**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Actos de trámite – Actos definitivos - Definición**

Los actos preparativos o de trámite son aquellos actos que se dan a lo largo de una determinada actuación administrativa y que le permiten a la administración reunir los elementos de juicio necesarios para que pueda adoptar una decisión definitiva para dar fin a la misma. (…) Por su parte, los actos administrativos de carácter definitivo son aquellos que sí resuelven de fondo el asunto que es objeto de una determinada actuación administrativa y que ponen fin a la misma.

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Principio de publicidad – Procedencia – Audiencia pública de adjudicación – Antes de suscripción del contrato**

La acción que ha promovido el demandante es la de nulidad y restablecimiento del derecho contra unos actos previos a la celebración del contrato como lo son unos actos proferidos en el curso de una audiencia de adjudicación, acción ésta que es procedente siempre y cuando no se haya celebrado el contrato, pues de lo contrario la que resulta pertinente es la acción contractual, debiendo pedirse entonces no sólo la nulidad de los actos administrativos previos sino también la nulidad absoluta del contrato. En éste orden de ideas, para la Sala es claro que la demanda fue presentada cuando el contrato ya se había celebrado y por consiguiente, tal como lo disponía el inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la acción procedente era la acción contractual y no la invocada de nulidad y restablecimiento del derecho. Como el demandante promovió en este caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en ejercicio de ella, ha construido sus pretensiones y como quiera que la que ha debido promover por mandato legal es la contractual, resulta que lo que se imponía era declarar la ineptitud sustantiva de la demanda.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 76001-23-31-000-2002-02603-01(51360)**

**Actor: SISO UT SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD DE OCCIDENTE**

**Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y OTROS**

**Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (APELACIÓN SENTENCIA)**

Contenido: Descriptor: Se declara como probada de Oficio la excepción de Ineptitud sustantiva de la demanda interpuesta contra los actos administrativos precontractuales por no haberse demandado la nulidad absoluta del contrato /Restrictor: Los actos administrativos previos y de trámite/La acción procedente para demandar la nulidad se los actos administrativos precontractuales una vez celebrado el contrato/El principio de publicidad y la notificación de las decisiones adoptadas en el curso de la audiencia pública de adjudicación/ La función de interpretación integral de la demanda.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 17 de junio de 2013 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se declaró la ineptitud sustantiva de la demanda por improcedencia de la acción y se inhibe para emitir un pronunciamiento de fondo sobre el asunto.

**I. ANTECEDENTES**

1. **Lo Pretendido.**

El 24 de junio de 2002[[1]](#footnote-1) la **Unión Temporal** **Servicios Integrales de Salud de Occidente U.T. – Siso U.T.-,** conformada por las sociedades **Asociación Servir Médicos – Servimédico-, Clínica de Occidente de Tuluá S.A., Apoyos Diagnósticos de Occidente S.A. y Médicos Asociados S.A.** presentó demanda contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio, Fiduciaria la Previsora S.A. y el Consorcio Cosminorte Valle**, conformado por las firmas **Organización Clínica General del Norte S.A., y la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía. Ltda.-Cosmitet Ltda.**, solicitando que se declarara la nulidad de los actos administrativos proferidos en el curso de la audiencia pública de adjudicación que tuvo lugar el 21 de mayo de 2002, mediante las cuales el Consejo Directivo del Fondo Nacional del Magisterio resolvió adjudicar la Licitación Pública No. 104 de 2002 al **Consorcio Cosminorte Valle**, recomendando e impartiendo instrucciones a la Fiduciaria la Previsora S.A. para que suscribiera el respectivo contrato con dicha firma.

Solicita, como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, que se declare que ésta tenía derecho a celebrar el contrato objeto de la licitación pública No. 104 de 2002.

Pide también, que se declare la responsabilidad administrativa de las demandadas y que en consecuencia se les condene al reconocimiento y pago de los perjuicios que le fueron ocasionados por la no adjudicación del contrato en las sumas que resultaren probadas.

Solicita además que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Estima la cuantía total del proceso en la suma equivalente a $3.870´278.000,00 por concepto de las utilidades netas dejadas de percibir por no celebrar el contrato.

1. **Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.**

El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio ordenó la apertura de la licitación pública No. 104 de 2002, que tuvo por objeto contratar la prestación de los servicios médico asistenciales a los docentes y sus familias en el Departamento del Valle del Cauca dentro del periodo comprendido entre el 16 de mayo de 2002 y el 31 de diciembre de 2003.

A dicha licitación presentaron su propuesta tanto la Unión Temporal demandante Servicios Integrales de Salud de Occidente U.T. – Siso U.T.-, como el Consorcio Cosminorte Valle conformado por las firmas Organización Clínica General del Norte S.A. y la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía. Ltda.,Cosmitet Ltda.

A través del Numeral 3.2.4.8. del pliego de condiciones se consagró como una de las causales de rechazo de las propuestas la no presentación de los estados financieros en los términos previstos en el numeral 3.2.2.1., es decir con sus respectivas notas y fechas, debidamente dictaminados en los casos previstos en la Ley y firmados por el representante legal de la Entidad, su contador o revisor fiscal en su caso.

Mediante acta del 26 de abril de 2002 el Comité Regional del Valle del Cauca, luego de evaluar y calificar las propuestas presentadas recomendó adjudicar la licitación pública No. 104 de 2002 a la Unión Temporal accionante por haber obtenido el mayor puntaje.

De dicha acta se le dio traslado a los proponentes para que presentaran sus observaciones.

El 3 de mayo de 2002 tuvo lugar la audiencia de observaciones a la evaluación y calificación de las propuestas y se presentaron los informes evaluativos de carácter técnico, jurídico y financiero efectuados por la Fiduciaria la Previsora S.A. en la que la Unión Temporal accionante obtuvo 350 puntos y el Consorcio Cosminorte Valle 348.29 puntos.

Por medio de un Oficio presentado en esa misma fecha el Representante Legal de la Unión Temporal accionante objetó la propuesta presentada por el Consorcio Cosminorte Valle argumentando que ésta debía ser rechazada por no entregar los Estados Financieros en los términos previstos en el pliego de condiciones, pues los presentados por Cosmitet Ltda., una de las sociedades que lo conformaban habían sido dictaminados por la Señora Martha Cecilia Quintero Quiroga, quien simultáneamente ostentaba la calidad de Revisora Fiscal y de Directora Financiera y Contable de dicha sociedad; y presuntamente tenía vínculos de parentesco con su gerente el señor Miguel Ángel Duarte Quintero.

En el informe final de evaluación de las propuestas la Fiduciaria la Previsora S.A. consideró que tal como lo afirmó la accionante no resultaban válidos los estados financieros dictaminados allegados por el Consorcio Cosminorte Valle teniendo en cuenta que la señora Martha Cecilia Quintero Quiroga ostentaba simultáneamente la calidad de Revisora Fiscal y de directora financiera y contable de la Sociedad Cosmitet Ltda., lo que configuraba la causal de rechazo de la oferta prevista en el No. 3.2.4.8 del pliego de condiciones.

El 21 de mayo de 2002 se llevó a cabo la audiencia pública de adjudicación en desarrollo de la cual la Fiduciaria Previsora S.A., en su calidad de administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sustentó la evaluación de las propuestas efectuada, señalando haberle otorgado 350 puntos a la Unión temporal accionante y 348.29 puntos al Consorcio Cosminorte Valle.

No obstante lo anterior y sin tener en consideración las recomendaciones y observaciones presentadas tanto por el Comité Regional del Valle del Cauca, como por la Fiduciaria Previsora S.A., en el curso de la misma audiencia el Consejo Directivo del Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio resolvió adjudicar la audiencia pública No. 104 de 2002 al Consorcio Cosminorte Valle.

Afirma que los actos administrativos del 21 de mayo de 2002 fueron expedidos con violación a las normas que rigen la actividad contractual de las Entidades Estatales y al derecho de audiencia, de forma irregular y con abuso o desviación de las atribuciones propias de la autoridad que los expidió.

Señala que para la fecha de presentación de la demanda no se le han notificado en legal forma los actos expedidos en la audiencia pública que tuvo lugar el 21 de mayo de 2002 y que con la única información con la que cuenta es con la decisión proferida en estrados ése mismo día.

Dice que con los actos administrativos impugnados se vulneraron los artículos 6,13,29,83,84,121,209 y 211 de la Constitución Política;1º,2º,3º, 11,12,23,24,25,26,28,29,30 y 77 de la Ley 80 de 1993; 3 y 23 del Decreto No. 679 de 1994; 2 y 4 del Decreto No. 287 de 1996; 1º,2o y 11 del Decreto 855 de 1994; 37 del Decreto No. 2150 de 1995; 8 de la Ley 153 de 1887; 205 No. 3, 208 860 y 860 del Código de Comercio, 10 de la Ley 145 de 1960; 7 de la Ley 43 de 1990; 3, 5 No. 2 y 7 No. 2 de la Ley 91 de 1989, 1º ordinales b,c y e y 4º del Decreto No. 1775 de 1990; 35,36,69 y 73 del Código Contencioso Administrativo; invitación pública No. 1 numerales 3,2,4.8 y 3.2.1.1.

1. **El trámite procesal.**

Admitida que fue la demanda[[2]](#footnote-2) y noticiados los demandados del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y dentro del término tanto la demandada Corporación de Servicios Médicos internacionales Them y Cia. Ltda. Cosmitet Ltda.[[3]](#footnote-3), como el Consorcio Cosminorte Valle[[4]](#footnote-4), la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[[5]](#footnote-5) y la Fiduciaria la Previsora S.A.[[6]](#footnote-6) le dieron respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas[[7]](#footnote-7) se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por la Unión Temporal demandante y las demandadas Fiduciaria la Previsora S.A. y la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.**

En sentencia del 17 de junio de 2013 el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca declaró de oficio la ineptitud sustantiva de la demanda y se inhibió para emitir un pronunciamiento de fondo sobre el asunto.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Hace referencia al artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y a una sentencia proferida el 27 de enero de 2012, para luego señalar que teniendo en cuenta que en el presente asunto los actos administrativos precontractuales demandados habían sido proferidos el 21 de mayo de 2002 y que para la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 24 de junio de 2002 ya se había celebrado el contrato No. 1122-62/2002 del 23 de mayo 2002 entre la Fiduciaria la Previsora S.A. en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Consorcio Cosminorte Valle, la acción procedente para demandar su nulidad y la nulidad absoluta del contrato celebrado era la acción de controversias contractuales.

Señala que teniendo en cuenta que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta no se identificaba con la acción de controversias contractuales, tampoco resultaba procedente dar aplicación al principio de *iura novit curia.*

Por último, afirma que la indebida escogencia de la acción da lugar a un fallo inhibitorio e impide que el juez analice de fondo el asunto o que resuelva las excepciones propuestas por los demandados.

Concluye declarando como probada la excepción de inepta demanda e inhibiéndose para emitir un pronunciamiento de fondo sobre el asunto.

**III. EL RECURSO DE APELACIÓN.**

Contra lo así resuelto la parte demandante instauró el recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

Dice que incurre en grave equivocación el Tribunal de primera instancia al afirmar que en el presente asunto se ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, pues de la lectura de la demanda se evidencia que la acción impetrada es la contractual de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 87 de ese mismo estatuto dentro de los 30 días siguientes a la expedición de los actos administrativos impugnados.

Señala que si bien no se solicitó expresamente la nulidad del contrato, de la interpretación de las pretensiones de la demanda se lograba evidenciar que la prosperidad de todas ellas implicaban necesariamente la declaratoria de nulidad del contrato suscrito.

Trae a cuento algunas sentencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación relativas a la función de interpretación de la demanda, para luego señalar que en el presente asunto de las pretensiones, los hechos y los fundamentos jurídicos de la demanda se lograba evidenciar que la acción impetrada era la prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo solicitando la nulidad del contrato suscrito, interpretación a la que debía llegar el Juez Contencioso Administrativo con fundamento en el artículo 228 de la Constitución Política.

La decisión de adjudicar el contrato al Consorcio Cosminorte Valle fue caprichosa y se adoptó con violación a los principios de transparencia, igualdad y selección objetiva, pues no sólo se le adjudicó el contrato a la firma cuya propuesta obtuvo el menor puntaje, sino que ésta se encontraba incursa en una causal de rechazo, circunstancia que fue advertida tanto por el Comité Regional del Valle del Cauca, como la Fiduciaria la Previsora S.A.

Dice que en los términos del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con los artículos 87 del Código Contencioso Administrativo y 44 de la Ley 80 de 1993, el Juez contencioso administrativo se encuentra facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta de los contratos cuando entre otras circunstancias, se declaren nulos los actos en que se fundan.

Señala que en el presente asunto se presentó una nulidad sobreviniente por violación al debido proceso en el recaudo de las pruebas solicitadas, pues si bien se pidió una prueba pericial y ésta fue decretada y practicada en el proceso, no se ordenó su traslado para que las partes pudieran ejercer su derecho de contradicción y no fue tenida en cuenta por el Tribunal para adoptar su decisión.

Manifiesta que dicha prueba resultaba fundamental, pues a través de la misma se lograba acreditar que con la acción interpuesta se pretendía la declaratoria de nulidad del contrato, que la propuesta presentada por la accionante era la mejor y la más favorable a la administración y que por tal razón debía adjudicársele el contrato.

Por último, señala que también se incurrió en una falla procesal al no ordenarse la exhibición o inspección de pruebas documentales que habiendo sido solicitadas por la accionante y decretadas por el Tribunal de primera instancia, no fueron aportadas por las demandadas.

Con base en las anteriores consideraciones, solicita que la sentencia impugnada sea revocada y que en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

**IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público no se pronunció en este asunto.

No advirtiendo causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes:

**V. CONSIDERACIONES**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por el actor en el presente asunto, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** Actos administrativos preparativos o de trámite y actos administrativos definitivos; **2)** Acción procedente para demandar la nulidad de los actos administrativos precontractuales una vez celebrado el contrato; **3)** El principio de publicidad y la notificación de las decisiones adoptadas en el curso de la audiencia pública de adjudicación; **4)** La Función de interpretación integral de la demanda; **5)** La solución del caso concreto.

1. **Actos administrativos preparativos o de trámite y actos administrativos definitivos.**

Ya en anteriores oportunidades ésta Subsección había señalado al respecto:

“*Los actos administrativos preparativos o de trámite pueden ser definidos como aquellos que no resuelven de fondo un asunto que es objeto de una determinada actuación administrativa y que no ponen fin a la misma, pero que dan impulso a ésta.*

*Con otras palabras, los actos preparativos o de trámite son aquellos actos que se dan a lo largo de una determinada actuación administrativa y que le permiten a la administración reunir los elementos de juicio necesarios para que pueda adoptar una decisión definitiva para dar fin a la misma.*

*Por su parte, los actos administrativos de carácter definitivo son aquellos que sí resuelven de fondo el asunto que es objeto de una determinada actuación administrativa y que ponen fin a la misma.*

*Ahora bien conforme a los artículos 49 y 50 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 135 de ese mismo Estatuto, los actos administrativos que son susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción Contencioso Administrativa son aquellos que ponen fin a un procedimiento o actuación que ha sido adelantada por la administración, bien sea que por medio de éstos la administración decida de fondo el asunto objeto de la actuación administrativa y ponga fin a la misma, siendo entonces un acto administrativo definitivo, o aquellos que siendo de trámite también pongan fin al procedimiento o actuación por ser imposible continuarla[[8]](#footnote-8)”[[9]](#footnote-9)*

Así las cosas, es evidente que el acto de adjudicación es un acto de carácter definitivo, pues por medio de éste se le pone fin al proceso de selección que se trate.

1. **Acción procedente para demandar la nulidad de los actos administrativos previos**

Previamente a la entrada en vigencia del artículo 32 y 44 de la Ley 446 de 1998, disposiciones por medio de las cuales se modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, éste mediante su inciso 2º preveía que los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual, serían demandables en ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de un término de caducidad de cuatro (4) meses contados a partir de su notificación.

De ésta forma, en concordancia con lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 se entendía que la nulidad del acto administrativo de adjudicación podía solicitarse en ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los 4 meses contados a partir de su notificación.

Ahora bien, el inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, con la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, dispuso 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. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado este, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.”*

Como podrá verse, este inciso segundo hace mención a las acciones que son procedentes contra los actos administrativos que se han proferido antes de la celebración del contrato y señala como tales a la de nulidad, la de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción contractual, pero debe quedar claro que la escogencia de la pertinente no queda al arbitrio del demandante pues allí de manera perentoria se prevé que una vez celebrado el contrato, los actos previos no pueden ser cuestionados sino mediante la acción contractual toda vez que su ilegalidad no puede invocarse sino como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

La Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998 sostuvo, lo que ya era verdad sabida por la claridad del texto legal que así lo disponía, que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo se podía alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato:

*“De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.”*[[10]](#footnote-10)

Ulteriormente la Corte Constitucional al analizar nuevamente la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, aunque respecto de otros apartes diferentes a los examinados en la anterior oportunidad, concretamente la expresión *“una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato”,* hizo suyas las argumentaciones que adujo la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado[[11]](#footnote-11) al resolver sobre la apelación de un auto que rechazó una demanda:

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

*(…) En este orden de ideas, si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos, o vencido este término, quien esté legitimado para impugnarlos, sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual y dentro del término de caducidad de dos años previsto en el art. 136 del C.C.A. para las acciones contractuales. Lo cual significa que esa disposición favorece también a aquel proponente o interesado en impugnar cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato y que dejó vencer el término de los 30 días fijados por la ley, háyase celebrado o no el contrato. De persistir su interés en impugnarlos podrá hacerlo a través de la acción contractual, a condición de impugnar no sólo los actos sino necesariamente el contrato, que ya para ese momento debe haberse celebrado.”*[[12]](#footnote-12)

Pues bien, del texto legal y del precedente jurisprudencial citado se desprende de manera irrefragable que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual y por consiguiente en tal caso habrá de pretenderse no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato.

Sobre este último aspecto esta Subsección precisó:

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

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

*Con otras palabras, si la invalidez del contrato estatal es la consecuencia de la ilicitud de esos actos administrativos, hay que declarar la ilegalidad de estos para poder decretar la nulidad absoluta de aquel y por supuesto que para que aquello ocurra, tal declaratoria de ilicitud debe haber sido pretendida en la demanda ya que ese extremo no puede ser objeto de un pronunciamiento oficioso como sí lo podría ser la nulidad absoluta del contrato.”[[13]](#footnote-13)*

1. **El principio de publicidad y la notificación de las decisiones adoptadas en el curso de la audiencia pública de adjudicación.**

Uno de los principios que orienta la actuación administrativa es el de publicidad[[14]](#footnote-14) según el cual *“las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código o la ley”[[15]](#footnote-15)* y por lo tanto toda decisión administrativa debe ser dada a conocer para asegurar así el debido proceso en sus componentes, entre otros, de defensa y contradicción.

Ahora, la publicidad de las decisiones administrativas también permite hacer efectivo el principio de transparencia que debe regir en las actuaciones de la Administración, en especial si se trata de su actividad contractual.

Una de las maneras de comunicar o notificar consiste en entender que si una decisión se tomó en audiencia o diligencia, las partes quedaron notificadas de lo resuelto en el día en que ella se celebró aunque no hubieren concurrido.[[16]](#footnote-16)

De otra parte, el artículo 273 de la Constitución Política permite que ante la solicitud de alguno de los proponentes, del Contralor General de la República y demás autoridades de control competentes el acto de adjudicación de una licitación pública tenga lugar en una audiencia pública y deja en manos de la ley la reglamentación, entre otros aspectos, de las condiciones en que ella debe realizarse.

En desarrollo de aquel precepto superior el numeral 10º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 señala quienes pueden participar en esa audiencia y preceptúa que de ésta se levantará un acta en la que se hará constar *“las deliberaciones y decisiones*” que se hubieren producido.

Por su parte el numeral 11º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, vigente por aquel entonces en que se adjudicó la licitación pública que ha dado lugar a esta controversia pero luego derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, disponía que el acto de adjudicación debía notificarse de manera personal al oferente seleccionado y que si no se hubiere realizado en audiencia pública, los no favorecidos debían ser enterados dentro de los cinco (5) días siguientes.

Este numeral en manera alguna consagraba que los proponentes no favorecidos no debían ser avisados del acto de adjudicación; por el contrario, lo que de allí se desprende es que en todos los casos ellos debían quedar enterados, bien porque se les comunicara dentro de los cinco (5) días siguientes si el acto de adjudicación no se produjo en audiencia pública, o bien en estrados si el acto se profirió en ésta.

Así las cosas, es evidente que en vigencia del ya derogado numeral 11º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, si la decisión se adoptó en audiencia pública se entiende que los oferentes quedaron enterados de lo decidido en el día en que ella se celebró y si no se adoptó en audiencia se les debía comunicar dentro de los cinco (5) días siguientes.

1. **La función de interpretación integral de la demanda.**

Ya en anteriores ocasiones ésta Subsección había tenido la oportunidad de señalar al respecto:

“*Por averiguado se tiene que es deber del juez, en el marco de su autonomía funcional y siendo garante del acceso efectivo a la administración de justicia, interpretar de manera integral, y como un todo, el escrito de demanda[[17]](#footnote-17) extrayendo el verdadero sentido y alcance de la protección judicial deprecada por quien acude a la jurisdicción.*

*Así, corresponde a la judicatura adentrarse en el estudio de los extremos fácticos que circunscriben la causa petendi y los razonamientos jurídicos de manera armónica con lo pretendido, de modo tal que más que aferrarse a la literalidad de los términos expuestos interesa desentrañar el sentido del problema litigioso puesto a su consideración[[18]](#footnote-18), eso sí, sin desquiciar los ejes basilares de la misma demanda”[[19]](#footnote-19).*

Luego, sí lo que ocurre en un determinado asunto es que en ejercicio de su función de interpretación integral de la demanda el juez se percata de la existencia de unos hechos y unas pretensiones pero a partir de éstos no puede adecuar la naturaleza de la acción interpuesta por otra que el actor afirma que interpuso convenientemente o determinar que la actora efectivamente pretendía una declaratoria de nulidad que ésta no solicitó expresamente, no puede entonces el juez proceder a declarar algo que la accionante no pidió en su demanda[[20]](#footnote-20).

En efecto, si la parte demandante no interpuso la acción procedente ni tampoco solicitó expresamente que se declarara la nulidad absoluta de un contrato, no puede después en sede del recurso de apelación solicitar que se declare algo que no pidió, pues de ésta forma estaría formulando nuevas pretensiones que no fueron solicitadas en la demanda, lo que equivaldría a una modificación o alteración de la *causa petendi* en detrimento del debido proceso, cuestión que prohíbe tajantemente el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

1. **La solución del caso concreto**.

En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación se tiene que el 18 de marzo de 2002 las demandadas Fiduciaria la Previsora S.A. y la Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ordenaron la apertura de la licitación pública No. 104 de 2002 que tuvo por objeto contratar la prestación de los servicios médicos de los docentes y sus familias en el Departamento del Valle del Cauca entre el periodo comprendido entre el 16 de mayo de 2002 y el 31 de diciembre de 2003 (Fols. 404 a 437 del C. No. 6 de pruebas).

A dicha licitación presentaron su propuesta tanto la Unión Temporal demandante Servicios Integrales de Salud de Occidente U.T. – Siso U.T.-, como el Consorcio Cosminorte Valle conformado por las firmas Organización Clínica General del Norte S.A. y la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía. Ltda.,Cosmitet Ltda.

Que la Unión Temporal demandante pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos proferidos en el curso de la audiencia pública de adjudicación que tuvo lugar el 21 de mayo de 2002, esto es, del Acuerdo No. 45 del 21 de mayo de 2002 (Fols. 91 a 93 del C. No. 4) y del acta de la audiencia pública de esa misma fecha, por medio de los cuales el Consejo Directivo del Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio recomendó a la Fiduciaria la Previsora S.A. adjudicar la licitación pública No. 104 de 2002 al Consorcio Cosminorte Valle (Fols. 94 a 134 del C. No. 4), que ésta tenía derecho a la adjudicación y que como consecuencia de las anteriores declaraciones se le restablezca su derecho condenando a las demandadas al reconocimiento y pago de los perjuicios que le fueron ocasionados por la no adjudicación en las sumas que resultaren probadas en el proceso.

También se encuentra demostrado que para la fecha en la que se formuló la presente demanda, esto es, el 24 de junio de 2002 (Fols. 105 a 138 del C. No. 1) ya se había celebrado entre la Fiduciaria la Previsora S.A., en representación del Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio y el Consorcio Cosminorte Valle el contrato No. 1122/62/2002 el 23 de mayo de 2002 (Fols. 455 a 476 del C. No. 1).

De ésta forma, estando acreditado en el presente asunto que para la fecha en la que se presentó la demanda ya se había celebrado el contrato objeto de la licitación pública No. 104 de 2002 en la que se profirieron los actos administrativos cuya nulidad ahora se depreca, es evidente entonces que el medio de control procedente era el de controversias contractuales, en ejercicio del cual conforme al artículo 44 de la Ley 80 de 1993[[21]](#footnote-21), la Unión Temporal accionante debió solicitar la nulidad absoluta del contrato suscrito con sustento en la nulidad de los actos proferidos en el curso de la audiencia pública de adjudicación.

La Unión Temporal accionante funda su inconformidad con el fallo proferido por el *a quo* en que de la interpretación integral de la demanda éste debía deducir que la acción interpuesta era la de controversias contractuales y que en ejercicio de ésta se estaba solicitando la nulidad absoluta del contrato, que a la fecha de presentación de la demanda no se le habían notificado en debida forma los actos administrativos expedidos en el curso de la audiencia pública de adjudicación que tuvo lugar el 21 de mayo de 2002, que las demandadas al adjudicarle el contrato al Consorcio Cosminorte Valle vulneraron los principios de transparencia, igualdad y selección objetiva y que se presentó una nulidad sobreviniente por violación a su debido proceso en el recaudo de las pruebas debidamente solicitadas.

Al respecto, la Sala estima que los argumentos de la actora no tienen fundamento alguno, pues contrario a lo que ésta afirma, pues tal como se señaló en líneas anteriores, si bien le corresponde a la judicatura adentrarse al estudio integral de los extremos fácticos que circunscriben la causa petendi y los razonamientos jurídicos de manera armónica con lo pretendido, su análisis no puede llegar a tal punto de modificar los puntos estructurales de la demanda, creando o modificando peticiones o hechos que nunca se formularon o señalaron.

Del análisis integral de la demanda lo que se logra evidenciar en el presente asunto es el hecho de que para la fecha en la que ésta se presentó ya se había celebrado el contrato objeto de la licitación pública en la que se expidieron los actos administrativos que dieron lugar al presente litigio, más no se puede concluir que a partir de la existencia de ese hecho se pueda deducir que la actora pretendía que se declarara la nulidad de dicho contrato pese a no haberlo solicitado así de forma expresa en su demanda.

Tampoco puede afirmar que los actos administrativos impugnados no se le comunicaron en legal forma, pues tal como se explicó en líneas anteriores estos al ser proferidos en el curso de una audiencia pública de adjudicación se entendían notificados en ese mismo momento.

Ahora, si bien es cierto que el Parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, señaló que el acto de adjudicación no tendría recursos por la vía gubernativa y que el mismo podría ser impugnado mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo, también lo es, que esta normativa precisó claramente en el artículo 87 con la modificación que le introdujo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 que una vez celebrado el contrato *“la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.”*[[22]](#footnote-22), disposición que no puede ser desconocida y por el contrario debe ser aplicada por este órgano de cierre en el caso concreto.

Con otras palabras, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo es claro al establecer que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos administrativos previos sólo podrá demandarse en ejercicio de la acción contractual y como fundamento de la nulidad absoluta del contrato y así lo ha precisado la Sección Tercera de ésta Corporación en sus diversas providencias que ya son multitud.

Entonces, al rompe se advierte que la acción que ha promovido el demandante es la de nulidad y restablecimiento del derecho contra unos actos previos a la celebración del contrato como lo son unos actos proferidos en el curso de una audiencia de adjudicación, acción ésta que es procedente siempre y cuando no se haya celebrado el contrato, pues de lo contrario la que resulta pertinente es la acción contractual, debiendo pedirse entonces no sólo la nulidad de los actos administrativos previos sino también la nulidad absoluta del contrato.

En éste orden de ideas, para la Sala es claro que la demanda fue presentada cuando el contrato ya se había celebrado y por consiguiente, tal como lo disponía el inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la acción procedente era la acción contractual y no la invocada de nulidad y restablecimiento del derecho.

Como el demandante promovió en este caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en ejercicio de ella, ha construido sus pretensiones y como quiera que la que ha debido promover por mandato legal es la contractual, resulta que lo que se imponía era declarar la ineptitud sustantiva de la demanda.

Y como así lo vio y lo decidió el Tribunal de primera instancia, la sentencia apelada deberá ser confirmada.

Por último y en atención al memorial visible a folio No. 542 del Cuaderno Principal NO se le reconoce personería al abogado Carlos Alberto Velez Alegría, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 76328346 y la Tarjeta Profesional No. 151741 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado del demandado Nación- Ministerio de Educación Nacional, teniendo en cuenta que no allegó la documentación requerida a través de la cual se acredite la calidad en la que actúa quien le confirió poder.

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

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada.

**SEGUNDO:** **NO RECONOCER** al abogado Carlos Alberto Velez Alegría, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 76328346 y la Tarjeta Profesional No. 151741 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado del demandado Nación- Ministerio de Educación Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

**TERCERO:** **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de Origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Magistrado Presidente de la Subsección C**

1. Folios 105 a 138 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 153 a 155 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 174 a 179 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 185 a 191 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 313 a 320 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 346 a 380 del C. No. 1 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 385 a 388, 390,391 y 395 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. “*Artículo 50 Código Contencioso Administrativo. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:*

   *(…)*

   *Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite podrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”.*  [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 29 de julio de 2015, Exp. 42.872. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Constitucional, sentencia C-1048 de 2001. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Constitucional, Sentencia C-712 de 2005. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de febrero de 2012, Expediente 19880. Ver sentencias Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, del 25 de mayo de 2001 y 26 de marzo de 2014. Expedientes 18116 y 27891 respectivamente. [↑](#footnote-ref-13)
14. Artículo 209 de la Constitución política. [↑](#footnote-ref-14)
15. Inciso 7º del artículo 3º del Código Contencioso Administrativo. [↑](#footnote-ref-15)
16. Artículo 325 del C. P. C. [↑](#footnote-ref-16)
17. Véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias de 19 de agosto de 2011 (20144) y 13 de febrero de 2013 (24612) (Original del Fallo que se cita) [↑](#footnote-ref-17)
18. Compendio de derecho procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I. Hernando Devis Echandía. Biblioteca Jurídica Dike. Duodécima edición. Pág. 436(Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 16 de marzo de 2015, Exp. 31.429. [↑](#footnote-ref-19)
20. En lo relativo a las cargas o requisitos a cargo del accionante cuando demanda la nulidad de los actos administrativos ver sentencia C- 197 del 7 de abril de 1999. [↑](#footnote-ref-20)
21. Ley 80 de 1993. Artículo  44º.-  Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

    (…)

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

    (…) [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado – Sección Tercera - Subsección C, sentencias de 28 de marzo y 7 de junio de 2012, Exps. 21.669 y 22.341 [↑](#footnote-ref-22)