**CONSEJO DE ESTADO – Competencia**

El Despacho es competente para resolver el recurso de apelación contra el auto que rechazó la demanda, de conformidad con los artículos 150, 125 y 243 de la Ley 1437 de 2011 “CPACA”. (…) Por su parte, el artículo 125 ibídem fijó la competencia para proferir los autos indicados en los numerales 1 a 4 del artículo 243 (…) De allí que, el Despacho es competente en términos funcionales para conocer de la apelación de autos que rechacen la demanda en procesos adelantados por los Tribunales Administrativos en primera instancia, siempre que la decisión a adoptar sea la de revocar la providencia apelada y, por consiguiente, no se ponga fin al proceso.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Procedente para atacar los actos previos – Vigencia del CCA**

El artículo 87 del CCA –modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998– regulaba la acción contractual; respecto de los actos previos o precontractuales, la disposición establecía que eran demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta días siguientes a la respectiva notificación, comunicación o publicación. No obstante, señalaba que, una vez celebrado el contrato estatal, la ilegalidad de los actos previos solo podía invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. En tal virtud, si el contrato estatal ya se había celebrado, la única forma de atacar los actos previos relacionados con la actividad contractual era a través de la acción de controversias contractuales con fundamento en la nulidad absoluta del contrato, dentro del término de caducidad señalado en el literal e) del numeral 10 del artículo 136 ibídem.

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Procedentes para atacar los actos previos**

En relación con la forma y plazo para demandar los actos precontractuales el artículo 141 del CPACA contiene una nueva regulación que, prima facie, pareciera disímil a la del CCA. (…) De conformidad con lo anterior, los medios de control idóneos para demandar la legalidad de los actos proferidos antes de la celebración del contrato o con ocasión de la actividad contractual son los de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho.

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Cómputo del término de caducidad**

Para determinar los plazos de caducidad de los citados medios de control cuando se dirigen a cuestionar la validez de actos precontractuales, es preciso acudir al contenido del literal c) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, que determina: “[c]uando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso”.

**ACTOS SEPARABLES DEL CONTRATO – Teoría – Noción**

La Ley 1437 de 2011 acogió la teoría de los actos separables del contrato y, en tal virtud, permite que los actos administrativos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato sean demandados, según el caso, mediante los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, pero dentro del término de caducidad de cuatro meses, contados una vez se surta la respectiva comunicación, notificación o publicación.

**NULIDAD SIMPLE – Procedente para la impugnación – Pliego de condiciones**

Los pliegos de condiciones de los procesos de selección –como acto administrativo de naturaleza mixta pero esencialmente general– serán demandables a través del medio de control de nulidad simple, dentro de los cuatro meses contados a partir del día siguiente a su publicación en el SECOP.

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Procedente para la impugnación – Acto de adjudicación – Acto de declaratoria de desierta**

De otra parte, los actos administrativos de adjudicación o de declaratoria de desierta serán censurables mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro meses contados a partir del día siguiente a su comunicación o notificación.

**SENTENCIAS INTEGRADORAS – Reiteración jurisprudencial**

Son una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal. Las sentencias integradoras, en cualquiera de sus modalidades -interpretativas, aditivas o sustitutivas-, encuentran un claro fundamento en el carácter normativo de la Carta Política (CP. art. 4o) y en los principios de efectividad (CP. art. 2o) y conservación del derecho (CP. art. 241), llamados a gobernar el ejercicio del control de constitucionalidad, ya que facilitan la labor de mantener vigente en el ordenamiento jurídico la norma que ofrece insuficiencias desde la perspectiva constitucional, en el sentido que le permite al órgano de control constitucional ajustar su contenido a los mandatos superiores parcialmente ignorados por el legislador.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Procedente para impugnar – Acto de adjudicación y la nulidad absoluta del contrato – Cómputo del término de caducidad**

Como se precisó en el acápite anterior, el demandante estaba compelido a demandar no solo la validez del acto administrativo de adjudicación sino de igual forma el contrato estatal –con régimen privado– suscrito entre TGI S.A. E.S.P. y Servicios Suministros y Transportes Ltda. Por lo tanto, la caducidad del medio de control no era el de cuatro meses sino el correspondiente al medio de control de controversias contractuales, de manera específica el relacionado con la solicitud de la nulidad absoluta del contrato, contenido en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00566-01(57835)**

**Actor: TRANSPORTE TURÍSTICO COLEGIAL Y EMPRESARIAL “TRANSTURCOL LTDA.”**

**Demandado: TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P**

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

El Despacho decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto proferido el 22 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo de la Santander, mediante el que se rechazó la demanda por caducidad del medio de control.

1. **ANTECEDENTES:**

**1. La demanda y trámite procesal**

1.1. El 3 de septiembre de 2012, Transporte Turístico Colegial y Empresarial – Transturcol Ltda., mediante apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria civil contra Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., para que se declarara que la adjudicación efectuada en el proceso de invitación pública SPLO-GIN-1667-2011 había sido realizada con violación del ordenamiento jurídico y de las normas contenidas en los pliegos de condiciones.

1.2. El proceso le correspondió por reparto al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, y este lo admitió por auto del 18 de septiembre de 2012.

Una vez contestado el libelo introductorio, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, a través de auto del 22 de julio de 2013 corrió traslado de las excepciones formuladas por la parte demandada.

La sociedad demandada, mediante memorial del 28 de junio de 2015, solicitó que se declarara la nulidad de todo lo actuado con fundamento en el numeral 1 del artículo 140 del CPC, toda vez que la jurisdicción competente para conocer y decidir el litigio era la contencioso administrativa, por cuanto su composición accionaria es mayoritariamente estatal, ya que en capital público es superior al 50%.

1.3. El 20 de noviembre de 2015, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y, en consecuencia, remitió el proceso a los Jueces Administrativos del Circuito de Bucaramanga.

El 9 de marzo de 2016, el Juzgado Sexto del Circuito de Bucaramanga, a su vez, remitió el proceso por competencia funcional al Tribunal Administrativo de Santander.

**2. El auto apelado**

El 22 de junio de 2016, el Tribunal Administrativo de Santander profirió el auto impugnado, en el que rechazó la demanda por caducidad del medio de control de controversias contractuales. Al respecto, el *a quo* puntualizó:

*“En este caso el acto administrativo de adjudicación fue comunicado a la parte actora el 2 de enero de 2012 mediante oficio 000003 del 22 de diciembre de 2011 suscrito por el Vicepresidente Operativo de TGI y la demanda como tal fue interpuesta solo hasta el 10 de septiembre de 2012.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, es claro, que la parte actora no presentó la demanda en la fecha límite con la que contaba para hacerlo la cual iba hasta el 3 de mayo de 2012, ni suspendió el término efectuando el trámite de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público como lo disponen los artículos 21 y 23 de la Ley 640 de 2001, en aras de dar cumplimiento al requisito de procedibilidad establecido en el artículo 161 numeral 1 de la Ley 1437 de 2011, y aún* (sic) donde lo hubiera hecho, el término para demandar oportunamente solo se habría extendido hasta el 4 de septiembre de 2012.

Por lo anterior, se concluye que en la fecha en que fue presentada la demanda, ya había operado el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, razón suficiente para rechazar la demanda en los términos del artículo 169 numeral 1 que dispone que se rechazara (sic) la demanda y se ordenara (sic) la devolución de los anexos cuando hubiere operado la caducidad” (f. 298 a 300 c. ppal.).

*.*

**3. Recurso de apelación**

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación con apoyo en los siguientes argumentos:

i) El Consejo de Estado ha sostenido que una vez celebrado el contrato estatal, la ilegalidad de los actos previos solo podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. Para el momento en que se presentó la demanda ya se había suscrito el contrato, razón por la cual la caducidad era de dos años y no, como lo sostiene el Tribunal, de cuatro meses.

ii) En situaciones como las analizadas, en las que una demanda se remite de una jurisdicción a otra, debe entenderse que existen diferencias en los requisitos de forma y de fondo entre el ejercicio de una acción civil y un medio de control contencioso administrativo, motivo por el que las normas procesales, en estos eventos, deben interpretarse con mayor laxitud para no afectar el derecho de acceso a la administración de justicia.

iii) Así las cosas, en el peor de los casos, la demanda debió haberse inadmitido para permitir su corrección de acuerdo con los parámetros de las normas procesales en materia contencioso administrativa, pero jamás rechazarse por cuanto resulta evidente que el medio de control ejercido fue el de controversias contractuales cuya caducidad es de dos años.

El *a quo* concedió el recurso de apelación en auto del 8 de julio de 2016, y dispuso la remisión del expediente a esta Corporación.

1. **CONSIDERACIONES:**

**1. Competencia**

El Despacho es competente para resolver el recurso de apelación contra el auto que rechazó la demanda, de conformidad con los artículos 150, 125 y 243 de la Ley 1437 de 2011 “CPACA”. La última de las disposiciones mencionadas establece:

***“****Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:*

*1. El que rechace la demanda.*

*2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.*

*3. El que ponga fin al proceso.*

*4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.*

*(…)*

*Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia”.*

Por su parte, el artículo 125 ibídem fijó la competencia para proferir los autos indicados en los numerales 1 a 4 del artículo 243, en los siguientes términos: *“(…) Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de el Despacho, excepto en los procesos de única instancia*”.

De allí que, el Despacho es competente en términos funcionales para conocer de la apelación de autos que rechacen la demanda en procesos adelantados por los Tribunales Administrativos en primera instancia, siempre que la decisión a adoptar sea la de revocar la providencia apelada y, por consiguiente, no se ponga fin al proceso.

De igual forma*,* el Despacho tiene competencia en virtud del factor objetivo porque el proceso –controversias contractuales– tiene vocación de doble instancia y la pretensión individualmente considerada ($2.500´000.0000,00)[[1]](#footnote-1), supera la exigida para que un asunto de esta naturaleza tenga segunda instancia ante el Consejo de Estado ($283´350.000,00)[[2]](#footnote-2).

**2. Medios de control idóneos para controvertir los actos previos en materia contractual y el término de caducidad**

2.1. El artículo 87 del CCA –modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998– regulaba la acción contractual; respecto de los actos previos o precontractuales, la disposición establecía que eran demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta días siguientes a la respectiva notificación, comunicación o publicación. No obstante, señalaba que, una vez celebrado el contrato estatal, la ilegalidad de los actos previos solo podía invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

En tal virtud, si el contrato estatal ya se había celebrado, la única forma de atacar los actos previos relacionados con la actividad contractual, era a través de la acción de controversias contractuales con fundamento en la nulidad absoluta del contrato, dentro del término de caducidad señalado en el literal e) del numeral 10 del artículo 136 ibídem[[3]](#footnote-3).

2.2. La Ley 1437 de 2011 “CPACA”, modificó sustancialmente el régimen de las acciones y términos de caducidad contenidos en el CCA o Decreto – Ley 01 de 1984.

El CPACA parte de una premisa general consistente en que la acción contencioso administrativa es una sola, no obstante, se manifiesta a través de distintos medios de control o pretensiones que pueden ser de *(i)* pura legalidad –contencioso objetivo– en cuyo caso su ejercicio procederá en cualquier tiempo, o *(ii)* subjetivas, eventos en los que se debe atender los plazos señalados en el artículo 164 ibídem para su presentación oportuna.

Ahora bien, en relación con la forma y plazo para demandar los actos precontractuales el artículo 141 del CPACA contiene una nueva regulación que, *prima facie,* pareciera disímil a la del CCA. En efecto, la citada disposición preceptúa:

*“Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.*

***Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso****.*

*El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”* (Se destaca)*.*

De conformidad con lo anterior, los medios de control idóneos para demandar la legalidad de los actos proferidos antes de la celebración del contrato o con ocasión de la actividad contractual son los de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho.

Para determinar los plazos de caducidad de los citados medios de control cuando se dirigen a cuestionar la validez de actos precontractuales, es preciso acudir al contenido del literal c) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, que determina: *“[c]uando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso”.*

Significa lo anterior, que la Ley 1437 de 2011 acogió la teoría de los actos separables del contrato y, en tal virtud, permite que los actos administrativos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato sean demandados, según el caso, mediante los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, pero dentro del término de caducidad de cuatro meses, contados una vez se surta la respectiva comunicación, notificación o publicación.

A modo de ejemplo, los pliegos de condiciones de los procesos de selección –como acto administrativo de naturaleza mixta pero esencialmente general– serán demandables a través del medio de control de nulidad simple, dentro de los cuatromeses contados a partir del día siguiente a su publicación en el SECOP. De otra parte, los actos administrativos de adjudicación o de declaratoria de desierta serán censurables mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro meses contados a partir del día siguiente a su comunicación o notificación.

El Despacho, en este punto, advierte la existencia del siguiente problema jurídico: ¿En vigencia del CPACA, cuál es la forma, mecanismo y término para demandar los actos precontractuales o proferidos con ocasión de la actividad contractual, una vez suscrito o celebrado éste?

**3. Los medios de control idóneos para controvertir los actos precontractuales una vez suscrito el contrato estatal**

3.1. La Ley 1437 de 2011 guardó silencio en relación con la forma de demandar los actos precontractuales o relacionados con la actividad contractual una vez el contrato estatal se suscriba; lo cual para el Despacho pone de presente la existencia de dos opciones hermenéuticas para la solución de esa laguna o vacío normativo[[4]](#footnote-4):

La primera, que surge a partir de una lectura exegética del artículo 141 ibídem, consiste en entender que los actos administrativos precontractuales no tienen interdependencia con el contrato estatal y que por ende, una vez suscrito éste no es necesario demandar conjuntamente su legalidad y la de aquellos.

En otros términos, la legalidad de los actos precontractuales se demandaría por separado de la del contrato estatal. Esto llevaría a que si no se solicita la nulidad del contrato estatal en un proceso separado o mediante acumulación de medios de control, podrían existir negocios jurídicos válidos y en ejecución, aun si previamente han sido anulados los actos precontractuales en que se fundaron (v.gr. acto de adjudicación).

La segunda, a la que se llega a partir de una integración normativa permite darle un contenido y alcance a la disposición que se acompase mejor con los principios sustanciales y procesales de la contratación pública.

3.2. El Despacho acoge la segunda opción hermenéutica, motivo por el que proferirá una decisión integradora para llenar el vacío normativo que se produjo con la expedición del artículo 141 del CPACA. Esto, con fundamento en la sindéresis que se desarrolla a continuación:

i) La norma mencionada reconoce la posibilidad de demandar los actos previos o precontractuales con apoyo en los medios de control de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación, comunicación o publicación. No obstante, se itera, guardó silencio sobre la forma de demandar la legalidad de esos actos previos una vez suscrito el contrato.

Podría pensarse que el silencio normativo supone o implica una negación de la tesis procesal según la cual la legalidad del acto precontractual, una vez suscrito el contrato, solo puede invocarse conjuntamente con la nulidad del contrato estatal, no obstante, el Despacho se aparta de esa conclusión porque lo que se advierte es la existencia de una laguna normativa que, hasta tanto no se solucionada por el propio legislador, corresponde su interpretación por parte del juez.

ii) Las providencias integradoras son comunes en un Estado Social de Derecho, ya que permiten al juez darle una comprensión constitucional a una norma que contiene un vacío o indeterminación, sin tener que recurrir a la excepción de inconstitucionalidad o esperar a que el tribunal constitucional se pronuncie sobre su validez.

En efecto, la Corte Constitucional, en relación con este tipo de decisiones, ha sostenido en prolífica jurisprudencia:

“*son una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal. Las sentencias integradoras, en cualquiera de sus modalidades -interpretativas, aditivas o sustitutivas-, encuentran un claro fundamento en el carácter normativo de la Carta Política (CP. art. 4o) y en los principios de efectividad (CP. art. 2o) y conservación del derecho (CP. art. 241), llamados a gobernar el ejercicio del control de constitucionalidad, ya que facilitan la labor de mantener vigente en el ordenamiento jurídico la norma que ofrece insuficiencias desde la perspectiva constitucional, en el sentido que le permite al órgano de control constitucional ajustar su contenido a los mandatos superiores parcialmente ignorados por el legislador.*

*Esta metodología se viene aplicando desde la sentencia C-011 de 1994, y ha sido reiterada por el Tribunal en las providencias C-012 de 1994, C-478 de 2003 y C-1235 de 2005, C-325 de 2009, C-458 de 2015 y C-754 de ese mismo año”[[5]](#footnote-5).*

Con independencia de la concepción teórica del derecho que se profese –positivista o iusnaturalista ambas en sus múltiples versiones– no cabe duda que el juez en el Estado moderno no se limita a ser la boca de la ley –en términos de Montesquieu– sino que ejerce un papel preponderante en salvaguardar la Constitución Política, y darle una comprensión y articulación al sistema jurídico que permita maximizar la protección de los derechos humanos.

Por lo tanto, los jueces tienen la capacidad de llenar los vacíos o lagunas normativas a partir de una hermenéutica que se acompase con los principios y valores constitucionales.

ii) De la lectura de las actas de la Comisión Redactora de la Ley 1437 de 2011, es posible concluir que la posición mayoritaria era aquella según la cual se debía mantener expresamente la obligación de acumular las pretensiones de ilegalidad de los actos previos y de nulidad absoluta del contrato estatal, una vez se hubiere celebrado este.

Sin embargo, pese a la discusión generada, la norma quedó redactada con el sentido del criterio minoritario, esto es, bajo el entendido de que era preciso guardar silencio para no tener que obligar al demandante a acumular pretensiones de nulidad de los actos previos con la contractual de validez del contrato.

El fundamento conceptual de la tesis minoritaria fue el servicio público y la necesidad de que se mantuviera su prestación: *“Piénsese por ejemplo, en un proyecto de infraestructura como una carretera. Si se cae el acto de adjudicación se acaba ese contrato? ¿O es preferible que siga funcionando y se apliquen otras sanciones, penales, administrativas, etc., contra el contratista, si fue de mala fe? Realmente lo importante es que el servicio público se cumpla…”[[6]](#footnote-6)*

iii) El Despacho se aparta de esa hermenéutica y, por lo tanto, acoge y rescata la tesis mayoritaria del espíritu del legislador, según la cual era necesario que se mantuviera la exigencia contenida en el antiguo CCA.

En efecto, a la luz de los principios constitucionales de la función administrativa –dentro de la que se desarrolla la actividad contractual– así como los legales propios de la contratación pública, la tesis de la acumulabilidad optativa o a prevención es inadmisible porque promueve de manera injustificada el desconocimiento, precisamente, de los principios del servicio público.

De modo que, la única forma de darle un contenido y alcance al silencio del legislador es a partir de una decisión integradora que haga prevalecer los principios constitucionales y legales de la contratación pública.

La legislación y la jurisprudencia no pueden servir de acicate para que, con el argumento del mal menor, se promueva el desconocimiento del ordenamiento jurídico.

En un Estado Social de Derecho resulta inadmisible que se haga prevalecer el “eficientismo” y la lógica de mercado sobre los principios jurídicos que gobiernan la rectitud y probidad del comportamiento de la Administración Pública, máxime en temas de contratación pública.

iv) En efecto, el Despacho simplemente a título enunciativo –sin pretender efectuar un *numerus clausus* de la materia– destaca la adecuación de la tesis de la acumulación obligatoria o imperativa con los principios de: moralidad de la administración pública (art. 209 C.P.), transparencia, responsabilidad, selección objetiva y planeación (art. 23 y s.s. Ley 80 de 1993 y art. 13 Ley 1150 de 2007).

En suma, para esta Corporación no es admisible que a partir de una lectura restrictiva de la norma se promuevan comportamientos que atentan contra el ordenamiento jurídico, porque la tesis de la acumulación optativa sirve de pábulo para que el contrato viciado continúe su ejecución con independencia de los vicios que lo afectan y, en consecuencia, se deje en cabeza del demandante –adjudicatario no favorecido– la decisión de si activa o no el control jurisdiccional sobre la legalidad del negocio jurídico irregular.

v) Por último, la norma no prohíbe expresamente la tesis de la acumulación obligatoria, por lo que si la intención del legislador era suprimirla debió hacerlo de forma expresa y no simplemente a través del silencio.

Por lo tanto, el Despacho analizará el caso concreto con base en la perspectiva planteada en el recurso de apelación, esto es, que el medio de control interpuesto fue el de controversias contractuales con base en la tesis de la acumulación obligatoria y que, por lo tanto, el a quo debió admitir la demanda o, al menos, inadmitirla para permitir su corrección.

**4. Caso concreto**

La parte actora presentó demanda ordinaria ante la Jurisdicción Civil Ordinaria para que se declarara que el acto de adjudicación en el proceso de solicitud pública de ofertas SPLO-GIN-1667-2011, a favor de la sociedad Servicios de Suministro y Transporte Ltda., fue proferido con violación de la reglas establecidas en los pliegos de condiciones. Además, solicitó la correspondiente indemnización de perjuicios.

A folio 272 del cuaderno uno, reposa certificación signada por el revisor fiscal de la sociedad demandada, esto es, TGI S.A. E.S.P., en la que se hace constar que la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. –empresa de servicios públicos oficial – es dueña del 68.049059 por ciento de la acciones sociales.

En consecuencia, la demandada es una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, en los términos del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007.

De allí que, lo primero que corresponde advertir es si la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, valga la redundancia, tiene jurisdicción para conocer y decidir este proceso.

En el caso concreto, se demanda la validez del acto administrativo que adjudicó un proceso de selección contractual adelantado por una ESP de naturaleza mixta, es decir, con capital mayoritariamente público.

Así las cosas, en los términos del parágrafo del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011[[7]](#footnote-7), la demandada es una entidad estatal pero las normas de contratación aplicables son las del derecho privado de acuerdo con el artículo 31 ibídem. Y, si bien, como lo ha sostenido esta Corporación el régimen jurídico aplicable a un contrato estatal general o especial no determina la jurisdicción y la competencia, lo cierto es para el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios las normas aplicables al contrato sí resultan determinantes para esos efectos.

El referido artículo 104 del CPACA preceptúa:

*“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones,* ***sujetos al derecho administrativo****, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

*Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

*1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.*

*2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.*

***3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes****.*

*(…)”* (Negrillas adicionales).

En consecuencia, la disposición trascrita contiene una regla general de jurisdicción estructurada en un criterio material porque en el litigio o la controversia no solo debe intervenir una entidad pública sino que sustancialmente está sujeta al derecho administrativo. El segundo segmento de la norma, que realiza un listado taxativo de ámbitos de jurisdicción, es producto de una combinación entre los criterios material y orgánico.

Ahora, tratándose de empresas de servicios públicos domiciliarios la jurisdicción está determinada no por el régimen jurídico aplicable al contrato o proceso de selección, sino por la inclusión de cláusulas exorbitantes, esto es, aquellas contenidas en los artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

En el *sub lite*, en los pliegos de condiciones y en la minuta del contrato se incluyó la cláusula de terminación unilateral del contrato por parte de TGI S.A. E.S.P., motivo por el que esta jurisdicción tiene competencia para decidir el litigio (f. 177 c. 1).

La demanda contractual se presentó el 3 de septiembre de 2012, es decir, después del vencimiento de los cuatro meses contados a partir del día siguiente a la fecha de comunicación del acto administrativo demandado, lo cual ocurrió en el caso concreto el 22 de diciembre de 2011 (f. 23 c. 1).

No obstante, como se precisó en el acápite anterior, el demandante estaba compelido a demandar no solo la validez del acto administrativo de adjudicación sino de igual forma el contrato estatal –con régimen privado– suscrito entre TGI S.A. E.S.P. y Servicios Suministros y Transportes Ltda.

Por lo tanto, la caducidad del medio de control no era el de cuatro meses sino el correspondiente al medio de control de controversias contractuales, de manera específica el relacionado con la solicitud de la nulidad absoluta del contrato, contenido en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA:

*“j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

*Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente”.*

Lo anterior se acompasa con el inciso final del artículo 141 ibídem, que determina que el Ministerio Público o un tercero que acredite interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato.

Por lo tanto, el Despacho revocará el auto apelado para, en su lugar, inadmitir la demanda para que la parte actora la corrija en los siguientes aspectos, so pena de rechazo: i) acumule las pretensiones de nulidad absoluta del contrato, de acuerdo con la parte motiva de este proveído (arts. 162.2 y 165 CPACA), ii) acredite el agotamiento del requisito de procedibilidad del numeral 1 del artículo 161 eiusdem.

En mérito de lo expuesto, se

**RESUELVE:**

**PRIMERO. REVOCAR** el auto del 22 de junio de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander.

**SEGUNDO.** En consecuencia,se dispone **INADMITIR** la demanda de la referencia para que la parte actora, en el término de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la notificación del auto de obedecimiento a lo decidido por el superior, corrija, adecúe y acumule las pretensiones de acuerdo con las exigencias de esta jurisdicción, contenidas en la Ley 1437 de 2011, y acredite el agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejuidicial.

**TERCERO.** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, **DEVOLVER** el expediente Tribunal de origen para lo de su cargo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

1. F. 7 c. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Suma que es resultado de multiplicar el salario mínimo de 2012, esto es, $566.700 por 500. [↑](#footnote-ref-2)
3. “10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

(…) e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento”.  [↑](#footnote-ref-3)
4. “Existe una laguna cuando en el derecho positivo falta una regulación a pesar de que el orden jurídico en su totalidad la exige” (Traducción libre) CANARIS, *Claus Wilhem “Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*”, Berlín, 1964, Dunker-Humblot, pág. 55. “Siempre se ha reconocido que, incluso una ley muy cuidadosamente pensada, no puede contener una solución para cada caso necesitado de regulación que sea atribuible al ámbito de regulación de la ley ; con otras palabras, que toda ley, inevitablemente, tiene lagunas” LARENZ, Karl “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Ed. Ariel, Barcelona, 1980, pág. 359. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional, sentencia C-262 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sesión n.° 53. Consejo de Estado, “Memorias de la Ley 1437 de 2011”, Tomo III parte A, Bogotá, pág. 640 y 641. [↑](#footnote-ref-6)
7. “**PARÁGRAFO.** Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”. [↑](#footnote-ref-7)