**TEORÍA DE LOS ACTOS SEPARABLES – Alcance**

La teoría de los actos separables indica que es posible individualizar o aislar los actos precontractuales de aquellos proferidos en la etapa contractual y post contractual de la administración, para efectos de su impugnación, de tal manera que existen diferentes medios de impugnación –*controversias contractuales, nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho*– para controlar la actividad contractual del Estado. A grandes rasgos, el fundamento de esta teoría se sustentó en que los actos proferidos antes de la celebración del contrato no poseen un contenido bilateral, sino que son expedidos de manera unilateral por parte de la entidad contratante… Así, las decisiones de la administración proferidas antes de la celebración del contrato y con ocasión de la actividad contractual podían ser demandadas mediante acciones distintas a la de controversias contractuales, pues el objetivo del legislador había sido de dotar a estos actos de independencia por considerarlos separables del contrato.

**TEORÍA DE LOS ACTOS SEPARABLES – Histórico normativo**

Esta teoría se consagró de manera expresa en el artículo 87 y el inciso 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984–, según los cuales era posible demandar los actos separables del contrato de conformidad con las acciones previstas en dicha codificación. Con base en estas previsiones legales se entendió que el control o judicialización de los actos administrativos separables procedía a través de las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso. Además, la referida normatividad también previó que los actos distintos de la adjudicación de una licitación solamente serían impugnables cuando se terminara o liquidara el contrato, reforzando esta teoría. Posteriormente, estas normas fueron subrogadas por los artículos 17 y 23 del Decreto 2304 de 1989, en el sentido de eliminar las referencias normativas de los actos separables, al no hacer referencia a aquellos. Sin embargo, las modificaciones que se introdujeron consagraron la posibilidad de solicitar otras declaraciones y condenas, que fueron entendidas por la jurisprudencia de esta Corporación bajo la teoría de los actos separables. En efecto, con esta normativa se interpretó que la impugnación de los actos proferidos luego de la celebración del contrato se ejercía mediante la acción de controversias contractuales, mientras que los conflictos originados en los actos precontractuales y post contractuales correspondían a las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual coincidía con la perspectiva de separabilidad de actos antes asumida…. Hasta aquí, puede concluirse que las reformas introducidas por el Decreto 2304 de 1989 mantuvieron la teoría de la separabilidad de los actos precontractuales, los cuales también debían ser atacados por medio de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho; mientras que los actos contractuales propiamente dichos solamente eran susceptibles de control judicial a través de la acción de controversias contractuales. Luego, se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993– el cual dispuso en su artículo 87 que los actos administrativos producto de la actividad contractual solo podían ser impugnados mediante la acción de controversias contractuales, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

**TEORÍA DE LOS ACTOS SEPARABLES – Etapas de interpretación normativa**

Esta norma fue interpretada en un primer momento en el sentido de indicar que la actividad contractual comprendía todas las actuaciones administrativas que tenían que ver con el contrato, es decir, la etapa precontractual, contractual y post contractual, de ahí que debieran ser impugnadas mediante la acción de controversias contractuales, pues no existía una razón que justificara su control judicial por medio de otra acción, salvo 3 excepciones legales que la propia normatividad había consagrado para que fueran tramitadas por las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho. Respecto de las 3 excepciones legales a esta regla se entendió que la Ley 80 de 1993 únicamente contemplaba acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho contra los siguientes actos: i) la calificación y clasificación de proponentes inscritos en las Cámaras de Comercio *-artículo 225-;* ii) el acto de adjudicación *-parágrafo 1º del artículo 77* *de la Ley 80 de 1993* – y iii) el acto por el cual se declara desierta la licitación o el concurso *-por su propia naturaleza, y por la aplicación remisoria que establece el mismo artículo 77, del C.C.A.-*…. Después, en un segundo momento hermenéutico se modificó el criterio que había sido adoptado previamente y se entendió que existían otros actos administrativos, diferentes de los contemplados en las tres excepciones mencionadas, que podían ser demandados por medio de la acción de simple nulidad como lo era el acto de apertura de la licitación, dado queexistían casos en los que este podía desconocer principios de transparencia y se convertía en un obstáculo para la selección objetiva de contratistas. La procedencia de la acción de nulidad se justificó en este caso al entender que algunos actos previos a la celebración del contrato podían ser demandados por cualquier persona, ya que la acción de nulidad absoluta de los contratos era pública -artículo 45 Ley 80 de 1993- y que la ley contempla como motivo de nulidad contractual la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenta. Ahora, en una tercera etapa interpretativa de esta normatividad, se precisó que el concepto de *“actividad contractual”* debía entenderse de forma restrictiva y solamente comprendía los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, por lo que los actos precontractuales debían ser impugnados mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que los actos contractuales y post contractuales eran enjuiciables mediante la acción relativa a las controversias contractuales

**TEORÍA DE LOS ACTOS SEPARABLES – Ley 80 de 1993**

Así las cosas, puede advertirse que esta Corporación mantuvo la teoría de los actos separables luego de la expedición de la Ley 80 de 1993, a pesar de las diferentes interpretaciones que hubo sobre la misma, pues en todo momento se indicó que algunos actos serían demandables mediante la acción de controversias contractuales y otros a través de la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, distinción que obedecía casi siempre al carácter separable del acto que se pretendía enjuiciar.

**ACTIVIDAD CONTRACTUAL– Sentido restrictivo**

De igual forma, se advierte que la jurisprudencia amplió el espectro de las 3 excepciones contempladas en la Ley 80 de 1993 al señalar que la actividad contractual debía ser entendida en un sentido restrictivo, en tanto debía comprender únicamente lo ocurrido después de la celebración del contrato, lo cual significó que la acción contractual solo fuera posible frente a los actos administrativos producidos después de celebrado el contrato.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Hipótesis**

Ahora, luego de la expedición de la Ley 80 de 1993 se profirió la Ley 446 de 1998 que subrogó el artículo 87 del C.C.A. y reguló lo concerniente a las acciones procedentes en materia de controversias y litigios originados en la actividad contractual del Estado, estableciendo para ello dos hipótesis: i) si el litigio tenía que ver con la etapa contractual o post contractual del contrato la acción correspondiente era la de controversias contractuales y ii) si la demanda estaba dirigida contra actos proferidos antes de la celebración del contrato y con ocasión de la actividad contractual las acciones procedentes eran las de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso. Sin embargo, el referido artículo subrogado señalaba que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos solo podía invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, previsión que imponía que una vez acaecida la celebración del contrato, únicamente fuera procedente la acción de controversias contractuales para controvertir los actos previos o precontractuales. Así, se consideró que antes de la celebración del contrato los actos previos eran separables, pero una vez celebrado el acuerdo se entendían incorporados a este, pues su cuestionamiento judicial únicamente se hacía posible como fundamento de la nulidad absoluta del contrato mediante la acción de controversias contractuales.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Individualización de actos precontractuales**

Aunado a lo anterior, el máximo tribunal constitucional indicó que el término para demandar los actos previos al contrato era de 30 días contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación o publicación. No obstante, agregó que existía un límite a la individualización o separación de los actos precontractuales, pues el legislador había dispuesto que una vez suscrito el contrato eran inseparables del negocio jurídico y, por ende, acaecida esta situación únicamente podían ser atacados por conducto de la acción de controversias contractuales.

**ACTIVIDAD CONTRACTUAL – Control judicial**

Como se puede advertir del anterior recuento legislativo y jurisprudencial efectuado, resulta evidente que en lo que respecta al control judicial de los actos administrativos expedidos antes de la celebración del contrato, pero con ocasión de la actividad contractual, la posición ha sido casi siempre la de darle un tratamiento distinto al de las controversias suscitadas luego de celebrado el contrato, pues aparte de que se les asigna medios de impugnación distintos, siempre se ha sostenido que estos actos son separables del contrato y las controversias que surjan con ocasión del mismo.

**ETAPA PRECONTRACTUAL – Cambio en las formas de impugnar**

Ahora, con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011–, se introdujeron algunos cambios en lo que respecta a la forma de impugnar por vía judicial los actos administrativos proferidos durante la etapa precontractual, ya que si bien se mantuvo la posibilidad de demandar estos actos a través de los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, no se preservó el aparte que señalaba que una vez celebrado el contrato únicamente podía pedirse la nulidad de los actos previos como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, ni se mantuvo el término de 30 días previsto con la normativa anterior para efectos del ejercicio oportuno de la acción.

**MEDIOS DE CONTROL – Etapas de la actividad contractual**

Como puede observarse, el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 consagró diversos medios de control según la etapa de la actividad contractual que se pretenda controvertir, para lo cual indicó que las controversias surgidas frente a actos expedidos antes de la celebración del contrato corresponderían a los medios de control de nulidad -*artículo 137 de la Ley 1437 de 2011*- y nulidad y restablecimiento del derecho *-artículo 138 de la Ley 1437 de 2011*- mientras que los conflictos surgidos en las etapas contractual y post contractual corresponderían de manera exclusiva al medio de control de controversias contractuales, cuya legitimación se encuentra asignada a cualquiera de las partes del contrato.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Término**

Por su parte, en cuanto al medio de control de controversias contractuales, el literal j del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 dispone que las controversias relativas a los contratos tendrán un término de caducidad de 2 años, el cual se comienza a contabilizar dependiendo de varios supuestos, entre ellos, si el contrato requería o no de liquidación y si era de ejecución instantánea o de tracto sucesivo. Frente a este punto cabe advertir que todos estos supuestos tienen en común que parten de la existencia del contrato porque indican que la base para el cómputo de la caducidad será, entre otros eventos, i) cuando en los contratos de ejecución instantánea se señala que el término de caducidad se contabiliza a partir del día siguiente de cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato –*literal j, numeral 2 del artículo 164*- y ii) cuando señala que en los eventos que el contrato requiera de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, el término de caducidad se contabiliza desde el día siguiente al de la firma del acta –*literal j, numeral 2 del artículo 164*-.

**MEDIOS DE CONTROL – Actos previos al contrato**

En consecuencia, la única forma de controvertir los actos previos al contrato es a través de los medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, sin importar si se celebró o no el contrato, y conforme a las reglas propias de dichos medios de control, interpretación que además resulta acorde con el tratamiento de actos separables que tradicionalmente ha dado el legislador a los actos precontractuales.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Acumulación**

Así, cuando se formulen pretensiones de controversias contractuales con las concernientes al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo procedente es su acumulación siempre que se cumplan con los presupuestos establecidos en la ley para ello, esto es, i) que no haya operado la caducidad de alguna de ellas, ii) que el mismo juez sea competente para para conocer de todas las pretensiones formuladas y iii) que las pretensiones no se excluyan entre sí y puedan ser conocidas en idéntico trámite procesal. Sin embargo, es preciso advertir que en el evento de que se acumulen pretensiones de nulidad con las pertenecientes a otros medios de control, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 165 de la Ley 1437 de 2011.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 20001-23-26-000-2013-00502-01(54132)**

**Actor: BOGOTÁ D.C.- SECRETARÍA DE GOBIERNO - FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ**

**Demandado: COMPAÑÍA NORTHBOUND TECHNOLOGIES S.A.**

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

Acogiendo la postura mayoritaria adoptada por la Sala de Subsección[[1]](#footnote-1), procede el despacho a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en audiencia inicial celebrada el 27 de abril de 2015, en la que declaró de oficio probada parcialmente la caducidad respecto a la pretensión de nulidad y restablecimiento.

**I. ANTECEDENTES**

1.Mediante escrito presentado el 22 de abril de 2013 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Gobierno - Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, actuando a través de apoderado judicial, formuló demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en contra de la Compañía Northbound Technologies S.A. con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas (fls. 4 a 15, c.1.):

***PRIMERA:*** *Que se declare la Nulidad Absoluta del contrato No. 559 – 2012, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, pues el mismo se firmó en contra de la expresa prohibición legal al no agotarse el trámite de la licitación en las condiciones señaladas en el Estatuto de Contratación Estatal, esto es por violación de la ley 1150 de 2007 (sic), artículo Segundo Numeral Primero.*

***SEGUNDA:*** *Que así mismo se declare la nulidad de la Resolución 200 de 2012 “Por la cual se justifica la celebración de una contratación directa”. Toda vez que la misma se expidió con violación de las normas en las cuales se debe fundar.*

***TERCERA:*** *Que por lo tanto, se ordenen las restituciones mutuas a que hubiere lugar en el momento de la producción del fallo respectivo.*

***CUARTA:*** *Que entre las restituciones mutuas, se ordene a* ***NORTHBOUND TECHNOLOGIES S.A****. devolver o reintegrar al* ***FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ D.C., la suma de MIL SETECIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS*** *($1.742.800.000) entregados a título de anticipo, más los intereses comerciales y demás rendimientos que se produzcan hasta la fecha de la devolución.*

***QUINTA:*** *Que se ordene a NORTHBOUND TECHNOLOGIES S.A la restitución a favor del FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ D.C., los dineros que mi poderdante cancele por concepto del contrato 559 de 2012, con sus respectivos intereses comerciales y demás rendimientos que se produzcan a la fecha de ejecutoria del fallo y de ahí en adelante los intereses moratorios hasta cuando se haga efectiva la restitución ordenada en la sentencia.*

***SEXTA:*** *Se condene en costas y gastos del proceso al demandado.* (Negrilla propio- Sic a todo lo anterior.)

2. Como fundamentos fácticos relevantes de la demanda, se mencionaron los siguientes:

2.1 La Policía Metropolitana de Bogotá D.C., junto con el Fondo de Vigilancia de Bogotá D.C., realizaron estudios y análisis relacionados con la compra de insumos para el mejoramiento de la vigilancia y de las condiciones de trabajo de la Policía. En específico analizaron las motos eléctricas que se encontraban en el mercado y llegaron a la conclusión que la motocicleta de marca *“Zero DS ZF9”* cumplía con las características requeridas para suplir la necesidad presentada.

2.2. El 24 de agosto de 2012, la Policía Metropolitana de Bogotá D.C., junto con el Fondo de Vigilancia de Bogotá D.C., determinaron que la propuesta más conveniente para dotar de motocicletas eléctricas había sido la presentada por la compañía Northbound Technologies S.A.

2.3. En virtud de lo anterior, el 27 de agosto de 2012, el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D.C. expidió la Resolución n.° 200, mediante la cual se justificó la adquisición de las motocicletas eléctricas a través de la modalidad de contratación directa. Al respecto, se adujo en la demanda que el acto administrativo antes mencionado fue proferido con infracción de las normas sobre las cuales debió fundarse.

2.4. Posteriormente, el 28 de agosto de 2012, se celebró y firmó entre el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D.C. y la Compañía Northbound Technologies S.A. el contrato n.° 559 de 2012, el cual tuvo como objeto principal la adquisición de motocicletas eléctricas para garantizar la seguridad y vigilancia de los habitantes de Bogotá D.C.

 2.5. Según se redactó en la demanda, en la minuta no se señalaron los requisitos básicos, tales como, el nombre del abogado que elaboró el contrato y el proceso de revisión del mismo.

2.6. Además, se indicó que la parte demandante revisó el certificado de Cámara de Comercio Northbound Technologies S.A. y evidenció que el representante legal no estaba autorizado para celebrar contratos de carácter oneroso, sin embargo, dicha persona firmó el contrato n.° 559 de 2012.

2.7. Adujo la parte actora que el contrato n.° 559 de 2012 se celebró desconociendo las disposiciones contenidas en la Ley 1150 de 2007, la Ley 80 de 1993 y el Decreto 734 de 2012, toda vez que el mismo no fue producto de un proceso licitatorio que garantizara el cumplimiento de los principios contractuales, lo que también acarreó que se desconociera el derecho de los ciudadanos de participar de un proceso de contratación.

**II.** **TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA**

1. El 29 de julio de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió[[2]](#footnote-2) la demanda de la referencia y ordenó notificar a la demandada y al Ministerio público (fol. 31, c.1).

2. Surtidas las notificaciones correspondientes, el 27 de noviembre de 2013, la parte demandada presentó en tiempo escrito de contestación (fol. 61 a 72, c.1).

3. Posteriormente, el 19 de marzo de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección A, llevó a cabo la audiencia inicial [[3]](#footnote-3) de qué trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011. En el transcurso de la misma consideró necesario vincular a la Policía Nacional de Colombia por tener interés directo en el resultado del proceso y por ser la poseedora de las motos. Como consecuencia de esta determinación el *a quo* suspendió el trámite del proceso hasta que se verificara la vinculación del tercero (fol. 103, c.1).

4. Luego, el 2 de marzo de 2015 el *a quo* reanudó la audiencia inicial y, en el desarrollo de esta, consideró la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, por lo tanto, procedió a aplazarla hasta que la parte demandante ajustara el poder otorgado y fuera aportada al proceso un acta de conciliación idónea para el caso concreto (fol. 129 y 130, c.1).

**III. DECISIÓN IMPUGNADA**

El 27 de abril de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca reanudó la audiencia inicial y durante el trámite de la misma dispuso, en primera medida, que como no era posible llegar a un acuerdo conciliatorio por ausencia de acta del comité de conciliación del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, se continuaría con el trámite normal de la audiencia.

Por lo tanto, el *a quo* continuó con la celebración de la audiencia inicial y teniendo en cuenta que la parte demandada no propuso excepciones, la magistrada ponente procedió a estudiar de oficio la caducidad del medio de control, conforme lo regulado en el numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, concluyendo lo siguiente:

1. Que en la demanda se acumulan dos pretensiones, a saber i) la declaratoria de nulidad de la Resolución n.° 200 de 27 de agosto de 2012, mediante la cual el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá justificó la adquisición de unas motocicletas eléctricas a través de la modalidad de contratación directa; y ii) la declaratoria de nulidad del contrato n.º 599 de 2012, el cual surgió con ocasión del acto administrativo antes mencionado.

2. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca indicó que la segunda pretensión –declaratoria de nulidad del contrato- no era subsidiaria de la primera ni tampoco era consecuencial a la misma y que, por tal motivo, la solicitud de nulidad de la Resolución n. º 200 de 2012 debía someterse a las reglas de oportunidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previstas en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, y no bajo las reglas de caducidad del medio de control de controversias contractuales.

3. Así pues, como la caducidad del acto administrativo n.° 200 de 2012[[4]](#footnote-4) debía contabilizarse a partir del día siguiente a su publicación y no desde que se suscribió el contrato estatal, entonces, el término de 4 meses comenzó el 3 de septiembre de 2012[[5]](#footnote-5).

4. Así las cosas, señaló que la parte actora tenía hasta el 3 de enero del año 2013 para ejercer la pretensión de nulidad y restablecimiento contra la resolución n. º 200 de 2012, sin embargo, en virtud de la vacancia judicial, la demanda debió presentarse el siguiente día hábil de inicio de labores de los despachos judiciales, esto es, el 11 de enero 2013. No obstante, como el medio de control fue presentado el 22 abril de 2013, ya se encontraba caducado.

5. En consideración a lo anterior, y del examen de las condiciones para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento contra el acto administrativo n. º 200 de 2012, el *a quo* concluyó que ya había operado el fenómeno jurídico de la caducidad. Por lo tanto, conforme lo dispuesto en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, declaró parcialmente probada la caducidad respecto de esa pretensión.

6. Por otra parte, el *a quo* advirtió que a pesar que la decisión de declarar la caducidad parcial fue tomada por la ponente y no por la sala, ello no significa que se esté desconociendo la providencia de unificación expedida por la Sala Plena de esta Corporación el 25 de junio de 2014 dentro del expediente bajo el radicado n.° 49.999 con ponencia del magistrado Enrique Gil, en la que se indicó que las decisiones relativas a las excepciones previas que terminan el proceso debían ser proferidas por la sala, debido a que en el sub judice se declaró la caducidad parcial[[6]](#footnote-6).

**IV. El RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante formuló recurso de apelación. En síntesis expuso los siguientes argumentos -minuto 20:05 del CD obrante en el expediente-:

Manifestó que la decisión del Tribunal de declarar la nulidad de la Resolución n. º 200 de 2012 era errada porque la esencia de este acto administrativo fue determinar que el proceso de contratación se realizaría mediante la modalidad de contratación directa, situación que a su sentir eliminó el proceso de licitación y creó una exclusividad respecto de las motocicletas eléctricas a adquirir.

De igual forma, agregó que estaría de acuerdo con la postura del *a quo* de declarar la caducidad de la Resolución n. º 200 de 2012 si todo el proceso contractual se hubiera desarrollado con base a una licitación, pero como en este caso lo que existió fue una contratación directa no había lugar a declarar la caducidad de dicha pretensión.

**V. TRASLADO DEL RECURSO**

 Durante el traslado del recurso de apelación consagrado en el numeral 1º del artículo 244 de la Ley 1437 de 2011, la apoderada de la parte demandada en el minuto 22 del CD de la audiencia manifestó que estaba de acuerdo con la decisión del despacho por los siguientes motivos:

Relató que luego de distintos estudios técnicos y de mercadeo, el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá determinó que las motocicletas eléctricas marca *“Zero DS ZF9”* cumplían con las características solicitadas.

En virtud de lo anterior, adujo que la Resolución n. º 200 de 2012, por medio de la que se determinó la contratación directa, fue la base para la elaboración del contrato n.º 500 de 2012 y que este fue elaborado con el pleno de requisitos establecidos por la ley.

Por último, añadió que el contrato no tuvo ninguna irregularidad frente a la modalidad de contratación directa.

**VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde al despacho resolver los siguientes asuntos: i) si contra el acto administrativo n.º 200 de 2012, por medio del cual se justificó la contratación directa, era procedente el medio de control de controversias contractuales; ii) si en el presente asunto era posible la acumulación de las pretensiones formuladas y, finalmente, iii) si se cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 1437 de 2011 para la acumulación, en especial el referente a la oportunidad para su presentación.

**VII. COMPETENCIA**

Esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en los términos del artículo 150 del CPACA[[7]](#footnote-7), modificado por el artículo [615](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012_pr014.html#615) de la Ley 1564 de 2012, codificación aplicable al presente asunto[[8]](#footnote-8), toda vez que al superar el presente proceso la cuantía de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes correspondía al *a quo* conocerlo en primera instancia y la providencia cuestionada es susceptible de apelación[[9]](#footnote-9).

Además, a la Sección le asignaron este tipo de asuntos de forma interna[[10]](#footnote-10).

Por último, acogiendo la postura mayoritaria de la Sala de Subsección[[11]](#footnote-11), corresponde al despacho proferir la decisión en el presente asunto, de conformidad con lo establecido en el artículo 125 de la Ley 1437.

**VIII. CONSIDERACIONES**

El despacho considera que en el presente caso se debe confirmar la decisión de primera instancia de declarar probada la caducidad respecto de la pretensión de nulidad y restablecimiento formulada contra la Resolución n.° 200 de 2012, por los motivos que se exponen a continuación:

**1. Respecto al tratamiento judicial de los actos administrativos separables en materia contractual**

1.1. Para efectos de contextualizar el trato que el legislador ha dado respecto de la forma de controvertir los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato pero con ocasión de la actividad contractual, se procederá a estudiar la evolución normativa y jurisprudencial que ha tenido la teoría de los actos separables del contrato.

1.2. La teoría de los actos separables indica que es posible individualizar o aislar los actos precontractuales de aquellos proferidos en la etapa contractual y post contractual de la administración, para efectos de su impugnación, de tal manera que existen diferentes medios de impugnación –*controversias contractuales, nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho*- para controlar la actividad contractual del Estado[[12]](#footnote-12). A grandes rasgos, el fundamento de esta teoría se sustentó en que los actos proferidos antes de la celebración del contrato no poseen un contenido bilateral, sino que son expedidos de manera unilateral por parte de la entidad contratante[[13]](#footnote-13).

1.3. Así, las decisiones de la administración proferidas antes de la celebración del contrato y con ocasión de la actividad contractual podían ser demandadas mediante acciones distintas a la de controversias contractuales, pues el objetivo del legislador había sido de dotar a estos actos de independencia por considerarlos separables del contrato.

1.4. Esta teoría se consagró de manera expresa en el artículo 87 y el inciso 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-, según los cuales era posible demandar los actos separables del contrato de conformidad con las acciones previstas en dicha codificación. Con base en estas previsiones legales se entendió que el control o judicialización de los actos administrativos separables procedía a través de las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso[[14]](#footnote-14). Además, la referida normatividad también previó que los actos distintos de la adjudicación de una licitación solamente serían impugnables cuando se terminara o liquidara el contrato, reforzando esta teoría.

1.5. Posteriormente, estas normas fueron subrogadas por los artículos 17[[15]](#footnote-15) y 23[[16]](#footnote-16) del Decreto 2304 de 1989, en el sentido de eliminar las referencias normativas de los actos separables, al no hacer referencia a aquellos. Sin embargo, las modificaciones que se introdujeron consagraron la posibilidad de solicitar otras declaraciones y condenas, que fueron entendidas por la jurisprudencia de esta Corporación bajo la teoría de los actos separables.

1.6. En efecto, con esta normativa se interpretó que la impugnación de los actos proferidos luego de la celebración del contrato se ejercía mediante la acción de controversias contractuales, mientras que los conflictos originados en los actos precontractuales y post contractuales correspondían a las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho[[17]](#footnote-17), lo cual coincidía con la perspectiva de separabilidad de actos antes asumida.

1.7. Hasta aquí, puede concluirse que las reformas introducidas por el Decreto 2304 de 1989 mantuvieron la teoría de la separabilidad de los actos precontractuales, los cuales también debían ser atacados por medio de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho; mientras que los actos contractuales propiamente dichos solamente eran susceptibles de control judicial a través de la acción de controversias contractuales.

1.8. Luego, se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993- el cual dispuso en su artículo 87 que los actos administrativos producto de la actividad contractual solo podían ser impugnados mediante la acción de controversias contractuales, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

1.9. Esta norma fue interpretada en un primer momento[[18]](#footnote-18) en el sentido de indicar que la actividad contractual comprendía todas las actuaciones administrativas que tenían que ver con el contrato, es decir, la etapa precontractual, contractual y post contractual, de ahí que debieran ser impugnadas mediante la acción de controversias contractuales, pues no existía una razón que justificara su control judicial por medio de otra acción, salvo 3 excepciones legales que la propia normatividad había consagrado para que fueran tramitadas por las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho.

1.10. Respecto de las 3 excepciones legales a esta regla se entendió que la Ley 80 de 1993 únicamente contemplaba acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho contra los siguientes actos: i) la calificación y clasificación de proponentes inscritos en las Cámaras de Comercio *-artículo 225-;* ii) el acto de adjudicación *-parágrafo 1º del artículo 77* *de la Ley 80 de 1993* – y iii) el acto por el cual se declara desierta la licitación o el concurso *-por su propia naturaleza, y por la aplicación remisoria que establece el mismo artículo 77, del C.C.A.-*.

1.11. Después, en un segundo momento hermenéutico[[19]](#footnote-19) se modificó el criterio que había sido adoptado previamente y se entendió que existían otros actos administrativos, diferentes de los contemplados en las tres excepciones mencionadas, que podían ser demandados por medio de la acción de simple nulidad como lo era el acto de apertura de la licitación, dado queexistían casos en los que este podía desconocer principios de transparencia y se convertía en un obstáculo para la selección objetiva de contratistas.

1.12. La procedencia de la acción de nulidad se justificó en este caso al entender que algunos actos previos a la celebración del contrato podían ser demandados por cualquier persona, ya que la acción de nulidad absoluta de los contratos era pública -artículo 45 Ley 80 de 1993- y que la ley contempla como motivo de nulidad contractual la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenta.

1.13. Ahora, en una tercera etapa interpretativa[[20]](#footnote-20) de esta normatividad, se precisó que el concepto de *“actividad contractual”* debía entenderse de forma restrictiva y solamente comprendía los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, por lo que los actos precontractuales debían ser impugnados mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que los actos contractuales y post contractuales eran enjuiciables mediante la acción relativa a las controversias contractuales. A continuación se citará el fundamento de esta interpretación:

*1. La Constitución Política desde el preámbulo -cuyo carácter normativo ha sido reconocido en forma expresa por la Corte Constitucional-[[21]](#footnote-21) y el artículo 1º establecen dentro de los principios fundamentales de nuestro Estado de derecho el de la participación.*

*El numeral 6 del artículo 40 y el artículo 85 de la Carta Política lo consagran en forma especial como derecho constitucional de aplicación inmediata, esto es, no supeditado a “desarrollo legislativo o de algún tipo de reglamentación legal o administrativa para su eficacia directa y que no contempla condiciones para su ejercicio en el tiempo, de modo que es exigible en forma directa o inmediata”[[22]](#footnote-22), el derecho de todo ciudadano a participar en el control del poder político a través de la interposición de acciones públicas en defensa de la constitución y la ley.*

*2. Pero también el derecho de participación en la contratación estatal tiene expresión legal en los artículo 45 y 66 del estatuto contractual cuando señala el primero, que la nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada “…por cualquier persona…” y el segundo, que todo contrato que celebren las entidades estatales, estará sujeto a vigilancia y control ciudadano y que permite denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos o de los particulares que constituyen delitos, contravenciones o faltas en materia de contratación estatal.*

*3. De otro lado, la redacción del ordinal 7º del artículo 24 de la ley 80 de 1993 parece inclinarse por la interpretación restrictiva de la expresión “actividad contractual” porque en su texto separa conceptualmente los actos expedidos en desarrollo de la actividad contractual de los previos o separables del contrato, redacción que no hubiera sido necesaria si la categoría fuese omnicomprensiva de todo tipo de actos.*

*4. La misma separación conceptual de las distintas categorías de actos que avala la interpretación restrictiva se encuentra en el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 cuando expresa que ‘…la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal…’, de donde se desprende que unos son los actos expedidos con motivo de la actividad contractual y otros los actos previos correspondientes al proceso de selección.*

*5. Finalmente, en sentido puramente gramatical y lógico sólo cabe hablar de actos de la actividad contractual después de la celebración del contrato y éste, en la ley 80 de 1983, sólo nace a la vida jurídica con posterioridad a la notificación de la adjudicación y cuando el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación se eleve a escrito (artículo 41 ibídem).”[[23]](#footnote-23)*(Subrayado fuera de texto).

1.14. Así las cosas, puede advertirse que esta Corporación mantuvo la teoría de los actos separables luego de la expedición de la Ley 80 de 1993, a pesar de las diferentes interpretaciones que hubo sobre la misma, pues en todo momento se indicó que algunos actos serían demandables mediante la acción de controversias contractuales y otros a través de la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, distinción que obedecía casi siempre al carácter separable del acto que se pretendía enjuiciar.

1.15. De igual forma, se advierte que la jurisprudencia amplió el espectro de las 3 excepciones contempladas en la Ley 80 de 1993 al señalar que la actividad contractual debía ser entendida en un sentido restrictivo, en tanto debía comprender únicamente lo ocurrido después de la celebración del contrato, lo cual significó que la acción contractual solo fuera posible frente a los actos administrativos producidos después de celebrado el contrato.

1.16. Ahora, luego de la expedición de la Ley 80 de 1993 se profirió la Ley 446 de 1998 que subrogó el artículo 87 del C.C.A. y reguló lo concerniente a las acciones procedentes en materia de controversias y litigios originados en la actividad contractual del Estado, estableciendo para ello dos hipótesis: i) si el litigio tenía que ver con la etapa contractual o post contractual del contrato la acción correspondiente era la de controversias contractuales y ii) si la demanda estaba dirigida contra actos proferidos antes de la celebración del contrato y con ocasión de la actividad contractual las acciones procedentes eran las de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso.

1.17. Sin embargo, el referido artículo subrogado señalaba que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos solo podía invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, previsión que imponía que una vez acaecida la celebración del contrato, únicamente fuera procedente la acción de controversias contractuales para controvertir los actos previos o precontractuales. Así, se consideró que antes de la celebración del contrato los actos previos eran separables, pero una vez celebrado el acuerdo se entendían incorporados a este, pues su cuestionamiento judicial únicamente se hacía posible como fundamento de la nulidad absoluta del contrato mediante la acción de controversias contractuales.

1.18. De igual forma, la citada disposición fue interpretada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1048 de 2001[[24]](#footnote-24), en la cual se indicó que el legislador consagró diferentes acciones –*controversias contractuales, nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho*- para controlar la actividad contractual del Estado, ello atendiendo a la llamada teoría de separabilidad de los actos

1.19. Aunado a lo anterior, el máximo tribunal constitucional indicó que el término para demandar los actos previos al contrato era de 30 días contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación o publicación. No obstante, agregó que existía un límite a la individualización o separación de los actos precontractuales, pues el legislador había dispuesto que una vez suscrito el contrato eran inseparables del negocio jurídico y, por ende, acaecida esta situación únicamente podían ser atacados por conducto de la acción de controversias contractuales.

1.20. En estas circunstancias, la Corte Constitucional[[25]](#footnote-25) concluyó que: i) *“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”* y ii) una vez celebrado el contrato, *“la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”,* dado que la voluntad del legislador fue fijar un límite a la teoría de separación de los actos previos al contrato. Esta postura fue reiterada en la sentencia C - 712 de 2005*[[26]](#footnote-26)*, de la que se destaca el siguiente aparte:

 *“****la posibilidad de demandar los actos administrativos precontractuales por vía de las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento cesa a partir de la celebración del contrato estatal respectivo****, y que cuando tal celebración ocurre antes de que se hayan vencido los treinta días que otorga la norma como término de caducidad, opera como una causal de extinción anticipada del término para hacer uso de las referidas acciones.”*(Negrilla fuera del texto).

1.21. En armonía con lo expuesto por la Corte Constitucional, la Sección Tercera de esta Corporación aceptó en reiteradas oportunidades[[27]](#footnote-27) que los actos precontractuales podían ser demandados a través de las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro del término de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Sin embargo, se aclaraba que una vez suscrito el contrato cesaba la posibilidad de formular tales acciones respecto de los actos precontractuales, toda vez que desde ese momento solamente podían ser usados como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, a través de la acción de controversias contractuales.

1.22. Así las cosas, puede concluirse que en vigencia de la modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 solamente era posible ejercer las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, en contra de los actos precontractuales dentro del término máximo de 30 contados a partir del día siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre y cuando no se hubiera celebrado el contrato, pues de acaecer esta situación de celebración del contrato solamente sería procedente la acción de controversias contractuales en contra de los actos previos, con el fin de solicitar la nulidad absoluta del contrato.

1.23. Como se puede advertir del anterior recuento legislativo y jurisprudencial efectuado, resulta evidente que en lo que respecta al control judicial de los actos administrativos expedidos antes de la celebración del contrato, pero con ocasión de la actividad contractual, la posición ha sido casi siempre la de darle un tratamiento distinto al de las controversias suscitadas luego de celebrado el contrato, pues aparte de que se les asigna medios de impugnación distintos, siempre se ha sostenido que estos actos son separables del contrato y las controversias que surjan con ocasión del mismo, cuestión esta que no es ajena de la Ley 1437 de 2011 como se verá a continuación:

**2. En cuanto a los cambios introducidos por la Ley 1437 de 2011 para controvertir los actos administrativos previos al contrato**

2.1. Ahora, con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011-, se introdujeron algunos cambios en lo que respecta a la forma de impugnar por vía judicial los actos administrativos proferidos durante la etapa precontractual, ya que si bien se mantuvo la posibilidad de demandar estos actos a través de los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, no se preservó el aparte que señalaba que una vez celebrado el contrato únicamente podía pedirse la nulidad de los actos previos como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, ni se mantuvo el término de 30 días previsto con la normativa anterior para efectos del ejercicio oportuno de la acción.

2.2. Con el propósito de resaltar los cambios normativos mencionados, a continuación se realizará un paralelo entre el artículo 87 del Decreto 01 de 1984 y el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, destacando los apartes más relevantes de sus diferencias:

|  |  |
| --- | --- |
| DECRETO 01 DE 1984 | LEY 1437 DE 2011 |
| *ARTÍCULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. <Modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> 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.* | *ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.****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.* |

2.3. Como puede observarse, el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 consagró diversos medios de control según la etapa de la actividad contractual que se pretenda controvertir, para lo cual indicó que las controversias surgidas frente a actos expedidos antes de la celebración del contrato corresponderían a los medios de control de nulidad -*artículo 137 de la Ley 1437 de 2011*- y nulidad y restablecimiento del derecho *-artículo 138 de la Ley 1437 de 2011*- mientras que los conflictos surgidos en las etapas contractual y post contractual corresponderían de manera exclusiva al medio de control de controversias contractuales, cuya legitimación se encuentra asignada a cualquiera de las partes del contrato.

2.4. De acuerdo con las modificaciones introducidas por el legislador al artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, resulta evidente para el despacho que su intención era dar un enfoque distinto a la forma en que se venía interpretando la contradicción de los actos precontractuales, toda vez que al haberse omitido la previsión relativa a que una vez celebrado el contrato solamente podría invocarse la ilegalidad de los actos previos como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, se pretendió dotar de total independencia a los litigios en que se debatiera la ilegalidad de los actos administrativos previos, sin importar que con posterioridad acaeciera la celebración del contrato.

2.5. En ese sentido, al haberse eliminado la previsión que limitaba el ejercicio de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho luego de celebrado el contrato, fuerza concluir que lo deseado por el legislador al expedir la Ley 1437 de 2011 fue mantener para la etapa precontractual las reglas de estos medios de control, pues de lo contrario hubiera dispuesto incluir el mismo aparte que se encontraba en el anterior artículo 87 del Decreto 01 de 1984, subrogado por la Ley 446 de 1998.

2.6. Aunado a lo anterior, otro argumento adicional para considerar que el medio de control de controversias contractuales se encuentra establecido única y exclusivamente a las controversias suscitadas con posterioridad al contrato –*etapas contractual y post contractual*- se encuentra en la forma en que se regula la caducidad en los literales c y j del numeral 2° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, tal como se entrará a explicar.

2.6.1. En lo que respecta al literal c del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, se advierte que dicha norma consagra que las demandas de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho presentadas contra actos previos a la celebración del contrato deben ser formuladas dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto, según el caso.

2.6.2. Por su parte, en cuanto al medio de control de controversias contractuales, el literal j del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 dispone que las controversias relativas a los contratos tendrán un término de caducidad de 2 años, el cual se comienza a contabilizar dependiendo de varios supuestos, entre ellos, si el contrato requería o no de liquidación y si era de ejecución instantánea o de tracto sucesivo. Frente a este punto cabe advertir que todos estos supuestos tienen en común que parten de la existencia del contrato porque indican que la base para el cómputo de la caducidad será, entre otros eventos, i) cuando en los contratos de ejecución instantánea se señala que el término de caducidad se contabiliza a partir del día siguiente de cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato –*literal j, numeral 2 del artículo 164*- y ii) cuando señala que en los eventos que el contrato requiera de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, el término de caducidad se contabiliza desde el día siguiente al de la firma del acta –*literal j, numeral 2 del artículo 164*-.

2.6.3 Dicho lo anterior, puede advertirse que los artículos recién expuestos también reflejan un cambio normativo en relación con el régimen jurídico anterior porque además de contemplar términos de caducidad distintos *–pasa de 30 días a 4 meses para formular demandas contra actos precontractuales-* parten de supuestos distintos de procedencia al indicar que para las controversias contractuales es indispensable que exista el contrato, de ahí que la contabilización del término para este medio de control tenga como base la ejecución del contrato o su liquidación, cuestiones que no se presentan en la regulación de la caducidad de los actos previos al contrato, cuya base es la notificación, comunicación, ejecución o publicación del acto.

2.7. Así las cosas, conforme a lo expuesto, es posible concluir que para efectos de su control judicial los actos precontractuales hoy en día son separables del negocio jurídico principal incluso luego de que se haya suscrito el contrato, ya que no se introdujo la disposición que indicaba que una vez celebrado el contrato únicamente podía solicitarse la ilegalidad de los actos previos como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, previsión que sí se encontraba en la anterior normativa –*artículo 87 del Decreto 01 de 1984, subrogado por la Ley 446 de 1998*-.

2.8. En consecuencia, la única forma de controvertir los actos previos al contrato es a través de los medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, sin importar si se celebró o no el contrato, y conforme a las reglas propias de dichos medios de control, interpretación que además resulta acorde con el tratamiento de actos separables que tradicionalmente ha dado el legislador a los actos precontractuales.

2.9. No obstante, debe aclararse que lo anterior no obsta para que pretensiones de controversias contractuales puedan ser tramitadas en un mismo proceso con aquellas pertenecientes a la nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, pues el artículo 165 de la Ley 1437 de 2011[[28]](#footnote-28) prevé esta posibilidad siempre que sean conexas y se cumplan los requisitos que consagra dicha normapara su acumulación.

2.9.1. Así, cuando se formulen pretensiones de controversias contractuales con las concernientes al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo procedente es su acumulación siempre que se cumplan con los presupuestos establecidos en la ley para ello, esto es, i) que no haya operado la caducidad de alguna de ellas, ii) que el mismo juez sea competente para para conocer de todas las pretensiones formuladas y iii) que las pretensiones no se excluyan entre sí y puedan ser conocidas en idéntico trámite procesal. Sin embargo, es preciso advertir que en el evento de que se acumulen pretensiones de nulidad con las pertenecientes a otros medios de control, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 165 de la Ley 1437 de 2011.

2.10. Con base en lo expuesto puede concluirse que los actos precontractuales son separables del negocio jurídico principal incluso luego de que se haya suscrito el contrato y, en consecuencia, deben ser atacados por los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho aplicando todas sus reglas complementarias entre las que se encuentran las de competencia.

**3. Caso concreto**

3.1. En el presente asunto se advierte que la parte demandante formuló demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, en la que se solicitó lo siguiente: i) que se anulara la Resolución n.º 200 de 2012, mediante la cual se justificó la adquisición de unas motocicletas eléctricas a través de la modalidad de contratación directa y ii) que se declarara la nulidad absoluta del contrato n.º 559 de 2012, por el cual se contrató la adquisición de las motocicletas eléctricas a la empresa Northbound Technologies S.A.

3.2. Como se puede apreciar, en el presente caso se está debatiendo la legalidad de un acto administrativo de carácter precontractual –acto de justificación- e, igualmente, se está solicitando que se anule un contrato suscrito por el Distrito Capital de Bogotá para la adquisición de unas motocicletas eléctricas.

3.3. Ahora, comoquiera que con la expedición de la Ley 1437 de 2011 los actos administrativos precontractuales son considerados separables del contrato, contra los mismos únicamente proceden los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 141 *ibidem,* los cuales deben ser ejercidos dentro del término máximo de 4 meses –literal c del numeral 2º del artículo 164, Ley 1437 de 2011-.

3.4. Por el contrario, cuando lo pretendido es la nulidad de un contrato celebrado por una entidad estatal, corresponde ejercer al interesado el medio de control de controversias contractuales. No obstante, cabe mencionar que este medio de control puede ser acumulado con pretensiones de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 165 de la Ley 1437 de 2011.

3.5. En este orden de ideas, advierte el despacho que acertó el *a quo* al afirmar que en el caso objeto de estudio se presentaba una acumulación de pretensiones, ya que, por una parte, se solicitaba la nulidad de un acto precontractual –acto que solamente era controvertible a través de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho- y, por otra parte, se pedía la anulación de un contrato celebrado por el Distrito Capital de Bogotá –pretensión propia del medio de control de controversias contractuales-.

3.6. Siendo claro lo anterior, y debido a que en el presente caso únicamente se apeló la decisión relativa a la caducidad de la pretensión de nulidad del acto precontractual (Resolución n.º 200 de 2012), procederá el despacho a establecer si en efecto operó ese fenómeno procesal frente a dicha petición.

3.7. Al respecto, se tiene que la Resolución n.º 200 de 2012 fue publicada el día 3 de septiembre de 2012[[29]](#footnote-29), y que a partir del día siguiente comenzaron a contabilizarse los 4 meses establecidos en la Ley 1437 de 2011 para que fuera posible su contradicción judicial a través de los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho –artículo 164-.

3.8. En esa medida, la parte demandante podía presentar la demanda hasta el 4 de enero de 2013. Sin embargo, como para esa fecha no estaban funcionando los juzgados y tribunales administrativos por encontrarse en vacancia judicial, la parte podía ejercer su presentación hasta el viernes 11 de enero de 2013 –fecha en la que se reanudaron las labores en la rama judicial-.

3.9. Ahora, debido a que la pretensión de nulidad de la Resolución n.º 200 de 2012 se presentó hasta el 22 de abril de 2013 (fol. 15, vto, c.1.), la misma se encontraba por fuera del término de 4 meses establecido por la Ley 1437 de 2011. Además, conviene señalar que en nada incide la solicitud de conciliación presentada ante la Procuraduría n.º 134 Delegada para Asuntos Administrativos el 4 de febrero de 2013, toda vez que aquella también se radicó cuando ya había finalizado la oportunidad para formular la demanda.

3.10. Con base en lo anterior, se confirmará la decisión adoptada por el *a quo* el 27 de abril de 2015, mediante la cual se declaró la caducidad de la pretensión relativa a la nulidad de la Resolución n.º 200 de 2012. No obstante, se pone de presente que como la caducidad decretada en primera instancia fue parcial, pues no cobijó la pretensión relativa a la nulidad absoluta del contrato n.º 559 de 2012, corresponderá al Tribunal Administrativo de Cundinamarca continuar con el trámite del proceso frente a dicha pretensión.

En mérito de lo expuesto, el despacho

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión emitida por elpor el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A en audiencia inicial llevada a cabo el 27 de abril de 2015.

**SEGUNDO:** Comoquiera que la caducidad decretada en primera instancia fue parcial, pues no cobijó la pretensión relativa a la nulidad absoluta del contrato n.º 559 de 2012, corresponderá al Tribunal Administrativo de Cundinamarca continuar con el trámite del proceso frente a dicha pretensión.

**TERCERO:** Una vez ejecutoriada esta providencia, por Secretaría de la Sección Tercera enviar el asunto de la referencia al tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Magistrado**

Amcl/ 5c

1. Debido a que la postura mayoritaria de la Sala de Subsección señala que la presente decisión corresponde al magistrado ponente, se acoge la misma y se procede a emitir un pronunciamiento en el asunto de la referencia. No obstante, se aclara que, a sentir del suscrito magistrado, la decisión debió ser adoptada por la Sala en razón a que podría tener la vocación de dar por terminado el proceso de manera total o parcial, cuestión que es más que suficiente para dar aplicación a la competencia asignada en el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, concordante con los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 *ibidem.* [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 31 auto admitiendo la referente demanda obrante en el cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 2360 a 2364 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 269 a 273 del cuaderno 2 de pruebas. [↑](#footnote-ref-4)
5. Constancia de publicación obrante en el folio 25 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. El despacho deja constancia que pese a la aclaración respecto a las decisiones de sala, el acta fue firmada por todos los integrantes de la sala, ver folio 202 a 203, c.ppal). [↑](#footnote-ref-6)
7. Dicha norma, en su parte pertinente, dispone: *“El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia”*. [↑](#footnote-ref-7)
8. Presentada la demanda el 22 de abril de 2013 es claro que el procedimiento aplicable es el contenido en el CPACA, tal como lo dispone su artículo 308. [↑](#footnote-ref-8)
9. Efectivamente, el numeral 5 del artículo 152 del CPACA así lo dispuso. En ese orden, como el valor de la pretensión tercera es por la suma de $4.357.000.000, es claro que supera los 500 salarios exigidos. [↑](#footnote-ref-9)
10. Efectivamente, el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003, modificatorio del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, impone el conocimiento a esta Sección de los asuntos contractuales. [↑](#footnote-ref-10)
11. Debido a que la postura mayoritaria de la Sala de Subsección señala que la presente decisión corresponde al magistrado ponente, se acoge la misma y se procede a emitir un pronunciamiento en el asunto de la referencia. No obstante, se aclara que, a sentir del suscrito magistrado, la decisión debió ser adoptada por la Sala en razón a que podría tener la vocación de dar por terminado el proceso de manera total o parcial, cuestión que es más que suficiente para dar aplicación a la competencia asignada en el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, concordante con los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 *ibidem*. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-1048 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra [↑](#footnote-ref-12)
13. Ibídem. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de julio de 1988, exp. 4925. M.P. Antonio J. de Irisarri Restrepo. [↑](#footnote-ref-14)
15. El artículo 87 quedó subrogado así: *“DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones. // Los causahabientes de los contratistas también podrán promover las controversias contractuales. // El Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato, está facultado para solicitar también su nulidad absoluta. El juez administrativo podrá declarar de oficio la nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”*. [↑](#footnote-ref-15)
16. La redacción del artículo 136 subrogado quedó así: *"Artículo 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. La de nulidad absoluta podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto. // La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Si el demandante es una entidad pública, la caducidad será de dos (2) años. Si se demanda un acto presunto, el término de caducidad será de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que se configure el silencio negativo. // Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. // La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos. // La de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos de adjudicación de baldíos proferidos por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -Incora-, caducarán en dos (2) años, contados desde la publicación, cuando ella sea necesaria, o desde su ejecutoria, en los demás casos.// Las relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento"*. [↑](#footnote-ref-16)
17. Vease, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 16.540, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14.667, M.P. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14.667, M.P. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-18)
19. *Ibídem* [↑](#footnote-ref-19)
20. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-20)
21. *“Corte Constitucional, Sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992.”* [↑](#footnote-ref-21)
22. *“Corte Constitucional, Sentencia T-469 del 17 de julio de 1992.”* [↑](#footnote-ref-22)
23. *Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 9118, M. P. Ricardo Hoyos Duque.* [↑](#footnote-ref-23)
24. Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-1048 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra [↑](#footnote-ref-24)
25. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-25)
26. Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-712 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa [↑](#footnote-ref-26)
27. *Véase, entre otras: i) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de marzo de 2006, exp. n.º 27995, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; ii) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de abril de 2009, exp. n.º 36124, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; iii) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, exp. n.º 19936, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y iv) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 2012, exp. n.º 19880, C.P. Jaime Orlando Santofimio.* [↑](#footnote-ref-27)
28. *Artículo 165. Acumulación de pretensiones. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurran los siguientes requisitos: //1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución. //2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.// 3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.//4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.* [↑](#footnote-ref-28)
29. Constancia de publicación obrante en el folio 25 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-29)