**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Indebida escogencia de la acción**

Conforme al citado artículo, es claro que, una vez celebrado el contrato estatal, solo podrá pedirse la nulidad de los actos previos, como lo es el acto de adjudicación del contrato, como fundamento de la solicitud de nulidad del contrato. En este orden, en el evento de que el contrato se encuentre perfeccionando, ya no es posible invocar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de manera autónoma sino la acción de controversias contractuales. Esto, por cuanto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del CCA y la interpretación que de él ha hecho la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, una vez celebrado el contrato, los actos previos guardan una inescindible relación con él y estos no pueden ser separables.

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Impugnación – Acto de adjudicación**

El 23 de febrero de 2004, la Sociedad Castro Tcherassi S.A presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho (…) en contra de la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo No. 0512 del 23 de diciembre de 2003, “*mediante el cual se adjudica la licitación pública No. 3000068 OL/03 cuyo objeto es: Contratar el mantenimiento de la plataforma del aeropuerto internacional el dorado (sic) (cambio de losas*)” (…) [E]s claro que una vez celebrado el contrato estatal, solo podrá pedirse la nulidad de los actos previos, como lo es el acto de adjudicación del contrato, como fundamento de la solicitud de nulidad del contrato (…) Conforme a lo acreditado dentro del proceso, la Sala observa que en el caso concreto el contrato de obra objeto de la licitación pública referida se celebró al día siguiente de su adjudicación – el día 24 de diciembre de 2003- momento a partir del cual el actor debía acudir a la acción contractual en la que, conforme al artículo 87 del CCA y a la jurisprudencia reseñados, era menester impugnar la legalidad del contrato y de los actos previos, en este caso la adjudicación

1. **CONSEJO DE ESTADO**
2. **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**
3. **SECCIÓN TERCERA**
4. **SUBSECCIÓN B**
5. **Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**
6. Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00431-01(38034)**

**Actor: SOCIEDAD CASTRO TCHERASSI S.A**

**Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL**

1. **Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Castro Tcherassi S.A en contra de la sentencia del 01 de octubre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante la cual esa Corporación resolvió:

**PRIMERO:** **DECLARAR** probada la excepción de caducidad de la acción.

**SEGUNDO:** **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Sin condenas en costas.

**CUARTO:** **LIQUÍDENSE** los gastos procesales realizados y si hubiere excedente a favor de las partes, devuélvaseles

1. **La demanda**

El 23 de febrero de 2004, la Sociedad Castro Tcherassi S.A presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de apoderado, en contra de la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo No. 0512 del 23 de diciembre de 2003, “*mediante el cual se adjudica la licitación pública No. 3000068 OL/03 cuyo objeto es: Contratar el mantenimiento de la plataforma del aeropuerto internacional el dorado (sic) (cambio de losas*)”.

La parte actora formuló las siguientes pretensiones:

***PRIMERA:*** *Que se declare la nulidad de la Resolución N° 0512 del 23 de diciembre de 2004 expedida por la entidad demandada, “por medio de la cual se adjudica la licitación pública N° 3000068 OL/2003 cuyo objeto es contratar el mantenimiento de la plataforma del aeropuerto internacional el dorado: cambio de losa” por presentar vicios de ilegalidad.*

***SEGUNDA:*** *Que consecuencialmente**y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a pagar a mi mandante la totalidad de los perjuicios materiales que le fueron causados en la cuantía que se demuestre en el proceso.*

***TERCERA:*** *Que adicionalmente, sobre las sumas sobre las cuales se profiera la correspondiente condena se ordene pagar la correspondiente corrección monetaria, intereses y ajustes a que haya lugar.*

***CUARTA:*** *Que si hubiera oposición se condene en costas a la entidad demandada.*

Justificó sus pretensiones en los siguientes argumentos:

En la licitación pública No. 30000 OL/03, cuyo objeto era la contratación del mantenimiento de la plataforma del aeropuerto internacional el Dorado (cambio de losas), la entidad accionada decidió, vulnerando los pliegos de condiciones, adjudicar el contrato a quien no cumplía (Consorcio 2H) con los requisitos exigidos en la licitación, a saber, la experiencia mínima del personal.

Específicamente, estimó la accionante que fue desconocida la exigencia contemplada en el literal b del artículo 5.2.1 de los pliegos de condiciones y según la cual el equipo debería contar con un ingeniero residente que acreditara su experiencia en tres contratos de obra.

Manifestó que el ingeniero residente presentado por la adjudicataria no cumplía con la experiencia de haber sido residente en tres contratos de obra pues, para soportar su experiencia, se presentaron dos contratos de obra que se ejecutaron simultáneamente, lo que a todas luces no podía ser creíble ya que el residente de obra tiene una labor de tiempo completo.

Indicó que, a pesar de haber manifestado esta irregularidad en la audiencia de adjudicación, la accionada no consultó la veracidad de los documentos.

Soportó su argumento en un oficio del IDU en el que se le informó, con posterioridad a la adjudicación del contrato, que en sus registros no aparecía que el ingeniero presentado por la adjudicataria hubiese sido residente.

Manifestó el actor que al no cumplir el consorcio ganador los requisitos exigidos, este debió haber sido inhabilitado y el contrato adjudicado a la accionante quien era el único proponente que cumplía con los requisitos exigidos en el procedimiento contractual.

Sostuvo que, con el acto acusado, la Aerocivil vulneró los artículos 83 de la Constitución y los artículos 24 -numeral 7-, 28 y 29 de la Ley 80 de 1993.

1. **Contestacion de la demanda**

El 9 de noviembre de 2004, la accionada contestó la demanda (folios 32 a 42 cuaderno primera instancia). Manifestó oponerse a las pretensiones aceptando unos hechos y negando otros. Indicó que el desarrollo de lo acontecido en el procedimiento de adjudicación del contrato se encontraba en los documentos contentivos de sus antecedentes, entre ellos el acta 127 del 22 de diciembre de 2003, a cuyo contenido manifestó atenerse.

Así mismo, indicó que en ningún momento de la respuesta del IDU a la petición del actor podía concluirse que el ingeniero residente no hubiere cumplido con la experiencia requerida en los pliegos de condiciones. Puso de presente que en esa misma comunicación, circunstancia que el actor deliberadamente omitió, le indicaron al hoy demandante trasladar su petición a los interventores de las obras.

Finalmente, formuló las excepciones de inexistencia del acto administrativo demandado pues este no había sido individualizado conforme a lo exigido en el CCA y de indebida escogencia de la acción puesto que al momento de la demanda ya se había celebrado el contrato lo que implicaba que la nulidad de este fuera invocada de conformidad con lo exigido en el artículo 87 del CCA.

1. **Alegatos de conclusión en primera instancia**

Mediante escrito presentado el 28 de agosto de 2007, la parte actora presentó alegatos de conclusión. En ellos hizo un recuento de los antecedentes de la licitación para luego referirse a los argumentos expuestos por la accionada en la contestación de la demanda frente a los cuales manifestó que: (i) sí se individualizó el acto demandado - pues este fue identificado con claridad en la demanda-; ii) la acción era la debida pues, conforme al artículo 87 del CCA, los actos precontractuales- como lo es el acusado en la presente Litis- se demandan a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; también manifestó que “*los proponentes no tienen acceso a la fecha en la cual se firma el contrato con el adjudicatario, no pueden conocer de ese hecho, por lo que no puede obligárseles a demandar por la acción pertinente cuando un elemento fundamental para determinar la procedencia de la acción es la fecha de la firma del contrato, hecho ajeno al tercero proponente*”. Indicó que de aceptarse la tesis de que una vez celebrado el contrato debe incoarse la acción contractual, “*se le estaría negando al proponente la posibilidad de demandar el acto que verdaderamente causó el daño y además limitando la posibilidad de solicitar el restablecimiento del derecho afectado* (…) y iii) la acción se presentó dentro de la oportunidad legal, es decir, dentro de los 30 días señalados por el artículo 87 del CCA. Finalizó reiterando las razones por las cuales el acto acusado era nulo pues el agraciado “*no reunía las condiciones necesarias para la adjudicación*” lo que conllevaba a que “*debía ser nombrado el siguiente en la lista, es decir a la parte actora de esta demandas, la cual reunía todos los requisitos para la correspondiente adjudicación* (…)”.

Mediante escrito presentado el 29 de junio de 2006, la Unidad Administrativa especial de Aeronáutica Civil – Aerocivil, reiteró los argumentos expuestos al contestar la demanda y las excepciones propuestas. Además de ello, se refirió a las pruebas decretadas las cuales acreditaban la experiencia del ingeniero residente y cuestionada por la actora.

1. **Concepto del Ministerio Público**

Mediante escrito presentado el 10 de agosto de 2006 (folios 119 a 125 cuaderno primera instancia, el Agente del Ministerio Público presentó concepto en el que expresó que las pretensiones de la demanda debían ser desestimadas. Indicó que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional - expediente D-3471-, cuando se celebra el contrato, como ocurrió en el presente caso, la ilegalidad de los actos previos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del CCA, solo podía invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, “*pretensión que no fue presentada de forma adecuada por el demandante*”.

1. **Sentencia apelada**

El 01 de octubre de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, profirió sentencia en la que encontró acreditada la caducidad de la acción.

Para fundamentar la decisión, el *a quo* indicó que el término de caducidad de la acción, siendo este de 30 días hábiles, comenzó a correr a partir del 23 de diciembre, fecha en la que fue “*comunicado y notificado*” el acto administrativo de adjudicación, y venció el día 09 de febrero de 2004, “*y como la demanda fue presentada el 23 de febrero de 2004 (fl 22 vuelta), ya había operado el fenómeno de la caducidad de la acción*”.

A pesar de no haberlo estatuido en la parte resolutiva, el fallador de instancia estimó que la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho incoada en el *sublite* no era la procedente porque el contrato se celebró antes de su interposición. Así indicó:

En consecuencia, al haberse establecido que la sociedad demandante incumplió con el deber de demandar también la nulidad absoluta del contrato, la Sala declarará probada la excepción de inepta demanda, razón por la cual tampoco podría prosperar la nulidad del acto demandado y el restablecimiento del derecho solicitado

1. **El recurso de apelación**

Mediante memorial presentado el 15 de octubre de 2009, (fl. 160, c. ppal.), la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el *a quo*. Este fue sustentado el 14 de mayo de 2010 (folio 168 cuaderno principal) y admitido en providencia del 31 de mayo siguiente (folio 176 cuaderno principal).

Después de hacer un recuento de la sentencia apelada, sostuvo que en el *sublite* no operaba la caducidad de la acción porque (i) la accionada no propuso esta excepción y (ii) el tribunal no tuvo en cuenta en el cómputo de los 30 días hábiles el periodo de vacancia judicial dentro del cual, según el decreto 1660 de 1978, los términos legales se suspenden.

Así las cosas, arguyó que los 30 días vencían el día 23 de febrero de 2004, misma fecha en la que se presentó la demanda, por lo que esta se interpuso dentro de la oportunidad legal.

También indicó que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho era la idónea en el caso concreto y que no hubo inepta demanda por cuanto, si bien el contrato ya se había celebrado, los proponentes no tuvieron la posibilidad de conocer la fecha en que las partes suscribieron el contrato objeto de la licitación (i); no hay certeza de la fecha en la cual el citado contrato fue publicado en el diario único de contratación (ii) y el actor nunca tuvo accedo a los documentos del proceso contractual, “*tanto es así que fue necesario instaurar el derecho de petición para obtener copia del acta de adjudicación u otros documentos, no obstante, nunca se dio respuesta*” (iii).

En este orden, manifestó que no tuvo conocimiento de la suscripción del contrato de obra por causas que no le eran imputables. Manifestó que “*ante la imposibilidad de poder haber conocido el contrato de obra el actor, se está negando al proponente la posibilidad de demandar el acto que verdaderamente causó el daño, cual es: el acto de adjudicación al momento de interponer la acción, limitando además, la posibilidad de solicitar el restablecimiento del derecho afectado, por medio de la indemnización, fin último de esta acción, en otras palabras, se está negando su derecho constitucional a acceder a la administración de justicia*” (folio 173 cuaderno principal).

Conforme a lo que expuso, solicitó que se estudiara el fondo del asunto y se accediera a las pretensiones de la demanda.

1. **Alegatos de conclusión en segunda instancia**

Mediante escrito presentado el 28 de julio de 2010, la parte actora presentó alegatos de conclusión.

En ellos insistió en que la acción no había caducado pues el a quo incurrió en un evidente error al no haber considerado la suspensión de los términos en la vacancia judicial.

Manifestó que no podía declararse la inepta demanda pues el actor al momento de instaurar la acción de la nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo adjudicatario, no tenía conocimiento del contrato de suscripción de obra puesto que “la entidad contratante no comunico ni notificó la suscripción del contrato al proponente” y en el presente proceso la accionada “*no demostró la fecha de publicación del contrato en el Diario Oficial, para efectos de su publicidad* (…)”.

Enfatizó que en las actuaciones de los jueces debe prevalecer el derecho sustancial sobre el formal y que el deber del Juez es adecuar el trámite en cuanto a la interpretación de la demanda y buscar la justicia.

En este orden, expresó que dentro del proceso se acreditó el vicio de ilegalidad del acto administrativo de adjudicación, se demostró que la propuesta de la parte actora era la mejor y que fueron probados los perjuicios sufridos por el proponente al no habérsele adjudicado la licitación.

Finalmente, solicitó que fuera revocada la decisión del *a quo*, y que, en consecuencia, se accediera a las pretensiones (fl. 179 a 191, c. ppal.).

La accionada guardó silencio.

1. **Concepto del Ministerio Público**

Mediante escrito presentado el 11 de agosto de 2010, el Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado, después de relacionar los antecedentes de la controversia, señaló que la acción impetrada no era la procedente pues a la fecha de presentación de la demanda ya se había celebrado el contrato con la firma adjudicataria. Manifestó que dado que el contrato fue suscrito antes de la presentación de la demanda, la acción procedente era la de controversias contractuales, la cual no se formuló en el presente caso.

Así, a pesar de que también consideró que había operado el fenómeno de la caducidad e l acción, solicitó revocar la sentencia impugnada y en su lugar proferir fallo inhibitorio por indebido ejercicio de la acción (fl. 193 a 200, c. ppal.).

Después de culminar la oportunidad para alegar de conclusión, el actor allegó un documento, de fecha julio 16 de 2010, en el que la Aeronáutica civil le responde un derecho de petición a ella formulado el 5 de agosto anterior y en el que aquella le informa que “*el CONTRATO No 3000257-OK-2003, de fecha 24 de DICIEMBRE DE 2006, fue publicado en el DIARIO OFICIAL No. 45607 DE FECHA 12 DE JULIO DE 2004*” (folios 205 y 206 cuaderno principal).

Para el actor, este documento acredita que él no tuvo conocimiento de la suscripción del contrato en el momento de la presentación de la demanda.

**II. CONSIDERACIONES**

Previo a resolver el presente asunto, se hará un análisis de los presupuestos procesales (i). En caso de que estos resulten acreditados, se analizarán los cargos formulados contra el acto administrativo acusado con el fin de establecer si hay lugar a acceder o no a las pretensiones de la demanda (ii).

**I. Presupuestos procesales**

**1. Jurisdicción y competencia**

De conformidad con el artículo 82 del C.C.A., modificado por la Ley 1107 de 2006, para que la jurisdicción administrativa conozca de un asunto debe verificarse que una de las partes del litigio o controversia sea de naturaleza pública. En este caso, se tiene que la entidad demandada es una entidad estatal: La Aeronáutica Civil, unidad administrativa Especial del orden nacional.

**2. Competencia**

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, puesto que el numeral 1º del artículo 129 del C.C.A., con las modificaciones del artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 1º de la Ley 954 de 2005, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos.

Finalmente, cuando se presentó la demanda – 23 de febrero de 2004- para que un proceso como el que nos ocupa fuera de doble instancia la cuantía debía exceder, según lo dispuesto en el artículo 2 del decreto 597 de 1988, de $ 179000000, y en el caso bajo estudio, la mayor de las pretensiones se estimó en $337086235, suma que excede la exigencia legal.

**3. De la aptitud de la demanda para que sean estudiadas las pretensiones**

El artículo 87 del Código Contencioso administrativo, norma procesal que se aplica a la presente controversia, dispone:

Art. 87.-Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

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

El Ministerio Público o cualquier tercero que *acredite un interés directo* podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes (negrillas fuera de texto).

Conforme al citado artículo, es claro que una vez celebrado el contrato estatal, solo podrá pedirse la nulidad de los actos previos, como lo es el acto de adjudicación del contrato, como fundamento de la solicitud de nulidad del contrato.

En este orden, en el evento de que el contrato se encuentre perfeccionando, ya no es posible invocar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de manera autónoma sino la acción de controversias contractuales. Esto, por cuanto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del CCA y la interpretación que de él ha hecho la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, una vez celebrado el contrato, los actos previos guardan una inescindible relación con él y estos no pueden ser separables.

La fórmula adoptada por el legislador fue declarada ajustada al ordenamiento superior pues para la corte Constitucional fue clara “*la voluntad del legislador de fijar un límite a la separabilidad de los actos previos, definiendo que a partir de la firma del contrato tales actos se hacen inseparables del mismo*”[[1]](#footnote-1).

La anterior ha sido también la interpretación del Consejo de Estado quien ha sostenido que a partir de la celebración de un contrato, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ya no podrá interponerse de manera independiente sino que deberá ejercerse la acción contractual en la que deberá demandarse tanto la nulidad del contrato como la nulidad de los actos previos.

Esta posición ha sido sostenida por esta Sección en repetidas ocasiones:

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 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[[2]](#footnote-2).

En sentencias posteriores ha reiterado la Corporación la tesis de inseparabilidad de los actos previos una vez celebrado el contrato. Así, se ha sostenido:

Pues bien, todos estos precedentes coinciden al señalar de manera irrefragable que 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[[3]](#footnote-3).

En providencia posterior, se expresó:

La jurisprudencia en comento señaló que el perfeccionamiento del contrato estatal conlleva la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto previo y, en consecuencia, estableció que el acto previo deja de ser separable una vez firmado el contrato estatal, por lo cual podría ser demandado dentro del curso de los dos (2) años siguientes mediante la acción contractual orientada a obtener la declaración de nulidad del contrato, caso en el cual debe demandarse también la nulidad del acto de adjudicación. Esta postura ha sido sostenida reiteradamente por el Consejo de Estado[[4]](#footnote-4)

Y también se ha enfatizado en que en ejercicio de la acción contractual es claro que la persona que considera lesionados sus derechos patrimoniales puede pretender la respectiva indemnización. En efecto, ha señalado la Corporación:

La tercera hipótesis corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho en forma independiente, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos, pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiere ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal[[5]](#footnote-5).

Descendiendo al caso concreto, se tiene acreditado que:

1. La Aeronáutica civil adelantó la licitación pública No. 3000068-OL de 2003 cuyo objeto fue contratar el mantenimiento de la plataforma del aeropuerto internacional el Dorado - Cambio de losas (folios 257 a 230 cuaderno 4).
2. Que al precitado procedimiento de selección se presentaron la Unión temporal Losas dorado – equipo Universal S.A, el consorcio 2H – Uribe y breo LTDA – Cortázar y Gutiérrez Sociedad castro Tcherassi quien presentó oferta y la sociedad Castro Tcherassi S.A. (folios 127 a 131 cuaderno 4).
3. Que la licitación fue adjudicada al consorcio 2H, de conformidad con la resolución 05512 del 23 de diciembre de 2003 (folios 53 a 65 cuaderno 3 acto administrativo que fue notificado en estrados a la sociedad Castro Tcherassi ese mismo día, fecha en la que cobró firmeza (folio 65 verso cuaderno 3).
4. Que el contrato adjudicado se suscribió el día 24 de diciembre ( folios 2 a 9 cuaderno 4).

Conforme a lo acreditado dentro del proceso, la Sala observa que en el caso concreto el contrato de obra objeto de la licitación pública referida se celebró al día siguiente de su adjudicación – el día 24 de diciembre de 2003- momento a partir del cual el actor debía acudir a la acción contractual en la que, conforme al artículo 87 del CCA y a la jurisprudencia reseñados, era menester impugnar la legalidad del contrato y de los actos previos, en este caso la adjudicación.

Sin embargo, el día 23 de febrero de 2004, es decir, después del perfeccionamiento del contrato, el actor interpuso demanda de nulidad y restablecimiento y del derecho en contra del acto administrativo de adjudicación sin cuestionar el citado contrato.

La anterior circunstancia lleva a la Sala a encontrar acreditada la excepción propuesta por la accionada de inepta demanda y procederá a revocar el fallo impugnado.

El actor alegó en el recurso de alzada no haber conocido la fecha de celebración del contrato pues la accionada no le comunicó ni le notificó haber suscrito el mismo, circunstancia imposible de conocer para él además de que no se probó la fecha de publicación del mismo.

Para la Sala, este argumento no puede ser de recibo por las siguientes razones:

El artículo 87 del CCA no condiciona el ejercicio de la acción contractual a que el contrato celebrado haya sido conocido por quien ejerce el derecho de acción o que este haya sido publicado.

Esta norma impone, en consecuencia, una carga al accionante que se traduce en el deber de verificar si el contrato fue suscrito o no. En el plenario no existe prueba alguna de que el actor haya cumplido con esta carga pues ni siquiera peticionó a la accionada, antes de interponer la demanda, si el contrato ya se había celebrado.

La Sala no puede aceptar el argumento según el cual el actor no podía conocer de la fecha de suscripción del contrato. Esto, por las siguientes consideraciones:

Los pliegos de condiciones indicaban de manera clara y expresa que el contrato se firmaría dentro de los 15 días hábiles siguientes a la adjudicación. Así el pliego prescribió:

El contrato será firmado por las partes dentro de los QUINCE (15) días hábiles siguientes a la notificación del acto de adjudicación, para lo cual el oferente seleccionado deberá contactarse con el Grupo de Contratos – Dirección legal de la Aeronáutica Civil (folio 193 cuaderno 4).

Conforme a lo dispuesto en el pliego, era claro que el actor debía suponer que para el momento de la demanda, 23 de febrero de 2004, el contrato ya debía estar suscrito como en efecto sucedió. En casos similares, en los que el recurrente afirma no haber tenido conocimiento de la suscripción el contrato, el Consejo de Estado ha desestimado esta alegación. Así, ha indicado:

En el referido cronograma se dispuso que la firma del contrato se realizara en un término de dos (2) días hábiles a partir del plazo para su elaboración, esto es que el contrato ha debido firmarse el 22 de octubre de 2001, un mes antes de la fecha en que la demandante solicitó las primeras copias para la formulación de la demanda, momento en el cual resulta más que razonable que debió prever que el contrato correspondiente ya estaba firmado, asunto que no era ajeno a su conocimiento si se tiene en cuenta que el perfeccionamiento del contrato era imperativo como consecuencia de la adjudicación y ya había transcurrido un plazo más que suficiente para la firma del contrato según los imperativos términos del Pliego de Condiciones (…)[[6]](#footnote-6)

Es tan claro que el actor debía suponer que el contrato ya se había celebrado, que en la propia demanda el mismo solicitó dentro del acápite denominado medios de prueba oficiar a la demandada para que enviara todos los antecedentes administrativos de la licitación dentro de los cuales especialmente “*el contrato celebrado*” (folio 18 cuaderno primera instancia).

Ahora bien, el actor manifiestó que, en todo caso, y para garantizar el derecho a la administración de justicia, el juez debía interpretar la demanda y adecuarla a la vía procesal correspondiente.

Debe indicar la Sala que esta facultad puede desplegarse siempre y cuando el juez respete el principio de congruencia de la sentencia que le impone el deber de no fallar por fuera de la controversia puesta a su consideración y el derecho al debido proceso que debe ser garantizado a los demás sujetos procesales. Ha indicado esta Corporación:

Finalmente, no puede perderse de vista que siendo la solicitud de la nulidad absoluta del contrato un requisito legalmente consagrado, debió ser tenido en cuenta para hacer uso del derecho al acceso a la administración de justicia, y no puede pretender la parte que la demanda sea modificada en su *causa petendi* con base en el principio de *iura novit curia,* pues ello implica un flagrante desconocimiento de lo previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que consagra el deber del juzgador de pronunciarse en la sentencia de manera congruente a las formulaciones de la demanda[[7]](#footnote-7).

Lo anterior se traduce en que la Sala, en el caso concreto, no puede pronunciarse sobre la nulidad de un contrato que no fue demandado y sobre cuya legalidad la entidad accionada no habría tenido oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y de defensa.

Dado que se encuentra fehacientemente acreditada la ineptitud sustantiva de la demanda, la Sala procederá a revocará la decisión apelada pues se impone un fallo inhibitorio.

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

**F A L L A**

**REVOCASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 1 de octubre de 2009 y en su lugar se dispone:

**PRIMERO:** Declárase la INEPTITUD DE LA DEMANDA e Inhibirse para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la litis.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Presidente de la Sala**

Ausente con excusa

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrada Magistrado**

1. Corte Constitucional, sentencia C-1048 de 2001 [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero del 2010, expediente 16450, CP. Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio del 2011, expediente 19936, CP. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sección Terceta, Subsección, C, sentencia del 15 de febrero de 2012, exp. 1988, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. 2847, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de mayo de 2015, exp. 36978, M.P. Hernán Andrade Rincón (E) [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. 2847, M.P. Mauricio Fajardo Gómez [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de mayo de 2015, exp. 28058. En esta providencia se citan las siguientes en el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de febrero del 2014, expediente 29425; Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero; Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero del 2014, expediente 27619, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Sección Cuarta, sentencia del 18 de noviembre del 2007, expediente 15145, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; Sección Quinta, sentencia del 10 de abril del 2014, expediente 08001-23-31-000-2011-01474-01, C.P. Susana Buitrago Valencia. [↑](#footnote-ref-7)