 1887. “Artículo 40 (modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso). “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*

    *“Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas,* ***los términos que hubieren comenzado a correr****, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo,* ***se regirán por las leyes vigentes cuando*** *se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias,* ***empezaron a correr los términos****, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.*

    *“La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad".* (La negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 9 de octubre de 2013, radicación número: 85001-23-31-000-2002-00289-01(25440), actor: Cooperativa de Desarrollo Territorial – Codeter, demandado: Corporación Autónoma Regional de la Orinoquia.- Corporinoquía; reiterada en la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (e), sentencia de 16 de julio de 2015, radicación 25000232600020050017601 (40325), demandante: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, demandado: Agropecuaria El Palmarito Limitada y Seguros del Estado S.A. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Auto de fecha 5 de marzo de 2015, M.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp: 49.307. [↑](#footnote-ref-14)
15. Fls. 20-24 C5. [↑](#footnote-ref-15)
16. Esta regla se mantuvo con la expedición de la Ley 1437 de 2011, con la variación alusiva a que el cómputo de los dos años iniciaría a partir del día siguiente a su perfeccionamiento. [↑](#footnote-ref-16)
17. Betancur Jaramillo Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, Medellín, Octava Edición, 2013, página 208. [↑](#footnote-ref-17)
18. C.C.A. “***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*”.

    C.P.A.C.A*. “****Artículo 141. Controversias contractuales.*** *Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley”.* [↑](#footnote-ref-18)
19. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de septiembre de 2009, Exp. 2003-00318, M.P. William Namén Vargas. “*Tal hermenéutica edifica la errónea interpretación de la demanda imputada al tribunal por desconocer que la súplica subsidiaria no era una ‘pretensión autónoma, sino una pretensión accesoria o sucesiva o consecuencial”, necesariamente ligada al pedimento principal y a su prosperidad, ya que “la demanda plantea ‘varias súplicas fincadas en la misma ‘causa petendi’*”. [↑](#footnote-ref-19)