**ACTOS PRECONTRACTUALES – Acción procedente – Término de caducidad**

Es claro que el legislador decidió establecer un término especial y diferente para el ejercicio de las acciones encaminadas a cuestionar judicialmente la validez de los actos administrativos precontractuales, es decir aquellos proferidos en la etapa previa a la suscripción de los contratos estatales, que si bien serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho a las que aluden los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, la oportunidad para la presentación de la demanda varió, pues tratándose de la acción de simple nulidad, que en relación con los demás actos administrativos carece de término de caducidad, cuando se refiere a los precontractuales, se le estableció un límite temporal de 30 días; y en cuanto a la de nulidad y restablecimiento del derecho, que por regla general tiene un término de caducidad de 4 meses, para aquella clase de actos, se redujo a los mismos 30 días

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Procedencia – Oportunidad – Caducidad de la acción**

La norma también estableció que una vez celebrado el contrato, resultan improcedentes las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos precontractuales, pues a partir del perfeccionamiento del negocio jurídico, ya sólo será posible cuestionar la validez de esa clase de actos, como causal de impugnación del contrato mismo, a través de la acción relativa a controversias contractuales, mediante demanda en la que se pida la declaratoria de nulidad del acuerdo de voluntades. (…) La acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta improcedente cuando se trata de demandar un acto administrativo precontractual, como lo es el de adjudicación del contrato, cuando éste ya ha sido celebrado, así no hayan transcurrido aún los 30 días del término de caducidad de aquella acción. Porque en tal caso, sólo resulta posible demandar el contrato para pedir que se declare su nulidad, en ejercicio de la acción contractual, aduciendo como causal para ello, precisamente, la ilegalidad de los actos previos que le sirvieron de fundamento, de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, de conformidad con el cual.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C, cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 41001-23-31-000-2004-00105-01(37766)**

**Actor: OSCAR FIGUEROA URRIAGO**

**Demandado: DEPARTAMENTO DEL HUILA**

**Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el 10 de agosto de 2009, por medio de la cual declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción, la cual será confirmada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

En diciembre de 2003, el departamento del Huila adjudicó un contrato en proceso de contratación directa en el que el demandante consideró que debió ser favorecido con la decisión, que recayó en otro proponente. El contrato se celebró al día siguiente de la adjudicación. La demanda se presentó en contra de la decisión administrativa, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

# ANTECEDENTES

**I. Lo que se demanda**

1. El 10 de febrero de 2004, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Oscar Figueroa Urriago presentó demanda en contra del departamento del Huila, en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (f. 5 a 24, c. 1):

*PRIMERA.- Que se declare la nulidad del acto administrativo precontractual contenido en la Resolución No. 092 del 30 de Diciembre del 2003, con el cual se adjudicó el procedimiento contractual Contratación directa No. SVCDOPO 12-2003, cuyo objeto es la construcción del centro de instrucción, entrenamiento y reentrenamiento del Ejército Nacional IX Brigada en el municipio de Plata Fase I, proceso adelantado por la Gobernación del Huila a través de la Secretaría (…)* *de Gobierno y Desarrollo comunitario del Departamento (…), determinó adjudicar y la suscripción del contrato con el Ingeniero JOSÉ LUIS MORA CANDELA, por las causales y hechos que se indicarán más adelante; y si es del caso, aplicando las excepciones de inconstitucionalidad o ilegalidad que sean procedentes.*

*SEGUNDA.- Que como consecuencia de esta declaración y a título de Restablecimiento del Derecho o Reparación del Daño que le asiste al señor OSCAR FIGUEROA URRIAGO se condene al DEPARTAMENTO DEL HUILA a reconocer y a pagar los perjuicios de todo orden, la pérdida de oportunidad, la disminución patrimonial que haya sufrido el AIU, ya que la administración la efectuaba el ingeniero OSCAR FIGUEROA URRIAGO, la utilidad que había previsto y/o ganancia, reajustes, beneficio o provecho dejado de percibir y good will (que implicara un mayor K y mejor calificación y clasificación para el registro de proponentes en la Cámara de Comercio) incluyendo el daño emergente, lucro cesante y los intereses moratorios a la tasa más alta legalmente permitida de conformidad con el artículo 884 del Código de Comercio y el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, conforme a la certificación que para el efecto expida la Superintendencia Bancaria, por la no adjudicación de Contratación directa No. SCDOPO 12-2003, cuyo objeto es la construcción del centro de instrucción, entrenamiento y reentrenamiento del Ejército Nacional IX Brigada en el municipio de Plata Fase I, no obstante que desde el punto de vista legal y comercial, la mejor propuesta y primer orden de calificación o elegibilidad era el presentado por el señor OSCAR FIGUEROA URRIAGO, aquí demandante, de acuerdo con los hechos y pruebas que se relacionarán más adelante.*

*TERCERA.- Que para efectos de la condena solicitada en la pretensión anterior, el daño emergente se valore por las sumas correspondientes al 25% del valor total del contrato que el señor FIGUEROA URRIAGO, demandante hubiere podido recibir como ganancias o rendimientos normales derivados de la Contratación directa No. SVCDOPO 12-2003, cuyo objeto es la construcción del centro de instrucción, entrenamiento y reentrenamiento del Ejército Nacional IX Brigada en el municipio de Plata Fase I, conforme al pliego de condiciones o términos de referencia elaborados por la entidad demandada y a la propuesta presentada por el señor OSCAR FIGUEROA URRIAGO, correspondiente a la administración que la iba a ejecutar el ingeniero FIGUEROA y a la utilidad del contrato.*

*En relación con el lucro cesante, que éste se valore por el costo financiero o costo de oportunidad derivado del daño emergente durante el período comprendido entre la época de causación del daño emergente y la fecha de su indemnización definitiva, para lo cual se podrá aplicar la tasa del interés bancaria corriente, o en su defecto, la tasa de interés o fórmula que resulte más favorable a la demandante, pero que en todo caso compense plenamente el perjuicio consistente en no haber recibido los ingresos provenientes de la ejecución del contrato a que tenía derecho y, consecuencialmente en no haberle podido dar a ese dinero una destinación productiva para efectos de su calificación y/o clasificación en la Cámara de Comercio conforme con el estatuto contractual vigente, entre otros factores.*

*CUARTA.- Que se condene a la Entidad demandada a pagar al demandante, en su condición de persona natural, por concepto de perjuicios morales, la suma de dinero necesaria para adquirir a la época de la sentencia o, en su lugar en la de la liquidación de perjuicios, equivalente a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como mínimo o en su defecto, empleando cualquier fórmula o sistema que resulte más favorable a los intereses del demandante.*

*QUINTA.- Que se declare y ordene que a las condenas a las que se refieren las pretensiones anteriores, se les aplique la indexación o corrección monetaria, conforme a los criterios señalados para el efecto por el Consejo de Estado, desde el momento en que debió adjudicarse o suscribirse el contrato y hasta cuando se efectúe el pago o en su defecto, empleando otra fórmula, criterio o sistema que resulte más favorable a los intereses del demandante.*

*SEXTA.- Si no fuere posible establecer el monto de los perjuicios durante el plenario, la condena deberá hacerse en abstracto o ingénere* (sic), *caso éste en el cual se dispondrá la tramitación del respectivo incidente, fijando las pautas o bases a que hubiere lugar tal como lo prevén los artículos 12 y 178 del Código Contencioso Administrativo y el 308 del Código de Procedimiento Civil.*

*SÉPTIMA.- Que se condene a la Entidad demandada al pago de costas, incluyendo las agencias en derecho.*

*OCTAVA.- La condena impuesta deberá cumplirse en las condiciones y términos a que se refieren los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, estableciendo el reconocimiento y pago de los intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia o auto de liquidación, conforme a certificación que expida la Superintendencia Bancaria.*

2. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, el demandante dio cuenta del procedimiento de contratación directa adelantado en 2003 por el departamento del Huila para la construcción del centro de instrucción, entrenamiento y reentrenamiento del Ejército Nacional Novena Brigada en el municipio de La Plata, Huila, Fase I, en el cual resultaron sorteados 10 proponentes, entre los cuales se hallaba el demandante.

2.1. El 16 de diciembre, el comité evaluador presentó el resultado de la calificación de las propuestas, en el cual se determinó que el proponente José Luis Mora Candela sacó 100 puntos en el criterio económico, Álvaro Fonnegra Jaramillo obtuvo 96 puntos y el demandante, señor Oscar Figueroa Urriago, fue calificado con 98 puntos.

2.2. Manifestó la parte actora que es *“de bulto la ilegalidad del comité evaluador, por cuanto su designación fue con posterioridad el 17 de Diciembre del 2003”*.

2.3. Además, el demandante hizo observaciones respecto de la oferta del señor Mora Candela, que a su juicio conducían a que debía ser considerada como no admisible, pero que no fueron acogidas por la entidad.

2.4. El 31 de diciembre de 2003, se suscribió el contrato n.o 124, entre el ingeniero José Luis Mora Candela y el departamento del Huila, por valor de $ 191 056 020, cuyo objeto es la construcción del centro de instrucción, entrenamiento y reentrenamiento del Ejército Nacional, IX Brigada, municipio de La Plata-Huila y en él se cambió un ítem, en relación con lo que estaba determinado en el pliego de condiciones.

2.5. El contratista José Luis Mora Candela, tampoco cumplió con la exigencia del pliego de adjuntar, la prueba del equipo y personal exigido al otro día de conocido y notificado el resultado, ya que no consta así en el expediente del contrato, que además fue celebrado al otro día.

2.6. Con la adjudicación realizada por la entidad demandada, se desconoció el derecho del señor Figueroa Urriago a resultar favorecido con la decisión, que estuvo por lo tanto, viciada de falsa motivación, desviación y abuso de poder e infracción de normas constitucionales y legales.

**II. Actuación procesal**

3. Notificado el auto admisorio, el departamento del Huila presentó **contestación de la demanda,** en la cual aceptó unos hechos, negó otros y se atuvo a lo que resulte probado respecto de los demás y se opuso a las pretensiones, por considerar que la adjudicación del contrato fue legal (f. 206 y 227, c. 1).

4. En la oportunidad para alegar de conclusión, las partes reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y su contestación, la actora, insistiendo en la ilegalidad de la adjudicación y la entidad demandada, reiterando que la decisión se tomó de conformidad con los pliegos de condiciones y recayó sobre la mejor oferta presentada (f. 552 y 563, c. 2).

5. En la **sentencia** proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el *a-quo,* oficiosamente, declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción y se abstuvo de hacer pronunciamiento de fondo, por cuanto consideró que de acuerdo con lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, los actos precontractuales pueden ser demandados en ejercicio de la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, pero una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato en ejercicio de la acción contractual y en el presente caso, la adjudicación se produjo el 30 de diciembre de 2003 y el 31 de diciembre, es decir al día siguiente, se suscribió el contrato 124 entre el departamento del Huila y el señor José Luis Mora Candela, por lo cual la demanda es inepta, pues ha debido incoarse la acción contractual y no la de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto precontractual de adjudicación (f. 580, c. ppl).

6. Inconforme con la decisión, la parte actora interpuso **recurso de apelación**, en el cual pidió la revocatoria de la sentencia de primera instancia y que en su lugar sean acogidas las pretensiones de la demanda, alegando que la demanda fue presentada en contra del acto de adjudicación del contrato contenido en la Resolución n.o 092 del 30 de diciembre de 2003 en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter contractual dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, es decir dentro del término de ley; además, que *El accionante OSCAR FIGUEROA URRIAGO tercero afectado, no tenía ni debió conocer de la suscripción del contrato por no ser parte contractual y al quedar por fuera del proceso de adjudicación. Por consiguiente la acción impetrada corresponde a la que se inició dentro de los treinta (30) días como acción de nulidad y restablecimiento contractual”* (f. 603, c. ppl.)*.*

**CONSIDERACIONES**

**I. La competencia**

7. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de segunda instancia ante esta Corporación[[1]](#footnote-1).

**II. Hechos probados**

8. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis[[2]](#footnote-2):

8.1. El 9 de diciembre de 2003, el gobernador del departamento del Huila expidió la Resolución n.o 717, por medio de la cual ordenó la apertura de un procedimiento de contratación directa cuyo objeto era la celebración de un contrato de obra para la construcción del centro de instrucción, entrenamiento y reentrenamiento del Ejército Nacional IX Brigada, en el municipio de La Plata, Huila, fase I. En este acto administrativo se dejó constancia de que fue elaborada el acta de conveniencia y oportunidad para esta contratación y que fueron publicados los respectivos prepliegos en la página web de la gobernación entre el 2 y el 6 de diciembre de ese año, que el pliego definitivo se publicó del 9 al 11 de diciembre siguientes y que se contaba con la disponibilidad presupuestal requerida (f. 26, c. 3).

8.2. El 12 de diciembre de 2003, se llevó a cabo el sorteo del proceso de contratación SVCDOP 012 -construcción del centro de instrucción, entrenamiento y reentrenamiento del Ejército Nacional IX Brigada, en el municipio de La Plata, Huila, fase I- de conformidad con lo dispuesto en el pliego de condiciones y se seleccionaron 10 proponentes: Álvaro Fonnegra Jaramillo, José Luis Mora Candela, Oscar Figueroa Urriago, consorcio Paladinez y otro, Esperanza Ortíz Martínez y otro, consorcio Velasco y otro, unión temporal P y Y, Orlando Cediel Muñoz, Carlos Manrique Saavedra e Ingesán Ltda. (f. 462, c. 1).

8.3. El 16 de diciembre, el comité designado para ello presentó el informe de evaluación de las propuestas técnicas y económicas de la contratación directa 012-2003, cuyo resultado fue el siguiente (f. 16, c. 3):

**PROPONENTE TÉCNICO ECONÓMICO**

JOSÉ LUIS MORA CANDELA Admisible 100 puntos

ESPERANZA ORTÍZ Y OTRO No admisible póliza de seriedad fue tomada por un valor inferior al 15% del presupuesto oficial por tanto no cumple con el numeral 5.4 del pliego de condiciones.

OSCAR FIGUEROA URRIAGO Admisible 98 puntos

ÁLVARO FONNEGRA JARAMILLO Admisible 96 puntos

8.4. El 22 de diciembre de 2003, se recibió en la gobernación del Huila oficio mediante el cual el proponente Oscar Figueroa Urriago presentó observaciones a la anterior evaluación, concretamente en relación con la oferta presentada por quien obtuvo el mayor puntaje, por encima del suyo, José Luis Mora Candela, afirmando que en su propuesta este oferente cotizó el ítem de estructura metálica *“cercha en ángulo 2”x3/16”h=1.50 x 12.4 mts”* en ML (metro lineal) cuando en el pliego de condiciones se solicitó cotizarlo por unidad, por lo que no era posible comparar esta oferta con las demás, en las que sí se cumplió con esta exigencia, desconociendo con ello que en el pliego se dijo que no se aceptaban propuestas alternativas, lo que condujo, así mismo, a que ese proponente modificara el formato de precios unitarios y valor total de la propuesta, al cambiar la unidad solicitada de *“UN (unidad)”* por *“ML (metro lineal)”,* defectos que en su criterio conducían a que la propuesta fuera considerada como *“no admisible”.* También formuló observaciones respecto de la oferta presentada por Álvaro Fonnegra Jaramillo, que la hacían igualmente inadmisible(f. 185, c. 3)*.*

8.5. La entidad dio respuesta a las anteriores observaciones mediante oficio del 23 de diciembre de 2003, en el cual explicó, respecto de la oferta con mayor puntaje presentada por José Luis Mora Candela, que no hubo una oferta alternativa pues el proponente se limitó a ofrecer lo pedido por la administración y el valor ofrecido corresponde con el valor de mercado de ese ítem por metro lineal y lo que se presentó fue un error en la unidad de medida que fue tenido en cuenta por el ingeniero Mora Candela, para presentar el correcto, por lo que se ratificó su calificación, así como la otorgada a Álvaro Fonnegra Jaramillo, puesto que la observación que se le hizo corresponde a un simple error de digitación, que no varió las condiciones técnicas básicas de su oferta (f. 187, c. 3).

8.6. El 30 de diciembre de 2003, se presentó el informe de evaluación final y definitiva del proceso de contratación directa 012-2003, en el que se hizo el recuento del proceso de calificación y se explicó la supuesta discrepancia entre el pliego de condiciones y las ofertas, para evidenciar que en realidad hubo un error en la unidad de medida de uno de los ítems que fue entendido por todos los proponentes, que hicieron sus ofertas teniendo en cuenta la correcta. Por lo tanto, no hubo propuestas alternativas ni modificaciones del pliego de condiciones (f. 14, c. 3).

8.7. Mediante Resolución n.o 92 del 30 de diciembre de 2003, la secretaría de gobierno y desarrollo comunitario del departamento del Huila adjudicó la contratación directa SVCDOPO 12-2003, al ingeniero José Luis Mora Candela. En su parte resolutiva se dispuso notificar el acto al proponente favorecido y comunicarlo a los demás (f. 19, c. 3).

8.8. La secretaría de gobierno y desarrollo comunitario del departamento del Huila celebró, el 31 de diciembre de 2003, el contrato de obra n.o 124 con el ingeniero José Luis Mora Candela, con el objeto de construir el centro de instrucción, entrenamiento y reentrenamiento del Ejército Nacional IX Brigada, municipio La Plata-Huila (f. 244, c. 1).

**III. El problema jurídico**

9. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación interpuesta por la parte actora, deberá la Sala establecer si en el presente caso de ejerció la acción adecuada o si, como lo decidió el *a-quo,* hay una ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción.

**IV. Análisis de la Sala**

10. La demanda que dio origen al presente proceso, se dirigió en contra del acto administrativo por medio del cual el departamento del Huila adjudicó un contrato de obra pública, razón por la cual, tratándose de una entidad de las enunciadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, se rige por las normas del estatuto de contratación estatal y en consecuencia le es aplicable el parágrafo 1º del artículo 77, de conformidad con el cual *“El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo”.*

11. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo –modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998-, dispone en su inciso 2º:

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

12. De acuerdo con lo anterior, es claro que el legislador decidió establecer un término especial y diferente para el ejercicio de las acciones encaminadas a cuestionar judicialmente la validez de los actos administrativos precontractuales, es decir aquellos proferidos en la etapa previa a la suscripción de los contratos estatales, que si bien serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho a las que aluden los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, la oportunidad para la presentación de la demanda varió, pues tratándose de la acción de simple nulidad, que en relación con los demás actos administrativos carece de término de caducidad, cuando se refiere a los precontractuales, se le estableció un límite temporal de 30 días; y en cuanto a la de nulidad y restablecimiento del derecho, que por regla general tiene un término de caducidad de 4 meses, para aquella clase de actos, se redujo a los mismos 30 días.

13. Por otra parte, la norma también estableció que una vez celebrado el contrato, resultan improcedentes las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos precontractuales, pues a partir del perfeccionamiento del negocio jurídico, ya sólo será posible cuestionar la validez de esa clase de actos, como causal de impugnación del contrato mismo, a través de la acción relativa a controversias contractuales, mediante demanda en la que se pida la declaratoria de nulidad del acuerdo de voluntades.

14. Dicho en otras palabras, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta improcedente cuando se trata de demandar un acto administrativo precontractual, como lo es el de adjudicación del contrato, cuando éste ya ha sido celebrado, así no hayan transcurrido aún los 30 días del término de caducidad de aquella acción. Porque en tal caso, sólo resulta posible demandar el contrato para pedir que se declare su nulidad, en ejercicio de la acción contractual, aduciendo como causal para ello, precisamente, la ilegalidad de los actos previos que le sirvieron de fundamento, de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, de conformidad con el cual:

*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*.

15. Y será aplicable el artículo artículo 87 del C.C.A., que consagra la acción relativa a controversias contractuales, en virtud de la cual puede elevarse en la demanda, entre otras, la pretensión de declaratoria de nulidad del contrato estatal, acción cuya caducidad, cuando es esta la pretensión, es de 2 años contados a partir del perfeccionamiento del contrato y hasta de 5, en caso de que el término de vigencia sea superior a 2 años, según lo dispuesto por el artículo 136 del mismo Código –modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998-.

16. Lo anterior no significa, de manera alguna, que quienes participan en los procesos de selección de contratistas puedan ver conculcado su derecho a reclamar judicialmente cuando consideren que han sufrido un daño antijurídico proveniente de los actos precontractuales, cuando la entidad procede a celebrar el negocio jurídico adjudicado antes de que transcurran los 30 días del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues aún en tal evento, será posible demandar con fines indemnizatorios, aún en ejercicio de la acción contractual, siempre que ella se presente dentro de los referidos 30 días, como lo ha explicado la jurisprudencia:

*(…) no puede perderse de vista el hecho de que en tales eventos también están en juego los derechos de quienes participan en los procesos de selección de contratistas con miras a obtener la adjudicación del respectivo contrato, los cuales merecen igualmente la protección por parte del ordenamiento jurídico, el cual debe garantizar a sus titulares la posibilidad de reclamar judicialmente por la vulneración y desconocimiento que de tales derechos se pueda presentar con ocasión de las decisiones que la Administración adopta en esa etapa precontractual y, por lo tanto, protege su derecho a obtener la reparación de los daños que de tal situación se puedan desprender para el afectado.*

*Se trata pues, de garantizar la protección del derecho constitucional de acceso a la Administración de Justicia[[3]](#footnote-3) mediante la interpretación armónica de las normas legales que lo regulan, como son las concernientes a los términos de caducidad de las acciones contencioso administrativas.*

*Y en este punto, la Sala advierte cómo, una interpretación exegética de la norma contenida en el artículo 87 del CCA, puede conducir, en un momento dado, a la privación del derecho de acceso a la Administración de Justicia, puesto que al disponer que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca en treinta días a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual* ***o una vez celebrado el contrato*** *–lo cual puede suceder antes de transcurrido aquel lapso-, se estaría dejando en manos de la Administración el poder de truncar aquel derecho, mediante el simple expediente de celebrar cuanto antes el contrato, pues inclusive puede suceder que éste sea suscrito el mismo día de la adjudicación, con lo cual, virtualmente se habría privado a los proponentes inconformes con dicha decisión, de las posibilidad de cuestionar judicialmente su validez.*

*Por otra parte, es necesario tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas; para el exacto cumplimiento de este mandato constitucional, resulta indispensable otorgar a las víctimas de tales daños la posibilidad real de reclamar judicialmente su reparación a través de los mecanismos procesales apropiados, es decir, mediante el ejercicio de las distintas acciones dispuestas para acceder a la jurisdicción, dependiendo del origen del daño –acto administrativo, contrato estatal, hechos, omisiones u operaciones administrativas- acciones respecto de las cuales, no obstante, puede el legislador disponer la forma y el plazo para ejercerlas, así como podrá consagrar los términos de caducidad que considere apropiados.*

*En virtud de lo expuesto, considera la Sala que un correcto entendimiento del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo reformado por la Ley 446, permite concluir que los actos administrativos producidos por la Administración dentro de los procesos de selección de contratistas y con anterioridad a la celebración del respectivo contrato, permite que los mismos sean demandados a través de las acciones y dentro de los términos que, a manera de ilustración, se precisan a continuación:*

*1º. En ejercicio de la acción de simple nulidad dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;*

*2º. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;*

*3º. En ejercicio de la acción contractual, la cual supone la celebración previa del correspondiente contrato adjudicado y sólo como causal de nulidad del mismo, dentro de los dos años siguientes a tal celebración.*

*4º. En este último caso, si la demanda se presenta por quien pretende obtener la reparación de un daño derivado del acto administrativo previo y lo hace dentro de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del mismo, debe tenerse presente que la ley exige o impone una acumulación de pretensiones, esto es las que corresponden a las acciones contractual y las propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto en este caso el demandante, al ejercer la acción contractual, deberá solicitar tanto la declaratoria de nulidad del contrato estatal como la declaratoria de nulidad del acto administrativo precontractual, que a su vez le servirá de fundamento a aquella y como consecuencia de tal declaratoria, podrá pedir la indemnización de los perjuicios que tal decisión le haya infligido.*

*Contrario sensu, es decir, si han transcurrido más de 30 días desde la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual, si bien en principio el ordenamiento en estudio parece autorizar la presentación de la demanda en ejercicio de la acción contractual con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del respectivo contrato con base en o a partir de la nulidad del acto precontractual, que también deberá pretenderse, lo cierto es que en este caso no podrá ya elevarse pretensión patrimonial alguna, puesto que habrá caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se habría podido acumular en la misma demanda; en consecuencia, en esta hipótesis fáctica, sólo habrá lugar a analizar y decidir sobre la validez del contrato demandado, a la luz de la validez o invalidez del acto administrativo que se cuestiona, sin que haya lugar a reconocimiento patrimonial alguno a favor del demandante.[[4]](#footnote-4)*

17. En el presente caso, se observa que el acto de adjudicación se produjo el 30 de diciembre de 2003 y en él se ordenó notificar personalmente la decisión al proponente favorecido y comunicarlo a los demás –párrafo 10.7-. Y aunque no constan ni la notificación ni la comunicación en el plenario, sí se probó que al día siguiente, 31 de diciembre, fue suscrito el contrato de obra n.o 124 con el ingeniero José Luis Mora Candela, con el objeto de construir el centro de instrucción, entrenamiento y reentrenamiento del Ejército Nacional IX Brigada, municipio La Plata-Huila (f. 244, c. 1).

18. De acuerdo con lo anterior, se advierte que los proponentes inconformes con lo resuelto por la entidad quedaron, en principio, privados de la posibilidad de incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo de adjudicación, pero tal y como lo explicó el Consejo de Estado, ello no significa que se les haya conculcado el derecho de acceso a la administración de justicia para obtener la reparación de los perjuicios que consideren haber sufrido con ocasión de una decisión que consideraban ilegal, puesto que en tal situación, conforme lo dispuso el legislador, podían ejercer la acción relativa a controversias contractuales, para pedir la declaratoria de nulidad absoluta del contrato celebrado, con fundamento en la ilegalidad del acto administrativo precontractual, para obtener por este medio, de ser procedente, la declaratoria de nulidad de esta decisión y la indemnización de perjuicios que hubiere sufrido el demandante, siempre que dicha demanda se presentara, como lo dice la jurisprudencia, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación del acto administrativo de adjudicación cuya legalidad se cuestiona.

19. El señor Oscar Figueroa Urriago presentó la demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el 10 de febrero de 2004, es decir dentro de los 30 días siguientes a la expedición del acto administrativo de adjudicación, pero tal acción, habiéndose celebrado el contrato desde el 31 de diciembre de 2003, era improcedente. Ahora bien, en el recurso de apelación, el recurrente sostuvo que no tuvo conocimiento de la celebración del contrato y que no tenía por qué enterarse de ese hecho, toda vez que no era parte de ese negocio jurídico y había quedado por fuera del proceso de adjudicación –párrafo 6-, afirmación que se encuentra desvirtuada por los mismos términos en que fue presentada la demanda, puesto que precisamente uno de los hechos que concretamente se aducen como fundamento de las pretensiones, es que al otro día de la adjudicación, se celebró el contrato con el proponente favorecido, copia del cual, además, fue aportada por el mismo demandante[[5]](#footnote-5) –párrafo 2.4-, quien mediante oficio del 26 de enero de 2004 había solicitado a la secretaría de gobierno del departamento del Huila copia auténtica *“de todo el expediente de la Contratación Directa No. 12 de 2003 (…) la cual fue adjudicada el 31 de diciembre de 2003”[[6]](#footnote-6)* la que le fue debidamente expedida, incluyendo la del contrato 124 del 31 de diciembre de 2003*,* lo que demuestra, sin duda alguna, que el demandante sí conocía, para el momento en que presentó la demanda, la existencia del referido negocio jurídico y por lo tanto, debió obrar conforme con el mandato legal, ejerciendo la acción dispuesta por el ordenamiento para dar inicio al proceso judicial, que no era otra que la contractual, demandando el contrato junto con el acto precontractual cuya legalidad se cuestionaba, puesto que así lo estableció el legislador en las normas procesales, las cuales son de derecho público, imperativas y por lo tanto, de obligatorio cumplimiento.

20. Así lo ha reiterado recientemente la jurisprudencia, al manifestar que, *“[c]on todo, en el evento en que el contrato adjudicado se hubiera celebrado antes de culminar ese término y el interesado hubiera tenido conocimiento de esa circunstancia, se debía incoar la acción contractual por cuyo cauce se le imponía el deber de integrar la pretensión de nulidad de los actos previos con la de la nulidad absoluta del contrato sustentada en la ilegalidad de aquellos, pues la inobservancia de esta última previsión, según lo ha sostenido de manera reiterada esta Sección[[7]](#footnote-7), acarrearía la ineptitud sustantiva de la demanda”[[8]](#footnote-8).*

21. En las condiciones anotadas, no queda duda alguna de que la demanda que dio inicio al presente proceso no fue presentada en debida forma, puesto que no reúne los requisitos legales que le son exigidos. Esto es así, ya que la correcta escogencia de la acción, constituye un presupuesto material de la sentencia de fondo; cuando no se escoge la acción que corresponde para el caso concreto, se configura la ineptitud sustantiva de la demanda, evento en el cual el juez se encuentra impedido para decidir de fondo:

*La indebida escogencia de la acción que se concluye en este caso, afecta la demanda de ineptitud, con lo cual se echa de menos uno de los presupuestos procesales para dictar sentencia de fondo, esto es la demanda en forma, presupuesto procesal de la acción entendiéndose por estos (sic) ‘los requisitos indispensables para la formación y desarrollo normal del proceso y para que éste pueda ser decidido de fondo mediante una sentencia estimatoria’, por lo que al no cumplirse este requisito no es viable proferir sentencia estimatoria o desestimatoria sino inhibitora[[9]](#footnote-9)*.

22. Finalmente, debe advertir la Sala que el hecho de que la demanda hubiera sido inicialmente admitida por el juez, no impide que éste en la sentencia vuelva a revisar el cumplimiento de los presupuestos procesales que la ley exige para la correcta presentación de la demanda, el trámite del proceso y la sentencia de fondo, pues se trata de excepciones que aún de oficio pueden ser declaradas[[10]](#footnote-10).

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

# F A L L A

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 10 de agosto de 2009 por Tribunal Administrativo del Huila.

SEGUNDO: Sin costas.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

## CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**Presidenta de la Sala**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Magistrado**

**Impedido**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

1. El artículo 129 del C.C.A establece que el Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Por su parte, el artículo 132 del mismo código, establece que los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuya cuantía exceda de 300 S.M.L.M.; en el presente caso, una de las pretensiones de la demanda asciende a 1000 S.M.L.M. (f. 8, c. 1). [↑](#footnote-ref-1)
2. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas. [↑](#footnote-ref-2)
3. [8] *“Constitución Política, Art. 229.- “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”*. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, expediente 16540, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido: Subsección A, sentencia del 14 de septiembre de 2016, expediente 48905, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver f. 20 y 27, c. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver f. 38 vto. y 130, c. 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. [15] *Sobre el particular consultar la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, el 20 de febrero de 2014, expediente: 27.507, C.P. Danilo Rojas Betancourth.* “En el sub lite, el acto administrativo por el cual se adjudicó el contrato fue expedido el 12 de julio de 1999 y el contrato adjudicado, fue celebrado el día 13 de julio de 1999, lo cual significa que, de acuerdo con la norma procesal mencionada, si los proponentes vencidos en el procedimiento de selección querían controvertir judicialmente la decisión de adjudicación, ya solo podían hacerlo mediante el ejercicio de la acción contractual dirigida a obtener la declaratoria de nulidad del contrato celebrado con fundamento en la ilegalidad del acto de adjudicación, cuya nulidad también debían solicitar en la misma demanda, mediante una acumulación de pretensiones permitida por la ley”. *// El mismo tema se trató en la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Subsección C, el 14 de mayo de 2014, dentro del expediente No. 25.975, C.P. Olga Mélida Valle De De La Hoz. // “*…una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato”*;* situación que no acontece en el sub lite, puesto que el actor se limita a pedir la nulidad del acto administrativo que hizo la adjudicación del contrato, sin que solicitara por ninguna parte la nulidad del contrato.

   “(…). // “En esas circunstancias es claro que la demanda es inepta por falta de ese otro presupuesto sustancial de la acción, lo cual es suficiente para que no sea procedente el examen de las pretensiones de la demanda. De lo anterior se concluye que se encuentra probada la excepción de inepta demanda por falta de uno de los presupuestos sustanciales de la acción incoada mediante ella, por lo tanto la Sala, en uso de su facultad oficiosa prevista en el artículo 164, inciso segundo, del C.C.A., así lo declarará y se inhibirá de pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones, en orden a lo cual revocará la sentencia apelada”*.* [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de septiembre de 2016, expediente 48905, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 17311, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada en sentencia de la Subsección A, del 10 de agosto de 2016, expediente 41557, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-9)
10. *“Al respecto, se observa que dentro de los presupuestos procesales exigidos para la tramitación de las acciones que se pueden incoar ante la jurisdicción contencioso administrativa, se encuentra el de la demanda en forma, la cual, para su admisión, además de ser presentada ante el funcionario competente y estar dirigida contra una persona que tenga capacidad jurídica y procesal para comparecer en juicio en calidad de tal, debe reunir los requisitos de forma legalmente exigidos para su formulación y estar acompañada de los documentos que la ley exige. // 11. No obstante que el momento para determinar el cumplimiento de este presupuesto procesal es el de la presentación de la demanda, que es cuando el juez debe verificar el cumplimiento de los requisitos de forma y la presentación de los documentos que la ley exige para la clase de proceso y pretensión incoada, “(…) la admisión que el juez haga de la demanda, por considerar reunidos tales requisitos, no significa que el punto de la representación o de la prueba especial ha quedado resuelto en definitiva, ya que en la sentencia se volverá sobre esto último o en cualquier momento sobre el primero, por vincularse la representación con la nulidad o validez del procedimiento”, es decir que al momento de dictar sentencia, debe nuevamente el juez analizar este presupuesto procesal para verificar su cumplimiento”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente 27101, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-10)